



Universidade da
Coruña

DERECHOS FUNDAMENTALES

TRABAJO DE FIN DE GRADO

PRESENTADO POR: JUAN MARTÍNEZ GARCÍA

TUTOR: Dr. D. PEDRO SERNA BERMÚDEZ

ENERO DE 2012

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A	Auto
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
FTO. JCO.	Fundamento jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley orgánica del Poder Judicial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

HECHOS

1.-PROCEDENCIA RECURSO AMPARO

1.1.- Sistema de tutela de los derechos y deberes fundamentales (dos vías)

1.1.1.- Primera vía. Jurisdicción ordinaria

1.1.2.- Segunda vía. Recurso de amparo

2.-REQUISITO DE ESPECIAL TRANSCENDENCIA CONSTITUCIONAL

3.- INTERVENCIÓN INICIAL DEL CORREO PROFESIONAL DE DOÑA MARÍA

3.1.- Regulación legal de los correos electrónicos

3.2.- Cuestión principal

3.2.1.- Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador

3.2.2.- Art.20. Dirección y control de la actividad laboral

4.- INDICIOS

5.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL

5.1.- Regulación legal

5.2.- Contenido del derecho

5.3.- Requisitos para su limitación

5.3.1.- Norma habilitante

5.3.2.- Jurisdiccionalidad

5.3.3.- Respeto al principio de proporcionalidad

5.3.4.- Motivación de la resolución judicial

6.- INTERÉS DEL MENOR

6.1.- Regulación legal

6.2.- Interés del menor contra derecho secreto de las comunicaciones.

7.- CONCLUSIONES

8.-BIBLIOGRAFÍA

HECHOS

1. Don José y Doña María están casados. Tienen 2 hijos, Emilia, de 12 años y Carlos, de 9 años.
2. D. José es propietario de una empresa gestora, en la cual trabaja su mujer como auxiliar administrativa.
3. D. José proporciona cuentas de correo para uso estrictamente profesional a sus empleados, éstos aceptan que él pueda revisarlas firmando un documento.
4. En el transcurso de dicha revisión D. José descubre una infidelidad de su mujer, así como un comportamiento sexual promiscuo.
5. D. María interpone demanda de divorcio en 1ª instancia:

D. José solicita la intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo de D. María, el juez admite esta prueba.

D. María se opone, el recurso de reposición es denegado.

La prueba es determinante para la fundamentación de la sentencia: se atribuye la custodia de los dos hijos a D. José.
6. Doña María apela la sentencia por vulneración de un derecho fundamental, se desestima la apelación.
7. La demandante decide recurrir en amparo.

1.-PROCEDENCIA RECURSO AMPARO

El motivo de la posible solicitud de amparo estriba en la vulneración del art. 18.3 de la Constitución, que establece la garantía del secreto a las comunicaciones.

1.1.- Sistema de tutela de los derechos y deberes fundamentales (dos vías)

El art. 53.2 de nuestra Carta Magna dispone que “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

A raíz de este artículo se pueden distinguir dos vías para la protección de estos especiales derechos. La primera de ellas corresponde a los Juzgados y Tribunales ordinarios mientras que la segunda es tarea del Tribunal Constitucional.

1.1.1.- Primera vía. Jurisdicción ordinaria

El amparo de los derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales ordinarios se instrumenta a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, según prescribe el apartado 2 del artículo 53. En palabras del propio Tribunal Constitucional: "la preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional ; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son sumarios, sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a rapidez" (STC 81/1992, de 28 de mayo).

Dicho procedimiento preferente y sumario fue regulado mediante la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, posteriormente completada, en cuanto al ámbito de los derechos protegidos, por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero y por la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Dicha Ley 62/1978 disponía tres vías de protección de los derechos fundamentales: penal, civil y contencioso administrativa; siendo características comunes de todas ellas la reducción de los plazos, la supresión de trámites y la escasez de formalidades.

No obstante, por lo que se refiere a la garantía civil, el artículo 249.2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil declaró aplicable el juicio ordinario a las demandas que "pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación", quedando derogados por la disposición derogatoria 2.3º de dicha Ley de Enjuiciamiento los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Por lo que respecta a la garantía contencioso-administrativa, el procedimiento regulado en los artículos 114 a 122 de Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa vino a sustituir al previsto por la Ley 62/1978 como amparo judicial en dicho orden jurisdiccional. De este modo, únicamente restan vigentes de la inicial Ley 62/1978 los artículos relativos a la garantía penal (artículos 2 a 5).

Dentro de la tutela de derechos fundamentales en el ámbito civil, en el cual nos encontramos, resulta preciso hacer una distinción: por un lado, aquellos derechos cuya violación se produce fuera del proceso, por otro aquellos que solo pueden ser vulnerados dentro del mismo. Es decir, el legislador distingue entre los derechos recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I y el recogido en el art. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva).

Los primeros de ellos pueden ser violados fuera y antes del proceso, en cuanto a ellos la exposición de motivos de la LEC resalta a este respecto que "En cuanto a los primeros, pueden y deben ser llevados a un proceso para su rápida protección, que se tramite con preferencia: el hecho o comportamiento, externo al proceso, generador de la pretendida violación del derecho fundamental, se residencia después jurisdiccionalmente. Y lo que quiere el concreto precepto constitucional citado es, sin duda alguna, una tutela judicial singularmente rápida.

