

# Les écoutes judiciaires en droit espagnol

**Amane GOGORZA**

Maître de conférences-HDR- Université Toulouse 1 Capitole  
IDEIC-Centre d'excellence Jean Monnet

**Réforme législative.** Les écoutes téléphoniques constituent un sujet sensible en Espagne: outre les nombreuses affaires ayant agité les médias, le législateur s'est montré particulièrement trouble en ce domaine, repoussant au maximum l'encadrement des opérations. Si l'on comprend que la *ley de enjuiciamiento criminal (LEC)*<sup>1</sup> n'ait pu, à ses origines ni prévoir ni régir les écoutes téléphoniques, les réformes consécutives à la Constitution de 1978, se sont également montrées en dessous des espérances, et ce jusqu'à une récente loi du 5 octobre 2015<sup>2</sup>.

**Insuffisances législatives antérieures.** Alors que la Constitution de 1978 consacrait dans son article 18. 3 le secret des correspondances, spécialement postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf résolution judiciaire<sup>3</sup>, la première loi relative aux interceptions des communications téléphoniques ne date que de 1988<sup>4</sup>: elle avait pour objet de compléter l'ancien article 579 de la *LEC* relatif aux interceptions de correspondances postales et télégraphiques pour y ajouter cette opération plus moderne<sup>5</sup>. L'intervention législative fut cependant très incomplète, le législateur se contentant de prévoir le principe des écoutes. Certes, suivant la Constitution, leur caractère judiciaire était posé<sup>6</sup>; pour autant, le domaine, les conditions ou la procédure applicables demeuraient inconnus<sup>7</sup>, ce qui était pour le moins étonnant dès lors que le Tribunal Constitutionnel avait opté pour une conception maximaliste ou formelle du secret des correspondances<sup>8</sup>, ce droit ayant vocation à être protégé

<sup>1</sup> Il s'agit du nom donné au Code de procédure pénale espagnol datant de 1882 (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

<sup>2</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Pour un exposé détaillé de cette loi, G. Cavero Forradellas, *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la ley de enjuiciamiento criminal*, accessible à partir de <https://www.fiscal.es>.

<sup>3</sup> L'article 18.3 de la constitution espagnole dispose plus précisément qu'«est garanti le secret des communications, et en particulier, le secret des communications postales, télégraphiques et téléphoniques, sauf résolution judiciaire».

<sup>4</sup> Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>5</sup> Auparavant, l'encadrement des opérations reposait sur l'application extensive des infractions de captation clandestine des conversations téléphoniques issues de la loi LO 7/1984, bien que ces dispositions ne permettaient en aucun cas de dégager le régime juridique des opérations. Sur ce point, M. Muñoz de Morales Romero, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en España*, p. 3-4, accessible depuis: <https://www.ciencias penales.net>.

<sup>6</sup> Art. 18.3 de la Constitution espagnole, préc.

<sup>7</sup> Sur le dispositif antérieur à la loi du 5 octobre 2015, v. M. Lacaze, Les écoutes téléphoniques en Espagne, in *La preuve pénale, Problèmes contemporains en droit comparé*, l'Harmattan 2013, p. 67-86

<sup>8</sup> Sur ce point, M. Bueno Jimenez, Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre, *Noticias Jurídicas*, 31/03/2016 accessible in : <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas-doctrina-general-a-la-luz-de-la-lo-13-2015-de-5-de-octubre/>. L'auteur cite notamment une décision du Tribunal constitutionnel de 1984 (STC 114/1984 de 29 de noviembre) selon laquelle le concept de secret visé à la Constitution espagnole répond à une définition formelle méritant protection indépendamment du contenu des communications: «Ocorre en efecto que el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo a lo reservado».

indépendamment du contenu matériel des communications. Qualifiée d'anomie législative<sup>9</sup>, la situation était plus que regrettable dans la mesure où l'Espagne, tout comme la France, est soumise au principe de légalité procédurale et aux garanties, notamment de prévision, qui en découlent. Elle se solda d'ailleurs par plusieurs condamnations de la Cour européenne des droits de l'Homme qui sanctionna les écoutes pratiquées en dehors de toute habilitation législative<sup>10</sup>, mais également, celles réalisées postérieurement à la loi de 1988, les garanties introduites à cette occasion «*ne répondant pas à toutes les conditions exigées par la jurisprudence de la Cour, notamment dans les arrêts Kruslin c. France et Huvig c. France, pour éviter les abus*»<sup>11</sup>.

**Construction jurisprudentielle de garanties.** Dans ce contexte de vide législatif, le Tribunal Suprême – organe de cassation-, et le Tribunal Constitutionnel – jouant le rôle de garant des droits fondamentaux à l'occasion du *recurso de amparo constitucional*<sup>12</sup> - ont progressivement édifié un système de garanties, permettant à la pratique de s'accorder avec la protection constitutionnelle du secret des correspondances, mais également avec celle, conventionnelle de la vie privée. La richesse de cette œuvre constructive fut même saluée par le Cour européenne, laquelle relevait dans une décision de 2012 que: «*Tel que modifié par la loi organique 4/1988 du 25 mai 1988 et complété par la jurisprudence du Tribunal suprême et du Tribunal constitutionnel, [le droit espagnol] pose des règles claires et détaillées, et [qu'il] précise, a priori avec suffisamment de clarté, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré*»<sup>13</sup>.

