

CASO HUVIG CONTRA FRANCIA

Artículo 8 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar) 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 aplicables de su Reglamento, en una sala compuesta por los siguientes Jueces:

Señor R. Ryssdal, Presidente; Señora D. Bindschedler-Robert, Señores F. Gölcüklü, F. Matscher, L.-E. Pettiti, B. Walsh, Sir Vincent Evans, 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 27 de octubre de 1990,

Dicta la siguiente Sentencia, aprobada en la última fecha citada:

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 establecido por los artículos 32.1 y 47 del Convenio. Tuvo su origen en la demanda número 11105/84, deducida contra la República francesa y presentada ante la Comisión el 9 de agosto de 1984 por dos ciudadanos de dicho Estado, el señor Jacques Huvig y su esposa, la señora Janine Huvig-Sylvestre, en virtud del 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). Su finalidad es que se resuelva si los hechos de autos ponen de manifiesto que el Estado demandado incumplió lo dispuesto en el artículo 8.

2. Los demandantes, en contestación al ofrecimiento previsto en el artículo 33.3. *d)* del Reglamento al Tribunal, anunciaron su propósito de participar en el procedimiento y nombraron abogado a este respecto (art. 30).

3. El 30 de marzo de 1989 el Presidente del Tribunal resolvió que la misma Sala, de acuerdo con el artículo 21.6 del Reglamento y para la buena administración de justicia, conociera de este litigio y del llamado Kruslin.

La Sala que debía constituirse a estos efectos 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, por sorteo celebrado ante el Secretario, designó a los cinco miembros restantes, la señora D. Bindschedler-Robert, los señores F. Gölcüklü, F. Matscher y B. Walsh y Sir Vincent Evans (arts. 43 *in fine* del Convenio y 21.4 del Reglamento).

4. El señor Ryssdal, después de tomar posesión 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 de los demandantes sobre la necesidad del procedimiento escrito (art. 37.1). De acuerdo con las Providencias e instrucciones del

Presidente, el 18 de agosto de 1989 se recibió en Secretaría la Memoria del Gobierno; y, por su parte, el representante de los demandantes y el Delegado de la Comisión informaron al Secretario los días 11 de julio y 19 de octubre que no presentarían dicho escrito.

El 13 de septiembre y el 10 de octubre de 1989 la Comisión facilitó al Secretario varios documentos que le había pedido cumpliendo órdenes 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).

6. La audiencia pública se celebró el día señalado, en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo. Antes, el Tribunal se reunió para prepararla.

Han comparecido:

a) Por el Gobierno:

El señor J. P. Puissochet, Director de Asuntos Jurídicos del 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 señorita M. Picard, Magistrado agregado a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores, asesor jurídico;

El señor M. Dobkine, Magistrado de la Dirección de Asuntos Penales y de Gracia del Ministerio de Justicia, asesor jurídico;

El señor F. Le Gunehec, Magistrado de la Dirección de Asuntos Penales y de Gracia del Ministerio de Justicia, asesor jurídico;

b) Por la Comisión:

El señor S. Trechsel.

En una carta fechada el 11 de julio de 1989, el abogado del demandante había informado al Secretario que no asistiría a la audiencia.

El Tribunal oyó las declaraciones, y las contestaciones a una pregunta que les formuló, del señor Puissochet en nombre del Gobierno, y del señor Trechsel en el de la Comisión.

HECHOS

I. Las circunstancias del caso

7. El señor Jacques Huvig y su esposa Janine, por su nacimiento Sylvestre, viven actualmente en el Graudu-Roi (Gard). Antes de jubilarse, el marido dirigía, ayudado por su mujer, en Varennes-sur-Amance y Montigny-le Roi (Alto Marne), una sociedad de comercio al por mayor de frutas y verduras.

8. El 20 de diciembre de 1973 el Director de los servicios tributarios del Alto Marne se querelló contra el demandante y otras dos personas por fraude fiscal, omisión de partidas y falsedades en la contabilidad.

Con este motivo se abrió una investigación el 26 del mismo mes por un Juez de instrucción de Chaumont, designado por el Tribunal de gran instancia de la misma ciudad.

Se registró el domicilio de los señores Huvig, y también el local de su empresa, en virtud del correspondiente mandamiento librado el 14 de marzo de 1974 por dicho Juez. Además, el 4 de abril dirigió otro al servicio de gendarmes de Langres (Alto Marne) para que el mismo día y el siguiente «interceptaran y transcribieran todas las conversaciones telefónicas», comerciales y privadas, del matrimonio.