En cambio, respecto de los derechos fundamentales que, en sí mismos, consisten en derechos y garantías procesales, sería del todo ilógico que a su eventual violación respondiera el Derecho previendo, en el marco de la jurisdicción ordinaria, tanto uno o varios procedimientos paralelos como un proceso posterior a aquel en que tal violación se produzca y no sea reparada. Es patente que con lo primero se entraría de lleno en el territorio de lo absurdo."

En el caso que nos atañe el procedimiento seguido no ha sido uno exclusivamente dirigido a la tutela de un derecho fundamental, sino que el mismo presuntamente se produjo, dentro de un proceso de separación.

La vulneración del secreto a las comunicaciones puede ser llevada a cabo tanto por un particular como por una instancia judicial, en el caso que nos ocupa esta tuvo lugar en sede judicial. Para resolverlo no se incoó un nuevo procedimiento, sino que se despachó en el seno del mismo proceso de divorcio: doña María formuló recurso de reposición oponiéndose a la práctica de la prueba, dicho recurso fue resuelto por el primer juez negativamente, posteriormente recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial, confirmando ésta la sentencia dictada en primera instancia.

En este punto el siguiente tribunal al que se podría recurrir sería el TS, el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes jurisdiccionales. De no poder continuar el pleito la primera vía de protección de derechos fundamentales, la de la jurisdicción ordinaria, quedaría agotada.

Posibles recursos

Los recursos que se pueden interponer ante él son:

Recurso en interés de ley:

El art. 490 de la LEC establece que su finalidad es la unidad de la doctrina jurisprudencial, cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales.

En el proceso objeto de estudio no existe ninguna desavenencia entre distintos Tribunales Superiores de Justicia, puesto que el asunto tan solo ha pasado por primera y segunda instancia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Son susceptibles de ser impugnadas mediante este recurso todas las sentencias y todos los autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, en los que se estime cometida una infracción procesal de las enumeradas en el artículo 469.1 LEC. Dicho artículo contiene cuatro infracciones distintas : 1) La infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional ; 2) La infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia o, en su caso, del auto definitivo; 3) La infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; y 4) La vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

En cuanto a los dos primeros apartados éstos no se han vulnerado. En cuanto a los dos segundos tampoco son posibles, ya que, en cuanto a vulneración de derechos fundamentales, solo cabe interponer recurso cuando se dicha vulneración tiene su origen en el art. 24 CE.

Recurso de casación

El recurso de casación podrá interponerse contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales para la protección de los derechos y deberes fundamentales (excepto el derecho a la tutela judicial efectiva). Para ello la cuantía del proceso debe exceder de 600.000 € (en este caso no excede), de no exceder de esta cantidad el recurso debe presentar interés casacional.

El requisito objetivo para el recurso de Casación, el de la cuantía, no cabe apreciarlo; por lo que sabemos es indeterminada.

La LECiv considera que existe interés casacional ¹ cuando, en primer lugar, la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en segundo, resuelva cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en tercero, al aplicar normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Del examen de la bases de datos del Centro de Documentación Judicial se desprende que no existen sentencias contradictorias para un supuesto como éste, tampoco se están aplicando normas que lleven menos de 5 años en vigor.

En resumen, el único recurso que podría interponerse es el de casación, para ello la cuantía del proceso debe exceder de 600.000 € de no exceder es necesario el requisito del interés casacional, que, como se ha visto, no se cumple.

Por tanto, como era señalado anteriormente, si no es posible interponer el recurso de casación la vía de la jurisdicción ordinaria se ha agotado. Queda la segunda vía.

1.1.2.- Segunda vía. Recurso de amparo

En la vía ordinaria ya no caben más recursos, por lo que ahora se pasará a analizar la segunda de las vías, que como se ha dicho, correspondería al Tribunal Constitucional, la cual es la única restante.

Su regulación queda reflejada en los art. 41 a 44 de la LOTC. De ellos se desprende las tres situaciones en las que entra en juego el recurso de amparo.

La primera de ellas consiste en disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho frente a los poderes públicos. Los poderes públicos no han incidido en ningún momento en este caso (a excepción del órgano judicial).

La segunda, el recurso cubre las sentencias dictadas en amparo judicial civil, cuando se han violado derechos fundamentales por parte de un particular. Don José intervino el correo profesional de su mujer, hecho que podía haber sido denunciado independientemente por su mujer y dar lugar a otro proceso. Sin embargo ella no lo hizo y en el caso de autos se discute la procedencia de la intervención de las comunicaciones por la autoridad judicial.

¹ STC 46/2004, STS 124/2012, ATS 3936/2001, ATS 877/2009

La tercera, finalmente, consiste en la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales sustantivos.

Queda la última opción, la de vulneración en el proseo de derechos fundamentales sustantivos, que es la que se produjo. Aunque pudiese parecer que el ámbito de protección se limita a los derechos de naturaleza procesal ello no supone que no los que se vulneren no puedan ser de otra índole (como el 18.3 CE)².

