

ESCUCHAS TELEFONICAS Y ACCION DE POLICIA DE SEGURIDAD

(A partir de la Sentencia del TEDH sobre el «caso Malone»)

POR
JAVIER BARCELONA LLOP

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CASO «MALONE V. COMMISSIONER OF THE POLICE OF THE METROPOLIS» Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO BRITÁNICO: 1. *La Sentencia del juez Megarry*. 2. *La problemática del reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento británico. En particular, la incidencia del Convenio Europeo.*—III. LA SENTENCIA DE 2 DE AGOSTO DE 1984 DEL TEDH SOBRE EL CASO MALONE: 1. *Consideraciones en torno al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y su encuadre en el artículo 8 de la Convención*. 2. *La Sentencia sobre el caso Malone: la licitud de las escuchas telefónicas operadas conforme a ciertos presupuestos*: 2.1. *Injerencias previstas por la ley*. 2.2. *Necesarias en una sociedad democrática para la consecución de un fin legítimo.*—IV. EL ALCANCE EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA TEMÁTICA CONTEMPLADA EN LA SENTENCIA MALONE: 1. *Una referencia incidental: la ausencia de legislación en un ámbito material concreto*. 2. *Las posibilidades de injerencia policial en el ejercicio de los derechos: el principio de juridicidad previa*. 3. *El margen de apreciación policial*. 4. *El valor probatorio de los atestados policiales.*—V. UN INTENTO DE CONCRETAR: ALUSIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ESCUCHAS POLICIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Delimitación del objeto de referencia*. 2. *La autorización judicial*. 3. *La habilitación legal*. 4. *Los motivos legítimos de la interceptación.*—VI. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Cierto es que la Constitución de 1978 ha traído aparejadas sustanciales innovaciones; cierto es, cómo no, que numerosos principios y valores han visto tambalear sus aparentemente sólidos cimientos dejando paso a nuevas concepciones, a ideas de modernidad y de progreso que hace no muchos años eran sólo ensoñaciones en las mentes esforzadas de algunos ilusionados. Pero también es cierto que permanecen enquistadas, pese a todos los cambios, ciertas tendencias cuya pertinaz insistencia hace intuir su naturalidad y, por ende, las dificultades para su erradicación. Pienso ahora, concretamente, en ese multiseccular enfrentamiento entre exigencias de lo pretendidamente colectivo —encarnado en nuestro país tradicionalmente en el concepto de orden público— y el ejercicio individual de los derechos y libertades, enfrentamiento que genera una tensión

que suele afectar negativamente a la parte más débil de las en liza, que no es, en nuestro caso, el orden público. Las aportaciones doctrinales de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (1) o el reciente análisis jurisprudencial de BASTIDA (2) hacen ociosa cualquier prospección al respecto en este lugar.

Pero, como decía, los cambios han sido muy importantes y han de dejarse sentir también en este ámbito. Así, el polivalente y expansivo concepto de orden público —en su día fundamento de todo tipo de intervenciones administrativas limitadoras de la esfera subjetiva de los ciudadanos (3), arma con la que se agredía flagrantemente al principio de legalidad y a los límites de la potestad reglamentaria (4), cauce permisivo, en fin, de verdaderas exenciones jurisdiccionales (5)— debe entenderse hoy superado por la producción jurídica forjada al hilo de los principios constitucionales y por la Constitución misma (6), por más que la noción permanezca sorpren-

(1) Cfr., *ad exemplum*, sus escritos *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973; *La cláusula de orden público como límite —impreciso y creciente— al ejercicio de los derechos*, Cívitas, Madrid, 1975; así como los que aparecen recopilados en las págs. 285 y ss. de su libro *Bajo el signo de la Constitución*, IEAL, Madrid, 1983.

(2) Francisco J. BASTIDA, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Ariel, Barcelona, 1986, págs. 127 y ss.

(3) Desde el punto de vista de la policía administrativa en general, el orden público habilitante y expansivo ha sido considerado por GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, núm. 11 de esta REVISTA, 1953; *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, núm. 28 de esta REVISTA, 1959. En contra, y con buenos argumentos, MONCADA LORENZO, *Significado y técnica jurídica de la policía administrativa*, núm. 28 de esta REVISTA, 1959.

(4) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los límites del poder de policía general y el poder reglamentario*, «REDA», 5, 1975; FERNÁNDEZ FARRERES, *Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras Entidades*, núm. 100-102, vol. III, de esta REVISTA, 1983. Conectando estos problemas con la autonomía municipal, EMBID IRUJO, *La problemática del servicio de vigilancia nocturna: competencia municipal, orden público y régimen jurídico de los vigilantes nocturnos*, «REDA», 17, 1978.

(5) Destacando las importantes innovaciones operadas en este punto por la Ley de lo Contencioso de 1956, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones*, cit., págs. 59 y ss.; para el sistema anterior, Luis MARTÍN REBOLLO, *La introducción de la referencia del orden público en el Reglamento de lo contencioso-administrativo de 1890-1894*, núm. 78 de esta REVISTA, 1975.

(6) Lógica consecuencia de su directa aplicabilidad en tanto que norma jurídica. Sobre este tema sigue siendo principal exponente el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981. Otras referencias, en PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 27 y ss.; RUBIO LLÓRENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en el tomo I de la obra *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, págs. 49 y ss. Ejemplos en la jurisprudencia constitucional que muestran la aceptación generalizada del principio son abundantes; así, Sentencias de 15 de junio de 1981, de 24 de julio de 1981, de 28 de julio de 1981, de 1 de junio de 1981, de 31 de marzo de 1981, de 20 de diciembre de 1982, de 18 de noviembre de 1983, etc.

dentemente anclada en importantes normas postconstitucionales (7). Se trata de un dato formal que debe inspirar la voluntad de una reconstrucción dogmática de las causas de limitación, sin resucitar, por ello, el hálito del viejo concepto (8).

En su amplitud, es conocido cómo el orden público ha señoreado a su antojo en el campo de la policía de seguridad (9). Hoy, y dejando de lado sutilezas conceptuales, la Constitución, en su artículo 104.1, impide el recurso a aquella noción para identificar los objetivos policiales, rompiendo decididamente con una incansable tradición normativa (10). No debe seguirse de ello, empero, que hayan

(7) E incluso en los artículos 16.1 y 21.2 de la Constitución. Por lo que hace a las normas postconstitucionales, vid. los artículos 3.1 de la LO 7/1980, de libertad religiosa; 5.b) y 10 de la LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión; 7. 8.2 y 21.4 de la LO 7/1985, de extranjería; 13.1, 17.1, 18.1 y 22.4 de la LO 4/1981, de estados excepcionales. A ello hay que añadir una suerte de *orden público comunitario* incidente en nuestro país en virtud de las relaciones entre derecho interno y derecho europeo y título de limitación, establecido en el propio Tratado de Roma, a la libre circulación de los trabajadores (arts. 48.1 y 48.3) y al derecho de establecimiento (art. 56.1), y desarrollado en la *Directiva 64/221, de 25 de febrero*; para un análisis crítico de la cuestión, cfr. Gerard y Antoine LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, París, 1980, págs. 223 y ss.

(8) El ejemplo francés es significativo; véase, últimamente, Etienne PICARD, *La notion de police administrative*, LGDJ, París, 1984, vol. II, págs. 533 y ss. Entre nosotros, buenas indicaciones en ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, págs. 350 y ss.

(9) La referencia podría ser abundante, aunque el orden público aparece en forma distinta en numerosas obras. Para un concepto muy restringido del orden al que atiende la policía, RANNELLETTI, «La polizia di sicurezza», en ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, Milán, 1904, vol. cuarto, parte primera, esp. págs. 287 y ss.; SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Dott. E. Jovene, Nápoles, 1971, pág. 582. En sentido similar, aunque con razonamientos distintos, se pronuncia el kelseniano Adolf MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, págs. 319 y ss. En España, el orden público, más o menos ampliamente entendido y en solitario o acompañado por otros conceptos, ha sido aludido por la doctrina en forma casi unánime en relación con los fines policiales; vid. COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, I, Madrid, 1865, págs. 334 y ss.; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, 1894, pág. 270. Con precisiones originales y de gran interés, ABELLA, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, II, Madrid, 1896, págs. 218 y ss., y POSADA, *Idea jurídica y legal de la policía de seguridad en el Estado*, «RGLJ», 91, 1897, págs. 270 y ss., y *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, II, Madrid, 1896, págs. 83 y ss. Reemprendiendo la línea tradicional, ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1948, págs. 507 y ss.; GUALTA MARTORELL, *Derecho Administrativo Especial*, II, Zaragoza, 1965, págs. 31 y 32. Más recientemente, pero tratando de ofrecer un nuevo concepto de orden público policial, CURBERT, *Democràcia i policia*, Generalitat de Catalunya, 1983, págs. 52 a 54. Por cierto que el rechazo del apelativo de Fuerzas de Orden Público a las de Seguridad fue ya manifestado, en los albores del periodo constituyente, por BALLBÉ MALLOL, «Fuerzas de Orden Público», en el volumen colectivo *La izquierda y la Constitución*, Taula de Canvi, Barcelona, 1978, pág. 151.

(10) Consúltense los artículos 7 del RD de 5 de noviembre de 1856; 1 del RD de 29 de diciembre de 1858; 2 de la RO de 10 de febrero de 1859; 1 y 2 del RD de

desaparecido las posibilidades policiales de injerencia en el ejercicio de los derechos; bien entendido que me refiero a las posibilidades lícitas jurídicamente hablando. Ya no sirve el orden público, pero hay otros títulos habilitantes de potestades interventoras cuya exégesis no es aproblemática, especialmente cuando el legislador ordinario no tiene empacho en alinearlos junto al orden público al configurar normativamente los límites policiales al ejercicio de los derechos y libertades, entenebreciendo la ya de por sí ambigua cláusula teleológica policial del artículo 104.1 de la Constitución.

Sigue siendo, por ello, necesario —al igual que propusiera CARRO considerando el orden público de 1977 (11)— proceder a una tipificación lo más hilvanada posible del porqué de aquellas injerencias policiales, especialmente en los casos de normalidad institucional. De no hacerse así, puede mantenerse intacta la tensión advertida en la medida en que uno de sus actores conserva idéntica prepotencia, llámese o no orden público. No debemos conformarnos con los cambios terminológicos: hay que calibrar objetivamente si puede o no rechazarse de plano la sospecha de que, en ocasiones, lo que ha ocurrido simplemente es que se ha vertido el vino viejo en odres nuevos.

Lo dicho viene a enmarcar el análisis del contenido de una importante Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) recaída en verano de 1984 sobre el llamado *caso Malone* (12), que, al margen de su objeto concreto —la

19 de octubre de 1887; 476 del RD de 25 de noviembre de 1930; 93 y 260 del RD de 17 de julio de 1975, y 2.2. de la Ley de 4 de diciembre de 1978, por recordar algunas normas policiales históricas de importancia. Evidentemente, la Ley de Orden Público de 1959 huelga de glosa alguna, aunque es recomendable la ilustrativa lectura del apocalíptico discurso de presentación a las Cortes del Proyecto por parte del entonces Ministro de la Gobernación, General Camilo Alonso Vega. De igual modo es expresivo del concepto de orden público de la época, y eso que no lo cita para nada, el Preámbulo de la Ley de Reorganización de 8 de marzo de 1941, vigente hasta diciembre de 1978. No se olvide que al dato de este orden público policial expansivo y ablativo de los derechos, al menos potencialmente, hay que sumar las técnicas castrenses que, material y organizativamente, ha venido empleando la policía española; vid., al respecto, BALLBÉ MALLOL, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Alianza, Madrid, 1983, *in totum*.

(11) CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público*, «REDA», 15, 1977, págs. 625 a 627, especialmente.

(12) Se trata de la Sentencia de 2 de agosto de 1984 (serie A, núm. 82). Manejo el texto de la misma aparecido en el vol. 82 de la serie A de *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Carl Heymanns, Verlag, Estrasburgo, 1984. Cerrando la redacción definitiva de este trabajo, en los primeros días de febrero de 1987, observo que, recibido pocas fechas antes, el «BJC» núm. 64-65 ofrece la versión española de la Sentencia *Malone*, pulcramente traducida por J. M. TEJERA VICTORY.

interceptación policial de las comunidades telefónicas—, permite avanzar algunas reflexiones en torno a las líneas maestras de las habilitaciones en favor de la policía de seguridad para interferir en las esferas subjetivas individuales. El tema tiene entidad por sí sólo, pero la Sentencia citada permite afrontarlo con el respaldo autorizado de la jurisdicción de Estrasburgo (13), que nunca ha de escapar a la curiosidad del jurista español, so pena de soslayar lo dispuesto en el importante párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución.

No pretenden estas líneas, por tanto, limitarse a dar cuenta de una Sentencia relevante, sino utilizarla como punto de partida para una exploración —advierto que muy general— sobre el régimen jurídico de la acción policial desde la perspectiva concreta de la habilitación de potestades en nuestro ordenamiento, no sin prestar cierta atención al final, y en justo tributo a la Sentencia MALONE, al problema de las interceptaciones telefónicas, en tanto que manifestación específica de aquellas potestades. Pero antes, lógicamente, no pueden quedar sin exposición sucinta los razonamientos del TEDH ni, por lo peculiar del caso, el alcance del *affaire Malone* en la jurisdicción de su país de origen. La naturaleza supranacional de la justicia de Estrasburgo (14) impone siempre esta última exigencia —recuérdense los artículos 13 y 26 del Convenio desde los prismas sustantivo y procesal, respectivamente—, ahora aún más destacada por la entidad que, para el Derecho británico, revistieron los temas abordados en el *caso Malone*. En definitiva, se trata de un caso que, en su conjunto, ejemplifica la labor de un Tribunal consciente de que la lucha por los derechos en absoluto ha concluido en los países del bienestar. Lamentablemente, en otros muchos ni siquiera ha dado comienzo.

(13) Para exposiciones generales sobre la jurisdicción de Estrasburgo, vid. el excelente estudio de Marc-André EISEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 96 y ss., especialmente. Luis Ignacio ORTEGA, en el volumen colectivo, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 71 y ss., ha llevado a cabo, entre nosotros, una interesante sistematización de la jurisprudencia del Tribunal.

(14) Naturaleza que marca profundamente los procedimientos seguidos ante el Tribunal, desde el momento mismo del acceso a la justicia de Estrasburgo; cfr. EISEN, *cit.*, págs. 25 y ss.; ORTEGA, *cit.*, caps. IV y V.