La intervención telefónica se desarrolló desde el 4 de abril hacia las 20,00 horas hasta la media noche del 5; el día 6, el segundo jefe de la compañía de gendarmes de Langres redactó a este respecto un acta resumida que, posteriormente, se dio a conocer a los demandantes.

9. El señor Huvig fue acusado de fraude fiscal y falsedad en documentos privados y mercantiles, de no llevar en forma la contabilidad, de complicidad en el uso indebido de los bienes de la sociedad y de receptación de cantidades procedentes de este delito. El 9 de abril compareció ante el Juez instructor, que decretó su prisión provisional. Fue puesto en libertad el 11 de junio de 1974.

Su mujer, interrogada como testigo varias veces desde el 20 de marzo de 1974, fue acusada el 13 de mayo de 1976 de complicidad en el fraude fiscal y en la falsedad en documentos mercantiles.

10. El 23 de diciembre de 1976 el Juez instructor los puso a disposición -con las dos personas antes mencionadas- del Tribunal de gran instancia de Chaumont, para ser juzgados por los siguientes delitos: el señor Huvig, por falsificación, uso de documentos falsos, complicidad en el uso indebido de los bienes de la sociedad, complicidad en el fraude fiscal, complicidad en estafas, receptación de cantidades procedentes del mal uso de los bienes sociales y por llevar la contabilidad en forma inexacta o incompleta; y la señora Huvig, por complicidad en la falsificación de documentos, en el fraude fiscal y en los defectos de la contabilidad.

Los acusados formularon *in limine litis* varias excepciones de nulidad; una de ellas se refería a las intervenciones telefónicas efectuadas los días 4 y 5 de abril de 1974. El Tribunal las acumuló, el 26 de enero de 1982, a la cuestión principal y las rechazó el 30 de marzo del mismo año. A este respecto, dijo lo siguiente:

«(Considerando) que esta medida de investigación, aun siendo excepcional, está incluida en las facultades del Juez instructor como una de las que puede decretar durante las actuaciones;

Que no se ha acreditado ninguna infracción de los derechos de la defensa, tanto más cuanto que en el caso de autos no se ha podido utilizar el resultado y no ha servido como fundamento de la acusación...»

En el mismo fallo se declaran probados los distintos delitos imputados a los demandantes, salvo el de complicidad en las estafas en el caso del señor Huvig; en consecuencia, el marido fue condenado a ocho meses de prisión, suspendiéndose la pena en cuanto a seis, y su mujer a dos meses con suspensión total de su cumplimiento.

11. Los acusados, el actor civil y el Ministerio Fiscal recurrieron ante el Tribunal de apelación de Dijon. La defensa reiteró las excepciones de nulidad que ya había presentado sin éxito en la primera instancia. El Tribunal de apelación las rechazó todas el 17 de marzo de 1983. En cuanto a las escuchas telefónicas, fundó su resolución en la forma siguiente:

«Considerando que, según el señor Huvig, el Juez instructor violó los derechos de la defensa y las garantías que la ley proporciona a cualquier acusado, puesto que incluso sin que se le hubiera interrogado aún por primera vez (se hizo así el 9 de abril de 1974), ya se le consideraba inculcado al dirigirse el Fiscal directamente contra él el 20 de diciembre de 1973;

Considerando que, como lo puntualizó certeramente el Tribunal en el juicio, esta medida de investigación, aunque deba seguir siendo excepcional, es una de las facultades del Juez instructor para esclarecer lo sucedido;

Que el Tribunal ha podido comprobar con certeza que esta medida, cuya eficacia exige que se ejecute sin el conocimiento de la persona sospechosa -o incluso acusada-, se ha aplicado con autorización y con la fiscalización del Juez y sin ningún ardid ni engaño;

Que, por otra parte, sólo duró veintiocho horas..., que no se pudo utilizar ni sirvió de fundamento en la acusación;

Que nada demuestra que el procedimiento así empleado haya podido lesionar las condiciones del ejercicio de los derechos de la defensa, si se tiene en cuenta que el señor Huvig todavía no había sido acusado formalmente por el Juez instructor y que el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal le permite la ejecución de todas las diligencias que considere convenientes para el descubrimiento de la verdad...

...»

Al mismo tiempo, el Tribunal de apelación de Dijon confirmó la declaración de culpabilidad de los acusados que había hecho el fallo impugnado; pero agravó las penas impuestas en primera instancia, condenando al demandante a dos años de prisión, suspendiendo su cumplimiento en cuanto a veintidós meses, y a una multa de 10.000 francos, y a su mujer a seis meses, con suspensión total.

