

CASO KRUSLIN CONTRA FRANCIA

Artículo 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar. Intervención de las comunicaciones telefónicas) Sentencia de 24 de abril de 1990

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituido, conforme al artículo 43 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio») y a los preceptos pertinentes de su Reglamento, en una Sala compuesta por los Jueces siguientes:

Señores R. Ryssdal, Presidente; Señora D. Bindschelder-Robert, Señores F. Gölcüklü, F. Matscher, L.-E. Pettiti, B. Walsh,

y por los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto.

Después de deliberar en privado los días 26 de octubre de 1989 y 29 de marzo de 1990,

Dicta la siguiente Sentencia, aprobada en la última fecha:

PROCEDIMIENTO

1. La Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión») sometió este asunto al Tribunal el 16 de marzo de 1989, dentro del plazo de tres meses que establecen los artículos 32.1 y 47 del Convenio. Empezó en su día con la demanda número 11801/85, deducida contra la República francesa y presentada a la Comisión por un ciudadano de este Estado, el señor Jean Kruslin, el 16 de octubre de 1985 con arreglo al artículo 25.

El escrito de la Comisión se remite a los artículos 44 y 48 y a la declaración francesa reconociendo la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46). Se pretende que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto que el Estado demandado incumplió las obligaciones que impone el artículo 8.

2. El demandante, en contestación al ofrecimiento previsto en el artículo 33.3. *d)* del Reglamento del Tribunal, anunció su propósito de participar en el procedimiento y nombró abogado a estos efectos (art. 30).

3. El 30 de marzo de 1989, el Presidente del Tribunal resolvió que una misma Sala, de acuerdo con el artículo 21.6 del Reglamento y en interés de la Justicia, debía conocer de esta causa y del caso Huvig.

La Sala que debía constituirse a este respecto comprendía como miembros natos o de oficio a los señores L.-E. Pettiti, Juez elegido por su nacionalidad francesa (art. 43 del Convenio), y R. Ryssdal, Presidente del Tribunal [art. 21.3. *b)* del Reglamento]. El mismo día 30 de marzo de 1989, el Presidente designó por sorteo celebrado ante el Secretario a los cinco miembros restantes: la señora D. Bindschedler-Robert, los señores F. Gölcüklü, F. Matscher, B. Walsh y Sir Vincent Evans (arts. 43 *in fine* del Convenio y 21.4 del Reglamento).

4. El señor Ryssdal, después de hacerse cargo de la Presidencia de la Sala (art. 21.5 del Reglamento), consultó por medio del Secretario al Agente del Gobierno francés («el Gobierno»), al Delegado de la Comisión y al abogado del demandante sobre la necesidad del procedimiento escrito (art. 37.1). De acuerdo con las providencias e instrucciones del

Presidente, el 10 de julio de 1989 recibió el Secretario las reclamaciones del señor Kruslin al amparo del artículo 50 del Convenio, y el 17 de agosto la Memoria del Gobierno. El 19 de octubre, el Secretario de la Comisión informó al del Tribunal que el Delegado formularía sus comentarios en la audiencia del litigio.

Los días 10 y 16 de octubre del mismo año 1989, la Comisión facilitó al Secretario algunos documentos recabados por orden del Presidente.

5. El 21 de junio, el Presidente, después de consultar por medio del Secretario a los comparecientes, señaló el 24 de octubre de 1989 como fecha de apertura del procedimiento oral (art. 38 del Reglamento).

El 29 de septiembre concedió al demandante el beneficio de la ayuda judicial (art. 4 del Addendum al Reglamento).

6. La audiencia pública se celebró el día señalado, en el Palacio de Derechos Humanos en Estrasburgo. El Tribunal se reunió antes en sesión preparatoria.

Han comparecido:

a) Por el Gobierno:

el señor J.-P. Puissochet, director de Asuntos Jurídicos en el Ministerio de Asuntos Exteriores, agente;

la señora I. Chaussade, Magistrado agregado a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, asesor jurídico;

la señora M. Picard, Magistrado agregado a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, asesor jurídico;

el señor M. Dolkine, Magistrado de la Dirección de Asuntos penales e indultos del Ministerio de Justicia, asesor jurídico;

el señor F. Le Gunehec, Magistrado de la Dirección de Asuntos penales e indultos del Ministerio de Justicia, asesor jurídico.

b) Por la Comisión:

el señor Trechsel, delegado.

c) Por el demandante:

el Licenciado C. Waquet, abogado ante el Consejo de Estado y el Tribunal de casación, asesor jurídico

El Tribunal oyó las declaraciones y las contestaciones a sus preguntas de los señores Puissochet, en nombre del Gobierno, y Trechsel, en el de la Comisión, y del Letrado Waquet, asesor del demandante.

7. En distintas fechas entre el 24 de octubre y el 7 de diciembre de 1989, el Gobierno y el representante del señor Kruslin aportaron varios documentos, bien por su propia iniciativa, bien a requerimiento del Tribunal durante la celebración de la audiencia. El Letrado Waquet

acompañó a uno de estos documentos un breve comentario, consintiéndolo el Presidente; y además, completó la petición de una indemnización equitativa formulada por su cliente con un escrito que entró en la Secretaría de 24 de noviembre.

HECHOS

I. Las circunstancias del caso

8. El señor Jean Kruslin, sin profesión ni domicilio fijo, está actualmente en prisión en Fresnes (Val-de-Marne).

9. Los días 8 y 14 de junio de 1982, un Juez de instrucción de Saint-Gaudens (Alto Garona), que dirigía la investigación por el asesinato de un banquero, el señor Jean Baron, ocurrido la noche del 7 al 8 de junio en Montréjean («causa Baron»), envió dos mandamientos al jefe de la sección de investigaciones de la gendarmería de Toulouse. En el segundo, le ordenaba que interviniera el teléfono de un sospechoso, el señor Dominique Terrieux, que residía en Toulouse.

Desde el 15 hasta el 17 de junio, los gendarmes interceptaron un total de diecisiete comunicaciones telefónicas. El (ahora) demandante, que se alojaba a la sazón en la vivienda del señor Terrieux y que utilizaba a veces su teléfono, habló en algunas de estas ocasiones, y en especial el 17 de junio, entre las nueve y las once de la noche, sostuvo una conversación con una persona que le llamaba desde una cabina pública, en Perpignan (Pirineos orientales).

Durante su breve conversación, los dos hombres habían hablado con palabras encubiertas de un asunto distinto del Baron, relativo especialmente al asesinato, el 29 de mayo de 1982, del señor Enrique Père, empleado de la joyería «La Gerbe d'Or» («La gavilla o el haz de oro»), en Toulouse (el caso de *La Gerbe d'Or*). Los gendarmes se lo comunicaron al día siguiente a sus compañeros de la policía judicial. El 11 de junio de 1982, un Juez de instrucción de Toulouse había expedido un mandamiento para que investigaran éstos el caso; inmediatamente oyeron la conversación registrada, la transcribieron e incorporaron el texto a una acta levantada el 18 de junio a medianoche; la cinta original quedó, debidamente sellada, en poder de los gendarmes.

10. Al amanecer del día 18, los gendarmes detuvieron al señor Kruslin en el domicilio del señor Terrieux y lo mantuvieron en esta situación en relación con el caso Baron.

Aquella misma tarde fue interrogado -esta vez en el caso «La Gerbe d'Or»- por la policía judicial -que ya lo había hecho el 15 de junio, dejándole en libertad después de unas cuatro horas- y acusado al parecer, el día siguiente, con el señor Terrieux y el llamado Patrick Antoine, de homicidio intencionado, robos y tentativa de robo con agravantes. El 25 de octubre de 1982, por orden del Juez de instrucción de Toulouse, se efectuó un careo entre los tres individuos durante el cual -después de romperse los sellos en su presencia- se oyó en su totalidad la cinta magnética citada antes, incluida la conversación del anochecer del 17 de junio.

El señor Kruslin adoptó la misma actitud que ante la policía el 18 de junio: se declaró inocente y negó que en esta conversación -no así en otras- se tratara de su voz. Por su parte, el señor Terrieux dijo que no la reconocía, mientras que sí lo había hecho en ocasión anterior.

La cinta fue precintada de nuevo, también en presencia de los inculpados. El (ahora)

demandante se negó a firmar tanto el acta como la diligencia de precinto.

Posteriormente, pidió una prueba pericial. El Juez instructor la ordenó el 10 de febrero de 1983; pero los tres peritos nombrados, en su informe de 8 de junio de 1983, llegaron a la conclusión, «con una probabilidad del 80 por 100», de que la voz examinada era verdaderamente la del señor Kruslin.

11. El demandante, ante la Sala de acusación del Tribunal de apelación de Toulouse, competente después de la conclusión de la instrucción, pidió que se anulara el registro de la conversación litigiosa porque se había efectuado en un procedimiento que, según él, no le concernía: el caso Baron. El 16 de abril de 1985 la Sala de acusación desestimó la pretensión diciendo lo siguiente:

«... aunque estas escuchas telefónicas fueron ordenadas por el Juez de instrucción del Tribunal de instancia de Saint-Gaudens en otro procedimiento, no es menos cierto que ni el artículo 11 -que reconoce el principio del carácter secreto del sumario- ni los artículos R.155 y R.156 del Código de Procedimiento Penal prohíben a los Jueces disponer que se incorporen a unas actuaciones las pruebas de otras cuya aportación puede esclarecerlas y ayudar a la manifestación de la verdad, con la única condición -cumplida en este caso- de que esta incorporación se haga en forma contradictoria, sometiéndose las diligencias en cuestión a la discusión de las partes...»