**Responsabilité législative.** La situation, pour autant, ne pouvait durer, tant la démission législative paraissait anormale. Plusieurs fois, le Tribunal constitutionnel en appela d'ailleurs à la responsabilité du législateur, responsabilité que ce dernier finit par assumer, grâce à la loi du 5 octobre 2015<sup>14</sup>, après plusieurs tentatives avortées, notamment de réforme globale du Code de procédure pénale.

**Physionomie de la loi nouvelle.** La loi, dite de renforcement des garanties procédurales et de régulation des moyens d'investigation technologiques, n'est pas propre aux écoutes téléphoniques. Cette question y est cependant centrale, le législateur ayant voulu clairement délimiter le cadre d'exclusion protégé par la Constitution à l'article 18.3. L'exposé des motifs y consacre d'ailleurs de longs développements, insistant sur la légitimité naturelle de la loi face au déficit démocratique généré par l'abandon à la création jurisprudentielle<sup>15</sup>. La réforme, bien que tardive, apparaît comme globale et s'inscrit dans une volonté de systématisation.

**Globalité.** Elle est globale, d'abord, parce que le législateur a souhaité répondre à tous les aspects du problème. Outre la réglementation générale des écoutes téléphoniques aux articles 588 et s de la *LEC*, il a également été traité des écoutes spécifiques entre un suspect/personne mise en cause et son avocat. L'article 118

<sup>9</sup>Le terme est emprunté à V. Gimena Sedra, *La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*, *El notario del siglo 21*, ENSXXI n° 73.

<sup>10</sup>Pour la mise en cause des écoutes pratiquées avant la loi de 1988, au constat que : «*le droit espagnol, écrit et non écrit, n'indiquait pas avec assez de clarté au moment des faits l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré*», CEDH, 30 juillet 1998, Valenzuela Contreras c/ Espagne, req. n° 58/1997/842/1048, §61.

<sup>11</sup>CEDH, 18 fév. 2003, Prado Bugallo c/ Espagne, req. n° no 58496/00, §30. A la Cour de poursuivre, soulignant les lacunes législatives : «*Il en va ainsi de la nature des infractions pouvant donner lieu aux écoutes, de la fixation d'une limite à la durée d'exécution de la mesure, et des conditions d'établissement des procès-verbaux de synthèse consignants les conversations interceptées, tâche qui est laissée à la compétence exclusive du greffier du tribunal. Ces insuffisances concernent également les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins d'un contrôle éventuel par le juge et par la défense. La loi ne contient aucune disposition à cet égard.* ».

<sup>12</sup> Le *recurso de amparo constitucional* est prévu à l'article 161.1 b de la Constitution espagnole et régi par les articles 41-58 de la *Ley Orgánica 2/1979*, de 3 de octobre, del Tribunal Constitucional. On désigne par ce nom un recours en garantie des droits et libertés reconnus aux articles 14 à 29 puis 30 de la Constitution espagnole, contre les atteintes résultant de certains actes ayant valeur infra-législative, et spécialement de décisions de justice (v. art. 44 *Loi préc.*).

<sup>13</sup>CEDH, 17 janv. 2012, *Alony Kate c/ Espagne*, req. n° 5612/08, § 76 : «*Pour ce qui est de la qualité de la loi en cause, la Cour rappelle que l'article 579 du code de procédure pénale, tel que modifié par la loi organique 4/1988 du 25 mai 1988 et complété par la jurisprudence du Tribunal suprême et du Tribunal constitutionnel, pose des règles claires et détaillées, et qu'il précise, a priori avec suffisamment de clarté, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré* ».

<sup>14</sup> *Préc.*

<sup>15</sup>Le préambule de la loi souligne ainsi que «*quels qu'aient été les efforts des juges pour limiter les possibilités des pouvoirs de l'Etat lors d'investigations, notamment téléphoniques, cet abandon à la création jurisprudentielle aura généré un déficit de qualité démocratique qui doit être réparé* » (traduit par nos soins).

de la LEC, localisé dans une partie relative aux droits de la défense, dispose ainsi que les écoutes pratiquées sur la ligne d'un avocat doivent être retirées des débats sauf s'il existe des indices objectifs de participation du conseil aux faits objets des investigations ou de son implication avec le mis en cause dans une autre infraction. Il est vrai que les écoutes téléphoniques concernant les détenus, et régies par l'art. 51-2 de la loi pénitentiaire<sup>16</sup> n'ont pas été revues ; mais elles devront sans doute être interprétées au regard du cadre général posé dans *La ley de enjuiciamiento criminal*.

**Systematisation.** Car la réforme, ensuite, est ordonnée et répond à un objectif de systématisation. Si le législateur a opté pour la continuité, reprenant, notamment la jurisprudence consolidée du Tribunal constitutionnel, il a également pris soin de reformuler cet acquis sous forme de principes directeurs, applicables non seulement aux écoutes téléphoniques mais à tout acte d'investigation portant atteinte à la vie privée par des moyens techniques. A cet égard, la présentation formelle du Code de procédure pénale a été quelque peu modifiée : un titre spécial est désormais créé relativement aux mesures d'investigation restreignant les droits de l'article 18.3 de la Constitution, à savoir le secret des correspondances, avec en son sein, un chapitre IV consacré aux dispositions communes et principes directeurs applicables aux différents actes d'interception, d'enregistrement, de captation ou de localisation, et un chapitre V portant spécialement sur les interceptions téléphoniques et télématiques. Le nouveau droit des écoutes téléphoniques est ainsi posé qui repose sur la formalisation d'un cadre interprétatif construit à partir de principes directeurs (I) et la précision de ses conditions concrètes d'application (II).