12. Los demandantes recurrieron en casación. En el primero de sus motivos, impugnaban la Sentencia por no haber anulado el mandamiento judicial del 4 de abril de 1974, diciendo lo siguiente:

«En primer lugar, que el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal no faculta al Juez instructor a interceptar el teléfono de cualquier persona -acusado, tercero o testigo-, medida que no se ajusta a la ley puesto que el Código Procesal, que regula los registros, los embargos y las declaraciones de los testigos, no le ha concedido dicha posibilidad cuando hay indicios graves y coincidentes de la culpabilidad de alguien, y que se prohíbe tanto por los artículos 6 y 8 del Convenio... como por los artículos 9 del Código Civil, L. 41 y L. 42 del Código Postal y de las Telecomunicaciones y por el artículo 368 del Código Penal ;

En segundo lugar, que una persona acusada por la parte civil y contra la cual el Ministerio Fiscal ha pedido formalmente la apertura de la instrucción es parte en el procedimiento y, en consecuencia, debe ser considerada como acusada a tenor del artículo 114 del Código de Procedimiento Penal ; que dicha persona, antes de declarar ante el Juez instructor, debe ser informada de los hechos que se le imputan y de su derecho a no declarar y a contar con la asistencia de un abogado; y que, por tanto, el Juez no puede conseguir sin violar los derechos

de la defensa, ignorándolo el interesado, el contenido de sus conversaciones telefónicas;

Por último, que como se trata de una nulidad de orden público -la intervención ilegal de un teléfono es un delito- es indiferente que las conversaciones registradas no hayan sido el fundamento de la acusación.»

Las páginas 6 y 7 de las alegaciones complementarias referían a la Sentencia Klass y otros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (6 de septiembre de 1978 , serie A, núm. 28).

La Sala de lo penal del Tribunal de casación rechazó el recurso el 24 de abril de 1984. En cuanto al motivo antes transcrito, lo desestimó diciendo lo siguiente:

«Considerando que la sentencia (del Tribunal de apelación de Dijon) para rechazar la excepción de nulidad de la medida objeto del mandamiento del Juez instructor de 4 de abril de 1974 sobre intervención de las conversaciones telefónicas de Huvig, entiende que estaba incluida en lo dispuesto en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal y que, además, no se utilizó como fundamento de las actuaciones y no puso en peligro el ejercicio de los derechos de la defensa;

Considerando que, ante estas razones, y no habiéndose probado ni siquiera alegado por los demandantes que la medida controvertida, sometida en su ejecución a la fiscalización del Juez instructor, se hubiera aplicado mediante un ardid o un engaño, el Tribunal de apelación, sin incurrir en los defectos denunciados en el recurso, ha fundado conforme a la ley su resolución.

...» (Recopilación Dalloz Sirey, D. S., 1986, Jurisprudencia, págs. 125 a 128).

II. La legislación y la jurisprudencia aplicables

13. El Derecho penal francés sigue el principio de la libertad de prueba: «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 expresarse a los Jueces de instrucción efectuar u ordenar la interceptación de un teléfono, como lo mismo sucede con otras medidas de uso frecuente, por ejemplo la toma de fotografías o de huellas dactilares, los seguimientos, las órdenes de vigilancia, las requisitorias, los careos de testigos y las reconstrucciones. En cambio, el Código de Procedimiento Penal les concede expresamente facultades para ordenar otras que regula con detalle, como sucede con la prisión provisional, los embargos y los registros.

14. Durante la vigencia del antiguo Código de Instrucción, el Tribunal de casación había condenado el uso de las escuchas telefónicas judiciales si no en general, por lo menos en circunstancias que pusieran de manifiesto en el Juez o en la policía una falta de «lealtad» incompatible con «las reglas del procedimiento penal» y con «las garantías esenciales de los derechos de la defensa» (Salas reunidas, 31 de enero de 1988, Ministerio Fiscal contra Vigneau, Dalloz 1988, 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 2.a, 18 de marzo de 1955, matrimonio Jolivot contra matrimonio Lubrano y otros, D. S., 1955, Jurisprudencia, págs. 573 y 574, y *Gaceta del Palacio* (G. P.), 1955, *Jurisprudencia*, pág. 249). Sin embargo, algunos tribunales que tuvieron que pronunciarse sobre esta cuestión, más bien se inclinaron a reconocer la legalidad de la medida siempre que no existiera «asechanza» ni «provocación», fundándose en el artículo 90 del Código anterior (Tribunal penal del Sena, Sala décima, 13 de febrero de 1957, Ministerio Fiscal contra X, G. P., 1957, Jurisprudencia, págs. 309 y 310).