La Sala al pronunciarse así se inspiraba, ampliándola por analogía al ámbito de las intervenciones telefónicas, en la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal de casación, sentada con motivo de otras medidas de la instrucción (véanse, por ejemplo, 11 de marzo de 1964, Boletín núm. 86; 13 de enero de 1970, Boletín núm. 21; 19 de diciembre de 1973, Boletín núm. 480; 26 de mayo y 30 de noviembre de 1976, Boletines núms. 186 y 345; 16 de marzo y 2 de octubre de 1981, Boletines núms. 91 y 256).

En la misma sentencia, la Sala de acusación puso al señor Kruslin -con otros cuatro individuos, incluidos los señores Terreux y Antoine- a disposición de la *Cour d'Assises* del Alto Garona para que respondiera, en cuanto a él, como cómplice de los delitos de homicidio doloso y de robos y tentativa de robo con agravante.

12. El demandante recurrió en casación. El segundo de los cinco motivos del recurso se fundaba en el artículo 8 del Convenio, censurando a la Sala de acusación de Toulouse por lo siguiente:

«Por no haber anulado las escuchas telefónicas procedentes de otras actuaciones;

porque la injerencia de las autoridades públicas en la vida privada y familiar y en la correspondencia de una persona sólo será necesaria, en una sociedad democrática, para la prevención de los delitos si está prevista por una ley que reúna las dos condiciones siguientes: la de usar términos claros para que todos puedan conocer la circunstancias y los requisitos que permitan a los Poderes públicos una injerencia así, secreta y en principio peligrosa, en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia; y la de definir la extensión y las formas del ejercicio de esta facultad con la claridad suficiente para proporcionar a la persona una protección adecuada contra la arbitrariedad. Ahora bien, ninguna disposición de la legislación francesa -ni, en especial, el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal - cumple estas exigencias.»

El asesor jurídico del señor Kruslin, en sus alegaciones complementarias del 11 de junio de 1985 (págs. 5 a 8), citó la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, tanto en

materia de intervenciones telefónicas (Sentencias Klass y otros, de 6 de septiembre de 1978 , y Malone, de 2 de agosto de 1984 , serie A, núms. 28 y 82) como en otras (Sentencias Golder, de 21 de febrero de 1975; *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, y Silver y otros, de 25 de marzo de 1983, serie A, núm. 18, 30, 61). La Sala de lo penal del Tribunal de casación rechazó el recurso el 23 de julio de 1985, diciendo en cuanto a esta cuestión lo siguiente:

«... Considerando que el examen de las pruebas del procedimiento pone de manifiesto que la transcripción de la cinta de las conversaciones sostenidas a través del teléfono del señor Terrieux se incorporó a los autos de la instrucción por asesinato, dirigida por el Juez de Toulouse, por la muerte de Enrique Père causada por un desconocido; que esta intervención se hizo en cumplimiento de un mandamiento librado por el Juez de instrucción de Saint-Gaudens en unas diligencias seguidas contra una persona, también desconocida, por un asesinato; y que, por su importancia para las actuaciones por la muerte de Père se efectuó esta transcripción por los funcionarios de la policía judicial, en virtud del mandamiento del Juez instructor de Toulouse;

Que los términos de las conversaciones interceptadas se han dado a conocer a las distintas personas interesadas, especialmente a Kruslin, quien tuvo que explicarlos tanto durante la investigación, en virtud de la orden del Juez, como después de la acusación; y que, además, se efectuó un examen pericial de la cinta registrada, unida a continuación a los autos, también como consecuencia de la resolución con arreglo a Derecho del Juez de instrucción;

Considerando que, dada esta situación, la sala de acusación, al denegar la anulación de las escuchas telefónicas procedentes de otras actuaciones penales, no ha incurrido en el defecto alegado en el recurso;

Que, en primer lugar, ningún precepto legal prohíbe incorporar a un procedimiento penal las pruebas procedentes de otro que puedan, por su naturaleza, ilustrar a los Jueces y ayudar a la manifestación de la verdad; y que la única condición exigida es que se haga en forma contradictoria, como así sucedió en este caso en el que los documentos se sometieron a la discusión de las partes; Que, en segundo lugar, se deduce de los artículos 81 y 151 del Código de Procedimiento Penal y de los principios generales en esta materia que un Juez instructor sólo puede ordenar una intervención telefónica cuando se presuma la existencia de un determinado delito que haya causado la apertura por él de la correspondiente investigación, y cuando esta medida no se refiera en general a otras posibles infracciones; y que por otra parte, las interferencias ordenadas deben ejecutarse bajo la fiscalización de dicho órgano judicial, sin utilizar ningún ardid o engaño y sin que puedan poner en peligro el ejercicio de los derechos de la defensa;

Que estas disposiciones que regulan el uso por el Juez instructor de las intervenciones telefónicas, y que no consta que se hayan infringido en este caso cumplen los requisitos del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...» (Boletín núm. 275, págs. 713 a 715).

13. Resulta de los autos que el registro de la conversación telefónica del 17 de junio de 1982 fue una prueba decisiva en las actuaciones contra el (ahora) demandante que terminaron, el 28 de noviembre de 1986, con una Sentencia de la Sala de lo Penal del Alto Garona. El señor Kruslin, absuelto de la acusación de homicidio, pero condenado a quince años de reclusión por robo y tentativa de robo a mano armada, interpuso un recurso rechazado por el Tribunal de casación el 28 de octubre de 1987; y, según parece, no ha dejado de protestar de su inocencia.

14. Por otra parte, en la causa Baron, la sala de acusación del Tribunal de apelación de Toulouse también puso al demandante, el 2 de junio de 1987, a disposición de la Sala de lo

Penal del Alto Garona, junto con el señor Antoine y un tal Charles Croce. En el juicio alegó también la nulidad de las intervenciones telefónicas entre el 15 y el 17 de junio de 1982; y el 4 de noviembre de 1987, la Sala de lo Penal del Tribunal de casación desestimó lo alegado por idénticos fundamentos, *mutatis mutandis*, que los de su Sentencia antes citada de 23 de julio de 1985 [véase el apartado 12, anterior recopilación Dalloz Sirey (D. S.) 1988, resúmenes, pág. 195]. El 2 de diciembre de 1988, la Sala de lo Penal competente condenó al (ahora) demandante a reclusión perpetua por asesinato. El condenado interpuso un recurso que fue rechazado por la Sala de lo Penal del Tribunal de casación el 6 de noviembre de 1989.

Sin embargo, la reclamación interpuesta ante la Comisión se refiere únicamente a las escuchas telefónicas en la causa *La Gerbe d'Or*.

II. La legislación y la jurisprudencia aplicables

15. El Derecho penal francés sigue el principio de la libertad de pruebas: «salvo que la ley disponga otra cosa, los delitos pueden probarse por cualquier medio...» (art. 427 del Código de Procedimiento Penal).

No existe ningún precepto de rango legal que permita expresamente a los Jueces de instrucción efectuar u ordenar las intervenciones telefónicas, como lo mismo sucede con otras medidas que, sin embargo, se usan frecuentemente, por ejemplo, la toma de fotografías o de huellas dactilares, los seguimientos, las vigilancias, las requisitorias, los careos de testigos y la reconstrucción de los delitos. En cambio, el Código de Procedimiento Penal les concede expresamente facultades para tomar otras medidas que regula con detalle, como la prisión provisional, los embargos y los registros.

16. Durante la vigencia del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal, el Tribunal de casación había condenado el uso de las escuchas telefónicas judiciales, por lo menos en circunstancias que pusieran de manifiesto, a su entender, por parte de un Juez instructor o de la policía una falta de «lealtad» incompatible con «las reglas de procedimiento penal» y «las garantías esenciales de los derechos de la defensa» (Salas reunidas, 31 de enero de 1888, Ministerio Fiscal contra Vigneau, Dalloz 1888, *Jurisprudencia*, págs. 73 y 74; Sala de lo Penal, 12 de junio de 1952; Imbert, Boletín núm. 153, págs. 258 a 260; Sala de lo Civil, Sección segunda, 18 de marzo de 1955, matrimonio Jolivot contra matrimonio Lubrano y otros, D. S., 1955, *Jurisprudencia*, págs. 573 y 574, y *Gaceta del Palacio*, 1955, *Jurisprudencia*, pág. 249). Sin embargo, varios tribunales de instancia y de apelación, que tuvieron ocasión de pronunciarse a este respecto, más bien se inclinaron a reconocer la legalidad de tales escuchas siempre que no existiera «asechanza» ni «provocación», fundándose en el artículo 90 de dicho Código (Tribunal Penal del Sena, Sala décima, 13 de febrero de 1957, Ministerio Fiscal contra X, G. P., 1957, *Jurisprudencia*, págs. 309 a 310).

17. Desde que entró en vigor el Código de Procedimiento Penal de 1958 la jurisprudencia ha tenido en cuenta a este respecto, entre otros, los artículos 81 , 151 y 152 , que disponen lo siguiente:

Artículo 81

(Párrafos primero, cuarto y quinto)

«El Juez instructor efectuará, con arreglo a la ley, todas las diligencias de investigación que considere convenientes para el descubrimiento de la verdad.