A este respecto el TC en su STC 176/2001 ha señalado que “de entrada que respecto al recurso de amparo contra violaciones de derechos fundamentales procedentes de órganos judiciales LOTC desarrollan su artículo 41 y siguientes lo dispuesto por la Constitución, que comprende todos los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sin limitación alguna a los de carácter formal, siempre que la violación tuviese su origen directo e inmediato en un acto u omisión de un órgano judicial, y que se cumplan los demás requisitos que establece el art.44 LOTC”.

Una vez clara la modalidad por la que se accede al amparo es necesario analizar su admisión. La reforma de la Ley Orgánica del TC impone tres requisitos para la admisión del recurso de amparo:

1º Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

2º Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

3º Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

En cuanto al primer requisito es preciso recalcar que nuestra norma normarum dispone la procedencia del recurso de amparo con la locución “en su caso”. Esto deja patente el pensamiento predominante de la doctrina acerca de los caracteres de excepcionalidad y extraordinariedad.

Es excepcional ya que no se suspende la firmeza de las sentencias impugnadas. Por otro lado, es extraordinario debido al carácter subsidiario del proceso de amparo, que implica que previamente deben de haberse terminado los recursos previos ante la jurisdicción ordinaria .

El requisito de la subsidiariedad es muy importante, su razón de ser es que el constituyente ha querido dar primero oportunidad a los tribunales ordinarios de solucionar las peticiones de los ciudadanos de garantía sus de derechos fundamentales.

Esta exigencia viene recogida en el art. 44 de la LOTC. Además, como ha señalado el Tribunal Constitucional en sus sentencias está dirigida a la preservación del carácter subsidiario del amparo.³

² SSTC 2/1982, 119/1983

³ “Se hace preciso recordar que entre los requisitos que se exigen para poder acudir a esta sede jurisdiccional, y como el primero de ellos, figura el agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC]. El

Tal y como se ha dicho anteriormente, la vía de la jurisdicción ordinaria ha quedado agotada. Por tanto ya se cumple el primero de los requisitos.

El segundo de ellos versa acerca de la conexión entre la lesión del derecho fundamental en cuestión y la acción u omisión del órgano judicial. Dicha conexión es muy sencilla de establecer, ya que fue el juez de 1ª instancia el que, ordenando intervenir las comunicaciones, lesionó un derecho fundamental de doña María.

El tercero de ellos, haber denunciado la lesión formalmente en el proceso, tampoco supone un gran problema, desde el primer momento hubo oposición a la transcripción de los correos electrónicos. La denuncia se dio tanto en el mismo proceso como, con el recurso de reposición como posteriormente en apelación.

En conclusión, y dada cuenta del cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la LOTC, indudablemente el recurso debería ser admitido a trámite.

2.-REQUISITO DE ESPECIAL TRANSCENDENCIA CONSTITUCIONAL

Para poder entender la limitada admisión de los recursos de amparo es preciso recalcar la gran labor que ha llevado a cabo el Alto Tribunal desde la promulgación de la constitución, precisando el contenido de cada derecho. Sin embargo, en los últimos años se hallaba desbordado debido al ingente número de recursos que tenía que resolver.

Esto se debía fundamentalmente a dos causas. La primera de ellas era el deficiente desarrollo legislativo del art. 53.2 CE en la LEC 1/2000, al no articular de manera clara el procedimiento de protección de los derechos y deberes fundamentales. La segunda de ellas, es el propio TC, al hacer una interpretación extensiva del derecho procesal, constitucionalizándolo a través del art. 24 CE, haciendo cualquier vicio procedimental fuese considerado como una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por ello se decidió limitar el número de recursos de amparo que tenía que entrar a resolver el Tribunal con la L.O. 6/2007. Inspirándose en los mecanismos de admisión del Tribunal Supremo Federal (Estados Unidos) y en el Tribunal Constitucional Federal (Alemania), cuya Ley dice en su art.93 que para que una demanda de amparo pueda ser admitida a trámite debe presentar relevancia constitucional así como servir a la efectividad de los derechos mencionados en el art.90 (sobre los que cabe amparo), así mismo puede ser admitida cuando al demandante se le ocasione un perjuicio particularmente grave por la negación de una decisión sobre el fondo.

Podemos observar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán al igual que el Tribunal Constitucional Español goza de una cierta discrecionalidad a la hora de admitir los recursos de amparo, discrecionalidad limitada legalmente en tanto en cuanto debe remitirse al requisito de la especial transcendencia constitucional. Sin embargo este requisito no aparece regulado de una manera muy profunda en la ley y ha tenido que ser el propio tribunal quien lo aclare con su jurisprudencia.

respeto a la precedencia temporal de la tutela de los Tribunales ordinarios exige que se agoten las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas el recurso de amparo resultará inadmisibles (STC 122/1996)”

El art. 50.1 b) de la LOTC limita la admisión del recurso de amparo a aquellos supuestos en los que exista especial trascendencia constitucional, entendiendo por esta “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

El hecho de no justificar este extremo o hacerlo de manera inadecuada daría lugar a su inadmisión ⁴(ATC 188/2008).

Este concepto ha sido desarrollado por reciente jurisprudencia, entre la que cabe destacar la STC 155/2009: “Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC” . A continuación el TC procede a hacer una relación de los casos en los que se entendería satisfecho dicho requisito.