II. EL CASO «MALONE V. COMMISSIONER OF THE POLICE OF THE METROPOLIS» Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO BRITÁNICO

1. *La Sentencia del juez Megarry*

Brevemente, y siguiendo el relato fáctico proporcionado por los antecedentes de la Sentencia del TEDH (15), el detonante del *iter*, que habría de finalizar en Estrasburgo, tuvo su origen en los hechos siguientes: James MALONE, anticuario residente en el Condado de Surrey, fue acusado en marzo de 1977 de varios delitos de recepción. En el curso de uno de los procesos seguidos contra él por razón de tales cargos se descubrió que, con anterioridad a la fecha precitada, su teléfono había sido intervenido mediando autorización del Ministro del Interior. MALONE entabló entonces acción civil contra el Jefe de la Policía Metropolitana de Londres, pretendiendo se declarara la ilicitud de la interceptación operada sin su consentimiento, aunque estuviera autorizada por el titular del *Home Secretary*. La demanda fue desestimada por el juez Sir Robert MEGARRY, Vicepresidente de la *Chancery División* de la *High Court*, en Sentencia de 28 de febrero de 1979.

Respondiendo a todas las alegaciones del demandante (16), la Sentencia dispone lo siguiente: i) no hay, contrariamente al de autor, un derecho de propiedad sobre el contenido de una conversación telefónica (17); ii) no hay violación domiciliaria por el hecho de practicarse las escuchas desde los locales del *Post Office* (18); la

(15) Parágrafos 16 y siguientes.

(16) Además de la citada, MALONE solicitaba se declarara que las escuchas telefónicas vulneraban sus derechos a la propiedad, intimidad y secreto de sus comunicaciones, con invocación del artículo 8 del Convenio.

(17) Para una distinción doctrinal entre ambos, Vittorio ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e della comunicazioni*, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milán, 1968, págs. 77 y ss.

(18) En la fecha de la Sentencia, el *Post Office* no era ya un Ministerio, sino una empresa pública gestora del servicio de correos y telecomunicaciones, en virtud de la transformación operada por la *Post Office Act* de 1969; una aproximación al tema y al de la configuración de la Administración Postal en el Derecho comparado, donde aparece como insólita la fórmula británica, en PEMÁN GAVIN, *Régimen Jurídico del Servicio de Correos*, INAP, Madrid, 1983, págs. 161 y ss. En cierto modo, el que el *Post Office* sea una *Public corporation* recuerda a la solución adoptada en nuestro Derecho para la gestión del servicio telefónico de la CTNE o a la caracterización del ente público RTVE (vid. DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico-administrativo del servicio telefónico*, IEA, Madrid, 1971, págs. 96 y ss.; ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, IEA, Madrid, 1984, págs. 296 y ss.).

autorización ministerial es sólo consecuencia de una práctica administrativa (19), aunque es relevante a los efectos de la exención de responsabilidad criminal de los miembros del *Post Office* que hubieran practicado la interceptación (parágrafo 1 del anexo 5 a la *Post Office Act* de 1969); iii) el ordenamiento británico no garantiza un derecho a la intimidad (20), no confiriendo el Convenio al demandante derecho alguno que pueda ser hecho valer ante los Tribunales del Reino Unido; iv) existiendo en Gran Bretaña un vacío legal en

(19) Históricamente, siendo usual la práctica de las interceptaciones, no se consideraba necesaria la autorización ministerial. Es en 1937 cuando, por acuerdo del entonces Ministro del Interior y del Secretario de Estado responsable de la Administración Postal (*Postmaster General*), se rompió con la situación anterior conforme a la cual el responsable del *Post Office* y las autoridades de policía convenían en las medidas a adoptar en materia de interceptaciones (vid. parágrafo 28 de la *Sentencia Malone*). La realidad de una antigua práctica de intervención de la correspondencia y de las comunicaciones ha sido destacada por L. H. LEIGH, *Police Powers in England and Wales*, Butterworths, Londres, 1985, pág. 243.

(20) La ausencia en el Reino Unido de un instrumento jurídico que reconozca expresamente los derechos fundamentales afecta, lógicamente, al derecho a la intimidad, aunque en el sentir de ciertos autores pueden existir otras figuras concretas que, en relación con este derecho, cubran parcialmente el vacío; así, HOOD-PHILIPS y JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, Swet & Maxwell, Londres, 1978, pág. 439. De otro parecer es Carol HARLOW, en el comentario a la Sentencia de la *Chancery Division* aparecido en «Public Law», 1980, pág. 4, especialmente; así como D. C. M. YARDLEY (*Introduction to British Constitutional Law*, Butterworths, Londres, 1969, págs. 79 y 80), para quien la libertad *of speech and to write* lo es antes de expresión que comprensiva de un derecho al secreto de las comunicaciones.

El razonamiento del juez MEGARRY contrasta con la labor creadora de la jurisprudencia norteamericana en relación con la formulación de nuevos conceptos jurídicos y, concretamente, con la del derecho a la intimidad. ALONSO GARCIA (*La interpretación*, cit., págs. 106 y ss.) relata cómo en Estados Unidos se ha ido configurando un *right to privacy* a partir de las casi centenarias aportaciones de BRANDEIS y WARREN, derecho inicialmente no reconocido en la Constitución e incorporado al *Bill of Rights* a través de una fascinante técnica interpretativa basada, en formulación de BRIGHMAN, en el desarrollo de nuevos conceptos lingüístico-jurídicos a partir de las convenciones sociales sobre las que se estructura la interpretación de la Constitución. Así, de ser un derecho positivamente inexistente, la intimidad es hoy una libertad susceptible de protección en virtud de la extensión social de un concepto de *privacy* que no coincide con la originaria significación del vocablo y que abarcaría tanto la inviolabilidad del domicilio como la de las comunicaciones, ampliándose posteriormente a otras esferas de la vida personal, como la decisión de tener o no tener hijos. En definitiva, la clave del proceso radica en la abierta actitud de la judicatura norteamericana, que ha sido explicada por Bernard SCHWARTZ en su librito *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Civitas, Madrid, 1980. Pueden encontrarse también referencias, aunque en menor extensión, a la configuración norteamericana de un *right to privacy* en SERRANO ALBERCA, «Comentario al artículo 18», en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 357.

A modo de curiosidad, y para confirmar la extensión social del concepto de *privacy* en relación con su significado en lengua inglesa hace doscientos años, no me resisto a transcribir éste según el *Diccionario Nuevo y Completo de las lenguas inglesa y española*, de los Padres Maestros Fr. Thomas CONNELLY, Dominicó, y Fr. Thomas HIGGINS, Carmelita Calzado, impreso en Madrid, en la Imprenta Real, en 1797: «silencio cuidadoso de no revelar lo que está oculto»; «retiro, soledad».

la materia, es al Parlamento a quien corresponde cubrirlo, aunque sea de reconocer que no se dan en el país las garantías adecuadas en punto a la interceptación de las comunicaciones.

Así, rechazando la aplicabilidad judicial del Convenio y razonando conforme al principio de que lo no prohibido está permitido (21), el juez MEGARRY desestima todas las pretensiones del demandante, aunque advierte que circunscribe su decisión a las características del caso sometido a su examen. El *judgement* de MEGARRY, insensible a la jurisprudencia anterior del TEDH (22), fue objeto de contundentes críticas doctrinales (23) que dejaban entrever las importantísimas cuestiones subyacentes al mismo.

2. *La problemática del reconocimiento de los derechos fundamentales en el ordenamiento británico.*
En particular, la incidencia del Convenio Europeo

Es de justicia reconocer que la ciencia jurídica británica ha mostrado, tradicionalmente, un loable interés hacia los temas policiales (24). Pero ello, paradójicamente, no contradice a que el Derecho

(21) Esto es, al modo de DICEY: «Inglaterra (...) es un país donde todo está permitido excepto lo expresamente prohibido.» En el sentir de HARLOW (*cit.*, pág. 3), de ser ello cierto, todo nuevo poder policial sería legal a menos que el Parlamento se hubiera adelantado prohibiéndolo o que el *common law* lo hubiera prohibido desde tiempo inmemorial. En cierto modo, la actitud de MEGARRY viene a coincidir con una de las posibilidades resolutorias consideradas por KELSEN frente a las por él denominadas lagunas lógicas (*Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1983, págs. 172 y 173).

(22) Significativamente, la Sentencia sobre el caso *Klass*, de 6 de septiembre de 1978. A este respecto, se ha apuntado que la negativa de MEGARRY a ampararse en la citada Sentencia beneficiaba al Gobierno en la medida en que, remitiendo en el fondo a Estrasburgo, el Ejecutivo podía dilatar la adopción de decisiones sobre la materia (vid. la nota al caso *Malone v. Commissioner of the Police of the Metropolis* en «Public Law», 1979, págs. 193 y 194).

(23) Por todos, el citado trabajo de Carol HARLOW, especialmente en lo que atañe a la posible aplicación al caso de la llamada *prima facie tort doctrine*.

(24) Véanse, resultando innecesaria la cita, las exposiciones al respecto en los manuales al uso, y recuérdense tres datos de importancia: i) la creación en 1829, por Sir Robert PEEL, de un cuerpo policial esencialmente civil, acreedor todavía hoy de merecido prestigio; ii) la elaboración a partir de 1912 de las llamadas *Judges' Rules*, hoy en desuso tras la entrada en vigor de los *Codes of Practice*, adoptados bajo la vigencia de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 y manifestación en su día de una notable sensibilidad hacia el tema de los derechos de los detenidos en las dependencias policiales; iii) la existencia de la *police complaints authority*, consagrada en la *Police Act* de 1984 y que viene a sustituir al también interesante *police complaints board*. En relación con la *Police Act*, consúltese el extenso comentario a la misma aparecido en «Public Law», 1985, págs. 363 y ss.; para las

inglés no contemple un *right to privacy* accionable frente a la injerencia policiaca en el secreto de las comunicaciones. Son planos distintos, pues el segundo responde, simplemente, a la ausencia en el Reino Unido de un listado de derechos homologables a los textos garantistas que existen en los regímenes parlamentarios occidentales. Tal situación ha sido suficientemente destacada por la doctrina (25) y no precisa de profundizaciones en este momento.

No ha faltado, por ello, una voz que clame por la incorporación del Convenio al ordenamiento jurídico británico en busca de la tangibilidad de un *Bill of Rights* en sentido moderno (26), sin perjuicio de que, ínterin tal ocurra, la Convención deje sentir su influjo a la hora de la protección de los derechos por los Tribunales del Reino Unido (27). La doctrina es activa en este sentido, pero no lo

Judges' Rules, vid. Geoffrey WILSON, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Cambridge University Press, 1966, págs. 363 y ss.; para el origen de la policía británica, buenas indicaciones en Alan SILVER, «The demand for order in civil society: a review of some themes in the history of Urban Crime, Police and Riot», en David J. BORDUA (ed.), *The police: six sociological essays*, John Wiley & Sons Inc., Nueva York, 1977, págs. 1 y ss.; también datos de interés, en Robert SHEENAN y Gary CORDNER, *Introduction to police administration*, Addison-Wesley Publishing Company Inc., Mass., 1979, págs. 5 y ss. En castellano, una aproximación al tema en BALLBÉ MALLOL, *Orden Público y militarismo*, cit., págs. 150 y ss.

(25) Así, *ad exemplum*, Anthony LESTER, *Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?*, en «Public Law», 1984, págs. 8 y 69, especialmente; HOOD-PHILIPS y JACKSON, *Constitutional*, cit., págs. 40 y 438 y 439; alguna alusión al respecto, en Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le pouvoir judiciaire et les libertés en Royaume-Uni*, «Pouvoirs», 37, 1986, págs. 101 y ss.; entre nosotros, GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pág. 278.

(26) Buenas indicaciones globales, en Joseph JACONELLI, *The European Convention of Human Rights —The text of a British Bill of Rights?*, en «Public Law», 1976, págs. 226 y ss.; Roger KERRIDGE, «Incorporation of the European Convention of Human Rights into United Kingdom domestic law», en FURMSTON/KERRIDGE/SUFFRIN (eds.), *The effect on English domestic law of membership of the European Communities and of ratification of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1983, págs. 247 y ss.

(27) Influencia ni siquiera negada por los críticos de la situación vigente en Gran Bretaña en materia de reconocimiento de los derechos; cfr. JACONELLI, cit., págs. 228 y 247; HOOD-PHILIPS y JACKSON, cit., págs. 440 y ss., incorporando jurisprudencia. Hay que tener en cuenta que el artículo 1 del Convenio exige que, con independencia de la positivización de un *Bill of Rights*, los derechos contenidos en el Título I del Convenio sean observados en las relaciones entre poderes públicos nacionales y ciudadanos del Estado parte, compromiso que, lógicamente, afecta de lleno al Reino Unido. A ello habrá que añadir, con CAPPELLETTI —quien recoge la opinión de Charles BLACK—, que Gran Bretaña puede disponer de una declaración escrita de derechos y vinculante en la medida en que, aceptando en 1951 el artículo 25 del Convenio, aquella declaración puede ser hecha cumplir por un juez internacional al que tienen acceso los ciudadanos ingleses; no conviene perder de vista, sin embargo, que CAPPELLETTI enuncia la cuestión desde el punto de vista de las quiebras de la *parliamentary sovereignty* a causa de las posibilidades de revisión judicial de las leyes. Vid. su trabajo *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, «REDC», 17, 1986, págs. 34 y 35.

son menos las iniciativas parlamentarias que, en forma de *Private Members' Bills* —proposiciones de ley, en nuestro lenguaje—, han pugnado por la codificación de un *Bill of Rights* más o menos tributario de la Convención (28).