#### I. La consécration de principes directeurs applicables aux écoutes téléphoniques

**Méthode d'encadrement.** Rappelant le modèle européen d'encadrement, la loi 13/2015 du 5 octobre 2015 introduit dans le Code de procédure pénale espagnol une disposition dédiée aux principes directeurs régissant les mesures d'investigations attentatoires à la vie privée dès lors qu'elles sont réalisées par des moyens techniques d'interception, de captation ou de localisation<sup>17</sup>. Cette méthode mérite d'être saluée, non seulement parce qu'elle pose un cadre interprétatif général, mais aussi parce que, conformément à la tradition garantiste du droit espagnol, elle place le droit fondamental au centre de l'édifice procédural. Si le caractère judiciaire des écoutes apparaît au premier rang de ces principes (A) toute une série d'exigences matérielles propres à la justification de l'ingérence dans la vie privée sont également affirmées (B).

#### A. Le caractère judiciaire des écoutes téléphoniques

**Judiciarité des écoutes téléphoniques.** Première des exigences, le caractère judiciaire des écoutes téléphoniques découle directement de l'article 18. 3 de la Constitution garantissant «*le secret des correspondances, spécialement postales, télégraphiques et téléphoniques sauf résolution judiciaire*». L'exigence de judiciarité que l'on retrouve également en droit français, du moins s'agissant de procédure pénale *stricto sensu*<sup>18</sup>, doit cependant être

<sup>16</sup> Il faut ici se référer à la Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General penitenciaria. L'article 51-2 de cette loi dispose que les communications entre un détenu et son avocat doivent se dérouler dans des lieux appropriés et ne peuvent être suspendues ou interceptées, sauf autorisation judiciaire et en matière de terrorisme. Il a d'ailleurs été jugé dans l'une des affaires mettant en cause le juge Garzon pour prevaricación, et ayant conduit à sa condamnation, que ces deux conditions sont cumulatives ( STS 79/2012 de 9 de febrero, FJ octavo). Pour l'interception des communications orales et écrites au sein de l'établissement pénitentiaire, v. Art. 51.5 LOGP disposant qu'elle doit être motivée par le chef d'établissement pénitentiaire et soumise au contrôle du juge.

<sup>17</sup> Art. 588 et s. LEC

<sup>18</sup> En ce sens, art. 100 CPP pour les écoutes téléphoniques pendant l'instruction et art. 706-95 et s. CPP pour celles pratiquées en matière de criminalité organisée, sur autorisation du juge des libertés et de la détention pour la phase d'enquête ou le juge d'instruction en phase d'information judiciaire. Comp. art. L. 852-1 CSI renvoyant aux articles L. 821-1 et s. du même Code pour les interceptions dites administratives

lue au regard des spécificités du système espagnol. En premier lieu, si les textes évoquent une autorisation judiciaire, il est clairement fait référence au juge d'instruction. Le Ministère public ayant un statut particulier, il n'intègre l'organisation judiciaire qu'avec une autonomie dite fonctionnelle<sup>19</sup>, en vertu de quoi, il n'est pas considéré comme une autorité judiciaire. En second lieu, l'interdiction faite à tout autre que le juge d'instruction d'autoriser les écoutes téléphoniques a également des répercussions importantes sur le déroulement du processus pénal. En effet, d'inspiration accusatoire mixte, la procédure pénale espagnole se divise en plusieurs phases dont la nature et l'avancement dépendent de la gravité de l'infraction ainsi que de la nature des actes réalisés<sup>20</sup>. A cet égard, le recours à une écoute téléphonique joue un rôle essentiel dans la détermination de la phase procédurale en cours<sup>21</sup>.

**Judiciarisation de la procédure.** Si la peine encourue est inférieure à 9 ans d'emprisonnement, la procédure dite abrégée ne rend pas obligatoire la phase d'information<sup>22</sup>. Cependant, les pouvoirs du Ministère public demeurent limités, il ne peut avoir recours d'office à une écoute téléphonique<sup>23</sup>. Il doit donc en demander l'autorisation au juge d'instruction, sachant qu'à partir de ce moment, il épuise ses possibilités d'investigation au profit du magistrat instructeur et de la phase d'information. Identiquement, si la peine encourue est supérieure à 9 ans et que donc la voie procédurale suivie est dite ordinaire, la sollicitation d'une telle mesure mettra fin à la phase de vérifications dirigées par le Ministère public<sup>24</sup>.