Dichos casos son:

- a) recursos que planteen un problema sobre el que no haya doctrina⁵,
- b) recursos que den ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina.
- c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.
- d) cuando la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley lesiva del derecho fundamental y sea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.
- e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental.
- f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.
- g) cuando el asunto trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y de general repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales.

En el supuesto que nos ocupa la trascendencia constitucional no podría circunscribirse estrictamente a ninguno de los apartados , pero de encuadrarlo en alguno la demanda debería fundamentarse en el apartado , f) cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Interpretándolo restrictivamente este precepto podría no ser de aplicación, puesto que la doctrina del TC se limita a dilucidar la intervención de las comunicaciones en el ámbito del proceso penal, sin embargo, en un sentido amplio, sí se contradice.

⁴ ATC 188/2008 “Pues bien, habida cuenta de que la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 in fine LOTC) es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007, no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable”

Esto es así debido a que, de hallarnos en una instrucción de una causa criminal, las exigencias marcadas doctrinalmente⁶ para que sea posible una intervención de las comunicaciones no se cumplirían: Previsión legislativa concreta, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y motivación suficiente.

Existe otro criterio para la admisión de los recursos de amparo también aplicable a este caso . derivado del propio artículo 50.1 b) de la LOTC. Según HERNÁNDEZ RAMOS⁷, se atiende a la importancia para la aplicación general y eficacia de la Constitución, siguiendo un criterio hermenéutico.

Es muy interesante señalar el art. 93 de La ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que se amolda perfectamente a este supuesto. En el se describen los supuestos en los que procede admitir el recurso de amparo, y uno de ellos, el tercero consiste en la situación en la cual el proceder del tribunal es judicialmente negligente en extremo o judicialmente incomprensible. De este modo se favorece la cultura de derechos fundamentales objetivos en el poder legislativo, ejecutivo y judicial.

Entraría en juego cuando la práctica de los tribunales ordinarios fuese contraria a los derechos fundamentales, como cuando un juez de lo civil ordenase intervenir unas comunicaciones en un proceso de divorcio.

Finalmente, a mayor abundamiento, en el caso de que todo lo anterior no fuese de aplicación queda el art.8 de la DUDH, puesto en relación con el art. 10.2 de la CE. Este precepto dispone que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

Por tanto el recurso de amparo debería ser admitido a trámite, de no hacerlo podría estarse vulnerando el CEDH.

3.- INTERVENCIÓN INICIAL DEL CORREO PROFESIONAL DE DOÑA MARÍA

Don José proporcionó cuentas de correo electrónico a todos los empleados de FiscoUp Gestión S.L., dichas cuentas están habilitadas para uso estrictamente profesional. Además todos los trabajadores han aceptado por escrito el que dichas cuentas de correo puedan ser revisadas.

Doña María, como auxiliar administrativa, disponía de una de las citadas cuentas. Es irrelevante el hecho de que estuviera casada con D. José, pues la relación que existía entre ellos en la empresa se circunscribe al ámbito laboral.

Por tanto, la cuestión habrá de ser examinada a la luz del Derecho Laboral y de la Jurisprudencia de lo Social.

3.1.- Regulación legal de los correos electrónicos

El correo electrónico, se ha convertido en un sistema eficaz e instantáneo de comunicación entre un emisor y uno o varios destinatarios, para la transmisión de un texto escrito, imágenes y sonidos, mediante el uso de unas direcciones electrónicas previamente conocidas por el remitente y el

⁶ PEREZ-CRUZ MARTÍN “Derecho procesal Penal” p. 284

⁷ El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional REUS S.A. 2009

destinatarios. Al igual que la página web y el mensaje de teléfono sms constituyen una modalidad de los documentos informáticos.

Tiene su encaje en el artículo 384 LEC, dentro de la prueba por soportes o instrumentos informáticos, en cuanto permite “archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas con fines contables o de otra clase”, pues, sin perjuicio de otros fines, normalmente se utiliza para un intercambio puntual, informal y rápido de información entre remitente y destinatario. A diferencia de la correspondencia manuscrita, la realizada a través del correo electrónico, reviste menor grado de formalidad, puesto que, por un lado, el sistema operativo ya configura unos campos y dispone de un formato predeterminado a modo de encabezamiento en el que se introduce el destinatario, el emisor, el asunto y los eventuales destinatarios ocultos, y, por otro lado, en el propio sistema operativo es factible la estampación de la firma por procedimientos informáticos.

Dado que el correo electrónico necesita de un sistema operativo y se encuentra en el interior de un aparato electrónico (ordenador, agenda electrónica, iPhone, BlackBerry, ipad, etc.) lo normal es que acceda al proceso a través de una copia impresa, que podrá ser una impresión privada (como es lo más frecuente), aun cuando ello no excluye que pueda acceder a través de un acta de presencia notarial.

El correo electrónico, o más precisamente, su impresión en formato papel se sujeta a las reglas previstas para la aportación de documentos. Por ello, tratándose de un correo electrónico “fundamental”, estos es, que fundamenta la pretensión del actor o la resistencia del demandado, debe aportarse con la demanda o con la contestación a la demanda (art. 265.1.1º LEC), todo ello bajo sanción de preclusión (art.269 LEC). Y no siendo un correo electrónico “fundamental” estará sujeto al principio de libre aportación.