...

Cuando no pueda ejecutar personalmente todas las medidas, dirigirá los correspondientes mandamientos a los miembros de la policía judicial para que realicen todos los actos necesarios en las condiciones y con las salvedades previstas en los artículos 151 y 152.

El Juez instructor comprobará los datos recogidos de esta manera.

...»

Artículo 151

(Según la redacción vigente cuando ocurrieron los hechos de autos)

«El Juez instructor podrá requerir mediante exhorto o mandamiento, según los casos, a otro Juez de su Tribunal, a cualquier Juez de instancia que dependa de dicho órgano, a un miembro de la policía judicial con competencia en el territorio o a cualquier Juez de instrucción, para que efectúe las diligencias de investigación necesarias en el sitio en que desempeñe sus funciones.

En el exhorto o mandamiento se indicará la naturaleza del delito a que se refiera la instrucción, fechándose y firmándose por el Juez que lo libre, y estampándose su sello.

Sólo se podrán ordenar en él diligencias que se relacionen directamente con el esclarecimiento del delito objeto del procedimiento.

...»

Artículo 152

«Los Jueces y los funcionarios de la policía judicial encargados del cumplimiento del exhorto o mandamiento tendrán, dentro de los límites que en él se establezcan, todas las facultades del Juez de instrucción.»

18. La Ley de 17 de julio de 1970 añadió al Código Civil un nuevo artículo 9 que garantiza a todos el «derecho al respeto de su vida privada». Además, modificó el Código Penal con el siguiente artículo 368 :

«El que intencionadamente vulnere la intimidad de la vida privada de otra persona:

Escuchando, registrando o transmitiendo por medio de cualquier aparato las palabras pronunciadas en un sitio privado por una persona, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos meses a un año, y con una multa, o sólo con una de estas dos penas...»

Durante los trabajos preparatorios, uno de los Vicepresidentes de la Comisión de Leyes de la Asamblea Nacional, el señor Zimmermann, pidió «algunas seguridades o aclaraciones» de que el texto en cuestión «no impediría al Juez de instrucción librar, por supuesto correctamente, sin incitación alguna, y cumpliendo todas las formalidades legales, los exhortos y mandamientos para intervenir determinadas conversaciones telefónicas» (*Diario Oficial*, Asamblea Nacional, sesiones de 1970, pág. 2074). El «Garde des Sceaux» (Ministro de Justicia), señor René Pleven, le contestó: «... no se trata en absoluto de alterar las facultades de los Jueces de instrucción que pueden, por supuesto, en las condiciones legales, ordenar determinadas escuchas telefónicas»; y añadió poco después: «Cuando un funcionario interviene un teléfono, sólo puede hacerlo legalmente si está autorizado por un mandamiento judicial o por una disposición ministerial» (*ibidem*, pág. 2075). Después de esto, las dos

Cámaras del Parlamento aprobaron el proyecto de ley sin ninguna modificación en este punto.

19. El artículo 41 del Código de Correos y Telecomunicaciones sanciona a «cualquier funcionario público» o a «cualquier persona que intervenga en la ejecución del servicio» que «viole el secreto de la correspondencia confiada a las telecomunicaciones», «con las penas previstas en el artículo 187 del Código Penal », multa, prisión y suspensión temporal de cargo o empleo público. Por su parte, el artículo 42 prevé la imposición «de las penas que establece el artículo 378 del mismo Código », sobre el secreto profesional -prisión y multa- a «cualquier persona que, sin autorización del remitente o del destinatario divulgue, publique o utilice el contenido de la correspondencia transmitida por vía radioeléctrica (o sea, por las ondas o por teléfono)».

La Instrucción general número 500-578 sobre el servicio telefónico, dirigida a los funcionarios de Correos y Telecomunicaciones, contiene, sin embargo, las disposiciones siguientes, reproducidas aquí según la versión modificada en 1964 (art. 24 de la parte III):

«Los Jefes de centro y adjuntos están obligados a cumplir cualquier requerimiento para la escucha, por la autoridad interesada, de las comunicaciones procedentes de un determinado teléfono o destinadas a él, que se les dirija:

1. Por un Juez de instrucción (arts. 81 , 92 y 94 del Código de Procedimiento Penal) o por cualquier autoridad judicial o funcionario de la policía judicial que haya recibido el correspondiente exhorto o mandamiento (art. 152);

...»

Dicha Instrucción, publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones es, según el Gobierno, «el texto reglamentario aplicable».

20. El impresionante desarrollo de algunas formas de delincuencia -robos a mano armada, terrorismo, tráfico de drogas, etc.- ha llevado en Francia, según parece, a un aumento de las intervenciones telefónicas por orden judicial. Como consecuencia, la jurisprudencia a este respecto también se ha incrementado; no las condena en sí mismas, pero se pone de manifiesto en ocasiones cierta prevención hacia ellas (Tribunal de apelación de París, Sala 9.a de lo Penal, 28 de marzo de 1960, Cany y Rozenbaum, G. P., 1960, *Jurisprudencia*, págs. 253 y 254).

Las resoluciones que han citado el Gobierno y la Comisión o que ha conocido el Tribunal por sus propios medios, son en su mayor parte posteriores a los hechos de autos (junio 1982) y han aclarado poco a poco algunos puntos. Estas aclaraciones no se deducen todas de las sentencias del Tribunal de casación y no forman por el momento un *corpus* jurisprudencial homogéneo, debido al carácter aislado de determinadas resoluciones o de algunos fundamentos de Derecho. Se pueden resumir así:

a) Los artículos 81 y 151 del Código de Procedimiento Penal (apartado 17, precedente) autorizan a los Jueces de instrucción - y sólo a ellos en el marco de una investigación judicial- a interceptar un teléfono o, como es más frecuente en la práctica, a expedir un mandamiento para que así lo haga un miembro de la policía judicial, a tenor del artículo 16 (véanse, especialmente, Tribunal de casación, Sala de lo Penal, 9 de octubre de 1980, Tournet, Boletín núm. 255, págs. 662 a 664; 24 de abril de 1984, Peureux, Huvig y otro, D. S., 1986, *Jurisprudencia*, págs. 125 a 128; 23 de julio de 1985, apartado 12 anterior; 4 de noviembre de 1987, apartado 14, anterior;

15 de febrero de 1988, Schroeder, y 15 de marzo de 1988, Arfi, Boletín núm. 128, págs. 327 a 335). Se trata de una «medida de investigación» que a veces puede ser «útil para la comprobación de la verdad». Es comparable a la intervención de cartas o telegramas (véanse, especialmente, Tribunal de apelación de Poitiers, Sala de lo penal, 7 de enero de 1960, Manchet, «Juris- Classeur périodique» (J. C. P.) 1960, *Jurisprudencia*, núm. 11599, y Tribunal de apelación de París, Sala de acusación, 27 de junio de 1984, F. y otro, D. S. 1985, *Jurisprudencia*, págs. 93 a 96), y como ella no se opone a las disposiciones del artículo 368 del Código Penal, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios y el principio de la libertad de pruebas (apartados 15 y 18, precedentes; y Tribunal de «grande instance» de Estrasburgo, 15 de febrero de 1983, S. y otros, no publicada; Tribunal de apelación de Colmar, 9 de marzo de 1984. Chavignac y otro, también inédita, pero citada por el Gobierno en la audiencia ante la Comisión de 6 de mayo de 1988; Tribunal de apelación de París, Sala de acusación, Sentencia antes citada de 27 de junio de 1984 y Sentencia de 31 de octubre de 1984, Li Siu Lung y otros, G. P. 1985, resúmenes, págs. 94 y 95).

b) El Juez instructor sólo puede librar un mandamiento de esta naturaleza «cuando se presuma que se ha cometido un determinado delito y se haya abierto la consiguiente instrucción», cuya dirección le corresponda; no así cuando se trate de «cualquier clase de delitos» ajenos a las actuaciones; así resulta no sólo de los artículos 81 y 151 (párrafos segundo y tercero) del Código de Procedimiento, sino también «de los principios generales del proceso penal» (véanse, especialmente, Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias ya citadas de 23 de julio de 1985, 4 de noviembre de 1987 y 15 de marzo de 1988).