La nature intrusive de l'écoute téléphonique est donc à l'origine de la judiciarisation de la procédure dans son ensemble, la diligence des mesures de contrainte et l'atteinte aux droits fondamentaux étant, en application du statut organique du Ministère public, soustraite en principe à cet acteur<sup>25</sup>. La judiciarisation de la procédure, consécutive à la demande de placement sous écoute téléphonique est d'ailleurs confirmée par la loi nouvelle selon laquelle l'écoute ne peut avoir lieu que pendant « l'instruction de la cause »<sup>26</sup>, au sens de la mise en état judiciaire de l'affaire.

**Exceptions.** La nécessité d'une autorisation judiciaire préalable, pour être essentiellement et directement dérivée de la protection constitutionnelle du secret des correspondances et conventionnelle de la vie privée, n'en connaît pas moins certaines limites qui doivent également être lues par le prisme des spécificités procédurales espagnoles. En vertu de l'article 588 ter d 3 de la *LEC*, en cas d'urgence, et en matière d'infractions relevant de bandes armées et d'organisations terroristes, le Ministre de l'intérieur ou, à défaut, le secrétaire d'Etat à la sécurité, peuvent se substituer au juge compétent pour autoriser la mesure. L'autorisation doit cependant être immédiatement communiquée au magistrat et au maximum dans un délai de 24 heures<sup>27</sup> afin que ce dernier révoque ou confirme la mesure dans les 72 heures<sup>28</sup>. On doit ici observer que l'intervention de l'autorité gouvernementale n'affecte pas la compétence du juge d'instruction – si ce n'est temporellement – parce que l'Espagne méconnaît le dualisme juridictionnel à la française et l'opposition franche des juridictions de l'ordre

<sup>19</sup>Art. 2 Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: "El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad".

<sup>20</sup>Sur les différents types d'enquête, v. M. Lacaze, Les acteurs de l'enquête pénale en Espagne, in Travaux de l'Institut de Sciences criminelles et de la justice, n°5, Cujas, 2015, p. 233-247.

<sup>21</sup> Sur ce point, M. Bueno Jimenez, préc.

<sup>22</sup> Art. 757 et s. *LEC* relatifs au « Procedimiento abreviado ».

<sup>23</sup>Pas plus d'ailleurs qu'à une perquisition, mais la police judiciaire peut en revanche se passer du consentement de l'intéressé en cas de flagrance (art. 553 *LEC*).

<sup>24</sup>Pour un exposé détaillé de ce point et la jurisprudence correspondante, M. Bueno Jimenez, Las intervenciones telefonicas : doctrina general a la luz de la LO 13/2015, 5 de octubre, préc.

<sup>25</sup>On doit cependant réserver le cas de la garde à vue. V. art. 5, 2 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, précisant que le Ministère public peut dans le cadre des investigations ordonner ou réaliser toute diligence prévue par le Code de procédure pénale dès lors qu'elle n'implique pas de contrainte ou de limitation de droits. La possibilité d'ordonner un placement en garde à vue apparaît comme une exception à la règle précédente, selon la même disposition.

<sup>26</sup> Art. 588 bis a *LEC*.

<sup>27</sup>Cette précision temporelle a été ajoutée par la loi du 5 octobre 2015. V. art. 588 ter, d, 3 *LEC*.

<sup>28</sup>Op. cit.

administratif et judiciaire. L'organisation juridictionnelle est unique<sup>29</sup> qui comprend à la fois le juge administratif et judiciaire<sup>30</sup>. Cela explique également que, contrairement à la France, les écoutes téléphoniques déployées dans le cadre d'opérations de renseignement ou d'intelligence doivent faire l'objet d'une autorisation judiciaire, même s'il revient alors à un magistrat spécialisé du Tribunal Suprême d'intervenir dans les 72 h, ramenées à 24 heures en cas d'urgence<sup>31</sup>.

**Conditions complémentaires.** Si le caractère judiciaire des écoutes téléphoniques se dessine comme une condition essentielle à la régularité des écoutes téléphoniques, il n'est évidemment pas suffisant, et doit être complété par une série d'exigences matérielles de nature à justifier l'ingérence dans le droit au secret des correspondances.

## B. La justification de l'ingérence dans le droit au secret des correspondances

**Justification de l'ingérence dans la vie privée.** Au-delà de l'impératif de judiciarité, les principes directeurs consacrés par le législateur font état de certaines exigences matérielles justifiant l'ingérence dans la vie privée par des moyens techniques. L'article 588 bis de la *LEC* pose ainsi la pleine soumission de ces mesures, dont les écoutes téléphoniques, aux principes de spécialité, d'adéquation, d'exceptionnalité, de nécessité et de proportionnalité, le législateur prenant soin de préciser le sens de chacune de ces conditions.

**Principe de spécialité.** Premièrement, le principe de spécialité renvoie à la détermination d'un crime ou d'un délit, les écoutes téléphoniques ne pouvant avoir un objet préventif. Intimement lié à la nécessité d'agir sur le fondement de soupçons suffisamment étayés, exclusifs de toute supposition ou conjecture, ce principe rappelle la position du Tribunal Constitutionnel considérant qu'un État démocratique ne saurait tolérer que les écoutes téléphoniques soient décidées pour la découverte d'infractions en général, mais uniquement pour rapporter la preuve d'infractions préalablement dénoncées et faisant l'objet d'investigations en cours<sup>32</sup>. A cet égard, il est non seulement de jurisprudence constante que les renseignements anonymes ou confidentiels ne peuvent servir de support à la décision de la mesure, les moyens devant être offerts au juge de contrôler l'existence et la source des soupçons, mais, semblablement, que les écoutes téléphoniques doivent clairement avoir une visée probatoire.

