

# **DERECHOS FUNDAMENTALES**

## **DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. EL INTERÉS DEL MENOR**

**MARÍA RON ARROYO**

**Tutora: Prof. Dra. Ascensión Cambrón Infante**

**Trabajo de Fin de Grado**

**Facultade de Dereito**

**Universidade da Coruña**

**Enero de 2013**

## ÍNDICE

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
II.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	4
1) Aproximación histórica	
2) Derechos fundamentales y Constitución	
III.- EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	6
1) Introducción	
2) El derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral	
3) Requisitos para las injerencias a los derechos fundamentales	
4) Nulidad de intervención	
5) Procedimiento para la intervención de las comunicaciones	
6) Interés superior del niño	
IV.- GARANTÍAS JURISDICCIONALES.....	27
1) El amparo constitucional	
2) Agotamiento de la vía judicial previa	
3) Trascendencia constitucional del recurso	
V.- CONCLUSIÓN.....	38
VI.- BIBLIOGRAFÍA.....	40

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Don José y Doña María Concepción son un matrimonio en régimen de separación de bienes. Don José era titular de la gestoría Fisco-Up Gestión S.L, en la que Doña María Concepción trabajaba como auxiliar administrativa. De este matrimonio nacen dos hijos: Emilia y Carlos.

Don José proporciona cuentas de correo electrónico a todos sus empleados para usos exclusivamente profesionales. Expresamente les ha comunicado que las comunicaciones emitidas y recibidas a través de dicho correo pueden ser revisadas personalmente por él o por la persona en quien él delegue, en aras del interés de la empresa. Este comunicado es firmado y aceptado por todos los trabajadores.

En enero de 2011, realizando Don José una revisión rutinaria de este tipo, descubre mensajes de correo electrónico emitidos y recibidos por Doña María Concepción de contenido personal, revelando una infidelidad conyugal.

Interpelada por estos hechos, Doña María Concepción declara desaparecida la “*affectio maritalis*” y una semana más tarde interpone demanda de divorcio solicitando una pensión, la custodia de sus hijos, una pensión de alimentos, la atribución del uso de la vivienda familiar, propiedad de su marido y un régimen de visitas estandarizado.

Ante la sospecha de que Doña María Concepción lleva una vida sexual promiscua que podría perjudicar el bienestar de sus hijos, Don José solicita la intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo electrónico personal de Doña María Concepción que se conservan en el servidor de la empresa. Admitida la prueba, el juez ordena la transcripción del contenido de las comunicaciones habidas en el intervalo de los tres meses anterior a la ejecución de la medida, quedando evidenciado que Doña María Concepción había mantenido relaciones sexuales con al menos catorce hombres diferentes.

Doña María Concepción se opone a la práctica de la prueba por entender que supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad. El juez resuelve el recurso de reposición considerando lícita la prueba.

La sentencia de primera instancia de 16 de diciembre de 2011 concede la custodia de ambos hijos a Don José, declara disuelto el vínculo matrimonial, establece una pensión compensatoria a la demandada y atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, manteniendo el régimen de visitas para el progenitor no custodio propuesto por la demandada. En el fallo, el juez argumenta que el comportamiento sexual inestable de la demandante puede tener repercusiones en su vida afectiva y familiar, que razonablemente pueden incidir de forma negativa en la educación de sus hijos si viven en su compañía.

En apelación, Doña María Concepción reproduce la impugnación de la prueba ilícita. Aduce que la injerencia en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no está prevista expresamente en la ley para ese fin y que no es una medida proporcionada. Sin embargo el tribunal, no apreciando dicha vulneración, confirma la sentencia de primera instancia.

La demandante decide recurrir en amparo, pretendiendo la declaración de nulidad de ambas sentencias sobre la base de la ilicitud de la prueba, por vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y que se retrotraigan las actuaciones judiciales al momento de dictar la sentencia de primera instancia, sin que puedan ser considerados en el fallo los hechos derivados de la prueba ilícitamente obtenida.

## **II.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Para la resolución del caso planteado y de los problemas surgidos es necesario hacer un análisis en profundidad, desde diferentes ámbitos, del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

### **1) Aproximación histórica**

En primer lugar, procede hablar de la historicidad y del surgimiento de los derechos fundamentales como tales.