Hasta el momento, la jurisprudencia francesa no ha condicionado nunca la validez de las escuchas telefónicas a la gravedad de los hechos que hay que esclarecer, ni a la determinación por el Juez instructor de la duración máxima de la medida.

c) El funcionario de la policía judicial, «dentro de los límites del mandamiento» que se le ha dirigido -en su caso, por fax- (Tribunal de apelación de Limoges, Sala de lo penal, 18 de noviembre de 1988, Lecesne y otros, D. S. 1989, resúmenes, pág. 394), ejerce «todas las facultades del Juez de instrucción» (art. 152 del Código de Procedimiento Penal), sometido a su fiscalización. El quinto párrafo del artículo 81 impone al Juez la obligación de «comprobar todas las informaciones reunidas» (véanse, entre otras, Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias ya citadas de 9 de octubre de 1980, 24 de abril de 1984, 23 de julio de 1985, 4 de noviembre de 1987 y 15 de marzo de 1988). Sucede a veces que el mandamiento reviste la forma de una delegación general de facultades en la que se entiende incluida, aunque sin mencionarse expresamente, la posibilidad de las intervenciones telefónicas (Tribunal de casación, Sala de lo civil, sección 2.ª, Sentencias antes citada de 18 de marzo de 1955, y Tribunal de apelación de París, Sentencia también citada de 28 de marzo de 1960).

d) Un funcionario de la policía judicial no puede en ningún caso interceptar un teléfono sin el correspondiente mandamiento judicial, por ejemplo, durante las investigaciones previas a la apertura de las diligencias penales (véanse, especialmente, Tribunal de casación, Sala de lo Penal, 13 de junio de 1989, Derrien, y 19 de junio de 1989, Grayo, Boletín núm. 254, págs. 635 a 637, y núm. 261, págs. 648 a 651; Tribunal en pleno, 24 de noviembre de 1989, Derrien, D. S., 1990, pág. 34, y J. C. P. 1990, *Jurisprudencia*, núm. 21418, con las conclusiones del Abogado general señor Emilio Robert).

e) Las escuchas telefónicas no deben efectuarse «con ningún ardid o engaño» (véanse, especialmente, Tribunal de casación, Sala de lo Penal, Sentencias antes citadas de 9 de octubre de 1980, 24 de abril de 1984, 23 de julio de 1985, 4 de noviembre de 1987, 15 de febrero y 15 de marzo de 1988), pues en otro caso deberán eliminarse de los autos penales los datos conseguidos de este modo (véanse, sobre todo, Tribunal de casación, Sala de lo Penal,

Sentencias ya citadas del 13 y del 19 de junio de 1989).

f) Las intervenciones tampoco «pueden afectar al ejercicio de los derechos de la defensa» (véanse Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias citadas de los días 9 de octubre de 1980, 24 de abril de 1984, 23 de julio de 1985, 4 de noviembre de 1987, 15 de febrero y 15 de marzo de 1988 y 19 de junio de 1989), ni especialmente desconocer la naturaleza reservada de las relaciones del sospechoso o del inculcado con su abogado y, en general, el secreto profesional de éste, por lo menos cuando no actúe con otro carácter (Tribunal de apelación de Aix-en-Provence, Sala de acusación, 16 de junio de 1982 y 2 de febrero de 1983, Sadji Hamou y otros, G. P.

1982, *Jurisprudencia*, págs. 645 a 649, y 1983, *Jurisprudencia*, págs. 313 a 315; Tribunal de apelación de París, Sala de acusación, Sentencia ya citada de 27 de junio de 1984).

g) Con esta salvedad, las escuchas pueden tener por objeto las comunicaciones telefónicas procedentes de un inculcado y las dirigidas a él (Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias citadas de los días 9 de octubre de 1980 y 24 de abril de 1984), como también las de un mero sospechoso, en este caso el señor Terrieux (apartado 9, anterior; véanse también los fallos y sentencias antes citados, dictados por el Tribunal de «grande instance» de Estrasburgo el 15 de febrero de 1983, por el Tribunal de apelación de Colmar el 9 de marzo de 1984 y por la Sala de acusación del Tribunal de apelación de París el 27 de junio de 1984) o incluso las de un tercero, por ejemplo, un testigo cuando hay motivos para creer que conoce datos sobre los autores y las circunstancias de un delito (véase, especialmente, Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence, Sentencia citada del 16 de junio de 1982).

h) Se puede intervenir el teléfono de una cabina pública (Tribunal penal del Sena, Sala 10.a, 30 de octubre de 1964, Hacienda Pública y Sociedad de carreras contra I., y otros, D. S. 1965, *Jurisprudencia*, págs. 423 y 424) lo mismo que una línea privada, tenga o no derivación a un puesto de escucha (Tribunal de casación, Sala de lo penal, 13 de junio de 1989, y Tribunal en pleno, 24 de noviembre de 1989, Sentencias citadas antes).

i) El funcionario de la policía judicial vigilará el registro de las conversaciones en cinta magnética -o en «cassette»- y después su transcripción, cuando no la haga él mismo; y «al elegir» los extractos que han de «someterse al examen por el tribunal», determinará «las palabras que pueden suponer la incoación de diligencias penales». Realiza estos trabajos «bajo su responsabilidad y fiscalizado por el Juez instructor» (Tribunal de «grande instance» de Estrasburgo, fallo ya citado de 15 de febrero de 1983, confirmado por el Tribunal de apelación de Colmar el 9 de marzo de 1984; Tribunal de apelación de París, Sentencia también citada de 27 de junio de 1984).

j) Las cintas magnéticas originales -que en el caso de autos se sellaron (apartados 8 y 9)- «son documentos de convicción», no meramente informativos; pero «sólo tienen el carácter de un principio de prueba»; su «transcripción en las actas los materializa para permitir consultarlos» (Tribunal de casación, Sala de lo penal, 28 de abril de 1987, Allieis, Boletín núm. 173, págs. 462 a 467).

k) Cuando la transcripción requiera su traducción al francés, los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento penal sobre los informes periciales no se aplican a la designación y al trabajo del traductor [Tribunal de casación, Sala de lo penal, 6 de septiembre de 1988, Fekari, Boletín núm. 317, págs. 861 y 862 (extractos) y 18 de diciembre de 1989, M. y otros, aún no publicada].

l) «No hay ningún precepto legal que prohíba» incorporar a los autos de un proceso penal «las

pruebas que obren en otros», por ejemplo, las cintas magnéticas y las actas en que se recojan las transcripciones, si pueden «ayudar a los Jueces y contribuir a que se ponga de manifiesto la verdad», con tal que la incorporación se haga «en forma contradictoria» (Tribunal de apelación de Toulouse, Sala de acusación) 16 de abril de 1985, apartado 11 precedente; y Tribunal de casación, Sala de lo penal, 23 de julio de 1985, apartado 12, y 6 de septiembre de 1988, ya citadas).

m) Se exige que la defensa pueda conocer las actas con las transcripciones, escuchar las grabaciones originales, discutir su autenticidad durante el período de instrucción y el juicio y pedir «cualquier diligencia de investigación necesaria» -por ejemplo, un informe pericial, como en este caso (apartado 10 *in fine*)- «sobre su contenido y las circunstancias en que se efectuaron» (véanse, especialmente, Tribunal de casación, Sala de lo penal, 23 de julio de 1985, apartado 12 anterior, 16 de julio de 1986, Illouz, inédita, y 28 de abril de 1987, citada anteriormente).

n) De la misma manera que el Juez de instrucción fiscaliza al funcionario de la policía judicial, está sujeto a su vez a la Sala de acusación, a la que puede acudir -así como el Ministerio Fiscal- con arreglo al artículo 171 del Código de Procedimiento Penal .

Por su parte, los Tribunales de instancia y de apelación y de casación podrán conocer, según los casos, de las excepciones y fundamentos opuestos, especialmente por el acusado, pero también por el Fiscal (Tribunal de casación, Sentencias ya citadas del 19 de junio y 24 de noviembre de 1989) por incumplimiento de los requisitos que se han resumido o de cualesquiera reglas aplicables en la materia según los interesados. No se trata, sin embargo, de nulidades del orden público que el tribunal de apelación deba declarar de oficio «sólo se refieren a los derechos de la defensa» (Tribunal de casación, Sala de lo penal, 11 de diciembre de 1989, Takrouni, todavía sin publicar).

21. Desde 1981, las partes procesales han invocado cada vez más el artículo 8 del Convenio y, con menor frecuencia, el artículo 6 (Tribunal de casación, Sala de lo penal, 23 de abril de 1981, Pellegrin y otros, Boletín núm. 117, págs. 328 a 335, y 21 de noviembre de 1988, S. y otros, inédita), para apoyar sus reclamaciones contra las intervenciones telefónicas; y han citado a veces, como en este caso (apartado 12), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Hasta el momento, los tribunales franceses sólo han considerado contrarias al artículo 8.2 («prevista por la ley») o al Derecho interno *strictu sensu*, las escuchas telefónicas efectuadas sin mandamiento judicial, en la fase de la investigación por la policía (véanse, especialmente, el Tribunal de casación, Sentencias ya citadas de 13 de junio y 24 de noviembre de 1989), o en circunstancias no aclaradas (Tribunal de casación, Sentencia también citada del 19 de junio de 1989), o incluso con quebranto de los derechos de la defensa (Tribunal de apelación de París, Sala de acusación, Sentencia asimismo citada de 31 de octubre de 1984). En los demás casos, unas veces han declarado que no existía violación (Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias ya mencionadas de 24 de abril de 1984, 23 de julio de 1985, 16 de julio de 1986, 28 de abril y 4 de noviembre de 1987, 15 de febrero, 15 de marzo y 5 de septiembre de 1988 y 18 de diciembre de 1989, así como 16 de noviembre de 1988, S. y otros, no publicada, y los fallos y Sentencias citadas de 15 de febrero de 1983 (Estrasburgo), 9 de marzo de 1984 (Colmar) y 27 de junio de 1984 (París), otras que las alegaciones eran inadmisibles por distintos motivos (Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias ya mencionadas de 23 de abril de 1981, 21 de noviembre de 1988 y 11 de diciembre de 1989, así como las no publicadas de 24 de mayo de 1983, S. y otros, 23 de mayo de 1985, Y. H. W., 17 de febrero de 1986, H., 4 de noviembre de 1986, J., y 5 de febrero de 1990, B. y otros).