**Principe d'adéquation.** Le principe d'adéquation est, deuxièmement, requis afin de déterminer le domaine, objectif et subjectif de la mesure, ainsi que sa durée et son utilité. Si aucune autre indication n'est apportée à ce sujet, spécialement en ce qui concerne le domaine, il convient sans doute d'en déduire que d'une part, les écoutes doivent être à même d'apporter la preuve des infractions recherchées ainsi que l'implication des personnes concernées, et d'autre part, que la durée des opérations doit être strictement entendue ; et ce, indépendamment des conditions plus précises posées par ailleurs.

**Principes d'exceptionnalité et de nécessité.** On rejoint alors la troisième exigence, d'exceptionnalité et de nécessité. Faisant l'objet d'une définition commune, ces conditions ont été traduites par le législateur comme n'autorisant le recours à un mode d'investigation intrusif qu'à défaut de mesure moins attentatoire à la vie privée et aussi efficace, ou si la découverte des preuves recherchée serait gravement obstruée par une autre mesure. C'est donc une condition de subsidiarité que l'on avance ici, la nécessité ne pouvant être réduite, comme souvent

<sup>29</sup> Art. 3 de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)*

<sup>30</sup> L'art. 9 LOPJ cite à cet effet, comme intégrant l'organisation juridictionnelle, les juridictions et tribunaux de l'ordre civil, pénal, administratif, social et militaire.

<sup>31</sup> Sur les conditions générales d'application du texte, v. *Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia*.

<sup>32</sup> Par ex., STC 253/2006 de 11 de septiembre. *Adde*, Différentes décisions citées par V. Gimeno Sendra, *La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*, préc.

en droit français, à une condition d'utilité<sup>33</sup>. A cet égard, une circulaire de 2013<sup>34</sup> soulignait déjà que les écoutes téléphoniques ne sont pas des actes de procédure banals, de sorte que leur autorisation devrait toujours être soumise à une probabilité suffisante de découverte d'éléments essentiels aux investigations, ce qui implique de prendre également en compte les investigations déjà réalisées ou en cours.

**Principe de proportionnalité.** En quatrième lieu, la mesure devra être soumise à un examen de proportionnalité, le sacrifice des droits et intérêts en cause ne pouvant être supérieur au bienfait qui en résulterait pour l'intérêt public et les tiers. Cette mise en balance des intérêts n'est pas non plus nouvelle qui était déjà exprimée dans la jurisprudence constitutionnelle, et reprise de manière synthétique par la circulaire de 2013<sup>35</sup>. Le législateur a néanmoins précisé que le bénéfice pour l'intérêt public doit être apprécié au regard de la gravité des faits, de sa transcendance sociale, des moyens technologiques utilisés, de l'intensité des indices recueillis, et de l'importance du résultat escompté<sup>36</sup>.

**Utilité du cadre général ?** Si le cadre ainsi posé est extrêmement séduisant qui reprend, selon la tradition garantiste espagnole, les grands principes à suivre en matière d'atteinte aux droits fondamentaux, il reste à savoir dans quelle mesure il servira à l'interprète dès lors que les conditions concrètes du recours aux écoutes téléphoniques ont été également précisées.

## II. La précision de la réglementation propre aux écoutes téléphoniques

**Règlementation spécifique.** Les principes communs à différents actes d'investigation attentatoires à la vie privée se déploient de manière spécifique selon les actes considérés. Au-delà des règles générales, la loi du 5 octobre 2015 a donc précisé les conditions de régularité de certaines de ces opérations, dont la captation de communication orales<sup>37</sup>, la captation d'images, la filature ou la géolocalisation<sup>38</sup>. Les écoutes téléphoniques et télématiques ont bien sûr fait l'objet d'une attention particulière, aussi bien en ce qui concerne les possibilités d'y avoir recours (A), que les modalités de leur contrôle(B).

### A. La précision des conditions de recours aux écoutes téléphoniques

**Clarifications.** S'agissant du recours aux écoutes téléphoniques, la clarification a porté sur trois points : les infractions susceptibles d'entraîner une telle mesure, les personnes concernées par l'opération d'écoute ainsi que la durée de cette dernière.

**Infractions concernées.** La loi de 2015 vient, en premier lieu, combler la lacune relative au domaine matériel des écoutes téléphoniques. En effet, traditionnellement, *la ley de enjuiciamiento criminal* ne dressait aucune liste d'infractions autorisant le recours à une écoute téléphonique, ne serait-ce que par référence au *quantum* de la peine encourue. Cette lacune fut partiellement comblée par la jurisprudence qui, suivant le principe de proportionnalité, resserra la mesure autour des délits très graves ou des infractions ayant une transcendance sociale particulière, telles que le trafic de stupéfiants, le vol avec violence, le blanchiment, la

<sup>33</sup>Sur ce point, V. Malabat, *L'évolution des pouvoirs de police. La normalisation de l'exception*, in *Journée d'études radicales : Le principe de nécessité en droit pénal* Lextenso, coll. LEJEP 2013, p. 131 et s.