Históricamente, no se consideraba ningún derecho como natural. Cualquier grupo primitivo estimaba correcto que se conservase la vida, que se realizasen acuerdos entre los miembros de cada grupo o que se respetase el producto del trabajo de cada uno. Pero todos estos bienes no estaban constituidos como derechos naturales, sino como instituciones mentales.

Con base en dicha teoría, las aspiraciones que tenían las personas solamente eran apreciadas como derechos si habían sido reconocidas por una institucionalización material de la sociedad: por el Estado actual, es decir, por un poder de naturaleza política. Sin Estado no había derechos, únicamente aspiraciones. Por tanto, se concluye que la existencia de derechos es posterior a la institucionalización material del poder.

Más adelante, el propio concepto de derecho se establece a partir de la noción de deber, y no al revés, por eso, el concepto de derecho es un concepto derivado, no primario. Esto es, alguien tiene un derecho si los demás tienen deberes a su respecto. Los deberes que integran el contenido de cada derecho son deberes de alguien y, por consiguiente, las incógnitas sobre estos derechos hay que resolverlas en el terreno de dichos deberes.

Por todo esto, el primer deber de las instituciones públicas es garantizar el cumplimiento de los deberes de los seres humanos particulares y de las instituciones tanto públicas como privadas con relación a lo protegido como un derecho. No obstante, los poderes públicos reconocen el derecho a la vida de las personas pero no imponen el deber jurídico de respetarla por lo que el derecho a la vida estaría vacío en el plano jurídico. El contenido jurídico de los derechos son los deberes que se establecen normativamente a su respecto, lo que convierte a los deberes en el centro de la investigación jurídica de los derechos.

Por otro lado, también puede haber los llamados “derechos a medias” que aparecen cuando los deberes correspondientes también solamente existen a medias. Y, por ello, jurídicamente hablando, los derechos tienen costes económicos.

A pesar de todo, la exigencia del cumplimiento de los deberes es un deber del Estado. Así como, puede darse en algunos casos que la totalidad del contenido de un derecho viene dada por deberes del Estado.

Hoy en día, los derechos están protegidos por el Estado y recogidos en su norma suprema, siendo en nuestro ordenamiento jurídico español la Constitución Española de 1978 (CE).

## 2) Derechos fundamentales y Constitución

Los derechos fundamentales son un elemento estructural del Estado de Derecho<sup>1</sup>, de manera que, no pueden concebirse ambos como realidades separadas: solamente donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de Derecho y solo aquí puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales. Además, son también un elemento necesario e imprescindible en el sistema democrático, sin los cuales no se puede hablar de democracia.

Nuestra Constitución recoge en su Título Primero, bajo el título de “derechos y deberes fundamentales”, la declaración y enumeración de estos derechos fundamentales. Se les denomina “fundamentales” por la importancia que poseen dentro del ordenamiento español como elemento material indispensable para la configuración del sistema jurídico y político.

Este Título Primero abarca desde el artículo 10, referente a los derechos de la persona, hasta el artículo 55, que regula la suspensión de los derechos y libertades. Es su Capítulo Segundo (“derechos y libertades”) donde se sitúa la auténtica declaración de derechos.

El contenido de este Título es ciertamente complejo, por lo que lleva a la doctrina a concluir que no todos los derechos aquí agrupados son fundamentales. A pesar de esto, cuando en el ordenamiento español se habla de derechos fundamentales, toda la atención se dirige, prácticamente, a los derechos susceptibles de amparo constitucional (artículos 14 a 29 y 30.2 CE).

Tras el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) se conoce que los derechos fundamentales del Título Primero de la Constitución poseen una doble naturaleza. Por un lado, tienen una finalidad axiológica, ya que, *“son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”*.

---

<sup>1</sup> Establece el artículo 1.1 CE que *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

Esto así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 25/1981, de 14 de julio.

Por otro lado, los derechos pueden ser observados desde la perspectiva de la dimensión del individuo. Así, los derechos fundamentales “*son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia*” (STC 25/1981, de 14 de julio, ya citada). La STC 53/1985, de 11 de abril, declara que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de este.

La Constitución, además de reconocer un elenco de derechos fundamentales, tiene que estructurar los elementos necesarios para su protección, de manera que puedan ser alegados por los ciudadanos frente a aquellos que traten de violarlos o que ya lo hayan hecho. Asimismo, en un ordenamiento jurídico que tiene en la Constitución su epicentro jurídico, la protección de los derechos fundamentales se convierte en un aspecto fundamental.