22. Mientras que la doctrina está dividida sobre la compatibilidad de las intervenciones telefónicas -judiciales o de otra naturaleza-, tal como se efectúan en Francia, con las normas legales nacionales e internacionales vigentes en el país, coincide en cambio en considerar deseable, e incluso necesario, que el Parlamento intente resolver el problema siguiendo el ejemplo de muchos Estados (véanse en particular Gaëtan di Marino, comentarios a la Sentencia Tournet de 9 de octubre de 1980, Tribunal de casación, J. C. P., 1981, *Jurisprudencia*, núm. 19578; Albert Chavanne, «Les résultats de l'audiosurveillance comme preuve pénale» (Los resultados de la «audiovigilancia» como prueba penal), *Revue internationale de droit comparé* (*Revista internacional de Derecho comparado*), 1986, págs. 752, 953 y 755; Gérard Cohen-Jonathan, «Les écoutes téléphoniques» (Las escuchas telefónicas) *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda* (*Estudios en honor de Gérard J. Wiarda*), 1988, pág. 104; Jean Pradel, «Ecoutes téléphoniques et Convention Européenne des Droits de l'Homme» (Las escuchas telefónicas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos), D. S., 1990, *Chronique* (*Crónica o anales*, págs. 17 a 20). En julio de 1981, el Gobierno creó una Comisión de estudios, presidida por el señor Rober Schmelck, a la sazón Presidente del Tribunal de casación, y compuesta por senadores y diputados de las distintas tendencias políticas, magistrados, profesores, altos funcionarios y un abogado. La Comisión presentó un informe el 25 de junio de 1982, que no se dio a conocer ni se ha traducido hasta la fecha en ningún proyecto de ley.

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

23. El señor Kruslin acudió a la Comisión el 16 de octubre de 1985 con su demanda número 11801/85, formulando sólo una reclamación: según él, la interceptación y el registro de su conversación telefónica de 17 de junio de 1982 habían violado el artículo 8 del Convenio.

La Comisión admitió a trámite la demanda el 6 de mayo de 1988; y, en su informe del 14 de diciembre del mismo año (art. 31), llegó a la conclusión, por diez votos contra dos, de que se había infringido el precepto invocado. El texto íntegro de su opinión y del voto particular disidente formulado se incluye en un anexo a esta sentencia.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL

24. En la audiencia del litigio, el agente del Gobierno pidió al Tribunal que declarara que no se había violado el artículo 8 del Convenio en el caso de autos; el Delegado de la Comisión que sí se había infringido; y el abogado del demandante que se condenara al Gobierno francés por la infracción en que había incurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. La violación alegada del artículo 8

25. El señor Kruslin alega que en el caso de autos se violó el artículo 8 del Convenio. El precepto invocado establece lo siguiente:

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

2. La autoridad pública sólo podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país,

la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.»

El Gobierno rechaza esta opinión, mientras que la Comisión la comparte sustancialmente.

26. Aunque la línea intervenida fue la del señor Terrieux, como consecuencia la policía judicial interceptó varias conversaciones del demandante, y una de ellas llevó a la apertura de las actuaciones penales contra él (véanse los anteriores apartados 9 y 10). Se trataba, pues, de una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del interesado al respecto de «su correspondencia» y de «su vida privada» (Sentencias Klass y otros de 8 de septiembre de 1978, serie A, núm. 28, pág. 21, apartado 41 ; y Malone de 2 de agosto de 1984 , serie A, núm. 82, pág. 30, apartado 64). El Gobierno no lo discute.

Una injerencia así infringe el artículo 8, salvo si está «prevista por la ley», persigue uno o más fines legítimos, en relación con su apartado 2, y es «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzarlos.

A. Prevista por la ley

27. Las palabras «prevista por la ley», en el sentido del artículo 8, exigen ante todo que la medida impugnada tenga algún fundamento en el Derecho interno;

pero también se refieren a la calidad de la norma de que se trate: debe ser accesible a la persona afectada, que ha de poder prever sus consecuencias para ella, y compatible con la preeminencia del Derecho.

1. Su fundamento legal en el Derecho francés

28. Se ha discutido ante la Comisión y el Tribunal si se cumplió la primera condición en el caso de autos. El demandante contesta negativamente. Alega que el artículo 368 del Código Penal prohibía en principio las escuchas telefónicas (véase el apartado 18, anterior). Debe prevalecer sobre el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal que, propiamente, no las autoriza en términos expresos y obliga al Juez de instrucción a proceder «con arreglo a la ley» -y, por tanto, de acuerdo entre otros con el artículo 368 del Código Penal - al decretar las diligencias «convenientes para el descubrimiento de la verdad» (apartado 17). Los artículos 151 y 152 (*ibidem*) no alteran esto: los Jueces instructores no pueden delegar más facultades en los funcionarios de la policía judicial que las que ellos ostenten. El Delegado de la Comisión está de acuerdo en este último punto.

Según el Gobierno, no hay ninguna contradicción entre los artículos 368 del Código Penal y 81 del Código Procesal , por lo menos si se tienen en cuenta los trabajos preparatorios del primero (véase el apartado 18). El Código de procedimiento no establece en absoluto una relación limitando los medios de investigación de que dispone el Juez de instrucción; y no menciona tampoco medidas tan corrientes como la toma de fotografías o de huellas dactilares, los seguimientos, las vigilancias, las requisitorias, los careos entre testigos y la reconstrucción de los hechos (apartado 15). Las precisiones que formulan sobre el artículo 81 los artículos 151 y 152 se completan con las que se deducen de la jurisprudencia francesa (apartados 17, 20 y 21). Por «ley», en el sentido del artículo 8.2 del Convenio, se entiende el «Derecho en vigor en un determinado régimen jurídico», en este caso «el conjunto formado por el Derecho escrito» -los arts. 81 , 151 y 152 del Código de Procedimiento Penal , sustancialmente- y «por la jurisprudencia que lo interpreta».

Por su parte, el Delegado de la Comisión entiende que en el caso de los «países

continentales», como Francia, sólo se puede considerar como una «ley», a los efectos del artículo 8.2 del Convenio, «una norma de aplicación general», aprobada o no por el Parlamento. Es indudable que el Tribunal ha entendido que al decirse «prevista por la ley esta palabra comprende a la vez el Derecho escrito y el que no lo está» (Sentencias *Sunday Times* de 26 de abril de 1979, serie A, núm. 30, pág. 30, apartado 47;

Dudgeon de 22 de octubre de 1981, serie A, núm. 45, pág. 19, apartado 44; y Chappell de 30 de marzo de 1989, serie A, núm. 152, pág. 22, apartado 52); pero sólo tuvo en cuenta aquí -según el Delegado- el régimen del *common law*. Ahora bien, este régimen es muy distinto de otros, en especial del francés, en el cual la jurisprudencia es una «fuente de Derecho», sin duda «muy importante», pero «secundaria», mientras que el Convenio al referirse a la «ley» lo hace a «una fuente primaria».

29. El Tribunal puntualiza primero, como el Gobierno y el Delegado, que «corresponde ante todo a las autoridades nacionales» y singularmente «a los Jueces y tribunales, la interpretación y la aplicación» del Derecho interno (véanse, entre otras muchas, las Sentencias Malone, ya citada, serie A, núm. 82, pág. 35, apartado 79; y Eriksson de 22 de junio de 1989, serie A, número 156, pág. 25, apartado 62). No le incumbe, por tanto, expresar una opinión en contra de la suya sobre la compatibilidad de las intervenciones telefónicas ordenadas por un Juez con el artículo 368 del Código Penal. Ahora bien, desde hace ya muchos años, una serie de resoluciones y Sentencias, sobre todo del Tribunal de casación, han considerado los artículos 81, 151 y 152 del Código de Procedimiento Penal como el fundamento legal de las escuchas efectuadas por un miembro de la policía judicial como consecuencia de un mandamiento de un Juez de instrucción.

No se puede prescindir de esta jurisprudencia. El Tribunal, en relación con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio y con otros preceptos análogos, ha entendido siempre el término «ley» en su sentido «de fondo» o «material» y no «formal», y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior al legislativo (véase, especialmente, la sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971, serie A, número 12, pág. 45, apartado 93) y el «Derecho no escrito». Ciertamente, las Sentencias en los casos *Sunday Times*, Dudgeon y Chappel se referían al Reino Unido; pero, sería un error exagerar la diferencia entre países de *common law* y «continentales», como con razón lo subraya el Gobierno. La ley escrita (*statute law*) tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y tribunales. Por lo demás, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal en más de una ocasión para estos países (véanse, entre otras, las Sentencias Müller y otros de 24 de mayo de 1988, serie A, núm. 133, pág. 20, apartado 29; Salabiaku de 7 de octubre de 1988, serie A, núm. 141, págs. 16 y 17, apartado 29; y Markt Intern Verlag, GmbH y Klaus Beermann, de 20 de noviembre de 1989, serie A, núm. 165, págs. 18 y 19, apartado 30). Si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales» casi tanto como lo habría hecho su fallo en el caso *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 con el del Reino Unido si hubiera excluido el *common law* del concepto de «ley» (serie A, núm. 30, pág. 30, apartado 47). En un ámbito amparado por el Derecho escrito, la «ley» es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica.

En resumen, la injerencia litigiosa tenía un fundamento legal en el Derecho francés.