<sup>34</sup>*Circular 1 / 2013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, 11 janv. 2013, p. 62.

<sup>35</sup>Préc., p. 71 et s.

<sup>36</sup>Art. 588 bis a, 5. LEC

<sup>37</sup>Art. 588 quater a et s. LEC.

<sup>38</sup>Art. 588 quinquies a et s. LEC.

violation du secret défense, la criminalité organisée<sup>39</sup>. L'approche, toutefois, demeurait trop imprévisible, ne renvoyant pas à une catégorie d'infractions clairement identifiable. Marquant le retour à la légalité procédurale, la loi de 2015 a fait le choix d'énumérer les infractions concernées : par renvoi à l'article 579.1 de la *LEC*, l'article 588 ter du même Code pose désormais que seules les infractions encourant une peine supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement, ou commises au sein d'un groupe ou d'une organisation criminelle ou, relevant la qualification de terrorisme sont concernées. Au législateur d'ajouter qu'une écoute téléphonique peut également être ordonnée, quelles que soient la qualification et la peine encourues, dès lors que les faits auront été commis par voie informatique. Bien que la liste paraisse complète, combinant méthode qualitative et quantitative, il reste que certaines infractions dont la transcendance sociale – pour reprendre l'expression du Tribunal constitutionnel – semble acquise, restent en dehors des prévisions législatives : tel est le cas de certaines formes de financement illégal des partis politiques<sup>40</sup> ou du trafic d'influence entre fonctionnaires ou particuliers et fonctionnaires<sup>41</sup>, à moins bien sûr, que ces délits ne s'intègrent dans une forme de criminalité précisée par le législateur<sup>42</sup>. Cela est d'autant plus étonnant que le Tribunal constitutionnel avait posé en 2003, qu'au-delà des pénalités encourues, les infractions commises par les fonctionnaires publics et politiques dans l'exercice de leurs fonctions, perturbent l'ordre démocratique et justifient, en conséquence, le recours à une écoute téléphonique<sup>43</sup>. Si le vice ne tient pas à la loi sur les écoutes téléphoniques, mais plutôt à la politique pénale générale, la conséquence à laquelle elle conduit peut néanmoins être regrettée.

**Personnes concernées.** Le périmètre des personnes susceptibles de faire l'objet d'une écoute téléphonique a, en deuxième lieu, été précisé, le législateur distinguant nettement la situation des personnes mises en cause et celle des tiers. Conséquence directe du principe de spécialité précédemment évoqué, l'exigence de soupçons se déploie en effet sur la personne objet de la mesure puisque le Tribunal Constitutionnel espagnol a toujours exigé un lien suffisant entre l'infraction et la personne dont la ligne a été interceptée<sup>44</sup>. La solution paraît logique dans la mesure où la protection du secret des correspondances doit nécessairement être appréciée au regard du titulaire du droit, et donc au regard de l'implication d'une personne concrète dans les faits, non au regard de la nécessité générale des investigations<sup>45</sup>. Le lien entre soupçons et personnes est d'ailleurs retranscrit d'une manière intéressante au sujet de la demande de prolongation des écoutes téléphoniques, laquelle doit se fonder sur les résultats de la mesure précédente et les informations qu'elle a permis de recueillir<sup>46</sup>. Surtout, conséquence de ce lien, le législateur a rappelé que le placement sur écoute des personnes non mises en cause pendant la procédure doit rester tout à fait exceptionnel. Ainsi, l'article 588 ter c *LEC* limite l'interception des lignes des tiers à des cas particuliers : celui où la personne mise en cause se sert des appareils dudit tiers pour transmettre ou recevoir des informations, celui où il est impliqué dans l'affaire, ou enfin, celui où ses moyens de

<sup>39</sup>Pour plus de détails, v. Circ. 2013, préc., p. 73 et s. dressant la liste des catégories d'infractions susceptibles de donner lieu à une écoute téléphonique au regard des solutions dégagées par la jurisprudence.

<sup>40</sup>Art. 304 bis. 1 C. pen

<sup>41</sup>Art. 404 à 406 C. pén. (peine allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement)

<sup>42</sup>Pour une critique de ces exclusions et d'autres exemples, G. Cavero Fordellas, op. cit.

<sup>43</sup>STC 184/2003, de 23 de octobre, § 10 : "La gravedad de los hechos punibles, para cuya investigación y esclarecimiento se consideró necesaria la medida, no puede ser cuestionada a partir de los parámetros señalados por nuestra jurisprudencia (por todas SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 82/2002, de 22 de abril, FJ 4), esto es, no sólo en atención a la pena con la que el delito o los delitos se sancionan, sino también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos. Con independencia de la inicial calificación errónea de los hechos como malversación de caudales públicos, la importancia del bien jurídico protegido cuando los hechos delictivos se conectan con el ejercicio de sus cargos por funcionarios públicos, su relevancia estructural para el funcionamiento del Estado y la trascendencia social de los mismos al producir el socavamiento de la confianza de los ciudadanos en aquél y en sus instituciones, entre las cuales los partidos políticos son esencialmente relevantes en el marco de un sistema democrático y pluralista, avalan, sin duda, su gravedad. En consecuencia, la finalidad perseguida por las intervenciones, cuál era la de investigar y esclarecer los hechos, ha de considerarse constitucionalmente legítima"

<sup>44</sup>Pour une explication de cette exigence au regard de la protection du droit fondamental au secret des correspondances, STC 253/2006 de 11 septembre, BOE-T-2006-17721.