El escollo contra el que doctrina e iniciativas legislativas no gubernamentales chocan y perecen es, precisamente, uno de los dogmas más arraigados del Derecho constitucional británico: el de la soberanía parlamentaria (*parliamentary sovereignty*) (29), que extiende sus ramificaciones poderosas sobre las relaciones entre Derecho internacional convencional y ordenamiento interno del Reino Unido, sin perjuicio de que, por lo que hace a la elaboración de leyes propias, sea discutible una efectiva preeminencia parlamentaria (vid. lo detallado en nota 28, *supra*). En efecto, los Tratados en los que Gran Bretaña es Estado parte, contratante o signatario no entran a formar parte del Derecho inglés hasta que un acto expreso del Parlamento de Westminster así lo determina. Las consecuencias en relación con los textos internacionales sobre protección de los derechos no precisan ser subrayadas. Así, la soberanía parlamentaria —con independencia de que sea el Gabinete el agente eficaz— impone la no vinculación en los procesos judiciales nacionales de las garantías convencionalmente reconocidas para los derechos, de igual modo que impide que éstos se integren normalmente en el ordena-

(28) Así, los *Bills* presentados en 1970 y 1975, analizados por JACONELLI (*The European*, cit., págs. 236 y 237), o el posteriormente presentado por Lord WADE, que, aun conteniendo la cautela de que no prevalecería sobre normas posteriores del Parlamento que expresamente contuvieran disposiciones distintas a las del mismo, corrió idéntica suerte que los anteriores: no prosperó (vid. R. W. BLACKBURN, *Private Members' Bills and civil liberties in the 1979-1983 Parliament*, «Public Law», 1984, pág. 551). Es de resaltar que las peculiaridades del procedimiento de elaboración de las leyes en el Parlamento de Westminster parecen otorgar escasas posibilidades de éxito a los proyectos no presentados por el Gobierno, según se desprende del análisis de Joe JACOB, *El procedimiento legislativo en el Parlamento británico*, «REDC», 16, 1986, págs. 185 y 187, circunstancia que ya había sido advertida por GARCÍA-PELAYO en su *Derecho Constitucional Comparado*, cit., pág. 311, y que no necesariamente debe inducirnos a imaginar la inutilidad de las proposiciones de ley, pues, como señalan JACOB (págs. 187 y 188) y BLACKBURN (pág. 550), tienen la virtualidad de sugerir la necesidad de que se legisle sobre una materia, creando un clima favorable a la buena andadura de proyectos posteriores en idéntico sentido.

(29) Que, por cierto, ha desempeñado un papel realmente importante y decisivo a la hora de evitar la instauración en Gran Bretaña de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, «REDC», 1, 1981, pág. 38; CAPPELLETTI, *¿Renegar de Montesquieu?*, cit., pág. 30. Una definición clásica de la *parliamentary sovereignty*, en A. E. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Macmillan, Londres, 1967, págs. 39 y 40. Exposiciones jurisprudenciales sobre la misma, en HOOD-PHILIPS y JACKSON, cit., págs. 52 y 53; YARDLEY, *Introduction*, cit., pág. 31.

miento interno. El Convenio limita, por tanto, su eficacia a un efecto relativo, indirecto: los Tribunales británicos —dejando al margen las imposiciones del *stare decisis*— sólo podrán tenerlo en cuenta, como nos recuerda LESTER, para aclarar ambigüedades o incertidumbres legales, asegurando que, en la medida de lo posible, el Derecho inglés es conforme con las obligaciones que, para el Reino Unido, se derivan de la Convención (30). Recordando doctrinas de interpretación constitucional, bien pudiera parangonarse esta estrecha consecuencia a las posibilidades de elaboración judicial del Derecho conferidas por las «reglas de reconocimiento» en el sentido de HART (31).

Pero se recordará que es incluso este limitado alcance el que MEGARRY excluye en su razonamiento arguyendo que no hay un *statute law* que reconozca un derecho a la intimidad; conclusión que, a mi juicio, permite abrigar sospechas en torno a la efectividad real del derecho reconocido en el artículo 13 del Convenio (32). No obstante, con posterioridad al fallo de Estrasburgo, el Parlamento británico aprobó la *Interception of Communications Act* (33) (34), haciendo ciertas las consideraciones de EISSEN acerca del influjo de la jurisprudencia del TEDH (35). Es un dato importante que merece ser destacado por lo que implica, especialmente si se recuerda la suspicacia que parecen sentir los jueces ingleses frente a un Tribunal supranacional compuesto por juristas no necesariamente afectos

(30) Anthony LESTER, *Fundamental Rights*, cit., pág. 66; en un sentido similar, la Sentencia *R. v. Secretary of State for Home Department ex parte Bhajan Slugh* (1976), citada por HOOD-PHILIPS y JACKSON, en pág. 445.

(31) Una exposición de las *reglas de reconocimiento* en el sentido de H. L. A. HART, en ALONSO GARCÍA, *La interpretación*, cit., págs. 97 a 99, por nota.

(32) Precepto importantísimo, pues reconoce el *derecho* al recurso efectivo ante una instancia nacional frente a la violación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio; es, por tanto, un verdadero derecho subjetivo sustantivo y no un aspecto procesal, como es el caso del artículo 26.

(33) Con anterioridad a esta Ley se había planteado ya en Gran Bretaña la posibilidad de legislar sobre la materia, pero argumentos en defensa de la necesidad de mantener en secreto las interceptaciones condujeron a que el Gobierno no enviara el Proyecto al Parlamento. En 1984, no obstante, fue dictada, por iniciativa gubernamental, una Ley atinente al derecho a la intimidad, aunque no viciado su objeto por el pretendido secreto necesario, la *Data Protection Act*; un comentario a la misma, rubricado por R. C. AUSTIN, puede verse en «Public Law», 1984, págs. 618 y ss.

(34) El 25 de agosto de 1985, la Reina sancionaba la *Interception of Communications Act*, norma elaborada teniendo en cuenta el pronunciamiento del TEDH en el caso *Malone* y que no se ha visto libre de críticas doctrinales; cfr. Ian LEIGH, *A Tappers' Charter?*, «Public Law», 1986, págs. 8 y ss.; L. H. LEIGH, *Police Powers*, cit., págs. 246 y ss.

(35) EISSEN, *El Tribunal Europeo*, cit., págs. 101 y ss.

a la carrera judicial; de este modo, las Sentencias de Estrasburgo encuentran efectos prácticos en el Reino Unido, no pudiendo ser éstos desconocidos por los magistrados de ese país desde el momento en que cristalizan en leyes internas. Dato importante, repito, pero que no debe ocultar la honda problemática sucintamente expuesta.

III. LA SENTENCIA DE 2 DE AGOSTO DE 1984 DEL TEDH SOBRE EL CASO MALONE

El 19 de julio de 1979, James MALONE acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando el desconocimiento de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 13 del Convenio. Prescindiendo, por imperativo de la Sentencia, de la pretendida vulneración de este último (36), y dejando de lado el juego del artículo 50 de la Convención (37), merece la pena detenerse en los pronunciamientos del Tribunal acerca de la violación del artículo 8, precepto que, por cierto, se expresa como sigue:

(36) Vid. nota 32. El que el TEDH no se pronunciara sobre el tema quizá fue desaprovechar una buena oportunidad para analizar el alcance del artículo 13 y sus posibilidades en la jurisdicción británica. La marginación de cualesquiera valoraciones en este punto motivó a los jueces MATSCHER y PINHEIRO FARINHA a emitir una opinión parcialmente disidente en contra de la postura mayoritaria del resto del Tribunal.

(37) El artículo 50 del Convenio prevé la posibilidad de que el Tribunal conceda una satisfacción equitativa a la parte lesionada si se declara que la resolución tomada o medida adoptada objeto de impugnación es total o parcialmente opuesta a las obligaciones que se derivan del Convenio, y en el caso de que el derecho interno de la parte contratante demandada sólo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias. En el caso MALONE, la decisión sobre este extremo se remitió, junto con la principal, al Tribunal en Pleno por la Sala inicialmente competente, en virtud de la posibilidad que en tal sentido confiere el artículo 50 del *Reglamento del Tribunal*, de 24 de noviembre de 1982 (vid. su texto en el Apéndice al citado estudio de EISSEN, págs. 141 y ss.). Resuelto el asunto principal, y siempre dentro de las previsiones del citado precepto del Reglamento, el Pleno remitió nuevamente a la Sala la decisión sobre la satisfacción equitativa del artículo 50 del Convenio. La andadura posterior del caso concluyó en un acuerdo amistoso entre el demandante y el Gobierno británico por una cantidad ascendente a casi 14.000 libras esterlinas, 4.445 dólares norteamericanos y más de 3.000.000 de liras italianas, quedando el caso definitivamente cerrado el 26 de abril de 1985.

El dato que se apunta indica que el caso *Malone* es un ejemplo claro de la advertencia de EISSEN (págs. 66 y 67) acerca de la imposibilidad de resolver en algunas ocasiones de forma unitaria tanto la cuestión principal como la satisfacción equitativa, difiriéndose a un momento posterior la decisión sobre el artículo 50 del Convenio para pronunciar en tiempo útil una Sentencia en cierto modo complementaria.

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

Se trata de una previsión muy en línea con las de los artículos 12 de la Declaración Universal de 1948 y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; ambos textos reconocen un derecho cuyo ejercicio no escapa a injerencias no arbitrarias que sólo encuentran precisión, si bien con alcance regional, en el párrafo segundo del artículo 8 del Convenio, sin que obste a ello la quizá excesiva amplitud de las causas injerentes permitidas, amplitud que, en la medida en que implica imprecisión, no es de recibo en las legislaciones internas sin prejuzgar su validez en un instrumento jurídico de la índole del Convenio Europeo.

1. *Consideraciones en torno al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y a su encuadre en el artículo 8 del Convenio*

No siendo citado expresamente, el secreto de las comunicaciones telefónicas puede considerarse amparado por la protección que brinda el artículo 8. Dos argumentos permiten afirmar tal cosa: i) la propia jurisprudencia del TEDH anterior al caso MALONE (38), y, ii) al margen de conexiones con la justicia de Estrasburgo, el entendimiento doctrinal generalizado de que el derecho al secreto de la correspondencia —expresamente reconocido en el artículo 8— abarca al de las comunicaciones telefónicas (39).

(38) Así, el párrafo 41 de la Sentencia recaída en fecha de 6 de septiembre de 1978 sobre el caso *Klass*.

(39) Cfr. Georges BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, París, 1972, pág. 183;

Descolla en la literalidad del artículo 8 de la Convención la fusión de tres derechos en una misma cláusula protectora: respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, fusión que, en buena lógica, ha dado lugar a una diversa jurisprudencia relativa al precepto y heterogénea en sus supuestos de hecho (40). ¿Fue voluntad del Consejo de Europa la de asimilar conceptualmente estos bienes jurídicos? Leyendo el resto del Título I del Convenio, me da la impresión de que las agrupaciones de derechos, en los diversos preceptos, responden antes a una lógica que persigue identificar las causas de limitación que a la regulación conjunta de libertades sustancialmente relacionadas; de ser esto cierto, que no es sino una sospecha, se apuntalaría la trascendencia de las limitaciones al libre ejercicio de los derechos para la propia configuración jurídica de los mismos, incluso en instrumentos ideados para su garantía. Las limitaciones figurarían, así, en el propio núcleo definitorio de cada una de las libertades.

De lo anterior se desprende la posible heterogeneidad de cada una de las tres que son objeto de protección y de idénticas posibilidades de injerencias no arbitrarias en el artículo 8 (41), sin perjuicio de que, a los efectos de clasificaciones académicas, sean agrupadas bajo una rúbrica unitaria: intimidad (42), vida privada (43) o personalidad (44); no obstante, considero que no debe seguirse de ello que su régimen jurídico deba necesariamente ser unitario.

Jean MORANGE, *Libertés Publiques*, PUF, Paris, 1985, pág. 155; Claude-Albert COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1983, pág. 382.

(40) Pueden citarse los casos DE WILDE, COMS y VERSYP, de 18 de junio de 1971, en la que se alude al control de la correspondencia durante el internamiento de los demandantes; GOLDER, de 21 de febrero de 1975, uno de cuyos aspectos es la limitación a la correspondencia entre el detenido y su abogado; KJELDSSEN, BUSK, MADSEN y PEDERSEN, de 7 de diciembre de 1976, sobre aspectos de la legislación sueca acerca de la educación sexual obligatoria e integrada; el ya citado caso KLASS; el caso MARCKX, de 13 de junio de 1979, en el que se invoca el artículo 8 en relación con la protección de la vida familiar y la discriminación legal de los hijos extramatrimoniales; el caso AIREY, de 9 de octubre de 1979, con idéntica invocación que el anterior, aunque ahora respecto de la imposibilidad legal de obtener una resolución judicial de separación; el caso DUNGEON, de 22 de octubre de 1981, conectando vulneración del derecho al respeto a la vida privada con la prohibición legal de la homosexualidad masculina; o, en fin, los casos SILVER, de 25 de marzo de 1983, sobre violaciones del derecho a la correspondencia en las cárceles, y X e Y, de 26 de marzo de 1985, sobre la legislación holandesa que prohíbe al padre de una mujer violada iniciar acciones penales contra las personas sospechosas de haber atentado a su integridad sexual.

(41) Luis I. ORTEGA, en el volumen citado *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, pág. 101, destaca esta característica.

(42) BURDEAU, *op. cit.*, págs. 181 y ss.

(43) MORANGE, *op. cit.*, págs. 143 y ss.

(44) COLLIARD, *op. cit.*, págs. 367 y ss.

¿*Quid*, concretamente, del derecho al secreto de las comunicaciones, en particular de las telefónicas? Un breve apunte doctrinal puede proporcionar alguna respuesta, de la mano, esta vez, de la disección que del artículo 15 de la Constitución republicana de 1947 (45) realizara Vittorio ITALIA. A juicio de este autor, el derecho en cuestión tutela tanto la libertad de la correspondencia y de las comunicaciones como su secreto, revistiendo éste mayor importancia práctica, pues sin él no hay libertad real (46). La *libertad* no es, pues, un presupuesto del derecho, sino integrante de su contenido y manifestación de la de pensamiento, apareciendo como un derecho fundamental y esencial en el sentido 2 de la Constitución de 1947 (47). Se trata, para ITALIA, del derecho a poder comunicarse o a mantener correspondencia con otras personas sin que sobre ello pesen interrupciones o suspensiones de su curso normal (48). Adelantando ideas, no hay que olvidar la relación de esta libertad con el principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos que, como se verá, incide notablemente en el tema desde la óptica del régimen jurídico del servicio telefónico en nuestro país.

Al lado de la libertad, el secreto caracteriza un derecho de intimidad personal atinente a que ciertas noticias sólo pueden ser conocidas en la medida en que el sujeto interesado desee hacerlas conocer; su sanción constitucional —convencional en nuestro caso— implica, para ITALIA, una presunción de intimidad personal, remitiendo al derecho a que el contenido de una correspondencia o de una comunicación no sea ilegítimamente conocido por sujetos distintos de su destinatario (49).

En mi opinión, la tesis de ITALIA acierta en la configuración compleja o dual del derecho al secreto de las comunicaciones; es perfectamente aplicable al protegido por el artículo 8 del Convenio, como el autor citado reconoce (50), siendo de destacar que el propio TEDH ha parecido razonar en alguna ocasión de modo similar (51).