2. La calidad de la ley

30. La segunda exigencia que se deduce del inciso «prevista por la ley» -que sea accesible- no

suscita ningún problema en el caso de autos.

No sucede lo mismo con el tercer requisito: que la ley sea «previsible» en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables. Como lo puntualizó el Tribunal en su Sentencia Malone de 2 de agosto de 1984, el artículo 82 del Convenio «no se limita a remitirse al Derecho interno, sino que se refiere también a la calidad de la ley», exigiendo «que sea compatible con la preeminencia del Derecho».

«Supone esto... que el Derecho interno debe ofrecer alguna protección contra las injerencias arbitrarias de los Poderes públicos en los derechos garantizados por el apartado 1... Ahora bien, este peligro surge especialmente cuando una facultad del Poder ejecutivo se ejercita en secreto... Es indudable que los requisitos del Convenio, sobre todo en este carácter previsible, no pueden ser exactamente los mismos en el contexto de la intervención de las comunicaciones para los fines de las investigaciones de la policía» o de las diligencias judiciales «que cuando la ley de que se trate se proponga restringir la conducta de las personas. En particular, el requisito de que sea previsible no significa que el individuo pueda prever cuándo sus comunicaciones están expuestas a ser interceptadas por las autoridades para que pueda ajustar su proceder a este riesgo. No obstante, la ley debe ser lo suficientemente clara para señalar a todos las circunstancias y condiciones en que autoriza a los Poderes públicos a recurrir a una injerencia así, secreta y posiblemente peligrosa, en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia.

...(En su Sentencia Silver y otros de 25 de marzo de 1983, el Tribunal) entendió que una ley que confiera una facultad discrecional debe fijar su alcance, aunque no se requiera que se incluyan en ella detalladamente los requisitos y procedimientos correspondientes (serie A, núm. 61, págs. 33 y 34, apartados 88 y 89). Hasta dónde ha de llegar la precisión de la ley a este respecto dependerá de la materia de que se trate... Como la aplicación de las medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está sometida a la fiscalización de los interesados ni del público en general, la ley sería contraria a Derecho si la facultad de apreciación concedida al Poder ejecutivo» o al juez «no tuviera límites. En consecuencia, la ley debe definir la extensión y la manera de utilizar dicha facultad con la suficiente claridad... para proporcionar al individuo la adecuada protección contra una injerencia arbitraria» (Serie A, núm. 82, págs. 32 y 33, apartados 67 y 68).

31. Según el Gobierno, el Tribunal debe tener cuidado en no pronunciarse en abstracto sobre la conformidad de la legislación francesa con el Convenio y en no resolver *de lege ferenda*. Por consiguiente -dice-, no le corresponde tratar de cuestiones ajenas al caso del señor Kruslin, por ejemplo, la posibilidad de escuchas por delitos de menor gravedad y la inexistencia de la obligación de informar, posteriormente, sobre la vigilancia de un individuo objeto de unas actuaciones que no han seguido adelante. Estas cuestiones se refieren en realidad a la condición de la «necesidad en una sociedad democrática», cuyo cumplimiento se fiscaliza en concreto a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso.

32. El Tribunal no considera convincente este argumento. Para averiguar si la injerencia impugnada estaba «prevista por la ley», tiene que apreciar, en relación con las exigencias del principio fundamental de la preeminencia del Derecho, la «ley» francesa en vigor a la sazón en la materia de que se trata. Un estudio como éste supone inevitablemente alguna abstracción, y se refiere también a la «calidad» de los preceptos legales nacionales aplicables al señor Kruslin en el caso de autos.

33. Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia. Por consiguiente, deben fundarse en una «ley» de singular precisión. Es indispensable que las normas que las regulan sean

claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente.

El Gobierno, primero ante la Comisión (alegaciones complementarias de 4 de julio de 1988, págs. 4 a 7, resumidas en el apartado 37 del informe), después con ligeras diferencias de forma, ante el Tribunal, ha formulado una relación de las diecisiete garantías que, en su opinión, proporciona el Derecho francés. Se refieren, bien a la instalación de las escuchas, bien al uso de su resultado, bien a los medios para corregir las posibles irregularidades; siempre según el Gobierno, no se privó al demandante de ninguna de ellas.

34. El Tribunal no quita importancia en absoluto a varias de las garantías, especialmente a la necesidad de una resolución de un Juez de instrucción, Magistrado independiente; a la inspección que ejercita sobre los miembros de la policía judicial y a la que puede sufrir, a su vez, él mismo por parte de la Sala de acusación, de los tribunales competentes para juzgar y, en su caso, del Tribunal de casación; a la exclusión de cualquier «ardid», o «engaño» que no consista en la mera intervención, sino en una «añagaza efectiva», una «trampa» o una «provocación»; y a la obligación de respetar el carácter reservado de las relaciones entre el abogado y el sospechoso o acusado.

Hay que advertir, sin embargo, que sólo algunas de estas garantías se establecen expresamente en los artículos 81, 151 y 152 del Código de Procedimiento Penal. Otras se deducen de fragmentos de las Sentencias pronunciadas a lo largo de los años, en su mayor parte después de la intervención que impugna el señor Kruslin (junio de 1982). Algunas no se han formulado expresamente hasta el momento por la jurisprudencia, por lo menos según las informaciones conseguidas por el Tribunal; el Gobierno parece ser que las deduce bien de normas o principios generales, bien de la interpretación por analogía de disposiciones legales, o de resoluciones judiciales sobre medidas de investigación distintas de las escuchas, en especial de los registros y de los embargos. Una ampliación así, aunque loable, no proporciona en esta materia la suficiente seguridad jurídica.

35. Sobre todo, el sistema no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra los posibles abusos. Por ejemplo, no se define a quiénes se puede someter a una intervención telefónica ni la naturaleza de los delitos que la justifiquen; el Juez no tiene obligación de fijar un límite a la duración de la medida; no se puntualizan las condiciones para levantar las actas en que se recojan las conversaciones interceptadas, ni las precauciones exigibles para comunicar, intactos y completos, los correspondientes registros para su posible inspección por el Juez -que difícilmente podrá comprobar sobre el terreno el número y la extensión de las cintas magnéticas originales- y por la defensa, ni las circunstancias en que se pueda o se deba borrar o destruir dichas cintas, en particular cuando se retira la acusación o se absuelve al acusado. Las informaciones facilitadas por el Gobierno sobre estos extremos demuestran, en el mejor de los casos, la existencia de una práctica, no obligatoria por falta de regulación legal o de jurisprudencia.

36. En resumen, el Derecho francés, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia. Esto era aún más grave cuando ocurrieron los hechos de autos, de forma que el señor Kruslin no disfrutó del mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática (Sentencia Malone, ya citada antes, serie A, núm. 82, pág. 36, apartado 79). Por consiguiente, se ha violado el artículo 8 del Convenio.

B. La finalidad y la necesidad de la injerencia

37. El Tribunal, como la Comisión (apartado 77 de su informe), a la vista de la anterior

conclusión no considera necesario examinar en este caso el cumplimiento de los demás requisitos del apartado 2 del artículo 8.

II. La aplicación del artículo 50 del Convenio

38. El artículo 50 dispone lo siguiente:

«Si la resolución del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una parte contratante se opone, total o parcialmente, a las obligaciones que se derivan del Convenio, y el Derecho interno de dicha parte sólo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias de esta resolución o medida, la resolución del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada.»

El demandante reclama, en primer lugar, una indemnización de 1.000.000 de francos franceses por su condena a quince años de reclusión (apartado 13), alegando que fue consecuencia directa de la violación del artículo 8, ya que la intervención del teléfono jugó un papel decisivo en la apertura de las actuaciones penales contra él. Reclama además el reembolso de los gastos y honorarios del abogado: 20.000 francos por la preparación de su recurso contra la sentencia de 16 de abril de 1985 en el asunto de «La Gerbe d'Or» (apartado 12), más 50.000 por su defensa ante el Tribunal de lo penal del Alto Garona y el Tribunal de casación en la causa Baron (apartado 14). Como la Comisión y el Tribunal le concedieron el beneficio de la ayuda judicial gratuita, no reclama nada por los procedimientos seguidos en Estrasburgo.

El Gobierno y el Delegado de la Comisión no han opinado a este respecto.

39. La declaración de infracción del artículo 8, dadas las circunstancias, supone para el señor Kruslin una reparación equitativa suficiente de los daños y perjuicios que alega; no procede, por tanto, concederle ninguna indemnización.

40. En cuanto a los gastos y a las costas pagadas por el interesado en el caso Baron, el Tribunal no puede tenerlos en cuenta; sin duda las escuchas telefónicas, como alega, «se han utilizado sucesivamente en las dos causas», pero la Comisión y el Tribunal sólo han tenido que examinar su compatibilidad con el Convenio en las actuaciones relativas a «La Gerbe d'Or» (véase el apartado 14 *in fine*).

En cambio, sí debe tenerse en cuenta la cantidad de 20.000 francos que pide por estas actuaciones y que no es excesiva; por tanto, procede concedérsela.

El Tribunal, por estos fundamentos y por unanimidad,

1. *Falla* que se ha violado el artículo 8;
2. *Falla* que esta Sentencia supone una reparación equitativa suficiente por los daños y perjuicios alegados;
3. *Falla* que el Estado demandado debe pagar al demandante veinte mil francos franceses (20.000), en concepto de gastos y costas;
4. *Rechaza* en cuanto al exceso la reclamación formulada al amparo del artículo 50.