<sup>45</sup>Sur ce point et pour une comparaison avec la France, v. S. Detraz, *Écoutes et légalité : le point de vue de l'Universitaire*, p. 9 à 19.

<sup>46</sup>Art. 588 ter h *LEC* posant que la demande de prolongation doit se fonder sur la transcription des passages de conversations enregistrées d'où pourront être déduites des informations significatives pour reconduire la mesure.

communications ont été piratés à son insu. Ainsi, le tiers totalement étranger aux faits reste en principe en dehors de la mesure.

**Durée des écoutes téléphoniques.** C'est en dernier lieu la durée des écoutes qui a fait l'objet d'un encadrement, ces dernières étant toujours autorisées pour une durée initiale de trois mois, mais sans pouvoir, désormais, dépasser les dix-huit mois<sup>47</sup>. Ces délais ont suscité la réserve, qui ne tiendraient pas compte du cadre procédural plus général. Il a ainsi été avancé que, dans le système espagnol, bien que la phase d'instruction soit secrète à l'égard du public<sup>48</sup>, les parties sont autorisées à prendre connaissance de tous les actes de procédure et à intervenir lors des différentes diligences. Si le caractère complètement secret de l'instruction – et donc à l'égard de la personne mise en cause – peut être décidé par le juge d'instruction, il demeure réservé à des cas déterminés<sup>49</sup> ne pouvant en aucun cas excéder un mois<sup>50</sup>. De ce point de vue, un hiatus existerait entre le temps du secret complet et la durée des écoutes téléphoniques, rendant ces dernières rapidement inefficaces puisque potentiellement détectables<sup>51</sup>. L'analyse doit cependant être nuancée dès lors que le caractère non secret de l'information n'implique pas l'obligation de procéder à la notification des actes ayant vocation à rester cachés<sup>52</sup>. Du reste, l'article 588 bis d de la LEC dispose que « *la demande et les actes postérieures à la mesure sollicitée seront consignés dans une pièce séparée et secrète, sans qu'il n'y ait besoin pour ce faire, de déclarer la cause (instruction) secrète* ». C'est dire que cette mesure a vocation à demeurer clandestine même dans l'hypothèse où le caractère complètement secret de l'instruction n'aurait pas été décidé. La loi précise à cet égard que les parties ne seront informées de l'écoute téléphonique et du contenu des enregistrements qu'à la fin des diligences, une fois leur caractère secret levé<sup>53</sup>, ce qui leur permettra éventuellement d'en contester la réalisation, de demander le retrait ou l'intégration de certaines parties des enregistrements à la procédure, le tout sous la vigilance du juge.

## B. Précision du contrôle des écoutes téléphoniques

**Dualité des contrôles.** Seul compétent pour autoriser et prolonger une écoute téléphonique, le juge d'instruction est également tenu d'en suivre le déroulé : il est ainsi placé au cœur du dispositif de surveillance assurant à la fois un contrôle juridictionnel et matériel de la mesure.

**Contrôle juridictionnel.** S'il convient sans doute de préciser, s'agissant de la décision de recourir à une écoute téléphonique, que cette dernière peut émaner du juge d'instruction lui-même, le cas est rare dans le cadre de la procédure espagnole, le magistrat instructeur répondant plutôt à la demande du Ministère public ou de la police judiciaire. La rédaction des textes est, d'ailleurs, prévue dans cette articulation demande-

<sup>47</sup> Art. 588 ter g LEC.

<sup>48</sup> Art. 301 LEC

<sup>49</sup> On doit se trouver face à un délit public, autrement dit face à un délit dont la dénonciation et la poursuite sont obligatoires, (ce qui constitue la catégorie de droit commun) et la mesure doit tendre à éviter un risque grave pour la vie, la liberté ou l'intégrité physique d'un tiers ou à éviter de compromettre gravement le résultat des investigations ou du procès

<sup>50</sup> Art. 302.2 LEC

<sup>51</sup> V. Gimeno Sendra, préc.

<sup>52</sup> A ce sujet, mais s'agissant de la notification de la mesure au Ministère public. V. STS 1187/2006, de 30 de novembre. Il était ici question de savoir si l'absence de notification de l'écoute téléphonique décidée par le juge d'instruction au Ministère public, mettait en cause les droits de la défense. Il était avancé au soutien de la demande que, tenu dans l'ignorance de la mesure, le Ministère public aurait été empêché d'exercer, conformément 121.4 de la Constitution espagnole son rôle de défenseur de la légalité, des droits des citoyens et de l'intérêt général, et ce, dans le cas qui nous intéresse, par substitution au mis en cause. Le Tribunal suprême considéra que la responsabilité de la protection des droits de l'intéressé pendant l'écoute téléphonique revient au juge d'instruction, spécialement si le Ministère public n'a pas demandé la mesure ou a contesté les arguments du mis en cause. On comprend en tout état de cause qu'aucune notification n'a à être faite à la personne placée sous écoute. Comp. STC 146/2006, de 8 de mayo, BOE núm. 136, de 08 de junio de 2006.