(45) «La libertad y el secreto de la correspondencia o de otra forma de comunicación son inviolables.

»Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley.»

(46) Vittorio ITALIA, *Libertà e segretezza*, cit., págs. 25 y 33.

(47) *Ibidem*, págs. 41 y ss., y hallando su *ratio* justificante en el respeto a la dignidad de la persona (págs. 53 y 54).

(48) *Ibidem*, pág. 63.

(49) *Ibidem*, págs. 71 y ss.

(50) *Ibidem*, págs. 84 y 85, por nota.

(51) Así, en el caso GOLDER, parágrafo 43: si el detenido o preso se ve impedido para mantener correspondencia con su abogado, no hay retención o censura alguna

Si se tiene en cuenta que no se encuentra en la *Sentencia Malone*—ni en otras anteriores de gran relevancia, como la del *caso Klass*—ningún atisbo de caracterización del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, se comprenderá que me haya parecido oportuno dar esta esquemática pincelada. No por esto censuro al Tribunal; su función no es la de definir derechos, sino la de arbitrar los conflictos que de su ejercicio puedan derivarse. Así, el núcleo intelectual de la Sentencia gira en torno al problema basilar del ejercicio de los derechos: las causas legítimas de injerencia en el mismo, articuladas en esos *segundos párrafos* que siguen, en tendencia universal y como la sombra al cuerpo, a los que inmediatamente antes han reconocido la libertad y su protección (52). He aquí el nudo gordiano de la cuestión, antes que las definiciones académicas; y no quiero dejar de advertir que, en mi opinión, no acaba de ser resuelto por completo en la *Sentencia Malone*, aunque, a fuer de ser sinceros, ello pueda venir justificado por las características concretas del caso.

2. *La Sentencia sobre el caso Malone: la licitud de las escuchas telefónicas operadas conforme a ciertos presupuestos*

Hay que comenzar destacando que el Tribunal afirmó categóricamente que la práctica seguida en Inglaterra y Gales en materia de escuchas vulneraba el artículo 8 de la Convención. Incluyéndose las comunicaciones telefónicas en las nociones de vida privada y de correspondencia, la interceptación reviste el carácter de injerencia de la autoridad pública, por lo que la controversia se desliza hacia la comprobación de si está, en el sentido del artículo 8.2 del Convenio, prevista por la ley y si es necesaria en una sociedad democrática para la consecución de alguno de los objetivos que se enu-

porque no existe correspondencia; el artículo 8 del Convenio no sólo protege el secreto, sino también frente a los obstáculos a la posibilidad de iniciar correspondencia, obstáculos constitutivos de la forma más radical de interferencia en el ejercicio del derecho a la correspondencia.

(52) Cfr. Luis I. ORTEGA, *op. cit.*, en la pág. 85 de su primera edición, publicada en 1979. Sobre el tema de las restricciones, vid. las consideraciones generales de Karel VASSAK, «Examen analytique des droits civils et politiques», en K. VASSAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, 1978, págs. 184 y 185. En relación con los *párrafos segundos*, no han perdido vigencia las reflexiones de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La cláusula de orden público como límite—impreciso y creciente— al ejercicio de los derechos*, *cit.*, págs. 22 y ss.

meran en el precepto; el análisis desemboca, como vamos a ver, en la rotunda conclusión antes adelantada.

2.1. *Injerencias previstas por la ley.*

El vocablo «ley» posee autonomía en los términos definidos por EISSEN: es un concepto de sentido europeo, de interpretación unitaria para todos los Estados contratantes (53). Es una afirmación general que el TEDH concreta, en el *caso Malone*, señalando que la ley puede ser tanto la escrita como la no escrita (aunque dudo que lo que esté afirmando sea la licitud del derecho consuetudinario por sí sólo) y, recordando en este punto el *caso Sunday Times*, concluye que la ley que prevea las injerencias debe ser asequible para los ciudadanos y estar enunciada con la precisión necesaria para permitir a éstos reglar su conducta y prever las consecuencias que se puedan derivar de un acto determinado.

Tales precisiones conectan con la llamada *preeminencia del Derecho*, que consagra el Preámbulo de la Convención (54), y, a mi juicio, con la interdicción de los *limites implícitos* derivados de otros preceptos del Convenio proclamada en el *caso Golder*. Ha de haber, pues, normación jurídica que prevea las injerencias en beneficio de las necesidades policiales de investigación, aunque no ha de llegar a un grado tal de previsibilidad que ponga en peligro aquellos objetivos (55), pero sí que ha de indicar clara y suficientemente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita al poder público a proceder a una injerencia secreta y virtualmente peligrosa para el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia. No será necesario destacar que, en este punto, las dos condiciones que impone el artículo 8.2 —previsión por ley y consecución de un fin legítimo— se dan la mano y muestran su interpenetración práctica, aunque sea posible disociarlas en un plano lógico.

(53) EISSEN, *El Tribunal*, cit., págs. 89 y 90.

(54) «Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, (...) Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal (...).»

(55) Aparece en este punto un factor importante: la necesidad de un cierto secreto o sigilo para no poner en un brete las finalidades perseguidas por las interceptaciones legalmente autorizadas. Es de recordar que el TEDH no considera injerencia arbitraria en el ejercicio del derecho protegido por el artículo 8 las interceptaciones previstas por la ley con ciertas condiciones; cfr. la Sentencia KLASS.

Por lo que hace a la extensión de la ley que prevea las injerencias, el Tribunal se mueve en una suerte de «sí, pero no», argumentación imprecisa que se explica en las peculiaridades ínsitas a la acción de policía de seguridad, que pugna por derivar hacia lo discrecional en detrimento de lo reglado. El hallazgo de un punto de equilibrio no es tarea fácil, abordándolo el Tribunal en el párrafo 68 de la Sentencia: el nivel de precisión que debe exigirse a la ley depende del ámbito concreto de que se trate; en el caso, la ley iría contra la preeminencia del Derecho si el poder de apreciación conferido a las autoridades policiales careciera de límites, pues deben definirse el alcance y modalidades del ejercicio del poder de apreciación con la claridad suficiente para suministrar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.

El tema remite, por consiguiente, a la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades administrativas mediante la exigencia de ciertos elementos reglados en el seno de un margen apreciativo que no se discute y que ha de venir conferido por la norma jurídica. El encaje de la cuestión en lo que en nuestro país ha dado en denominarse, en feliz expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, *lucha contra las inmunidades del poder* (56) es evidente.

Aplicando tales principios al caso objeto de litigio, el Tribunal concluye por afirmar que:

i) el Derecho británico no subordina expresamente a la existencia de un mandato el ejercicio del poder de interceptación de las comunicaciones telefónicas;

ii) la normativa atinente a la materia configura una regulación deficiente y oscura, sujeta a interpretaciones divergentes. La ambigüedad e incertidumbre en torno al grado en que ese poder se encuentra integrado en normas jurídicas y en qué proporción depende del Ejecutivo implican insuficiente claridad en punto a la extensión y modalidades del ejercicio del poder de apreciación en la materia que se considera. Falta, por ello, el grado de protección jurídica que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática.

Lo que aflora, básicamente, es la ausencia de una ley que exprese el cómo, cuándo y por qué de las injerencias. Ejemplificativa resulta es que uno de los presupuestos objetivos de la intercep-

(56) Vid. su estudio, precisamente así titulado, publicado en el núm. 38 de esta REVISTA y en «Cuadernos Civitas», Madrid, 1974.

tación, que el sujeto pasivo de la misma haya cometido una infracción grave, ha sufrido con el paso del tiempo modificaciones extensivas sin el concurso del Parlamento (parágrafo 76, recogiendo apreciaciones de la Comisión). Manteniéndose en los dominios de su competencia, el Tribunal declara la incompatibilidad de la situación en Inglaterra y Gales con el Convenio, pero se cuida de no usurpar el rol de las instancias nacionales, reenviando a los poderes públicos británicos la resolución definitiva del problema, reenvío que ha podido encontrar respuesta —y no valoro si es o no adecuada— en la ya citada *Interception of Communications Act* de 1985.

2.2. *Necesarias en una sociedad democrática para la consecución de un fin legítimo.*

En este extremo cardinal, y de nuevo vuelve a asomar su interconexión con el anterior, es, precisamente, donde el Tribunal no se detiene. Se limita a señalar que las injerencias pueden venir exigidas para prevenir la delincuencia, especialmente la organizada (57), aunque precisa que su carácter secreto puede entrañar el riesgo de abusos en casos individuales y consecuencias perjudiciales para la sociedad en su conjunto. La inexistencia de ley habilitante y reguladora de las escuchas mueve al Tribunal a inhibirse ante esta cuestión basilar, auténtica clave de bóveda del sistema. Cabe indicar, aunque bueno es no perder de vista la función del Tribunal, que quizá hubiera supuesto la del *caso Malone* una oportunidad idónea para ofrecer principios generales interpretativos de las causas legítimas de injerencia previstas en el artículo 8.2, si se quiere desde una perspectiva abstracta; pienso que ello no hubiera estado de más, especialmente si se recuerda la imprecisión de los fines legítimos relacionados en el precepto. A mi juicio, una lectura crítica de los mismos podría conducir a resultados insospechados.

Mi cometido con la *Sentencia Malone* concluye aquí, en este dar cuenta de la misma, aunque no quiero dejar de destacar su importancia en lo que tuvo de potencialidad transformadora, de revulsivo para el Derecho británico. Pero, como señalaba al principio, la *Sentencia* de 2 de agosto de 1984 posee un alcance universal e invita

(57) Tal fue uno de los argumentos esgrimidos en el caso *KLASS* para justificar las injerencias, con especial mención al fenómeno terrorista. Pero no siempre se ha aludido a la delincuencia organizada; cfr. el caso *DE WILDE, OOMS* y *VERSYF* y el voto particular disidente del juez *WOLD*.

irresistiblemente a atender a su proyección en nuestro ordenamiento, a aproximarnos a cómo el Derecho español resuelve las cuestiones en ella planteadas. No pretendo, evidentemente, diseñar milimétricamente el régimen jurídico de las injerencias policiales en el ejercicio de los derechos, ni siquiera de las que se refieren a las comunicaciones telefónicas; me conformo con establecer pautas globales, panorámicas a vista de pájaro que quizá resulten útiles como punto de partida para exploraciones futuras en una materia precisada de urgentes análisis.

IV. EL ALCANCE EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA TEMÁTICA CONTEMPLADA EN LA SENTENCIA MALONE

1. *Una referencia incidental: la ausencia de legislación en un ámbito material concreto*

Como se recordará, el nervio de la Sentencia del juez MEGARRY y la del propio TEDH, aunque desde distinta perspectiva, era la constatación de un vacío normativo casi total en materia de escuchas telefónicas policiales. Las consecuencias en el Derecho británico eran de enorme entidad, ¿puede afirmarse lo mismo en el nuestro desde un planteamiento general? Desechando que la inactividad normativa parlamentaria llame a alguno de los supuestos de la llamada responsabilidad del Estado legislador (58), entiendo que el problema sólo puede plantearse como tal en aquellos sistemas que son constitucionalmente acéfalos, carentes de una *Grundnorm* que participe tanto de las características lógico-formales diseñadas por KELSEN como de las sustantivas derivadas de su directa aplicabilidad, en tanto que norma jurídica. Ejemplo de tal acefalia constitu-

(58) Sobre el tema, vid. las exposiciones de SANTAMARÍA PASTOR, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 68 de esta REVISTA, 1972; LINDE PANIAGUA, *Amnistía, control de constitucionalidad y responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, «REDA», 16, esp. págs. 106 y ss.; también algunas referencias de interés, en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Cívitas, Madrid, 1984, págs. 190-192, y en el *Curso de Derecho Administrativo* que el autor últimamente citado publica en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, concretamente en su tomo II, págs. 195 y ss. (cito por la edición de 1982). Es de advertir que la responsabilidad del Estado legislador se plantea sólo a partir de efectivas actividades normativas parlamentarias y no desde su omisión, siendo sus alcances principales las expropiaciones legislativas o la declaración de inconstitucionalidad de una ley, dato éste que confirma que el asunto que se plantea en el texto es sólo imaginable en ordenamientos constitucionalmente acéfalos en el sentido indicado.

cional lo es el Reino Unido, aunque algún autor, quizá tentado por la imagen estilística, haya asignado el apelativo de *Grundnorm* al dogma de la soberanía parlamentaria (59).

En nuestro ordenamiento, la cuestión sólo admite lecturas desde los términos de una exigencia jurídico-constitucional de *interpositio legislatoris*; fuera de ello, la decisión de legislar o no sobre una materia lo es político-parlamentaria, pudiendo o no adoptarse (60). Pero no por ello parece la obligación que sujeta al juez ordinario de aplicar directamente la Constitución (arts. 1, 5.1, 6 y 7.1 de la LO 6/1985, del Poder Judicial; en adelante, LOPJ). Las posibilidades del Tribunal Constitucional en este dominio son, evidentemente, cardinales. Sin llegar a la inconstitucionalidad por omisión, en los términos de RUBIO LLORENTE (61), es, por el contrario, perfectamente aceptable la técnica sustitutoria que, tomada de la praxis de la *Corte Costituzionale*, ha sido utilizada por nuestro TC en alguna ocasión (62). En definitiva, si no hay obligación jurídico-constitucional de legislar, tampoco hay patología que subsanar. Pero aún hay algo más; en caso de que aquella obligación existiera, dudo que fuera posible articular mecanismos constreñidos de carácter jurídico: Habrá que valorar las posibles soluciones en uno u otro caso: queda la aplicabilidad directa de la Constitución en la medida de lo posible (63); quedan, operantes sobre ámbitos restringidos, las técnicas sustitutorias y de interpretación conforme a la Constitución de las normas preconstitucionales, pero nada más. Otras posibilidades discurren por el cauce de lo político, de conocida e inevitable imprecisión.

(59) Así, WINTERTON, tomado por CAPPELLETTI, *cit.*, pág. 31, por nota.

(60) ESTEVE PARDO, *Régimen jurídico*, *cit.*, págs. 136 a 138, en relación con la Sentencia constitucional de 31 de marzo de 1982.

(61) RUBIO LLORENTE, *La Constitución*, *cit.*, págs. 70 y 71. Este autor considera que habría inconstitucionalidad por omisión en caso de que el legislador no desarrollara los derechos contenidos en los artículos 35 ó 43 de la Constitución, en una línea de pensamiento con la que sería coherente su voto particular en la STC de 31 de marzo de 1982, citada en la nota anterior. Por mi parte, considero discutible la afirmación de que en relación con los derechos que RUBIO menciona exista una efectiva obligación jurídico-constitucional que vincule al legislador postconstitucional a desarrollarlos.