Hecha en francés y en inglés, y pronunciada en audiencia pública, en el Palacio de Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 24 de abril de 1990.

Firmado: Rolv Ryssdal, PRESIDENTE

Firmado: Marc-André Eissen, SECRETARIO

ANEXO

OPINIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

(Formulada en su informe de 24 de diciembre de 1988)

La cuestión litigiosa

45. La Comisión tiene que resolver si la interceptación y el registro de la conversación telefónica del demandante por los funcionarios de la policía judicial, en cumplimiento de una orden del Juez de instrucción, han infringido el artículo 8 del Convenio.

A) La injerencia en el ejercicio del derecho del demandante al respeto de su vida privada y de su correspondencia

46. El artículo 8 del Convenio dice así:

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

2. La autoridad pública sólo podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.»

47. Según la jurisprudencia del Tribunal, aunque el apartado 1 del artículo 8 no las nombra expresamente, las conversaciones telefónicas están comprendidas en los conceptos «vida privada» y «correspondencia» a que se refiere el texto (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Klass del 6 de septiembre de 1978 , serie A, núm. 28, pág. 21, apartado 41; y Sentencia Malone de 2 de agosto de 1984 , serie A, núm. 82, pág. 30, apartado 64). La interceptación de las conversaciones telefónicas puede considerarse una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de un derecho garantizado por el apartado 1 del artículo 8.

48. En el caso de autos no se ha discutido en absoluto que la conversación por teléfono que sostuvo el demandante utilizando la línea intervenida de T. fue interceptada y registrada por funcionarios de la policía judicial que actuaron por orden del Juez de instrucción de Saint Gaudens.

49. Verdad es que el mandamiento judicial expedido no se refería a las conversaciones telefónicas del demandante, sino a las de T., cuya línea estaba intervenida. Sucedió, sin embargo, que el demandante, alojado temporalmente en el domicilio de T., utilizó su teléfono, con lo cual se interceptó y registró lo que decía.

50. La Comisión entiende, por tanto, que existió una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del demandante al respeto de su vida privada o de su correspondencia, cosa que por lo demás el Gobierno demandado no discute.

B) La justificación de la interceptación y del registro de la conversación telefónica del demandante en relación con el artículo 8.2

51. Reitera la Comisión que cualquier injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 8.1 del Convenio, para cumplir los requisitos que establece el apartado 2, debe

a) Estar prevista por la ley;

b) Perseguir alguno de los legítimos fines que enumera el citado apartado 2; y c) Ser necesaria en una sociedad democrática.

52. La Comisión señala que la cuestión principal que han discutido las partes es si la injerencia en el ejercicio de los derechos del demandante garantizados por el artículo 8 del Convenio, debida a la intervención y al registro de su conversación telefónica, estaba «prevista por la ley» en el sentido del apartado 2 del citado precepto.

53. El Tribunal, en su Sentencia *Sunday Times*, entendió que la palabra «ley» comprende a la vez el Derecho escrito y el que no lo está (26 de abril de 1979, serie A, núm. 30, pág. 30, apartado 47) y que los requisitos que se deducen de la expresión «prevista por la ley» van más allá de la mera conformidad con el ordenamiento legal interno. Dijo especialmente lo siguiente:

«Se requiere ante todo que la ley sea suficientemente accesible: el ciudadano ha de contar con las informaciones necesarias, dadas las circunstancias, sobre las normas legales aplicables a un determinado caso. En segundo lugar, sólo se puede considerar como una ley a una norma formulada con bastante precisión para permitir al ciudadano que ajuste a ella su conducta; y que, asesorándose en su caso debidamente, prevea razonablemente en su situación las posibles consecuencias de un acto concreto» (Sentencia *Sunday Times*, ya citada antes, pág. 31, apartado 49).

54. Estos principios, deducidos en relación con la libertad de expresión, se han aplicado en sí mismos en el ámbito de las injerencias en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio, especialmente en las Sentencias *Silver* de 25 de marzo de 1983 (serie A, núm. 61, pág. 33, apartados 87 y 88) sobre los obstáculos a la correspondencia de los presos, y *Malone* (ya citada anteriormente, págs. 31 y 32, apartados 66 a 68) sobre las escuchas telefónicas.

55. En el caso que nos ocupa ahora, sostiene el demandante que las intervenciones del teléfono de que se trata no tenían fundamento legal en Derecho francés, y se apoya para entenderlo así en dos circunstancias: de una parte, los artículos 81 y 151 del Código de Procedimiento Penal no hablan en absoluto de las escuchas telefónicas y, de otra, el artículo 368 del Código Penal las prohíbe.

56. El Gobierno demandado discute esta opinión. Según él, los artículos 81 y 151 del Código Procesal, interpretados a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de casación, son un fundamento legal suficiente y apropiado.

57. La Comisión puntualiza de entrada que sólo el primer párrafo del artículo 81 puede

tenerse en cuenta como fundamento legal de la medida controvertida. Los demás párrafos del mismo artículo y las disposiciones del 151 y siguientes se refieren a algunos detalles de la ejecución de los actos de la instrucción y a la delegación de las facultades del Juez instructor por medio de exhortos y mandamientos.

58. Se advierte también que el párrafo primero del artículo 81, a la vez lacónico y general, no menciona las intervenciones telefónicas. Examinado por sí solo, no reúne los requisitos de claridad y precisión exigidos por la jurisprudencia antes citada del Tribunal (véase el apartado 53 de este informe).

59. En apoyo de su opinión, se refiere el Gobierno a la jurisprudencia de la Sala de lo penal del Tribunal de casación establecida en la Sentencia Tournet. En ella, como en la dictada en el presente caso, se exponen y aplican algunos principios sobre las intervenciones telefónicas efectuadas por orden judicial.

60. Para resolver si estos principios reúnen los requisitos que establece el Convenio en relación a la frase «prevista por la ley», es necesario apreciar el alcance que suponen en esta materia la precisión y el carácter accesible que exige la jurisprudencia del Tribunal y de la Comisión.

61. El requisito de prevista por la ley «quiere decir que tiene que establecer las condiciones y los procedimientos de las injerencias» (compárese Sentencia Klass y otros, informe de la Comisión de 9 de marzo de 1977, serie B, núm. 26, pág. 37, apartado 63). En particular, en materia de intervenciones telefónicas, la ley de que se trate debe formular y delimitar el marco en que pueden actuar las autoridades y, en consecuencia, se dirigirá en primer lugar a las competentes para ejecutar la medida. No ha de olvidarse que en el caso de autos la ordenó la autoridad judicial, y que el carácter accesible y la precisión de las normas aplicables han de apreciarse teniendo en cuenta esta circunstancia.

62. A este respecto, es indudable que la jurisprudencia del Tribunal de casación es accesible a los Jueces, quienes, según el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal, son las autoridades competentes para tomar cualquier medida que consideren útil para el esclarecimiento de lo sucedido.

63. En cuanto al requisito de la precisión, entiende la Comisión que tratándose de una injerencia en las conversaciones privadas de dos personas -la que es objeto de la medida y la que habla con ella- el carácter secreto exige que el Derecho interno proporcione suficiente protección contra las infracciones arbitrarias de los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio. Ha de reiterarse a este respecto que «la frase prevista por la ley... se refiere también a su calidad, y exige que sea compatible con la preeminencia del Derecho, mencionada en el preámbulo del Convenio» (Sentencia Malone, ya citada, pág. 32, apartado 67; Sentencia Silver y otros, también citada antes, pág. 34, apartado 90).

64. La Comisión señala además que el Tribunal, en su Sentencia tan citada en el caso Malone (pág. 32, apartado 67), dijo lo siguiente:

«La verdad es que... los requisitos del Convenio, especialmente el del carácter previsible, no pueden ser exactamente los mismos en el contexto especial de la interceptación de las comunicaciones en las investigaciones de la policía que cuando la ley de que se trate pretenda restringir la conducta de las personas. En particular, la condición de previsible no significa que permite prever la interceptación por las autoridades de las comunicaciones de una persona para que pueda adaptar su conducta en consecuencia. No obstante, la ley debe emplear términos lo suficientemente claros para dar a conocer a todos en forma adecuada las

circunstancias y condiciones en que la autoridad pública podrá recurrir a una injerencia de esta naturaleza, secreta y posiblemente peligrosa, en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia.»

65. En el caso de autos, las reglas que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal de casación se limitan a establecer que la intervención de la línea telefónica de una persona es legal en el Derecho francés si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que se haya efectuado por orden y bajo la fiscalización del Juez instructor;
- b) Sin utilizar ningún engaño ni artimaña; y c) Sin que se pueda demostrar que ponga en peligro el ejercicio de los derechos de la defensa.

66. En opinión de la Comisión, estas reglas no proporcionan en materia de escuchas telefónicas una garantía suficiente contra las actuaciones arbitrarias.

67. Por lo pronto, aunque señalan la autoridad que puede ordenar o ejecutar la medida impugnada, no se determina en absoluto el alcance de la facultad que se le confiere. Ahora bien, el Tribunal tiene establecido que «la ley que otorgue una facultad debe fijar su alcance» (Sentencia Silver, ya citada, págs. 33 y 34, apartados 88 y 89), y que si no se señalaran sus límites, en especial cuando se trata de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones que ni los interesados ni el público deben fiscalizar, se quebrantaría el principio de la preeminencia del Derecho (Sentencia, ya citada, en el caso Malone, pág. 33, apartado 68).