3.2.- Cuestión principal

En el Estatuto de los Trabajadores existen dos artículos en los que se regula la vigilancia que el empresario ejerce sobre el trabajador, el 18 y el 20

3.2.1.- Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador

“Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”

El supuesto de hecho de esta norma es completamente distinto del que se produce con el control de los medios informáticos en el trabajo, que es el siguiente. El artículo 18 está atribuyendo al empresario un control que excede del que deriva de su posición en el contrato de trabajo y que, por tanto, queda fuera del marco del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. La doctrina ha señalado que los registros en los que el empresario actúa de forma excepcional con los poderes que le confiere el art.18 y no dentro de la normalidad que correspondería al art.20, desempeña una especie de función de “policía empresarial” en la defensa del patrimonio empresarial.

Los efectos personales del trabajador como por ejemplo los que se encuentran dentro de su taquilla, forman parte de su esfera privada, estando al margen del contrato de trabajo.

Por tanto este artículo no es de aplicación al hecho de que Don José revisase el correo electrónico de sus empleados.

3.2.2.- Art.20. Dirección y control de la actividad laboral

El art. 20 del Estatuto de los Trabajadores está dedicado a Dirección y control de la actividad laboral. Sus apartados 1, 2 y 3 disponen lo siguiente:

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.
2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.
3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

De ellos podemos inferir que el empresario dispone de cierto poder de control sobre los trabajadores para el ejercicio de las tareas que les ha encomendado. En cuanto al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones el TC ha señalado que “siendo el derecho a la intimidad un derecho fundamental, no es, sin embargo, un derecho absoluto, sino que se puede ceder ante otros derechos fundamentales, en las condiciones de idoneidad, de necesidad, de proporcionalidad y de respeto de su contenido esencial, exigibles aun cuando la intromisión sea legítima” (STC del 29 de Junio de 2009).

El ámbito de protección dentro del art. 18.3 CE es la inferencia en el proceso de la comunicación por parte de personas ajenas la nota determinante en su menoscabo, por tanto la cuestión radica en determinar si el empresario es un tercero ajeno a dicho proceso en la medida en la que los medios de comunicación empleados son de su propiedad.

Suponemos que ya que los equipos de proceso de la información, como el ordenador que usaba Doña María, son propiedad del empresario y se ponen a disposición del trabajador tan solo para el desarrollo de la actividad empresarial, el empresario no es un tercero ajeno.

Esta cuestión ha sido debatida en nuestros tribunales y después de diversas resoluciones en primera y segunda instancia, el TS ha llegado a la conclusión de que es posible la revisión de los correos electrónicos de los trabajadores siempre y cuando se les comunique previamente y estos acepten. Tal y como ha sido en este caso ya que los trabajadores firmaron una carta en la que se especificaba que el mero uso de la cuenta de correo suponía la aceptación de la supervisión de los contenidos comunicados a través de él por parte de la empresa.

En tal sentido falla el TS en la STS del 26 de Septiembre de 2007, la cual, aunque referida al uso de Internet por el trabajador, resulta de aplicación al uso del correo electrónico, y supone un

punto de inflexión en la situación de incertidumbre existente. Recogiendo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (art.13 CE) y el TEDH (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos), establece que “el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores establece que «sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo”, añadiendo que en la realización de estos registros “ se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible»”.

El TEDH ha señalado que de no mediar consentimiento por parte del trabajador se estaría incumpliendo el art. 8 del CEDH:

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En la STDH del 3 de Abril del 2007 señala de manera tajante que de no mediar conocimiento del trabajador se estaría vulnerando el art 8 del Convenio:

“Accordingly, the Court considers that the collection and storage of personal information relating to the applicant’s telephone, as well as to her e-mail and Internet usage, without her knowledge, amounted to an interference with her right to respect for her private life and correspondence within the meaning of Article 8.”

4.- INDICIOS

La palabra indicios viene del latín *Indicere*, que significa dar a conocer algo. Actualmente entendemos por indicio “un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido , mediante un argumento probatorio que se obtiene en virtud de una operación lógico-crítica, basada en normas generales de la experiencia o en principios generales científicos o técnicos.”⁸

Los indicios constituyen un medio de prueba, pero son un medio indirecto, puesto que no versa directamente sobre el hecho investigado. En la prueba indiciaria el juez nunca percibe el hecho que constituye su objeto , ni otro hecho que lo represente de manera expresa y directa, sino hechos que apenas pueden ser relacionados indirectamente con aquel.

La cuestión planteada versa acerca de si el descubrimiento del primer correo electrónico por D. José constituye un indicio suficiente para ordenar la injerencia en el secreto a las comunicaciones electrónicas.

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Teoría general de la prueba judicial, t. 2 p 588

La problemática de cuando ordenar intervenir unas comunicaciones es más propia del derecho procesal penal. En este ámbito del derecho la discusión gira en torno a que las intervenciones no se pueden ordenar como medio para la averiguación de delitos, sino que deben de existir previamente indicios ciertos y fundados de que un hecho delictivo se haya cometido o esté cometándose. La jurisprudencia del TC lo expresa del siguiente modo el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional. (STC 219/2009)⁹

Carece de sentido dilucidar aquí si existen indicios suficientes o no puesto que, como se dirá más adelante, la intervención de las comunicaciones ordenada por la autoridad judicial no es correcta.