(62) Cfr. SALAS, *El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de las formas de Gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial*, «REDC», 6, 1982, págs. 151 y 152, por nota.

(63) GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO (*Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cívitas, Madrid, 1986, pág. 52) recuerdan cómo el TC ha afirmado expresamente la compatibilidad entre que un precepto constitucional contenga un mandato al legislador y que reconozca, al mismo tiempo, un derecho que puede ser accionable sin necesidad de *interpositio legislatoris*.

No quisiera cerrar esta breve referencia sin aludir a dos ejemplos jurisprudenciales de interés. El primero es la Sentencia del Tribunal Constitucional número 24/1982, de 13 de mayo, por la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 9.4 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos de los militares de carrera del Ejército de Tierra. Pretendiendo los recurrentes se declarara la inconstitucionalidad de una norma por no tutelar todos los intereses constitucionalmente relevantes, el TC responde que

«no resulta fácil admitir la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular, alegando que el legislador debió aprovechar la oportunidad que le brindaba la Ley 48/1981 para reestructurar la prestación de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pues la inconstitucionalidad por omisión existe sólo cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (Fundamento Jurídico 3.º).

Lo que el TC se olvida de precisar es el mecanismo de control de esa pretendida inconstitucionalidad por omisión, si ha de ser técnico-jurídico o de otra naturaleza, así como la entidad de la imposición constitucional susceptible de generar aquella inconstitucionalidad. Estas dudas permiten avanzar un paso más sobre la posible inviabilidad de la figura en nuestro ordenamiento cuando existen medios indirectos, como los antes apuntados, que permiten solventar los eventuales problemas sin acudir a la omisión inconstitucional

El segundo ejemplo jurisprudencial lo es de la técnica sustitutoria, aunque operada por el Tribunal Supremo, en relación con lo que considera ausencia de previsiones legales sobre la moción de censura de los Alcaldes, no contemplada, a la sazón, en la Ley 39/1978, de 17 de julio. El Supremo extendió, en sendas Sentencias de 10 de octubre de 1984 (Azdi. 4952), de 8 de marzo de 1986 (Azdi. 1061) y de 17 de marzo de 1986 (Azdi. 1096), los requisitos legales exigidos para la elección del Alcalde a los casos de su destitución por los Concejales vía moción de censura. El interrogante que queda sin respuesta es el de si tal censura no estaba contemplada por el ordenamiento a causa de una expresa voluntad del legislador. Sin poner en duda la buena intención del Tribunal, sin prejuzgar actitudes, da-

tos como el aludido, vistos desde un cristal formalista, no dejan de reavivar el inconcluso debate en torno a la posición institucional del Poder Judicial y a su potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

2. *Las posibilidades de injerencia policial en el ejercicio de los derechos: el principio de juridicidad previa*

Los aludidos «segundos párrafos» que contiene el Convenio Europeo no son sino la dimensión internacional de una doctrina general tendente a considerar consustancial al ejercicio de los derechos ciertas limitaciones (64); limitaciones que, recordando de nuevo el caso *Golder*, no pueden entenderse implícitas por muy inherentes que sean. Dicha inherencia parece ser lo que inspira las afirmaciones del TC vertidas en su *Sentencia 10/1985, de 4 de octubre*, conforme a las cuales debe probarse en cada caso que se ha traspasado el ámbito de libertad constitucionalmente fijado para el ejercicio de los derechos (FJ 3.º). Este ir más allá de una barrera constitucionalmente impuesta será lo que justifique una limitación que, de este modo, aparece como efectivamente consustancial al propio ejercicio de la libertad, aunque, repito, no es de recibo la tesis de los límites implícitos, pues, en todo caso, han de estar fijados por el ordenamiento.

De entre los límites al disfrute de situaciones subjetivas de libertad descollan, por su especificidad, los policiales, los impuestos en base a los requerimientos de la acción de policía de seguridad. La doctrina es coincidente en torno a su existencia (65), pues, en tanto en cuanto compete a la policía la preservación material del ordena-

(64) Aun cuando se trate de casos distintos, me parece llamativo el dato semántico, en definitiva expresivo de otro conceptual, que apunta GARCÍA DE ENTERRÍA en relación con los conceptos de limitación y de privación operada por el ejercicio de la potestad expropiatoria, reconociendo en el primero un límite inmanente e intrínseco a la propiedad y a los derechos (*Los principios*, cit., págs. 67 y 68).

(65) Cfr. RANELLETTI, *La polizia*, cit., pág. 307; Cesare RODDI, *La polizia di sicurezza*, Giuffrè, Milán, 1953, pág. 8; Pietro VIRGA, *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milán, 1954, pág. 10; COLLIARD, *Libertés*, cit., pág. 176; SHEENAN y CORDNER, *Introduction*, cit., págs. 11 y 12. En nuestro país, la idea de limitación está bien presente, aunque referida a la policía administrativa en general, en los trabajos de GARRIDO FALLA y de MONCADA LORENZO citados en la nota 3, ante, o en la alusión de VILLAR PALASÍ en su estudio *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, núm. 16 de esta REVISTA, 1955, pág. 42. Por su parte, y ciñéndose a la policía de seguridad, JORDANA DE POZAS distingue entre limitaciones extraordinarias y ordinarias al ejercicio de los derechos individuales; vid. su *Derecho Administrativo*, Librería General de V. Suárez, Madrid, 1922, págs. 306 y ss.

miento jurídico (66), parece ser preciso otorgarle ciertos poderes, cuya actualización ordinaria, en su caso compulsiva, implica incidencias sobre las esferas individuales de libertad en lo que aparezcan incompatibles con lo que pudiéramos denominar desenvolvimiento normal de la vida comunitaria, criterio de normalidad establecido por la norma jurídica, de igual modo que lo están las agresiones al mismo.

En un Estado de Derecho en sentido material, asoma en este punto, y revestido de cardinal trascendencia, el principio de normatividad o de juridicidad previa, eventualmente articulado a través de la reserva constitucional a la ley (67), principio al que se adiciona, con no menos fuerza, la búsqueda del *nomen iuris* que explique la injerencia policial constreñidora jurídicamente prevista. La imbricación de ambos principios configura el conjunto de barreras policiales impuestas al ejercicio de los derechos que, doctrinalmente, ha encontrado expresión en los denominados *régime de police* (68) o *derecho universal de policía* (69) (70).

Conviene tener presente que no toda injerencia policial es de idéntica intensidad o naturaleza, pues puede variar tanto el grado de coacción como su incidencia en el contenido esencial del derecho afectado. Así, por ejemplo, se observa con facilidad que la obligación de someterse a pruebas alcoholométricas o a controles fronterizos más o menos rutinarios implica una injerencia de relevancia menor, en términos generales, que la que se sigue de la disolución de una manifestación, una detención o, por lo que viene al caso, la interceptación de las comunicaciones. Al menos, *prima facie*, pues no cabe duda de que una injerencia menos intensa, sobre la libertad de desplazamiento, por ejemplo (un control de carreteras), puede desembocar en graves afecciones a otros derechos si el sujeto pasivo no atiende al requerimiento y se da a la fuga. Aludo a la cues-

(66) En este punto siguen siendo plenamente válidas, a mi juicio, las afirmaciones de Hans Kelsen, *Teoría Pura*, cit., págs. 74 y 75.

(67) Sobre el principio de normatividad previa como flexibilización necesaria del de legalidad y sus relaciones con la reserva constitucional a la ley, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, págs. 473 y 474.

(68) Así, DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, III, Paris, 1930, pág. 650.

(69) Lorenz von STEIN, «La scienza della Pubblica Amministrazione», en A. BRUNIALTI (dir.), *Biblioteca di scienza politiche e amministrative*, segunda serie, volumen primero, Turín, págs. 53 y 55.

(70) No estará de más recordar el hilado más fino de MERKL (*Teoría General*, cit., págs. 327 y ss.), quien se apoyaba, para caracterizar el derecho policiaco, en el concepto de coacción, en tanto que más preciso que el de limitaciones a la libertad.

tión en abstracto, sin parar mientes en la juridicidad de la respuesta policial, pues entonces son otros criterios los que hay que tener en cuenta; con posterioridad se hará alguna referencia a ello.

La diferente intensidad de las injerencias, su diversa incidencia en el contenido esencial de los derechos, configura un régimen jurídico también diferente. Para las menos relevantes cabe el recurso a la posición general de supremacía de la Administración, que se especifica, a nuestros efectos, en las potestades de policía administrativa en sentido amplio y juridificada en normas habilitantes escalonadas. Así, y pensando en los ejemplos aducidos, pueden citarse los párrafos A, b), y B, c), del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS), y 53.1, b), de la misma, o el 25.2, b), de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Son preceptos contenidos en normas con rango de ley que actualizan la cobertura de posibles textos reglamentarios reguladores de concretas injerencias amparadas en los títulos habilitantes a que hacen referencia los artículos citados. Así, por ejemplo, la Orden de 29 de julio de 1981, relativa a los test de alcoholemia. La posición general de supremacía de la Administración genera en el ciudadano la obligación de sujetarse a sus requerimientos —y en este punto la jurisprudencia constitucional ha sido rotunda (71)—, obligación que pesa sobre todos por igual sin perjuicio de sus actuaciones concretas, lógicamente, individualizadas.

No son los últimamente aludidos los casos más llamativos de injerencia policial en el ejercicio de los derechos, ni parecen pensar en ellos los *segundos párrafos* del Convenio. Las verdaderamente relevantes son las que afectan al contenido esencial de los derechos y libertades, contenido esencial que, actuando a modo de cautela frente al legislador, no puede ser, según el tenor literal del artículo 53.1 de la Constitución, incidido por las Leyes Orgánicas que desarrollen el ejercicio de los derechos fundamentales. No obstante, y el artículo 5 de la *LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión*, es ejemplo patente, parece que la previsión de injerencias policiales afecta a aquel contenido esencial, afección que, en una lectura rígida del artículo 53.1, podría resultar contraria al mismo.

¿Es aceptable esta interpretación? De hacerlo así, considero que las consecuencias rayarían en el absurdo. El problema se desplaza

(71) Me refiero a la *Sentencia 107/1985, de 7 de octubre*, especialmente en su Fundamento Jurídico Tercero.

hacia la definición del contenido esencial de los derechos, fórmula que remite, a mi juicio, a la interdicción de interferencias arbitrarias en el ejercicio de los mismos, pero no a las que puedan provenir de la estructura del sistema de libertades, al que son inherentes, como sabemos, las injerencias no arbitrarias. Hay que analizar, pues, la causa que habilita a la policía para impedir lícitamente el ejercicio de un derecho; si esta causa no es arbitraria, el contenido esencial se delinea y configura; si lo es, tal contenido es menoscabado y afectado en forma negativa. Pero, y recordemos que no hay límites implícitos, también las injerencias no arbitrarias deben estar expresamente previstas; sea en las leyes orgánicas que desarrollan el ejercicio de los derechos, o en aquellas otras invocadas en la Constitución (arts. 55.2 y 116.1) o en la que regula el régimen jurídico de la organización y potestades policiales (LO 2/1986). Otro problema será el grado de precisión con que las normas contemplen las causas habilitantes.

De lo anterior se desprende que, siendo preciso el rango de Ley Orgánica, pues es llamado por la Constitución o deriva del artículo 81.1, aparece ya un requisito formal innecesario en el caso de las injerencias menos intensas, congelándose el rango normativo para los aspectos más importantes, aunque no para los demás. Por ejemplo, resultaría aceptable regular en una norma distinta el procedimiento a seguir en la disolución de manifestaciones, siempre que la habilitación y sus causas lo estén en una ley orgánica. El problema se suscita en relación con normas preconstitucionales; así, debe dudarse de la vigencia de la Ley de Orden Público de 1959 salvo, precisamente, en lo procedimental u organizativo y convenientemente reinterpretado conforme a la Constitución. El artículo 14 de la LOP, una vez que se ha procedido a su adecuada lectura, puede servir para pautar la coacción a que autoriza el artículo 5 de la LO 9/1983, del derecho de reunión. Por lo que hace al artículo 100.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no puede apoyarse sobre él una injerencia policial de índole más intensa en un caso concreto, pues es un precepto genérico e inservible a tal fin.

Rreflexiones distintas se derivan de la lectura de los artículos 492 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRi), preconstitucional y no orgánica, pero que se reduce a contener un régimen general de la detención, que se ha visto complementado por los artículos 5 y concordantes de la LOFCS; 16 de la LO 8/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos te-

rroristas, y 16 de la LO 4/1981, de estados excepcionales. Estas tres normas, cada una en un nivel distinto: normalidad, especialidad y excepcionalidad, amparan, por lo tanto, la regulación de la ya centenaria ley rituarial criminal.

Los aludidos últimamente no son los únicos ejemplos de habilitaciones normativas en favor de la policía de seguridad; pueden encontrarse muchos más espigando tanto las Leyes Orgánicas citadas como las de desarrollo de los derechos fundamentales. No obstante, es en la LOFCS, la LO 8/1984 y la LO 4/1981 (72) donde se hallan botones de muestra más indicativos, configurando, como he apuntado, un triple nivel inherente en función de las situaciones a que se hace frente, cuya diversidad parece llamar a diferentes regímenes jurídicos. Pero hay que recordar que, en todo caso, el artículo 5 de la LOFCS impone el juego de unos principios básicos de actuación que no perecen en circunstancias especiales o excepcionales: en éstas se amplían poderes, pero no se relaja la forma de actualizarlos.

La depuración conceptual y tipificadora de tales principios es necesaria, especialmente si se recuerda la escasa precisión de muchas de las causas habilitantes referidas en las normas reseñadas; es una tarea aún por hacer y prometedora de fértiles resultados en orden a la máxima reglamentación de estas injerencias más intensas que, al contrario que las anteriores, se caracterizan por incidir directamente en la esfera subjetiva de individuos concretos más allá del sometimiento ordinario a las potestades de la Administración.