### **III.- EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES**

#### **1) Introducción**

El derecho al secreto de las comunicaciones recibe su primera formulación en el moderno constitucionalismo con un Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 10 de agosto de 1970.

La historia constitucionalista de España recoge este derecho en varias Constituciones, como las de 1869<sup>2</sup>, 1876<sup>3</sup> y 1931, hasta su formulación actual en la de 1978. Nuestra Constitución hace referencia en su artículo 18 a derechos que tienen en común la protección de la intimidad personal y/o familiar:

*“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

*2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.*

---

<sup>2</sup> Recogía su artículo 7 que “*en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se dirija por el correo*”.

<sup>3</sup> En esta Constitución disponía su artículo 7 que “*no podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo*”; y su artículo 8 que “*todo auto... de detención de la correspondencia, será motivado*”.

3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”*

El secreto de las comunicaciones tiene un elemento internacional, puesto que también aparece protegido en tres Tratados Internacionales suscritos por España.

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reza en su artículo 12 que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o 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”*.

En segundo lugar, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) expone en su artículo 8.1 que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, añadiendo en el apartado segundo de dicho artículo que “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”*;

Y, en tercer y último lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, que proclama en su artículo 17 que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”*.

El derecho al secreto de las comunicaciones adquiere, a pesar de ir aparejado al derecho a la intimidad, un significado propio, configurándose así como un derecho autónomo. Esta definición venía establecida en la STC 73/1982, de 2 de diciembre: *“la intimidad es un ámbito reducto, de ahí la protección constitucional que se le otorga a fin de evitar las injerencias arbitrarias en las vidas privadas, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamadas por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948”*.

Al concepto de “secreto de la comunicación” se ha referido la STC 114/1984, de 29 de noviembre, manifestando que dicho concepto ampara el contenido de la comunicación y la identidad subjetiva de los interlocutores no siendo posible disponer de dichos datos sin el consentimiento de su titular. El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado.<sup>4</sup> Añade esta Sentencia que *“el concepto de secreto en el artículo 18.3 tiene 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*

---

<sup>4</sup> Sobre esto también indaga la STC 73/1983, de 30 de julio.

*personal, lo íntimo o lo reservado*". Este derecho se caracteriza por su excepcionalidad<sup>5</sup>.

Por lo que se refiere al tipo de comunicaciones protegidas, el artículo menciona las postales, telegráficas o telefónicas, pero sobreentendiendo el carácter abierto de este enunciado, no se pueden excluir otro tipo de comunicaciones: teletipo, telefax, chats o correo electrónico, siempre que se efectúen mediante un artificio técnico. El TC, en su STC 70/2002, de 3 de abril, se ha manifestado claramente en este sentido *"ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del artículo 18.3 CE"*.

Además, la STC 123/2002, de 20 de mayo, advierte que *"el concepto de secreto en el artículo 18.3 CE 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 y lo reservado"*.

En este caso, las comunicaciones en torno a las que surge la problemática se realizan mediante correo electrónico. El artículo 2.h) de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento y del Consejo de Europa, sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, dice que debe entenderse por correo electrónico todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo.

## **2) El derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral**

En este punto, se procede a analizar si la intervención inicial realizada por el jefe de la empresa y demandante, Don José, como revisión rutinaria del correo profesional de los trabajadores, es ajustada a derecho.

En el ámbito del secreto al derecho de las comunicaciones se han planteado numerosos problemas sobre la limitación del empresario en el control del correo electrónico de los trabajadores.

El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y por tanto, faculta al empresario a velar por el buen hacer de su empresa estableciendo medidas de seguridad y ejerciendo control sobre sus herramientas de trabajo puestas a disposición del empleado.

Sin embargo, ha surgido polémica entre la doctrina laboral y la constitucionalista, lo que obliga a analizar y concretar la concepción actual del poder de dirección del empresario, y concretamente, del poder de vigilancia y control empresarial y su relación con el

---

<sup>5</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 841/2005, de 28 de junio, entre otras, dicta que *"la interceptación de las comunicaciones habrá de considerarse como una medida excepcional, nunca como un modo normal de investigación, dado, precisamente, que está en juego un derecho fundamental"*.



ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en la empresa, especialmente, con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El correo electrónico, en tanto medio de comunicación que se configura fácticamente como un espacio cerrado a terceros, posee una doble naturaleza. Por una parte, es una herramienta de trabajo sincronizado, rápido y de bajo coste, y, por otro lado, es un medio de comunicación amparado por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con independencia de su uso.

En cuanto a la opinión de la Constitución sobre este tema, la misma se alza como la primera barrera al ejercicio incontrolado o absoluto del poder empresarial, predicando que los derechos de libertad que se predicán de cualquier ciudadano y que, como es obvio, no se pierden por la inserción de este en una organización productiva.

El derecho a la intimidad es, por su propia naturaleza, esencialmente disponible, y viene limitado en el contexto laboral por el poder de dirección y control del empresario, como una derivación necesaria del derecho de propiedad y la libertad de empresa. Hay doctrina que se basa en que la garantía reconocida en el artículo 18.3 CE se refiere a la impenetrabilidad desde fuera en el proceso de comunicación por terceros, públicos o privados que sean ajenos a la comunicación misma. En este sentido, el elemento de ajenidad puede considerarse, al menos en algunos contextos, excluido del ámbito de las comunicaciones laborales.

Ciertamente, se produce una colisión entre los derechos fundamentales que tienen todos los ciudadanos y los derechos cívicos respecto del poder de dirección empresarial. El problema se plantea porque, en principio, los derechos fundamentales parecen gozar de preferencia aplicativa sobre cualquier otro derecho.

El TC también se ha pronunciado sobre este tema, reiterando que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones puede hacerse valer frente a cualquier sujeto público o privado, no dejando lugar a duda respecto a que su posible ejercicio debe respetarse dentro de la relación laboral. Esta, sin embargo, puede establecer determinadas modulaciones a su disfrute en función de las obligaciones asumidas mediante el contrato de trabajo ya que ningún derecho es absoluto o ilimitado. Por lo tanto, el derecho a la intimidad del trabajador no tiene carácter absoluto y puede sufrir límites, que en el ámbito de las relaciones laborales, se establecen en aras de otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores.

También para el TC, el derecho a la intimidad, supone la inevitable existencia de un ámbito personal y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que es posible acceder a informaciones relacionadas con la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas al derecho a la intimidad<sup>6</sup>.

Para el análisis de este punto es necesario hacer referencia al Estatuto de los Trabajadores (ET), que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de

---

<sup>6</sup> SSTC 142/1993, de 22 de abril, y 98/2000, de 10 de abril, de 24 de julio, entre otras.

marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El trabajador, en el ejercicio de su actividad laboral, está obligado a cumplir los deberes laborales impuestos en el artículo 5 ET<sup>7</sup>, que se materializan con respecto al empresario en el poder de dirección y control de la actividad laboral que se consagra en el artículo 20.3:

*“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”.*

Se parte aquí de la base de que las nuevas tecnologías son básicas en el ámbito laboral. La utilización del correo electrónico, el acceso a Internet, la utilización sindical de internet, la aceptación de la firma electrónica como modo de contraer obligaciones contractuales, el tratamiento automatizado de datos e informaciones relativas al trabajador, la aplicación de las nuevas tecnologías en la vigilancia y control de la prestación laboral o el teletrabajo son algunas de las manifestaciones de la generalización de las nuevas tecnologías.

Es por ello, y debido al vacío legal respecto del poder del empresario para llevar a cabo la vigilancia y control de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores en el lugar de trabajo y para la ejecución del mismo, que se hace necesario adaptar este artículo a los tiempos que corren y las nuevas exigencias que van surgiendo. En el caso de intervención del correo profesional de un trabajador por parte de un empresario, se puede entender que este medio de comunicación, como instrumento que puede afectar al derecho al secreto de las comunicaciones, debe compatibilizarse con el derecho del empresario a controlar su uso, eso sí, de manera limitada.

El fundamental problema es que, ante la posibilidad del empresario de vigilar que se cumplan las tareas asignadas y de que se haga un buen uso de los medios de trabajo, está el respecto de los derechos fundamentales, que no es un deber que solo corresponda a los poderes públicos, sino también a los particulares.