68. Además, los principios que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal de casación no determinan los modos y procedimientos de ejecución de la medida. Ahora bien, la Comisión ya ha declarado que este punto debe regularse con precisión (véase el caso Klass y otros, informe de la Comisión ya citado, pág. 37, apartado 63; demandas números 10439-10441, 10452, 10512 y 10513/83 contra Luxemburgo, resolución de 10 de mayo de 1985, *Resoluciones e Informes*, núm. 43, pág. 34).

69. Por último, observa la Comisión que los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de casación demuestran su preocupación por la protección de las personas acusadas en la vía penal como consecuencia de las intervenciones telefónicas contra injerencias que pueden poner en peligro los derechos de la defensa. De nuevo se advierte aquí la falta de precisión de los medios puestos a disposición de los interesados para defenderse de las intervenciones arbitrarias y de los modos de utilizarlas. Además, nada se dice sobre el derecho de las personas cuyas líneas telefónicas hayan sido interceptadas, sin que posteriormente sean objeto de actuaciones penales, a que se les informe de la medida tomada contra ellas o de los posibles límites de dicho derecho.

70. Aunque se supongan que la jurisprudencia del Tribunal de casación pueda considerarse como la «ley no escrita» a que se refiere el Tribunal Europeo en su citada Sentencia Silver (véase el apartado 53 del presente informe), opina la Comisión que no es suficiente para entender cumplidas las exigencias de la frase «prevista por la ley» tal como se deducen del artículo 8.2 del Convenio, puesto que no permite determinar el alcance de las garantías que ofrece contra el empleo abusivo y arbitrario de la medida de que se trata.

71. Se plantea también la cuestión de si las lagunas apreciadas se pueden colmar por la remisión general a la legalidad que hace el artículo 81, primer párrafo, del Código de Procedimiento Penal al puntualizar que las medidas del Juez de instrucción se tomarán «con arreglo a la ley».

72. El Gobierno demandado ha presentado una relación de 17 puntos con las reglas aplicables a la intervención de la línea telefónica de una persona. Se trata de algunas disposiciones del citado Código procesal y de la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de casación.

73. La Comisión conoce, por supuesto, la existencia de algunas garantías en las intervenciones telefónicas objeto de su estudio, y no ignora que las autoridades judiciales están obligadas a actuar de acuerdo con la ley.

74. Sin embargo, a su entender, una infracción secreta de los derechos de la persona al respeto de su vida privada y de su correspondencia sólo se ajustará al Convenio si se autoriza dentro de un sistema que ofrezca garantías suficientes de la fiscalización de su necesidad (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia ya citada dictada en el caso Klass y otros, pág. 21, apartado 42).

75. Admite que las escuchas telefónicas por orden judicial se efectúan en Francia según una práctica fundada en las reglas del Código de Procedimiento Penal que regulan otras actuaciones que pueden decretarse durante la instrucción de una causa. Señala, sin embargo, que dichas reglas no se refieren a las intervenciones telefónicas. Por otra parte, se aprecian varias lagunas importantes, incluso teniendo en cuenta en su conjunto las disposiciones que el Gobierno demandado considera aplicables a la interceptación de una comunicación telefónica. La Comisión señala, en particular, la falta de una delimitación precisa y expresa de las situaciones que permiten recurrir a una medida de esta naturaleza, y de cualquier referencia a la gravedad de los delitos que se investigan. En estas condiciones, cree que el Juez competente no puede apreciar hasta dónde llega la necesidad de utilizar una medida secreta de vigilancia como ésta. Por tanto, la facultad judicial a este respecto se convierte en ilimitada cuando debería ser excepcional.

76. De lo dicho se deduce que la medida impugnada en el caso de autos no estaba «prevista por la ley» a tenor del artículo 8.2 del Convenio.

77. Después de llegar a esta conclusión, la Comisión no considera necesario resolver si la medida era «necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos».

Conclusión

78. La Comisión sienta la conclusión por diez votos contra dos de que se ha violado el artículo 8 del Convenio.

Firmado: C. A. Nørgaard, PRESIDENTE

Firmado: H. C. Krüger, SECRETARIO

VOTO PARTICULAR DISIDENTE DEL SEÑOR MARTÍNEZ, AL QUE SE HA UNIDO EL SEÑOR SOYER

Siento mucho no compartir el razonamiento de la mayoría de la Comisión.

Según dice, la injerencia sufrida por el demandante -o sea la intervención telefónica- no está prevista por la ley en el sentido del apartado 2 del artículo 8 del Convenio.

Se funda para ello a la vez en que la medida litigiosa no se preveía en un precepto legal escrito

y en que los requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal de casación francés no proporcionan una protección suficiente contra actuaciones arbitrarias.

No puedo estar de acuerdo con esta interpretación.

El Convenio no prohíbe a los Estados miembros que conserven su peculiar régimen jurídico. Corresponde a cada país determinar el papel que desempeñan en él la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Los Estados establecen y regulan las fuentes de su Derecho. Sólo ellos definen la fuerza de obligar y la función de la jurisprudencia en su sistema legal. El Convenio respeta las tradiciones de los distintos Estados, exige resultados, pero deja la elección de los medios a cada uno.

Aunque el régimen jurídico francés se funda principalmente en los distintos Códigos, tiene también reglas no escritas y atribuye una misión muy importante a la jurisprudencia para interpretar y aplicar las leyes escritas y precisar su alcance. Se trata de un papel parecido al que el artículo 45 del Convenio confiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación de su texto.

La jurisprudencia francesa, resumida en la Sentencia del Tribunal de casación en el caso Tournet, interpreta el artículo 81 del Código de Procedimiento en el sentido de que autoriza al Juez instructor a ordenar las intervenciones telefónicas.

Sucede así como si existiera un precepto escrito que dijera lo siguiente: «El Juez de instrucción decretará, con arreglo a la ley, todas las medidas de investigación que considere convenientes para esclarecer los hechos, con inclusión de las intervenciones telefónicas». El Derecho francés permite, por tanto, al Juez competente para la incoación de una causa ordenar que se intercepten las líneas telefónicas.

Ahora bien, la mayoría de la Comisión llega a la siguiente conclusión: como el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal no se refiere expresamente a estas escuchas, la medida no está prevista por la ley a los efectos del artículo 8.2 del Convenio.

Esto supone desconocer la organización tradicional del régimen jurídico francés y negar a la jurisprudencia el papel que desempeña desde la codificación napoleónica a principios del siglo XIX.

Los autores de los códigos reconocieron la fuerza creadora de la jurisprudencia. Portalis, en su discurso preliminar, después de poner de manifiesto que sus textos tenían inevitablemente lagunas, añadía: «La función de la ley es formular en términos amplios las reglas generales del Derecho; y establecer en consecuencia principios fecundos, sin descender a las cuestiones de detalle que pueden surgir en cualquier materia. Corresponde a los jueces y a los juristas, impregnados del espíritu general de las leyes, cuidar de su aplicación. Sin duda, el ideal sería que todas las materias estuvieran reguladas por las leyes; pero a falta de textos precisos sobre cualquier cuestión, una costumbre antigua y arraigada, una serie reiterada de resoluciones análogas, o una opinión o máxima recibida, desempeñan la misión de la ley».

El artículo 81 del Código de Procedimiento Penal fue concebido en términos muy generales, y permite al Juez de instrucción utilizar cualquier medio para descubrir la verdad de los que el continuo progreso de la técnica pone a su disposición. Una de las facultades de la jurisprudencia es precisamente la de fijar las condiciones para el empleo de un procedimiento técnico nuevo.

La propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite, al interpretar el

artículo 8.2 del Convenio, que la ley que prevé la injerencia no sea escrita, con tal que reúna los requisitos de accesible y precisa (Sentencia *Sunday Times*). El Tribunal deja a la jurisprudencia francesa el cuidado de interpretar el artículo 81 de su Código Procesal Penal y de declarar, en consecuencia, que permite al Juez de instrucción decretar una intervención telefónica, como medida conveniente para el descubrimiento de la verdad.

Discrepo también de la mayoría de la Comisión cuando entiende que las reglas que resultan de la jurisprudencia del Tribunal de casación no proporcionan la suficiente protección contra actuaciones arbitrarias.

Recordaré a este respecto que no se pueden considerar las reglas deducidas de la citada jurisprudencia en una perspectiva abstracta y general. Me limito a examinar si el demandante, en las circunstancias concretas y particulares de su caso, ha sufrido verdaderamente una injerencia prohibida por el artículo 8 del Convenio.

A mi entender -y en la línea de la Sentencia Schenk del Tribunal- el demandante fue objeto de unas actuaciones penales, y sólo se le condenó después de un juicio en el que contó con todas las garantías exigibles y se le permitió, en especial, discutir la legalidad de la intervención del teléfono y el respeto de los derechos de la defensa en la ejecución de esta medida.

Por consiguiente, el demandante dispuso de las garantías suficientes contra cualquier arbitrariedad. La protección consistió principalmente en la actuación de un Juez independiente, al que por lo demás el sistema del Convenio atribuye un papel preeminente en el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Llegó así a la conclusión de que, en este caso, no se ha violado el artículo 8.