A la previsión legal hay que añadir, con el Convenio, el que las limitaciones sean necesarias para el logro de determinadas finalidades en una sociedad democrática. Es el hierro candente del problema; lo que de verdad requiere serias reflexiones: la reserva de LO asegura garantías formales, pero no implica necesariamente la adecuación sustancial de la normación, sin perjuicio de que sea presumible, en todo caso, que la tarea parlamentaria discurre por los cauces apropiados. Si el Convenio puede soportar fórmulas generales, cláusulas ambiguas o indefinidas, no cabe afirmar lo mismo de las legislaciones nacionales; y en nuestro Derecho la ambigüedad está presente, a mi entender, en un grado superior al deseable. Los contornos de la cuestión escapan a los del presente trabajo: no me

(72) Una relación de las posibilidades policíacas previstas en la legislación sobre estados excepcionales, en AGUIRRE-AZKUENAGA ZIGORRAGA, *La crisis como reductora de los derechos fundamentales. Especial referencia a la coacción administrativa directa*, «RVAP», 1, 1981, págs. 135 y ss.

detengo, pues, en perfilarlos, pero no quiero privarme de comunicar una impresión adquirida casi a vista de pájaro: el empleo farragoso y reiterativo de cláusulas habilitantes dificulta la articulación concreta de la ya de suyo técnicamente imprecisa función constitucional de la policía de seguridad. Se yuxtaponen conceptos de innecesaria yuxtaposición; verdaderas nociones indeterminadas son empleadas concurrentemente, como si con cada una de ellas se quisieran significar motivos de interdicción diferentes, oscureciendo así una labor interpretativa más de lo que viene entorpecida por la naturaleza de la función policial.

Lógicamente, la prevención e investigación de los delitos [artículo 11.1, f) y g), de la LOFCS] llama inmediatamente al Código Penal; la LO 8/1984, contra bandas armadas, delimita el objeto de las potestades policiales que en la misma se confieren. Pero no siempre es así; ahí están los artículos 5 de la LO 9/1983, del derecho de reunión, y 17.1, 18.1 y 22.4, por ejemplo, de la LO 4/1981. En todos ellos asoma el problema hermenéutico de un orden público que se diferencia de lo delictivo; ¿era necesaria su referencia?, ¿significa algo distinto de la protección del libre ejercicio de los derechos y de la garantía de la seguridad ciudadana?; si no es así, ¿por qué no se ha empleado la cláusula constitucional, menos sujeta a interpretaciones arbitrarias que el concepto de orden público? No hay por qué venir a complicar más lo que ya está complicado, ni siquiera por motivos de urgencia o excepcionalidad; ya hace un tiempo que CLAVERO avisaba del riesgo que tales móviles podían implicar (73), riesgo que quizá no haya desaparecido del todo. Si los derechos han de sufrir injerencias exorbitantes para subvenir a necesidades de urgencia colectiva, sea; pero hágase con pulcritud y cuidado, tipificando al máximo los motivos de interdicción, utilizando conceptos lo más claros posible y no cláusulas generales o abiertas, susceptibles de lecturas inconvenientes. Porque no basta con declarar que también en los estados de urgencia permanece inalterado el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

(73) CLAVERO ARÉVALO, *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho Administrativo*, núm. 10 de esta REVISTA, 1953, págs. 25 y ss.

3. El margen de apreciación policial

La referencia que a este aspecto de la acción de policía de seguridad se encuentra en la *Sentencia Malone* viene a conectar con el entendimiento doctrinal que hace figurar a la atribución de potestades discrecionales en el díptico identificativo de lo policial, junto a la coacción (74). Y será, curiosamente, el ámbito anglosajón el que conozca al respecto formulaciones más atinadas a partir de la teoría general del *discretionary power* de la Administración (75),

(74) Las aproximaciones en castellano son desiguales; pueden mencionarse, no obstante, las reflexiones de J. M. RICO, «El poder discrecional de la policía y su control», en J. M. RICO (comp.), *Policía y sociedad democrática*, Alanza Madrid, 1983, págs. 211 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación*, núm. 61 de esta REVISTA, 1970, esp. págs. 136 y ss. Se hace preciso de nuevo recurrir a la teoría general de la policía administrativa para localizar más referencias; así, GARRIDO FALLA, *Los medios*, cit., págs. 27 y 28, e, incidentalmente y destacando la inmanencia a lo policial de lo discrecional, VILLAR PALAST, *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, núm. 3 de esta REVISTA, 1950, págs. 58 y 59. En Derecho comparado, y para una exposición detallada, vid., por todos, Pietro VIRGA, *La potestà*, cit., págs. 41 y ss. Quisiera destacar que algún autor ha negado la existencia de discrecionalidad en sentido estricto en relación con la policía; así, Filippo SATTA, *Principio de legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam-Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1969, págs. 214 y ss.

(75) Para una teoría general de la discrecionalidad administrativa en el Derecho anglosajón, vid. Bernard SCHWARTZ y H. W. R. WADE, *Legal control of Government, Administrative Law in Britain and the United States*, Clarendon Press, Oxford, 1972, págs. 252 y ss.; Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1984, págs. 611 y ss. En relación con la discrecionalidad policial es destacable el estudio jurisprudencial de Christopher RYAN y Katherine WILLIAMS, *Police Discretion*, «Public Law», 1986, págs. 285 y ss.; algunas referencias de interés, en REISS y BORDUA, «Environment and organization: a perspective on the police», en el ya citado volumen colectivo *The police: six sociological essays*, págs. 32 y 33. Datos extradoctrinales atinentes al tema que merezcan destacarse son las ya citadas *Judges' Rules* o el informe de la *American Bar Association* de 1972, algunos de cuyos extremos son aludidos por SHEENAN y CORDNER, *Introduction*, cit., pág. 340. De igual modo se inscribe en esta línea de preocupación por los poderes apreciativos de la policía la minuciosidad con que la *Police Act* de 1984 regula diversos aspectos relativos a los poderes de arresto y detención.

Referencias jurisprudenciales al problema, además de la ya citada de RYAN y WILLIAMS, en WILSON, *Cases and materials*, cit., págs. 348 y ss.; HOOD-PHILIPS y JACKSON, cit., pág. 487; WADE, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1977, págs. 135, 136 y 345. En el ámbito norteamericano es de un gran interés la Sentencia federal de apelación (*second circuit*) recaída sobre el caso *Bivens v. Six Unknown Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, en 1972, y en la que el juez MEDINA construye una teoría de la ficción de la no discrecionalidad policial cuando el beneficio que se deriva para la sociedad en razón de la protección de las libertades es mayor que el proporcionado por una acción policial vigorosa amparada en las facultades discrecionales de la policía de seguridad; el texto de la Sentencia, en MASHAW y MERRILL, *Introduction to the American Public Law System*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1975, págs. 755 y ss. Quisiera destacar que, en su *first circuit*, el caso *BIVENS* presenta también atractivos en orden al estudio de los mecanismos de control de la acción policial; vid. el comentario de BORRAJO INIESTA, *In-*

siendo destacable también la preocupación que el tema despierta en ciertos textos internacionales (76).

Por lo que a España se refiere, la apreciación policial aparece ligada al ya aludido principio de juridicidad previa en términos idénticos a los de las potestades discrecionales en general (77). Pero no hay coincidencia entre la primera y las segundas, pues la apreciación policial no comporta el ejercicio de potestades discrecionales tal y como son definidas, doctrinal y jurisprudencialmente (78). No es aceptable considerar que la policía dispone de una posibilidad electiva entre varias hipótesis; posibilidad que es uno de los caracteres más significativos de las potestades discrecionales (79) y que implica que, sea cual fuere el resultado de su actualización, éste será siempre válido para el Derecho. No hay tal posibilidad electiva, siempre lícita en la acción policial, por mucho margen apreciativo que la acompañe. Así, por ejemplo, o hay motivos lícitos para detener o no los hay; o concurren las circunstancias que amparan jurídicamente la disolución policial de una manifestación o no concurren. No hay facultades electivas cuyo ejercicio sea aceptable para el Derecho en todo caso.

demnización constitucional, núm. 103 de esta REVISTA, 1984, y las referencias de ALONSO GARCÍA, *Responsabilidad por actos inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano*, «REDC», 3, 1981, pág. 264.

(76) Así, el artículo 3 de la *Resolución 36/169, de 17 de diciembre de 1979*, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueba el *Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*; o el artículo A.5 de la *Declaración sobre la Policía* aprobada por *Resolución 690, de 8 de mayo de 1979*, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

(77) Sobre las potestades discrecionales, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ ROURÍGUEZ, *Curso*, cit., vol. I, págs. 381 y ss.; Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 304 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades*, cit., págs. 24 y ss.; NIETO, *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, núm. 44 de esta REVISTA, 1964, págs. 147 y ss. Este autor, por cierto, apunta un cierto temor a la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial (*Reducción*, pág. 152; *La discutible supervivencia del interés directo*, «REDA», 12, 1977, págs. 47 y ss., especialmente), temor que, y lo señalo como botón de muestra de la coincidencia entre problemas teóricos de envergadura, ha sido también destacado en el ámbito anglosajón por SCHWARTZ, *Administrative*, cit., pág. 614, y por SCHWARTZ y WADE, *Legal control*, cit., pág. 253. Una reciente aproximación a esta cuestión, en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*, núm. 100-102, vol. II, de esta REVISTA, págs. 1083 y ss.

(78) Además de las obras citadas en la nota anterior, es constatable la firmeza jurisprudencial en la definición de los rasgos genéricos del ejercicio de potestades discrecionales muy en línea con las reflexiones de la doctrina al respecto. Así, por ejemplo, las recientes Sentencias de *16 de diciembre de 1985* (Azdi. 656), *5 de noviembre de 1985* (Azdi. 5540), *27 de septiembre de 1985* (Azdi. 4293), *21 de junio de 1985* (Azdi. 5684), *6 de febrero de 1985* (Azdi. 1053), entre otras.

(79) Cfr. SAINZ MORENO, cit., pág. 304; NIETO, cit., pág. 154.

En el sentido apuntado parece discurrir el razonamiento del TC en su *Sentencia 98/1986, de 10 de julio*, cuando afirma que no hay situaciones intermedias entre detención y libertad, o hay una u otra (FJ 3.º). No cabrán, por tanto, argumentaciones que pretendan convertir en lícita una tercera posibilidad amparada en la discrecionalidad policial; ello sin olvidar que debe fiscalizarse en todo caso la juridicidad de la decisión adoptada en el marco de las dos eventualmente posibles.

Desde este punto de vista, la apreciación policial encaja en lo que SAINZ MORENO considera un margen de confianza que el legislador otorga a la Administración; la norma atribuyente hace buena la decisión que se adopte conforme a los límites de aquel margen, y siempre contrastada con criterios de razonabilidad, permitiendo ambas cautelas demostrar en su caso la disconformidad entre confianza otorgada y decisión que se adopta (80). Así, en el dominio de lo policial, nos hallamos ante un margen de confianza necesario, dada la índole de su función, pero en absoluto libre de una estrecha fiscalización coextensa a la que proporcionan el control de los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados respecto de la actuación de verdaderas potestades discrecionales. La trascendencia en este punto de los principios básicos del artículo 5 de la LOFCS es, nuevamente, enorme.

El margen de apreciación policial suele venir más o menos explícitamente reconocido en las normas que habilitan poderes de policía de seguridad, pues no es ajeno a la naturaleza de los mismos la atribución de aquél. Ejemplos de recepción explícita pueden hallarse en el epígrafe I.B del Preámbulo de la LOFCS o en el artículo 16.1 de la LO 4/1981; el primero desde una perspectiva universal y para la detención de personas el segundo. No obstante, lo más habitual será que el margen venga implícitamente atribuido, precisamente por su consustancialidad a la acción de policía de seguridad; así, *ad exemplum*, en la batería de funciones policiales que se recogen en el artículo 11 de la LOFCS.

En la estructura interna de la actualización concreta del margen apreciativo, es posible, a mi juicio, distinguir, lógicamente, dos momentos diferenciados: i) la constatación de la concurrencia de las situaciones fácticas que permiten adoptar válidamente una decisión interventora, y, posteriormente, ii) la elección de la forma y de los

(80) SAINZ MORENO, cit., págs. 305 y ss.

medios materiales a emplear para proceder al ejercicio efectivo del precedente proceso decisorio. Son dos instantes disociables lógicamente —aunque temporalmente suelen aparecer inmediatamente vinculados—, que llegan a alcanzar relevancia por separado en orden a la legalidad de la acción policial. Piénsese, por ejemplo, en una manifestación no prohibida cuyos integrantes incurren sobrevenidamente en alguna de las causas del artículo 5 de la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión. La policía deberá comenzar por verificar si, efectivamente, concurre una de dichas causas; posteriormente habrá de decidirse en torno al alcance de la coacción y de los medios materiales a utilizar. La cuestión lo es, en ambos casos, de hecho, pero en absoluto libre de precisiones jurídicas.

En el primer momento apreciativo, y teniendo en cuenta la ambigüedad de las leyes en este punto, si la policía interviene sin que concurren los presupuestos fácticos normativamente exigidos, su actuación estará viciada *in radice*, será inoportuna a los efectos del artículo 5.3, c), de la LOFCS y convertirá en necesariamente desproporcionado cualquier medio material que se emplee por nimio que éste sea. El tema no soporta más precisiones en abstracto; sólo se pueden apuntar ahora criterios generales. Cada caso concreto requerirá de exámenes singularizados, especialmente aquellos en los que la advertida imprecisión legal agudice el problema de los límites; por ejemplo, ¿dónde concluye la libertad de expresión y comienza el delito de apología del terrorismo?

Si la acción policial no conoce vicio alguno en ese primer momento apreciativo, su eventual ilegalidad se desliza hacia el grado de coacción que se lanza, singularmente a los medios materiales utilizados, sobre los que es imprescindible una cuidadosísima ponderación. De nuevo desempeñan un papel cardinal los principios del artículo 5 de la LOFCS, descollando entre ellos el de proporcionalidad, de clara definición jurisprudencial a partir, especialmente, de la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1982 (Azdi. 346) (81), aunque tímidas manifestaciones del mismo

(81) Sendos comentarios a la misma, en «REDA», 34, págs. 490 y ss., y núm. 99 de esta REVISTA, págs. 263 y ss., rubricados por FERNÁNDEZ FARRERES y SEQUEIRA DE FUENTES, respectivamente. El principio de proporcionalidad, menoscabado en ocasiones no muy lejanas en el tiempo (cfr. el Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 25 de enero de 1975), encuentra hoy pleno reconocimiento jurisprudencial; así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1980 (Azdi. 3720), de 13 de mayo de 1982 (Azdi. 2669), de 30 de marzo de 1983 (Azdi. 2219), de 4 de febrero de 1985 (Azdi. 986) o de 26 de enero de 1986 (Azdi. 69). De igual modo, las

parecen intuirse en Sentencias muy anteriores sólo para justificar la exclusión de la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración Local por los delitos cometidos por sus funcionarios armados (82).