Hay numerosa doctrina que, refiriéndose al carácter no absoluto del derecho a la intimidad, al que ya se ha hecho referencia anteriormente, ha admitido que este derecho se puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. En este sentido, afirma la STC 186/2000, de 10 de julio, que entre los fines legítimos ante los que debe ceder el derecho a la intimidad, se debe tener en

---

<sup>7</sup> Según este artículo, los trabajadores tienen como deberes básicos:

- a. *Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.*
- b. *Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten.*
- c. *Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas.*
- d. *No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta Ley.*
- e. *Contribuir a la mejora de la productividad.*
- f. *Cuanto se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.*

cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido de forma expresa en el artículo 20 ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador en el desempeño de sus obligaciones laborales.

Se entiende pues, que el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas 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, pero tiene que cumplirse obligatoriamente con el deber de información a los trabajadores. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)<sup>8</sup> afirma en su artículo 5.1 que *“los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco”*.

El recurso de casación del TS 4053/2010, de 6 de octubre, para la unificación de doctrina, proporciona una mayor seguridad en el ámbito del uso de las herramientas tecnológicas por parte de los trabajadores en el ámbito de la empresa y la licitud de las investigaciones al respecto por parte de la misma.

Asimismo, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen dicta en su artículo 2.2 que *“no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 CE, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones”*.

Desde la perspectiva contraria, pero afirmando el contenido de este precepto, el artículo 5.2 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas, dispone que los operadores no podrán acceder a la línea de un usuario final sin su consentimiento expreso e inequívoco.

Este artículo es relevante para el caso planteado, puesto que los trabajadores, tras ser informados expresamente de que las comunicaciones emitidas y recibidas a través del correo profesional pueden ser revisadas personalmente por él o por la persona en quien él delegue, para favorecer la ágil gestión de los asuntos de sus clientes y en aras del interés de la empresa, aceptan y autorizan dichas revisiones rutinarias.

Sobre este tema, es necesario analizar lo que establece la LOPD, sobre el consentimiento del interesado, entendido como la facultad de cada persona para decidir el tratamiento al que han de estar sometidos sus datos. El artículo 6.1 es rotundo: *“el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”*. Este artículo ha de ser complementado con lo dispuesto en el 3.h) que define el consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada,*

---

<sup>8</sup> Esta ley viene a desarrollar legislativamente el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, configurándose el contenido de la intimidad como un derecho cuyos contornos son de naturaleza esencialmente disponible.

*mediante la que el interesado consiente el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*

De lo establecido en ambos preceptos se desprende que, con carácter general, para que una empresa pueda tratar datos de carácter personal de trabajadores ha de contar con el consentimiento de los mismos, consentimiento que solo se considerará conforme a derecho cuando reúna determinados requisitos interpretados por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

El consentimiento debe de ser libre, es decir, deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil (CC)<sup>9</sup>. También tiene que ser específico, esto es, para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento. Este consentimiento debe ser informado, por lo que, el afectado ha de conocer con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que se produce.<sup>10</sup> Y por último, ha de ser inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.

Además, cabe la posibilidad de que el empleador, dentro de su facultad de control y vigilancia, pueda llevar a cabo el tratamiento de datos personales sin requerir el consentimiento de aquellos, siempre que los trabajadores hayan sido informados previamente de los medios que se someterán a control, con la correspondiente advertencia sobre los usos autorizados de los medios informáticos puestos a su disposición para el desempeño de su cargo en la empresa. Por lo tanto, si el empresario controlase el correo electrónico de su personal, accediendo a él sin conocimiento de este, está vulnerando tanto su derecho a la intimidad como al secreto de las comunicaciones.

Aunque la Ley no dice nada respecto al momento de la solicitud del consentimiento de los interesados para tratar sus datos, cabe entender que, con carácter general, dicho consentimiento ha de ser previo al tratamiento.

Finalmente, en cuanto a la forma, a pesar de que la LOPD exige que el consentimiento sea expreso o expreso y por escrito, lo cierto es que hay cierta libertad. Se admite el consentimiento tácito, que se deriva de la inactividad, silencio o falta de oposición del afectado y el consentimiento presunto, definido como aquel que permite deducir la voluntad del interesado de su comportamiento, cuya admisibilidad ha sido objeto de debate doctrinal.