Por otro lado, podría analizarse el indicio en sí mismo. D. José descubre que su mujer le es infiel, el Juzgado de 1ª instancia que tenga que resolver la separación entre ambos cónyuges podría usar esto para inferir la inestabilidad sentimental de doña María. Además ello supone un claro incumplimiento de los deberes conyugales recogidos en el Código civil: Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (art. 68 CC).

5.- AUTORIZACIÓN JUDICIAL

En el marco del proceso de divorcio, y ante la sospecha de que doña María Concepción lleva una vida sexual promiscua que podría perjudicar el bienestar de sus hijos, D. José solicita la intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo electrónico personal de doña María que se conservan en el servidor de Fisco-Up Gestión S.L.

Doña María se opone a la práctica de la prueba, al entender que se está vulnerando su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Primero se analizará la regulación legal de las intervenciones postales.

5.1.- Regulación legal

En el ámbito de los tratados internacionales dos de los más importantes en materia de derechos fundamentales contienen previsiones a este respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 17 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”

El contenido de estos tratados internacionales hay que ponerlo en relación con el art. 10.2 CE, que suministra unos parámetros interpretativos de la CE con los tratados internacionales.

Resulta pertinente aclarar que, a través del artículo 10.2 de la Constitución, no se otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los Tratados Internacionales en cuanto no

⁹ Véanse SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4)

estén también recogidos en nuestra Constitución. Ha sido el Tribunal Constitucional el que ha delimitado el valor de esta estipulación. Así, La STC 36/1991, de 14 de febrero declaró que «esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.

El tratamiento jurisprudencial de este precepto no ha sido claro, aunque por un lado se le da a los tratados un mero carácter interpretativo pero por otro es ese mismo carácter interpretativo el que configura el derecho fundamental en la medida que “configura el sentido y alcance de los derechos” (STC 254/1993).

La regulación legal de las intervenciones postales en nuestro ordenamiento se haya en el art. 579 LECrim. de acuerdo con la redacción de la L.O. 4/1988, de 25 mayo. En el art.2 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal. y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (por un juez del TS). En el ámbito civil no se hallan reguladas, salvo excepciones, como en el procedimiento concursal.

El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, desarrolla la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que a su vez desarrolla la normativa europea. Dentro de él es importante resaltar su título V, donde regula los aspectos relativos a la intervención de las comunicaciones, estableciendo, en particular, las obligaciones que se imponen a las empresas de telecomunicación en relación con las intervenciones telefónicas, así como las exigencias en orden a afectar mínimamente a la intimidad y a la obligación de confidencialidad por parte de los que llevan a cabo las citadas intervenciones.

En el ámbito comunitario europeo es necesario mencionar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones (art. 15.1 Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo de 2006).

5.2.- Contenido del derecho

El art 18.3 de la Constitución garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

El bien jurídico protegido en este precepto es la libertad de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleada para interceptarlas. Esta impenetrabilidad posee efectos erga omnes, ya sea en cuanto al contenido del mensaje como en cuanto a la identidad subjetiva de los interlocutores SSTC 123/2002, 56/2003, 230/2007. En esta sentencias se dispone que incluso el registro de llamadas forma parte de la protección del art. 18.3 CE

Este derecho tiene un carácter formal, puesto que se proyecta sobre el hecho de comunicar en si mismo, sin tener en cuenta si la información transmitida es íntima o no .

Para poder considerar que se ha vulnerado es necesaria la presencia de un elemento extraño a aquellos en los entre los que se desarrolla la comunicación. Por tanto el hecho de que uno de los interlocutores grabe la conversación o entregue una carta dirigida a él a otra persona no vulnera por sí solo este derecho fundamental. De otro modo se estaría imponiendo una obligación indiscriminada de deber de secreto.

La jurisprudencia ha incidido en que para que se vulnere este derecho debe de existir una interferencia en el proceso de comunicación, ya sea por parte de una persona pública o privada (STC 70/2002).

El derecho a la intimidad de las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad del contenido de la comunicación , la identidad de los comunicantes y otros aspectos externos a la mismo (momento, lugar, duración...)

Antes y después de finalizar el proceso y respecto de los propios comunicantes, la eventual protección constitucional que merezca el contenido de lo transmitido, la identidad de los comunicantes no pertenece al ámbito de protección del art. 18.3 CE, sino en su caso al ámbito del derecho a la intimidad .

5.3.- Requisitos para su limitación

Los requisitos que han marcado la doctrina y la jurisprudencia para que un juez pueda limitar este derecho fundamental son: previsión legislativa concreta, jurisdiccionalidad, respeto al principio de proporcionalidad y motivación

5.3.1.- Norma habilitante

Para comenzar, se analizará el problema de la norma habilitante. Si bien es cierto que el art. 18.3 no contiene ninguna referencia expresa a la exigencia de regulación legal de las medidas que pueden restringir el citado derecho fundamental dicho requisito si es exigido por el art. 8 del CEDH : “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (intimidad e inviolabilidad de la correspondencia), sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Es preciso recordar que de acuerdo con el art. 10.2 CE las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. La exigencia de previsión legislativa concreta ya ha sido admitida por nuestro alto tribunal. (STC 49/1999).