15. Desde la entrada en vigor del Código de Procedimiento Penal de 1958 la jurisprudencia tiene en cuenta a este respecto, entre otros, los artículos 81 , 151 y 152 , redactados en la forma 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 se 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.

...»

16. 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 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.

17. 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 500-78 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».

18. 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 se 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 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 15, 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 (véase, 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, apartado 12, anterior; 23 de julio de 1985, Kruslin, Boletín núm. 275, págs. 713 a 715; 4 de noviembre de 1987, Groce, Antoine y Kruslin, D. S., 1988, resúmenes, pág. 195; 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 e la verdad». Es comparable a la intervención de cartas o de telegramas (véanse, especialmente, Tribunal de apelación de Poitiers, Sala de lo penal, 7 de enero de 1960, Manchet, *JurisClasseur 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 13 y 16, precedentes, Tribunal de gran instancia 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; Tribunal de apelación de París, Sala de acusación, Sentencia antes citada de 27 de junio de 1984 y Sentencia de 31 de octubre del mismo año, La 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 corresponde»; 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 Penal, 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), ejercita «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, Sentencia 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) No deben efectuarse las escuchas telefónicas «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 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 inculpado 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, Sadjí 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 inculpado y las dirigidas a él (Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias citadas de 9 de octubre de 1980 y 24 de abril de 1984), como también las de un mero sospechoso (fallos ya citados, dictados por el Tribunal de gran instancia 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 o 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 Senado, 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 política judicial vigilará el registro de la conversación en cinta magnética -o en «cassette»- y después su transcripción cuando no lo 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 gran instancia de Estrasburgo, fallo ya citado del 15 de febrero de 1983, confirmado por el de apelación de Colmar el 9 de marzo de 1984; y Tribunal de apelación de París, Sentencia también citada de 27 de junio de 1984).

j) Las cintas magnéticas originales «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 casación, Sala de lo penal, Sentencias citadas de 23 de julio de 1985 y 6 de septiembre de 1988).

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- «sobre su contenido y las circunstancias en que se efectuaron» (véase, especialmente, Tribunal de casación, Sala de lo penal, 23 de julio de 1985, 16 de julio de 1986, Illouz, inédita, y 28 de abril de 1987, Allieis, ya citada).

n) De la misma manera que el Juez de instrucción fiscaliza al funcionario de la policía judicial, está sujeto a su vez a la de la Sala de acusación, a la que por lo demás 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 el 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, Sentencia ya citadas de 19 de junio y 24 de noviembre de 1989) por incumplimiento de los requisitos que se han resumido o de cualesquiera reglas aplicables según los interesados. No se trata, sin embargo, de nulidades de orden público que el Tribunal de apelación debía haber declarado 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 no publicada).

19. 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 *stricto sensu*, las escuchas telefónicas efectuadas sin mandamiento judicial en la fase de la investigación previa por la policía (véanse, especialmente, 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 de 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 mencionada de 31 de octubre de 1984). En los demás casos, unas veces ha declarado que no existía violación [Tribunal de casación, Sala de lo penal, Sentencias ya citadas de 24 de abril de 1984, 23 de julio de 1985, 16 de julio de 1986, 28 de abril de 1987, 4 de noviembre del mismo año, 15 de febrero, 15 de marzo y 6 de septiembre de 1988 y 18 de diciembre de 1989, así como 16 de noviembre de

1988, S. y otro, no publicada, y las 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).

20. 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 nacionales o 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 [véase 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, 753 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 l'Homme* (Las escuchas telefónicas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos), D. S., 1990, *Chronique*, págs. 17 a 20]. En julio de 1981, el Gobierno creó una comisión de estudios, presidida por el señor Robert 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

21. Los demandantes acudieron a la Comisión el 9 de agosto de 1984 con su demanda número 11105/84. El señor Huvig, invocando el artículo 6.1 del Convenio, denunciaba la denegación por el Juez instructor de una petición de informe pericial técnico y contable que había formulado, y la atribuía a la declaración irregular de un testigo. Su esposa y él se quejaban también, en el ámbito del artículo 6.3. a), de la demora en las acusaciones formuladas. Por último, alegaban ambos que las intervenciones telefónicas efectuadas los días 4 y 5 de abril de 1974 violaron el artículo 8.