4. *El valor probatorio de los atestados policiales*

En el párrafo 51 de la *Sentencia Malone* se recuerda que, tanto el Informe Birkett de 1957 como el Libro Blanco sobre la colocación de escuchas telefónicas de 1980, precisan que los resultados que de las mismas se obtuvieran sólo podían servir de apoyo a la investigación policial, no gozaban de valor probatorio alguno, sin perjuicio de su utilidad para la obtención de otras pruebas.

Aludo a la cuestión pensando en el valor que nuestro Derecho confiere a los expedientes policiales —atestados o informes— con vistas a la actividad probatoria en los procedimientos criminales y a sus reflejos sobre la presunción constitucional de inocencia. El tema no es nuevo ni específico del proceso penal; recuérdese el estudio jurisprudencial elaborado por CASTELLS ARTECHE, en 1974, sobre la fuerza probatoria de los expedientes policiales en el administrativo sancionador (83) o las Sentencias de la Sala 3.^a del TS de 21 de octubre de 1982 (Azdi. 5787) y de 20 de enero de 1986 (Azdi. 41), que perpetúan la bifronte línea interpretativa denunciada por CASTELLS; del mismo modo merece cita la Sentencia de la Sala 4.^a de 9 de julio de 1985 (Azdi. 4158), en la que se analiza el alcance de los expedientes policiales de conducta ciudadana en relación con la concesión de licencias de apertura de establecimiento.

A nuestros efectos, el interés de la cuestión radica en el ámbito

anteriormente citadas Resoluciones de la AGNU y del Consejo de Europa abundan en la necesidad de su observancia (arts. 3 y A.12, respectivamente).

(82) Sin entrar en la posible incidencia —ya advertida por el Consejo de Estado en su Dictamen de 11 de mayo de 1962— del régimen general de la responsabilidad administrativa sobre el artículo 22 del Código Penal, pueden localizarse Sentencias que, hasta la introducción formal del concepto de servicio permanente y su delimitación conceptual por la jurisprudencia —significativamente, por las Sentencias del TS de 11 de junio de 1981 (Azdi. 2645), 23 de septiembre de 1982 (Azdi. 4955), 18 de enero de 1984 (Azdi. 34)—, parecen apoyarse en una suerte de proporcionalidad para excluir la responsabilidad subsidiaria municipal en casos que hoy se considerarían como exorbitantes de la noción de servicio permanente; cfr., por ejemplo, las Sentencias de 16 de marzo de 1961 (Azdi. 860) y de 25 de noviembre de 1965 (Azdi. 5238).

(83) CASTELLS ARTECHE, *Un aspecto del valor probatorio de los expedientes administrativos*, núm. 74 de esta REVISTA, 1974, págs. 115 y ss.

de lo procesal penal. Datos importantes nos suministra al respecto la LECRI; así, en su artículo 297 otorga el valor de denuncia o de declaración testifical a los atestados policiales, y en el 741 impone la apreciación en conciencia por el Tribunal sentenciador de las *pruebas practicadas en juicio*, sin olvidar el principio general de oralidad reiterado hoy por el 229.1 de la LOPJ. Ello permite avanzar la tesis de que, salvo que el atestado policial sea reiterado ante el Tribunal sentenciador en el seno de un proceso oral y contradictorio, su valor se circunscribe al de mera denuncia, naturaleza jurídica que no se altera por pretendidas cualificaciones del denunciante e ineficaz a todas luces para abatir la fuerza de la presunción constitucional de inocencia. En caso de ratificación, sus efectos serán los de una prueba testifical o pericial y sujeta al régimen general probatorio del proceso criminal.

La idea expuesta ha sido afirmada sin titubeos por el TS en sendas Sentencias de 10 de diciembre de 1983 (Azdi. 6510) y de 14 de enero de 1984 (Azdi. 6549); Sentencias que casan a la perfección con la importante línea jurisprudencial mantenida por el TC en el mismo sentido. Se configura, así, un sólido cuerpo doctrinal que no pretende, como temía el Magistrado PERA VERDAGUER en su voto particular a la Sentencia constitucional de amparo de 26 de julio de 1981, sustituir al órgano judicial en la valoración de la prueba —sustitución que, incidentalmente advertido, parece haber hallado fortuna en otros ámbitos (84)—, sino asegurar los principios del proceso de defensa de las garantías constitucionales de los artículos 24.2 y 17.3 (85). Tangencialmente a esta cuestión, nuevas perspectivas abre el artículo 11.1 de la LOPJ, que ha venido a cubrir la carencia de disposiciones expresas sobre la interdicción de las pruebas ilícitamente obtenidas, carencia que fue denunciada por el TC en su Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, y solventada por éste mediante la técnica interpretativa que se apoya en la *preferred position* de los derechos fundamentales (86).

(84) Cfr. GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales*, cit., páginas 70 y ss.

(85) Véanse las Sentencias constitucionales de 28 de julio de 1981, de 2 de octubre de 1985, de 4 de octubre de 1985 (núms. 101 y 103), de 28 de octubre de 1985, de 16 de diciembre de 1985, de 21 de abril de 1986, de 17 de junio de 1986.

(86) Dice así el artículo 11.1 de la LOPJ: «En todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.» Se repara, así, el vacío advertido por el TC en la Sentencia 114/1984 en torno a la aceptación o no de las pruebas ilícitamente obtenidas (vid. los Fundamentos Jurídicos 3.º y 4.º).

V. UN INTENTO DE CONCRETAR: ALUSIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS POLICIALES
EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Delimitación del objeto de referencia*

La inclusión del derecho al secreto de las comunicaciones en el mismo precepto constitucional que sanciona el derecho a la intimidad llama inmediatamente a una posible vinculación entre ambos, vinculación que puede resolverse considerando el derecho al secreto como expresión de un derecho a la intimidad, en términos generales (87). Pero ello no ha de obstar al reconocimiento en favor del primero de un específico ámbito de protección que fluye a partir de la disociación de dos bienes jurídicos: la intimidad, que no siempre puede ser concernida por una comunicación telefónica, y la libertad de las comunicaciones garantizada, precisamente, por el secreto. Así parece haberlo entendido el TC en la citada Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, sin que sea necesario detenernos en la misma dado que contempla una pretendida vulneración del derecho al secreto por particulares (88).

De lo anterior se desprende que queda fuera de estas páginas la posible *Drittwirkung* del secreto de las comunicaciones telefónicas, plenamente aceptable en los términos que la consideran GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO (89). Voy a centrarme exclusivamente en las injerencias al mismo provenientes de los poderes públicos con vistas a fines de investigación o policiales; y ello dentro del régimen legal, sin atender a las vías de hecho. El campo se delimita, así, a un objeto bien concreto, autónomo y diferenciable de los demás a los efectos de su tipificación penal (90).

(87) Además del ya citado estudio de ITALIA, pueden recordarse las posiciones doctrinales que en nuestro país se inclinan hacia tal entendimiento; cfr. PEMÁN GAVÍN, *Régimen Jurídico*, cit., págs. 293 y ss.; SERRANO ALBERCA, *Comentario*, cit., págs. 373 y ss.; SEMPERE RODRÍGUEZ, «Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, II, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 440.

(88) El supuesto de hecho versaba sobre la grabación de una conversación telefónica por uno de los interlocutores, grabación que fue luego considerada prioritariamente en la Sentencia de Magistratura, que declaró procedente el despido del luego recurrente en amparo.

(89) *Derechos fundamentales*, cit., *in totum*. Es de destacar el esfuerzo de estos autores por diferenciar eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales y vía protectora del recurso de amparo constitucional.

(90) Recientemente introducida en nuestro ordenamiento por la LO 7/1984, de

Considero necesario tener presente que, en España, las comunicaciones telefónicas constituyen un servicio público prestado en régimen de monopolio o exclusividad por la empresa pública CTNE (91). Ello remite a que el secreto de las comunicaciones telefónicas se inscriba en el *status* del usuario del servicio y conecte con el principio de continuidad o de prestación característico del núcleo definitorio de los servicios públicos (92). Tal se confirma expresamente con la lectura del párrafo decimotercero de la base 15 del Contrato entre el Estado y la CTNE de 1946, aunque se trate de un mero prever futuras regulaciones para asegurar el secreto; regulaciones que corresponden a la propia Compañía en virtud de la potestad reglamentaria que le confiere el Contrato en su naturaleza de norma paccionada (93).

Pero el que el secreto integre la posición jurídica del usuario de un servicio público no ha de constituir el dato más relevante: su conexión con el derecho a la intimidad y su propia configuración como derecho fundamental autónomo impiden tan estrecha perspectiva. En todo caso, la relación del secreto con el principio de prestación del servicio puede permitir que las infracciones al mismo por parte del poder público sean consideradas más graves que las cometidas por un particular, bien entendido que esta mayor gravedad se apoya básicamente en la ilicitud principal, en la vulneración de una libertad constitucional por el poder público que, de este modo, desconoce la posición que la Constitución le diseña.

Desde este punto de partida es desde el que cabe abordar el sempiterno problema de las limitaciones: si el derecho al secreto no es ilimitado (94), tampoco lo es el específico al de las comunicaciones

15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, que introduce en el Código Penal los artículos 192 bis y 497 bis, relativos, respectivamente, a la comisión del delito por autoridades y funcionarios y por particulares. Un análisis crítico de la LO citada, en HIGUERA GUIMERÁ, *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código Penal español*, Ministerio de Justicia, separata de los Boletines de Información del Ministerio de Justicia números 1414 y 1415, 1986.

(91) Sobre el tema, DE LA VALLINA VELARDE, *Régimen jurídico*, cit., *in totum*.

(92) Para la posición jurídica de los usuarios de los servicios públicos, véanse los estudios de ESCRIBANO COLLADO, publicado en el núm. 82 de esta REVISTA, 1977, págs. 113 y ss., y de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en su *Curso*, cit., vol II, págs. 66 y ss. En relación con el servicio público de comunicaciones, y centrándose en el derecho al secreto, PEMÁN GAVIN, cit., págs. 295 a 297, para el Correo, y DE LA VALLINA VELARDE, cit., vol. II, págs. 109 y ss., para el telefónico.

(93) DE LA VALLINA VELARDE, cit., págs. 45 y ss. Es destacable que, en relación al secreto de las comunicaciones telefónicas, este autor recoge el precedente del artículo 1.6 del Decreto-ley de 16 de julio de 1882 (pág. 103, por nota).

(94) Buena prueba de ello es la reiteración con que lo afirma el TC en su *Sen-*

telefónicas. Teniendo en cuenta la teoría general expuesta con anterioridad, se suscita ahora la pregunta siguiente: ¿qué circunstancias deben concurrir para que una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas no revista caracteres de antijuridicidad?

2. *La autorización judicial*

Previendo que, en esta materia, es posible distinguir entre situaciones de normalidad, especialidad y excepcionalidad, comienzo por este requisito, pues es el único que se infiere del artículo 18.3 de la Constitución, que impone que sea el juez quien autorice el levantamiento del secreto. Ahora bien, ¿es el juez depositario de potestades ilimitadas?; no puede ser así, lógicamente, pues lo que el artículo 18.3 está previendo es una garantía, una cautela. ¿Cómo se articula jurídicamente el ejercicio de esta facultad judicial?, ¿se compagina esa articulación con el precepto constitucional citado? Es en este momento cuando procede distinguir entre las tres situaciones aludidas al inicio de este epígrafe.

A) Sorprende no hallar, frente a lo que ocurre para los casos de especialidad y de excepcionalidad, regulación jurídica alguna de la intervención judicial en la suspensión del derecho de que se trata en situaciones de normalidad. Imponiendo la Constitución que sea el juez quien autorice, no hay un régimen legal común que precise la exigencia constitucional.

A mi juicio, bien puede considerarse aplicable analógicamente la regulación contenida en los artículos 579 y siguientes de la LECRi, en relación con la suspensión judicial del secreto de las comunicaciones postales. Lógicamente, la Ley rituarial citada no podía contemplar, en 1882, el específico supuesto de las comunicaciones telefónicas, y como el legislador —que se ha limitado a dictar normas de protección civil y penal del derecho— no ha procedido a regular el régimen normal o común de las interceptaciones, es preciso recurrir a la analogía que, en virtud de las importantes garantías para

*tencia 110/1984, de 26 de noviembre, relativa al secreto de las cuentas bancarias frente a la Administración Tributaria. Véase el comentario a la misma, en ocasiones en un tono casi festivo, de SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables*, «REDC», 15, 1985, págs. 159 y ss.*

el particular que de ella se derivan, es perfectamente consentida por el artículo 4.1 del Código Civil. Analogía que, a mayor abundamiento, viene justificada por las sustanciales similitudes que se observan entre secreto postal y telefónico, habida cuenta de que el artículo 18.3 de la Constitución unifica para ambos el requisito de la autorización judicial. ¿Qué consecuencias prácticas se derivan de ello?

i) Desde el punto de vista formal, el juez de Instrucción deberá dictar auto motivado ordenando la interceptación;

ii) ésta sólo podrá tener lugar en el curso de la investigación judicial de hechos presuntamente delictivos y a los efectos de la formación del sumario;

iii) sólo el juez estará autorizado para conocer del contenido de las conversaciones interceptadas, y lo hará en presencia del interesado si éste así lo desea.

El sistema es, pues, plenamente garantista para el particular, aunque es de advertir que no se establece plazo máximo de la interceptación, quizá porque se vincula a las necesidades de la investigación judicial; este dato es, posiblemente, la única zona de sombra en la regulación apuntada. No obstante, sin perjuicio de que la aplicación analógica que se propone sea considerada constitucionalmente razonable o no, un importante escollo se opone a la viabilidad práctica de este régimen general: la falta de una verdadera policía judicial, de unas fuerzas de seguridad de investigación y de coacción directamente dependientes de los jueces. Esta ausencia puede ocasionar que, de hecho, las escuchas telefónicas respondan antes a la inquisición policial que a la investigación judicial de actos presuntamente delictivos en el curso de la instrucción sumarial, primando el interés policiaco antes que el esclarecimiento jurisdiccional de los delitos. Una consecuencia de ello puede ser que la apreciación de los indicios racionales de criminalidad, que permite abrir la puerta de la instrucción del sumario y que, por consiguiente, ha de constatare a la hora de autorizar judicialmente la interceptación, queda a disposición de la policía y al margen de lo procesal penal, que es su natural ámbito.