A pesar de no existir en el ordenamiento jurídico español una regulación laboral específica que aborde el ejercicio del control empresarial respecto del uso de las nuevas tecnologías por parte de los trabajadores, tras el estudio de la legislación y articulado aquí expuesto cabe entender la aceptación de tal ejercicio en nuestro ordenamiento.

---

<sup>9</sup> Dice el artículo 1265 CC que *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*.

<sup>10</sup> Precisamente, impone el artículo 5.1 LOPD que *“los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco”*.

Por último, para hacer referencia a la esfera de privacidad del trabajador en el contexto de las comunicaciones electrónicas en la empresa, interesa determinar que el uso privado del correo electrónico laboral solo podría encontrar su título jurídico en un pacto con el empresario o en una concesión expresa o tácita de este. No hay ningún fundamento constitucional ni legal que apoye la existencia de un derecho del trabajador a servirse en provecho propio de bienes de la empresa. Normalmente se establece en la empresa una exclusión del uso particular del correo electrónico proporcionado por esta con el fin de evitar obstáculos a la posibilidad de acceder a las cuentas de los empleados. El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) ha estimado que la correspondencia transmitida desde la empresa por correo electrónico no tiene carácter privado al ser emitida con instrumentos propiedad de la empresa, por lo que no cabrá la invocación del derecho a la intimidad del trabajador.

El uso indebido por parte del trabajador del ordenador facilitado por la empresa ha sido abarcado por el TS en la sentencia 966/2006, de 26 de septiembre de 2007, estableciendo que surgen conflictos porque existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del poder de vigilancia del empresario. Se dice que lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad<sup>11</sup>.

A estos efectos, la STSJ de Cataluña 128/1999, de 14 de noviembre de 2000, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social, acepta como procedente el despido de un trabajador que usaba, para fines privados, el correo electrónico de la empresa durante el horario laboral.

A modo de recapitulación, la cuestión planteada es si cuando el empresario procede a la apertura de los mensajes de la cuenta de correo enviados por un trabajador, no siendo destinatario de los mismos, incurre en una violación del secreto de las comunicaciones o no, y si puede conocer el contenido de estos mensajes, donde se encuentra el límite a este control. De la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ya citada anteriormente, se extrae que no nos encontramos ante una violación del secreto de las comunicaciones cuando el trabajador tenga conocimiento de la actividad controladora del empresario y cuando no se conozca el contenido de los mensajes de carácter personal.

Por todo lo expuesto, se considera que la primera intervención inicial del correo profesional de Doña María Concepción por su marido y titular de la gestoría sí es ajustada a derecho. Como bien se ha podido comprobar, el empresario puede realizar las

---

<sup>11</sup> Se hace referencia a los términos que establecen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 CEDH.

medidas que crea oportunas para la vigilancia y el buen funcionamiento de su empresa. Así es como lo hace Don José, previo aviso y consentimiento expreso de la trabajadora y teniendo en cuenta que las cuentas de correo electrónico de los empleados de Fisco-Up Gestión S.L. fueron proporcionadas para usos exclusivamente profesionales.

### **3) Requisitos para las injerencias a los derechos fundamentales**

Hay que partir de la idea de que no hay unos requisitos concretos y específicos para las injerencias a los derechos fundamentales, sin embargo, las condiciones que se exigen para tales acciones son los fijados en la numerosa jurisprudencia del TS y del TC, atendiendo a la importante doctrina definida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Por lo que respecta a la legislación, es rotunda. La LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen dicta que *“tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley<sup>12</sup> (...) la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”* (artículo 7.2).

Estableciendo esta ley, una serie de artículos más adelante que, *“no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”* (artículo 8.1).

La STS 1200/2009, de 25 de noviembre, hace referencia a los aspectos que ha de tener en cuenta el Juez en el momento de adoptar la injerencia de los derechos fundamentales. Habla, en primer lugar, de la proporcionalidad<sup>13</sup>, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad se debe atender tanto a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave como a la valoración de la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, de la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. Y, en tercer lugar, de la necesidad, excepcionalidad e idoneidad de la medida, ya que solo debe acordarse cuando desde una perspectiva razonable no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación.