22. El 15 de octubre de 1987 la Comisión declaró inadmisible la primera reclamación por falta manifiesta de fundamento (art. 27.2) y la segunda por no haber apurado previamente los recursos internos (arts. 26 y 27.3). En cambio, el 6 de julio de 1988, admitió a trámite la tercera.

En su informe de fecha 14 de diciembre de 1988 (art. 31), llegó a la conclusión, por diez votos contra dos, de que se había infringido el artículo 8. El texto completo de su opinión y del voto particular disidente formulado se incluye en un anexo a esta Sentencia.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL

23. En la audiencia del litigio, el Agente de Gobierno pidió al Tribunal que declarara que, en el caso de autos, no se había violado el artículo 8 del Convenio; y el Delegado de la Comisión que sí se había infringido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. La violación alegada del artículo 8

24. Según los señores Huvig, en el caso objeto del litigio se violó el artículo 8. Dice así el precepto invocado:

«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.

25. La interceptación del teléfono era sin duda «una injerencia de la autoridad pública» en el ejercicio del derecho de los demandantes al respeto 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

26. 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. El fundamento legal en el Derecho francés

27. Se ha discutido ante la Comisión y el Tribunal si se cumplió la primera condición en el caso de autos. Los demandantes niegan que así sucediera. Según ellos, «no está vigente en Francia ninguna ley que regule» esta materia. Como Francia es un país de «Derecho escrito», la jurisprudencia sólo es una «fuente de Derecho», no de «ley». Por otra parte, los tribunales -con otra interpretación- dejarían la cuestión de las intervenciones telefónicas a la facultad discrecional de los Jueces instructores.

Según el Gobierno, no hay ninguna contradicción entre el artículo 368 del Código Penal y el 81 del Código de Procedimiento, por lo menos si se tienen en cuenta los trabajos preparatorios del primero (véase el apartado 16). El Código Procesal no establece en absoluto una relación limitando los medios de investigación de que dispone el Juez instructor; 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 13). 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 15, 18 y 19). 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» (Sentencia *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».

28. 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. 36, apartado 79; y *Eirksson* de 22 de junio de 1989, serie A, núm. 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» 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, núm. 12, pág. 45, apartado 93) y el «Derecho no escrito». Ciertamente, las Sentencias en los casos *Sunday Times*, *Dudgeon* y *Chappell* 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 Klass 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 habrían 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 costante evolución jurídica.

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

2. La calidad de la ley

29. 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 8.2 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 singularmente cuando se ejercita en secreto una facultad del Poder ejecutivo... En 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 la injerencia arbitraria» (serie A, núm. 82, págs. 32 y 33, apartados 67 y 68).

30. Según el Gobierno, el Tribunal debe tener cuidado en no pronunciarse en absoluto 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 de los señores Huvig, por ejemplo la existencia 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 concretamente a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso.

31. 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 a los demandantes en el caso de autos.

32. Las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las comunicaciones 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 clara y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos aplicables se perfeccionan continuamente.

El Gobierno, primero ante la Comisión (alegaciones complementarias del 17 de octubre de 1988, págs. 4 a 7, resumidas en el apartado 31 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 a los demandantes de ninguna de ellas.

33. 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 efectúa 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 impugnan los demandantes (abril de 1974). 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.

34. 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 tienen 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.

35. 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 los señores Huvig no disfrutaron del mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática (Sentencia Malone, ya citada, serie A, núm. 82, pág. 36, apartado 79). Ciertamente, no sufrieron o sufrieron apenas el resultado de la intervención impugnada que no pudo «servir de fundamento a las acusaciones» (apartados 10 a 12, precedentes); pero, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, es posible una violación aunque no se haya causado ningún perjuicio, cuestión que sólo tiene importancia al aplicar el artículo 50 (véase en especial la Sentencia Johnston y otros de 18 de diciembre de 1986, serie A, núm. 112, pág. 21, apartado 42).

Se ha violado, por tanto, el artículo 8 del Convenio.

B. La finalidad y la necesidad de la injerencia

36. El Tribunal, como la Comisión (apartado 67 del 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

37. 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 si 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».

Los demandantes, en sus comentarios por escrito de febrero y septiembre de 1988, pidieron a la Comisión «que les concediera una indemnización justa»; pero ante el Tribunal no solicitaron ninguna reparación ni el reembolso de los gastos y de las costas.