Esta necesaria previsión legislativa, ha de establecerse mediante una Ley Orgánica, tratándose de derechos fundamentales. El TEDH señaló en el caso Valenzuela contra España los contenidos mínimos que habría de tratar la ley (STEDH 58/1997/842- 1048):

“La exigencia de previsibilidad implica que el derecho interno debe manifestarse en términos lo suficientemente claros como para indicar a todos de una manera inteligible en qué circunstancias y bajo que condiciones se habilita a los poderes públicos para adoptar semejantes medidas (Sentencia Malone párrafos 66,67; Kruslin, párrafo 30; Halford, párrafo 49 y Kopp,

párrafo 64). Aparece como indispensable la existencia de reglas claras y detalladas en la materia, llamando la atención de que los procedimientos técnicos no paran de perfeccionarse (Sentencias Kruslin y Huvig párrafo 33; Kopp, párrafo 72).

Como garantías mínimas esenciales para evitar los abusos que deben figurar en la ley, las Sentencias Kruslin y Huvig, señalan: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escuchas judiciales; la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ellas; la fijación de un límite a la duración de la medida; las condiciones de llegada al proceso de los resúmenes o síntesis donde se contienen las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para aportar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a fin de un eventual control por el juez y por la defensa; las circunstancias en las que puede o debe llevarse a cabo el borrado y destrucción de las cintas, sobre todo después de un sobreseimiento o archivo.”

La LECIV no contempla la interceptación de las comunicaciones para casos de divorcio por lo que este requisito ya no se cumpliría.

5.3.2.- Jurisdiccionalidad

Este requisito se refiere a que la decisión debe de ser adoptada por un juez. (art. 18.3 CE) competente para la investigación (un Juzgado de Instrucción u otro juez del orden penal), y además en el curso de un procedimiento penal de investigación ya abierto: unas diligencias previas o un sumario.

Excepcionalmente también podrá ser acordada por las más altas autoridades administrativas con competencias en materia de seguridad ciudadana, cuando se trate de situaciones de urgencia en la lucha contra el terrorismo y, aun así, sólo de forma provisional y con inmediato control judicial de la medida, pues como dispone el art. 579.4 LECRIM.

5.3.3.- Respeto al principio de proporcionalidad

Es necesario ponderar tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como el interés del menor. En el punto 6 se desarrollará con más detalle pero se puede adelantar que no es acertado para nada el que se intervengan los correos electrónicos de Doña María para probar su promiscuidad y que esto afectaría a la custodia de sus dos hijos.

5.3.4.- Motivación de la resolución judicial

La motivación de la resolución restrictiva es un requisito indispensable del acto de limitación de un derecho. Si el juez no hubiese motivado la orden de transcribir los correos electrónicos del servidor de Fisco-Up Gestión SL, solo por este motivo la intervención sería nula.

La falta o insuficiencia de la motivación afecta a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho afectado, en este caso del derecho al secreto de las comunicaciones y, por lo tanto, al propio derecho fundamental (STC 170/1996)¹⁰

No hay constancia de si la decisión fue motivada o no pero se supone que sí. Sería interesante poder examinar el auto y el pronunciamiento del Ministerio Fiscal, que no consta.

¹⁰ Sobre falta de motivación véanse, entre otras SSTC 27/1989, 8/1990, 86/1995, 128/1995, 37/1996, 62/1996,

Resumiendo, no se cumple la previsión legislativa concreta, ni el principio de proporcionalidad, por tanto, la actuación del órgano judicial es incorrecta al faltar dos de los tres requisitos exigidos.

6.- INTERÉS DEL MENOR

Se cuestiona si el interés del menor podría erigirse como fundamento válido para limitar el derecho fundamental a la libertad de las comunicaciones.

6.1.- Regulación legal

En la Constitución de 1978 se parte de una concepción integral en la protección de la infancia que viene expresada en el artículo 39.1 completada desde la perspectiva el Derecho internacional “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (artículo 39.4) y, en términos generales, en el artículo 10.2 en virtud del cual “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Por tanto, para la interpretación de dicho artículo habrá que tener en cuenta los acuerdos internacionales suscritos por España en materia de menores.

La más importante norma internacional de protección de los menores es la Convención sobre los Derechos del niño. Fue ratificada por España, y muchos otros Estados en 1989 teniendo presente que, tal y como se indica en la Declaración, que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento

Así mismo cabe también citar la Declaración sobre los “Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, en particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda”. Esta Declaración recoge el principio del interés superior tanto en el Preámbulo como en la parte dispositiva. Su artículo 5 determina que: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”.

Dentro de el ámbito europeo La Convención Europea sobre el ejercicio de los Derechos del Niño de 1996 hace mención explícita del principio del interés superior del niño al definir el campo de aplicación y el objeto de la misma (artículo 1º).

En el ámbito europeo también cabe mencionar aunque en este caso no se trata de un convenio internacional sino de una resolución del Parlamento Europeo: la Carta Europea de los derechos del niño de 1992 (Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992), en su apartado 8.4 estipula que “Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses”

Respecto a la naturaleza de estas normas, no son igualables a los derechos fundamentales: “el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios” (STC 36/1991)

Dentro ya del ordenamiento jurídico nacional cabe citar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el CC y la LECiv.