<sup>53</sup> Art. 588 ter i LEC.

autorisation, témoin de l'influence du système accusatoire. On observera à cet égard que le législateur établit une symétrie quasi parfaite entre éléments devant être avancés dans la sollicitation du Ministère public ou de la police judiciaire et le contenu de l'autorisation elle-même : infraction en cause, motifs de la décision, nécessité et adéquation avec les principes énumérés à l'article 588 bis a de la LEC<sup>54</sup>. Ce parallélisme soulève la question de la nature de la motivation et spécialement celle de la validité d'une motivation par renvoi. Si elle ne paraît pas souhaitable, la motivation par renvoi est admise aussi bien par le Tribunal Constitutionnel que le Tribunal Suprême jugeant qu'une motivation ne comportant pas tous les éléments nécessaires à l'appréciation de la validité des écoutes n'en reste pas moins valable dès l'instant que le renvoi auquel elle procède rend possible le contrôle de nécessité et de proportionnalité<sup>55</sup>. *Cette jurisprudence restera sans doute inchangée puisque c'est avant tout la possibilité du contrôle de validité constitutionnelle qui intéresse les juridictions espagnoles.*

*Contrôle matériel. S'agissant du contrôle matériel de la mesure, doit sans doute être soulignée l'obligation faite à la police judiciaire de mettre à la disposition du juge, selon une périodicité qu'il aura lui-même déterminée, et dans des supports distincts, d'une part, la transcription des passages considérés dignes d'intérêt, et d'autre part, l'intégralité des enregistrements réalisés*<sup>56</sup>.

*Dualité de sanctions. Bien que complémentaires, ces deux contrôles qui correspondent à un contrôle juridictionnel (déterminer la validité constitutionnelle de l'ingérence dans la vie privée) et à un contrôle matériel (suivre le déroulé de la mesure et des transcriptions) s'inscrivent dans des logiques distinctes. Alors que le contrôle juridictionnel participe, selon la jurisprudence, de la définition du contenu essentiel du secret des correspondances, et concerne, par voie de conséquence, la validité constitutionnelle de la mesure, il n'en va pas de même du contrôle matériel, qui porte sur le respect de la légalité procédurale. A cet égard, les incidences de la violation des normes sont distinctes : la violation des garanties constitutionnelles permettant le jugement de nécessité et proportionnalité de l'écoute téléphonique entraîne la nullité de plein droit de l'écoute et l'irrecevabilité des éléments probatoires recueillis, ainsi que celle des actes et des preuves dérivés<sup>57</sup>. Sortie de ce cercle, en revanche, l'irrégularité ne recevra pas une sanction aussi énergique : si la preuve directe est, dans ce cas aussi, écartée des débats, ses dérivés seront cependant recevables et pourront faire l'objet d'une discussion contradictoire.*

\*\*\*\*\*

*Le modèle des écoutes téléphoniques en Espagne est très séduisant, particulièrement en raison du cadre constitutionnel à partir duquel il s'est construit. Tout n'y est sans doute pas parfait, et la pratique démontre régulièrement que les abus demeurent toujours possibles. Toutefois, la volonté et la tension vers un encadrement et un contrôle serrés des ingérences dans la vie privée, ne prête plus aujourd'hui à discussion.*

<sup>54</sup> Comp. Art. 588 bis b et c de la LEC.

<sup>55</sup>V. par exemple, STC n° 72/2010 de 18 de octobre de 2010. Même si le Tribunal constitutionnel pose qu'il serait souhaitable que la motivation judiciaire se suffise à elle-même, il n'en admet pas moins que le juge d'instruction peut motiver par renvoi, dès lors que le contrôle de proportionnalité de la mesure demeure possible. Pour le Tribunal suprême, v. les nombreuses décisions citées par M. Bueno Jimenez, *préc.*

<sup>56</sup> Art. 588 ter F LEC.

<sup>57</sup>Il en va ainsi en application de l'art. 11.1 de la LOPJ selon lequel : "En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales". Il est vrai cependant que certaines nuances ont été apportées par la jurisprudence, selon laquelle la contamination par voie de conséquence peut être rompue, de manière exceptionnelle, lorsque les preuves dérivées sont juridiquement indépendantes. Pour déterminer la nature des relations entre les preuves, le tribunal constitutionnel a recours à la notion de connexité d'antijuridicité. Sur la technique d'appréciation de cette connexité par référence à la jurisprudence constitutionnelle, et de nombreux exemples d'application, v. par exemple, STS 1191/2017 de 4 de abril. Il apparaît à la lecture de la décision que les preuves dérivées sont admises, notamment, lorsqu'elles peuvent se fonder sur un autre support que celui de l'écoute irrégulière, lorsque cet autre élément de preuve aurait fini par être découvert, lorsque la gravité de l'infraction et des intérêts en cause le justifient, ou que la violation de la protection constitutionnelle n'a pas été intentionnelle. Pour un exposé détaillé de cette jurisprudence, avec une analyse particulière portant sur la question de de l'auto-incrimination, v. Circ. 1/2013, *préc.*, p. 114 et s. V. également, M. Bueno Jimenez, *préc.*; M. Lacaze, Les écoutes téléphoniques en Espagne, *préc.*