38. Como esta cuestión no puede resolverse de oficio (véase la reciente Sentencia Kostovski de 20 de noviembre de 1989, serie A, núm. 166, pág. 18, apartado 46), entiende el Tribunal que no procede en este caso la aplicación del artículo 50.

El Tribunal, por estos fundamentos y por unanimidad,

1. *Falla* que se ha violado el artículo 8;
2. *Falla* que no ha lugar en este caso a la aplicación 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 14 de diciembre de 1988)

39. La Comisión tiene que resolver si la interceptación de las líneas telefónicas privadas y comerciales de los demandantes, en cumplimiento del mandamiento expedido por el Juez de instrucción del Tribunal de gran instancia o regional de Chaumont, y la transcripción de sus conversaciones por este medio de los días 4 y 5 de abril de 1974 violó el artículo 8 del Convenio.

40. 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.»

41. No han discutido las partes que la intervención de las comunicaciones telefónicas de los demandantes es una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia. La Comisión se remite además a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que las conversaciones por teléfono están incluidas en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» del artículo 8 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia Klass de 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). Por tanto, su intervención supone una injerencia en el ejercicio de un derecho garantizado por el apartado 1 del citado precepto.

42. Reitera la Comisión que cualquier injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por dicho artículo 8.1, para cumplir los requisitos que establece su apartado 2, debe:

a) Estar prevista por la ley;

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

43. La Comisión señala que la cuestión principal que han discutido las partes es si la injerencia en el ejercicio de los derechos de los demandantes garantizados por el artículo 8 del Convenio, debida a la interceptación y al registro de sus conversaciones telefónicas, estaba «prevista por la ley», en el sentido del apartado 2 del citado precepto.

44. 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).

45. 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.

46. En el caso que nos ocupa ahora, sostienen los demandantes que las intervenciones del teléfono de que se trata no tenían fundamento legal en Derecho francés; y se apoyan para entenderlo así en que los artículos 81 y 151 del Código de Procedimiento Penal, que la jurisprudencia invoca a este respecto, no hablan en absoluto de esta medida.

47. 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.

48. 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 precepto y las disposiciones del artículo 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.

49. 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 44 de este informe).

50. 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.

51. La Comisión señala, ante todo, que la Sentencia en el litigio Tournet se dictó el 9 de octubre de 1980, mientras que las interceptaciones telefónicas controvertidas se efectuaron en abril de 1974. Cree, sin embargo, que la interpretación que la Sentencia Tournet dio al primer párrafo del artículo 81 del Código Procesal Penal debe tomarse en consideración en el caso de autos. Por consiguiente, ha examinado si los principios establecidos por el Tribunal de casación cumplen los requisitos del Convenio formulados en el inciso «prevista por la ley».

52. 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.

53. Por otra parte, entiende la Comisión que, tratándose de una injerencia en las conversaciones reservadas entre dos personas, el carácter secreto de la medida 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, como se dice en el preámbulo del Convenio» (Sentencia Malone, ya citada, pág. 32, apartado 67; Sentencia Silver y otros, también citada antes, pág. 34, apartado 90).

54. 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 permita prever la interceptación por las autoridades de las comunicaciones de una persona para que pueda adoptar 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.»

55. En el caso presente, 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.

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

57. 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 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 trate de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones que ni los interesados ni el público pueden fiscalizar, se quebrantaría el principio de la preeminencia del Derecho (Sentencia, ya citada, en el caso Malone, pág. 33, apartado 68).

58. 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 105 13/83 contra Luxemburgo, resolución de 10 de mayo de 1985, *Resoluciones e Informes*, núm. 43, pág. 34).

59. 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 puedan 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 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.

60. Aunque se suponga que la jurisprudencia del Tribunal de casación puede considerarse como la «ley no escrita» a que se refiere el Tribunal europeo en su citada Sentencia Silver (compárese con el apartado 53 de este 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.

61. 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».

62. 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.

63. 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.

64. 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 Klass y otros, ya citada, pág. 21, apartado 42).

65. 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 cita, 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.

66. 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.

67. 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

68. 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 los demandantes -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 conservar 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 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 prevea la injerencia no sea estricta, 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 desde una perspectiva abstracta y general. Me limito a examinar si los demandantes, en las circunstancias concretas y particulares de su caso, han sufrido verdaderamente una injerencia prohibida por el artículo 8 del Convenio.

A mi entender -y en la línea de la Sentencia Schenk del Tribunal-, los demandantes fueron objeto de unas actuaciones penales y sólo se les condenó después de un juicio en el que contaron con todas las garantías exigibles y se les 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, los demandantes contaron con 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.

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