B) En situaciones de especialidad, esto es, en las que contempla la LO 8/1984, de bandas armadas, el tema reviste nuevas complica-

ciones. En principio, el artículo 17.1 establece un régimen general, dentro de la especialidad, en el que es el juez quien ordena la interceptación por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos —obsérvese, por cierto, la advertida previsión de un plazo máximo que, como se recordará, no aparece en la LECRi—; parece, pues, que se acopla el régimen común al ámbito específico de la LO 8/1984. Sin embargo, el artículo 17.2 excepciona lo anterior al habilitar al Ministro del Interior o, en su defecto, al Director General de la Seguridad del Estado para ordenar las interceptaciones en caso de urgencia.

En este último supuesto, el papel del juez competente se desarrolla en un segundo momento, pues debe serle comunicada la medida ordenada, manteniendo la potestad de confirmarla o revocarla motivadamente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación telefónica. Esta intervención judicial, *a posteriori*, ¿se compagina con la necesaria autorización judicial prevista en el artículo 18.3 de la Constitución? Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, la duda queda en el aire en la medida en que el alcance de lo jurisdiccional se relativiza bastante, mucho más si se recuerda que el artículo 11 de la LO 8/1984 atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción la competencia jurisdiccional, en pugna posible con el derecho constitucional al juez natural.

No acaban aquí las peculiaridades de este régimen especial. El artículo 17.3 precisa que, «en todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al juez competente», pudiendo éste revocar total o parcialmente lo acordado. El inciso «en todo caso» con que da comienzo este párrafo tercero del artículo 17 viene a generalizar que, sea el juez quien autorice la intervención o la confirme, sus facultades en orden al conocimiento del contenido de las conversaciones observadas se reducen a ser el destinatario de un simple deber de comunicación que sujeta a las autoridades administrativas. Se trata de una fisura importante en relación con el procedimiento de la LECRi, aunque puede venir formalmente cubierta por el desempeño de los principios de *lex posterior* y *lex specialis*; pero subsiste el interrogante de si esta cobertura formal alcanza al artículo 17.2, tributario cierto de esa *urgencia* que fuera denunciada por CLAVERO como posible fuente de limitación de las garantías de los ciudadanos (95).

(95) CLAVERO, *Ensayo de una teoría de la urgencia*, cit., págs. 37 y ss.

C) La excepcionalidad influye también poderosamente en el tema que nos ocupa, pues el artículo 18 de la LO 4/1981, de estados excepcionales, sustrae toda clase de potestad decisoria al juez competente. La autoridad gubernativa será la que ordene la intervención, que será, cierto, comunicada de inmediato al juez, pero no tiene éste facultad alguna para revocarla o confirmarla, de igual modo que ni siquiera se prevé que el juez conozca, por medio de la comunicación policial o gubernativa, el resultado de la observación.

De las líneas anteriores se desprende una sensación insatisfactoria que afecta a los tres regímenes, al menos en lo que hace a la intervención judicial. Las razones de esta insatisfacción radican, como he advertido, en las necesidades de la urgencia o de los estados de crisis y en las deficiencias orgánicas de la estructura policial, razones que modulan enormemente el papel que la Constitución parece asignar al juez en la materia. No obstante, y no sin cierta resignación, hay que recordar que el constituyente remitió al legislador la regulación de la suspensión de los derechos relatados en el artículo 55, párrafos 1 y 2. De este modo, el 18.3 y el sistema de la LECRi parecen reservarse para supuestos ordinarios en la lucha contra un determinado tipo de delincuencia común. Pero esta posible cobertura formal no erradica las cuestiones de principio, sobre las que conviene meditar con detenimiento, pues, como decía al inicio, de nada sirve verter un vino viejo en un odre nuevo.

3. *La habilitación legal*

En este punto confluyen habilitaciones constitucionales y legales. Para las primeras, el artículo 18.3, e); implícitamente, los artículos 55.1 y 55.2, cada uno en su ámbito específico; y, para las segundas, la LECRi, la LO 8/1984 y la LO 4/1981, en relación cada una de ellas con las situaciones de normalidad, especialidad y excepcionalidad, respectivamente.

Hay que recalcar que no es suficiente con que una ley autorice, es preciso en cada caso concretar los presupuestos específicos habilitantes de la interceptación. El destacado soslayamiento de la intervención judicial cobra ahora renovada importancia en la medida en que abre paso a que sean las autoridades de policía las que concreten aquellos presupuestos, irrogándose una facultad que, salvo en

casos *verdaderamente* excepcionales, debe permanecer en el ámbito de la competencia del juez de Instrucción. Aparece, pues, un nuevo motivo de inquietud que, lo mismo que el anterior, no se ve compensado por el mantenimiento del principio de responsabilidad de los poderes públicos —sean penales o administrativas—, principio que permanece incólume, en todo caso, por imposición de los artículos 9.3, 106 y 116.6 de la Constitución.

4. *Los motivos legítimos de la interceptación*

Enlazando con lo anterior, que las autoridades policiales sean las que disponen cuándo interceptar adquiere mayor relevancia si se recuerda la teoría general expuesta en relación con el margen apreciativo policial y con la ambigüedad que se observa en ocasiones en la tipificación legal de los motivos habilitantes de las injerencias en el ejercicio de los derechos. El tema conecta, igualmente, con la también advertida cautela que impide trasvasar a los ordenamientos nacionales la generalidad característica del Convenio en esta materia.

En nuestro Derecho, tanto la LECRi como la LO 8/1984, supeditan la interceptación a la existencia de indicios racionales de criminalidad, la primera en términos generales y la segunda en lo referente a los delitos en ella tipificados. El sistema habitual, que reside en el juez de Instrucción la función de calibrar cuándo concurren aquellos indicios, puede verse, como ha sido apuntado, alterado en beneficio de las autoridades administrativas de policía. Si ello es ya de por sí indicativo, no hay que perder de vista que el ámbito de aplicación de la LO 8/1984 (art. 1) es susceptible de interpretaciones extensivas que, amén de vulnerar lo que dispone el artículo 4.2 del Código Civil, pueden venir amparadas en pretendidas necesidades derivadas de la lucha antiterrorista, siendo, simplemente, manifestación de una actitud de comodidad por la que se actúan poderes de urgencia en supuestos en los que tales no son necesarios (96). No digo que ello ocurra, pero es un riesgo que hay que denunciar; riesgo que se suma a las fisuras que la especialidad y la excepcionalidad abren en un régimen general que merece ser calificado de razonable.

(96) Cfr. las reflexiones de CLAVERO en este sentido y desde perspectivas generales (pág. 27, especialmente).

Problemas más agudos presenta la regulación de la LO 4/1981, de estados excepcionales, sin perjuicio de que su campo de aplicación sea reducido. Lo dispuesto en el artículo 18.1 —y recordemos la necesidad de que la autorización del Congreso comprenda la suspensión de los derechos del artículo 18.3 de la Constitución (97)— suscita ciertas prevenciones, pues establece textualmente que la interceptación «sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos delictivos o para el mantenimiento del orden público». De nuevo asoma tan iluminado concepto. ¿Acaso las funciones policiales del artículo 104.1 de la Constitución no son lo suficientemente expresivas? Si con la noción de orden público se pretende aludir a la prevención de los delitos, a la garantía de la seguridad ciudadana en momentos de crisis, ¿por qué no se ha registrado así en lugar de acudir a nociones ambiguas e imprecisas? No estoy en contra de los poderes policiales de excepción cuando concurren circunstancias en verdad excepcionales, pero sí del recurso a conceptos laxos y que inspiran poca confianza; conceptos que, en definitiva, son los que habilitan a la policía para interferir en el ejercicio de los derechos y libertades. Toda solicitud de precisión conceptual es poca en este dominio tan vidrioso y escurridizo. El *quid* de la cuestión radica aquí en los motivos de la injerencia, verdadero caballo de batalla que, como se recordará, ni siquiera fue enjaezado por el TEDH en su Sentencia de 2 de agosto de 1984, sin que esta omisión, seguramente justificada por las funciones que ha de llenar el Tribunal, arrastre el menoscabo hacia una decisión ciertamente importante en ese lento pero imparable proceso que la justicia de Estrasburgo viene protagonizando, hace casi treinta años, en defensa de la libertad.

(97) HIGUERA GUIMERA (cit., pág. 33) habla de una suspensión de carácter colectivo, afectante a todas las personas que se encuentran en esos momentos históricos en territorio de soberanía española. Personalmente considero que la autorización del Congreso implica una posibilidad de suspensión particular del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, dada la necesaria interposición de una actividad administrativa decisoria, sobre la que cabría preguntarse por la posible aplicabilidad de las exigencias de la LPA acerca del régimen jurídico de los actos administrativos.

VI. FINAL

En absoluto he pretendido agotar el rico y sugerente veneno de problemas que fluye sin descanso de la temática reseñada. Tanto la teoría general de la acción de policía como el régimen de las escuchas telefónicas son temas de entidad que reclaman un análisis en profundidad del que el trazo grueso de la aproximación que ahora concluye no es, en absoluto, un sustitutorio adecuado.

La gran ausencia en estas páginas es, como se habrá observado, la del estudio de los controles, cuestión nada aproblemática y sujeta a numerosas vacilaciones. En definitiva, como nos recuerda GARCÍA-PELAYO, la idea del Estado de Derecho, desde STAHL y durante la primera parte del siglo xx, es vicaria de la del control jurisdiccional de la Administración (98), idea que hoy se complementa con la del control de la constitucionalidad de su actuación (99). De ahí que el tema de los controles lo sea de primera magnitud. En relación con los temas que nos han venido ocupando, el control jurisdiccional penal de la acción de policía no ofrece dificultades de entidad, siendo de destacar la reciente tipificación, en el artículo 192 bis del Código Penal, de las escuchas ilegales operadas por autoridades, funcionarios públicos o agentes de éstos. El control contencioso-administrativo puede venir cubierto por la vía de la responsabilidad patrimonial, sea de la Administración, sea del Estado-juez. A través de ambas vías, el particular afectado puede verse restituido en su derecho a la par que cesa la injerencia policial ilícita.

Mayores problemas se observan si se pretende acudir a la vía del amparo constitucional. Planteo la cuestión pensando en que, aunque las jurisdicciones penal y contenciosa, esta última a través de la responsabilidad, permitan que el particular halle protección judicial frente a la acción de la policía de seguridad (100), quizá no esté de

(98) GARCÍA-PELAYO, *El «status» del Tribunal Constitucional*, «REDC», 1, 1981, pág. 15.

(99) Cfr. las reflexiones de Otto BACHOF, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 43.

(100) Y, en este sentido, quisiera recordar la propuesta en su día lanzada por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en su calidad de senador constituyente, en dirección inequívocamente contraria a la instauración de un amparo constitucional. La propuesta no era en absoluto descabellada, aunque no puede olvidarse la entonces necesaria transformación o evolución ideológica de numerosos jueces españoles como argumento sociológico de peso para cuestionar la viabilidad de un amparo únicamente judicial. Vid. su libro *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1974, págs. 193 y ss.

más que el TC tenga la oportunidad en alguna ocasión de pronunciarse al respecto, recriminando expresamente a la Administración el empleo poco adecuado y agresivo para los derechos de sus potestades. Se trata de una suerte de condena moral, de un advertir a la Administración que no puede continuar por ese camino, con independencia de que las pretensiones del particular lesionado hayan sido ya cubiertas; condena moral que, dato a tener en cuenta, puede llevar aparejado el pronunciamiento del TC en relación con la configuración constitucional de los derechos fundamentales.

Sé que la eficacia jurídica de lo que estoy planteando es pequeña, pero no todo van a ser grandes soluciones ni victorias particulares. Además, advertencias como las que se proponen —y no olvido la abundancia de trabajo que abrumba al Tribunal— pueden servir para reforzar unos derechos a veces excesivamente frágiles. El problema que se suscita lo es en relación con las actuaciones policiales constitutivas de vía de hecho que, aunque pueden considerarse insertas en el artículo 41.2 de la LOTC, no encuentran un cauce procesal a través del que articular la vía previa al recurso de amparo, dado que, no habiendo acto administrativo que revisar, ni siquiera en sentido amplio, no hay posibilidad de control contencioso debido a la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El concepto de acto administrativo, garantista en su origen, tiraniza así la garantía constitucional de los derechos, aunque ésta se quede en el plano de las recriminaciones a la Administración. El tema está ahí, a la espera de una solución positiva si el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa continúa en la línea emprendida (101).

No obstante, no deja de resultar inaceptable que los conceptos subviertan las garantías constitucionales, aunque éstas sean, como la que ahora se pretende, de índole menor si se quiere. El artículo 41.2 de la LOTC alude expresamente a las vías de hecho, por lo que parece que es necesario buscar una salida al problema. Dos son las que, a mi juicio y desde perspectivas espiritualistas, pueden aportarse en este momento, aunque con la escasa convicción propia de lo que se apunta sin excesivas reflexiones. En primer lugar, quizá

(101) MARTÍN REBOLLO había advertido ya de la problemática suscitada por las vías de hecho en relación con el recurso de amparo; vid. en su estudio «La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional», en el vol. II de *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, págs. 1667 y ss. En cuanto al Anteproyecto de Ley de lo Contencioso, el artículo 25.2 precisa la admisibilidad del recurso contra el empleo por la Administración de la vía de hecho.

cabe considerar que la interposición del recurso contencioso cubre ya el requisito del agotamiento de la vía previa, cuando lo que se solicita es que la Administración detenga una vía de hecho; la segunda posibilidad bascula en torno a la imputación al órgano jurisdiccional de la lesión a los derechos fundamentales, aunque es una solución más limitada. Porque, en este último caso, ¿no puede entenderse que la inadmisibilidad de un recurso contencioso, por tratarse de actuaciones materiales no susceptibles de impugnación, constituye un presupuesto objetivo del amparo constitucional a tenor del artículo 44.1 de la LOTC y en virtud de la teoría de la *preferred position* de los derechos fundamentales? (102).

(102) En prensa el presente estudio, advierto que la Revista «Poder Judicial» contiene, en su núm. 3 (septiembre 1986, págs. 9 y ss.), un trabajo de E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA titulado *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*, postulando la aplicabilidad de la LECri aunque sólo en lo contenido en ella para las observaciones telegráficas y no para las postales. También quiero destacar, por lo precursor y por el interés del tema que aborda, teniendo en cuenta la fecha de publicación, la *Recensión* de J. DOMPER FERRANDO al libro de DI CIULO y DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica, e il diritto alla riservatezza*, en el núm. 79 de esta REVISTA, págs. 490 y ss.