6.2.- Interés del menor contra derecho secreto de las comunicaciones.

A la luz de todo lo expuesto a lo largo del trabajo, ya ha quedado patente que de no cumplirse los tres requisitos de habilitación legal, autorización judicial y proporcionalidad no resulta posible realizar una intervención de las comunicaciones.

La ley de Enjuiciamiento civil ya contempla la varias especialidades dentro los procesos de separación y filiación. Pues bien, le corresponde a éste y solo a el decidir si establece la posibilidad de intervención de las correspondencia y la limitación de la correspondencia, lo cual con la actual legislación en la mano no es posible.

Partiendo de esta base se puede analizar la idoneidad de un cambio en la ley. Por un lado está el interés del menor, por otro el secreto a las comunicaciones. Lo primero es un derecho fundamental, dentro del capítulo 1º, sección 2º de la CE, con toda la protección que ello conlleva. El interés del menor es un está situado en el capítulo tercero “De los principios rectores de la política social y económica”

El que los principios rectores de la política social y económica no son derechos fundamentales, puede inferirse de la propia norma en el artículo 53 que establece un régimen de garantías, así como de las sentencias del Tribunal Constitucional ¹¹. Tan solo son unos mandatos genéricos a los poderes públicos.¹²

Volviendo a lo anterior, tenemos un derecho fundamental contra un valor jurídico genérico. Aunque si es posible que el interés del menor limite un derecho fundamental, como es el caso en el cual la protección a la infancia se constituye como un límite a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.4 de la CE (SSTC 49/84 y 62/82).

Sin embargo en este caso, en mi opinión no resulta para nada proporcional, máxime cuando lo que se pretende probar es una conducta de discutible relevancia para los menores, como es la promiscuidad sexual de uno del lo progenitores.

¹¹ STC 55/2002

¹² El Estado, especialmente después de la 2º GM, abandona su modelo inhibicionista de corte liberal y asume como propios los objetivos de establecer y asegurar unos mínimos de condiciones de vida para todos y procurar la disposición de medios que cubran las necesidades de las personas y grupos que puedan estar en una situación más desfavorecida.” BALAGUER CALLEJÓN , Manual de Derecho Constitucional, 2010 , p. 315

7.- CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto podemos concluir que:

1° Existen dos vías de protección de derechos fundamentales. La primera de ellas ante la jurisdicción ordinaria, la segunda ante el Tribunal Constitucional. Para acceder a la segunda es preciso agotar la primera.

2° Puesto que se han agotado todos los medios de impugnación previstos dentro de la vía judicial ordinaria, y ya que han quedado descartados todos los posibles recursos que se podrían interponer ante el Tribunal Supremo (recurso en interés de ley, extraordinario por infracción procesal y de casación) es posible interponer recurso de amparo.

3° Para poder interponer el recurso de amparo es necesario, además de los requisitos reflejados en los art. 41 a 46 y 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que su contenido justifique una decisión de fondo por el Tribunal Constitucional, atendiendo a su relevancia constitucional.

Dicha relevancia queda constada en la medida en que no existe jurisprudencia constitucional sobre la materia y en que contradice de manera amplia la doctrina del Tribunal Constitucional, todo ello según la STC 55/2009.

4° La intervención inicial del correo profesional de doña María era ajustada a derecho, ya que, siguiendo con la doctrina del TEDH, ella era concedora de dicha intervención y los usos meramente profesionales del equipo informático suministrado por su marido.

5° La autorización judicial ordenando la intervención de las comunicaciones fue totalmente antijurídica, debido a que contraviene dos de los cuatro requisitos requeridos por la doctrina y la jurisprudencia (previsión legislativa concreta, autorización judicial, motivación suficiente y proporcionalidad). La prueba obtenida no deberá surtir efecto, ya que se ha vulnerado un derecho fundamental (art. 11 LOPJ).

6° El interés del niño, valorado en contraposición al derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones de doña María, no es razón suficiente para limitarlo.

7° Se recomienda a doña María que interponga recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que existen altas probabilidades de su admisión a trámite y una sentencia estimatoria del recurso.

8.- BIBLIOGRAFÍA

MONTERO AROCA, Amparo Constitucional y Proceso Civil., edit. Tirant lo Blanch , 2008

ABEL LLUCH, La prueba electrónica, edit. Bosch, 2011

BALAGUER CALLEJÓN, Manual de Derecho Constitucional , edit. Tecnos, 2010

CASAS BAAMONDE, Comentarios a la Constitución española, edit. Wolters Kluver, 2008

LÓPEZ SANCHEZ, El interés casacional, edit. Civitas, 2002

DEVIS ECHANDÍA, Teoría General de la prueba judicial, edit. Temis, 2002

MONTERO AROCA, La prueba en el proceso civil, edit. Civitas-Thomson Reuters 2012

PADIAL ALBÁS, Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia, edit Tirant lo Blanch, 2007

PÉREZ-CRUZ MARTÍN y SEOANE SPIEGELBERG, Derecho Procesal Civil.2 tomos, edit. Andavira, , 2012.

RIVERO HERNÁNDEZ, El interés del menor, edit. Dykinson 2007