El TC en su sentencia de 49/1996, de 26 de marzo, había establecido ya la necesidad de unos requisitos mínimos, tanto de la actuación judicial, como de la resolución judicial,

---

<sup>12</sup> El artículo 2 al que se hace referencia determina que la Protección Civil del Honor, de la Intimidación y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

<sup>13</sup> La STC 55/1996, de 28 de marzo, dice textualmente que *“el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales”*.

que será la pauta que habrá de seguir de forma urgente el legislador para paliar la llamativa laguna legal en el desarrollo del artículo 18.3 CE. Esta sentencia recoge, básicamente, el principio de proporcionalidad, la existencia de una resolución judicial motivada y el principio de necesidad. Dichos requisitos son los que procedo a analizar, detalladamente, a continuación.

El principio de proporcionalidad se refiere no solo a la gravedad de la infracción punible, para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones.

Por lo tanto, para que pueda apreciarse el cumplimiento de este principio de proporcionalidad, es preciso verificar, primeramente, que la decisión judicial autorizante de la intervención apreció la conexión entre el sujeto o los sujetos que iban a verse afectados y el delito investigado. Esta relación se basa en las sospechas, pero es necesario que sean fundadas y debidamente apoyadas en datos objetivos, entendiendo tales en un doble sentido. En primer lugar, en que deben ser accesibles a terceros, puesto que, si no, no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, que han de proporcionar una base real de la que pueda entenderse que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que pueda consistir en ningún tipo de valoraciones sobre la persona. Explica la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que *“una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones solo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si (...) la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos”*.

Tal y como se observa en la jurisprudencia, en concreto la del TEDH, el principio de proporcionalidad se halla integrado por dos subprincipios: el de necesidad y el de la idoneidad de la medida<sup>14</sup>.

El subprincipio de necesidad de la medida exige que la medida de la injerencia sea “imprescindible” para conseguir el objetivo fijado, de tal manera que, si hay otras medidas aptas para el mismo fin habrá que escoger aquella que suponga una menor intromisión en los derechos fundamentales. Por lo tanto, si hay otros medios para conseguir la finalidad buscada, la injerencia ya no sería necesaria, y en consecuencia, no debería autorizarse la medida de intervención de las comunicaciones.

El subprincipio de idoneidad es entendido como pronóstico de que de la intervención puedan deducirse datos relevantes para las resultas de la investigación ya abierta o incipiente. Se exige, pues, que la medida de intervención sea la adecuada para la finalidad perseguida. Pero si hay otros medios menos gravosos y también idóneos para conseguir el mismo fin habrá de decidirse por uno de ellos, debido a que si existieran otras medidas, la injerencia ya no sería necesaria y no debería ser autorizada.

---

<sup>14</sup> “Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés”. (STC 207/1996, de 16 de diciembre).

Además de este principio de proporcionalidad ya explicado, se precisa la observancia de otro principio, el de especialidad. Entre los primeros pronunciamientos del TS destaca el Auto 610/1990, de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro), el cual señaló que el principio de necesidad implica la necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el hecho que se investiga. Este principio hace referencia a la imposibilidad de que, concedida la autorización para la injerencia de una comunicación para un hecho delictivo concreto, se investiguen acciones criminales distintas.

La legitimación de la medida de intervención se condiciona en suma, a la consideración por el juez autorizante de su necesidad para la investigación de unos hechos determinados y con una específica tipificación penal. La resolución en que se acuerde, determinando el objeto de la intervención, debe mencionar expresamente las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, manifestar cuales son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona y, en función de estos indicios, proceder a su encaje en alguno de los tipos delictivos justificantes de la medida.

En cuanto a esto, el TEDH acepta, como garantía adecuada frente a los abusos, que la injerencia solo puede producirse donde *“existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave”* (caso Klass, de 6 de septiembre de 1978), o *“donde existan ‘buenas razones o fuertes presunciones’ de que las infracciones están a punto de cometerse”* (Caso Ludi, de 15 de junio de 1992).

Por su parte, el TC reconoce que la relación entre el sujeto investigado y la posible comisión de la infracción criminal objeto de investigación no puede basarse en meras conjeturas, sino en indicios que puedan ser apreciados por terceras personas y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito<sup>15</sup>. Es preciso, como consecuencia, analizar cada caso concreto y poner de manifiesto datos objetivos que permitan pensar que el medio de comunicación en cuestión es utilizado por las personas sospechosas para la comisión de un delito.

Para la adopción válida de estas medidas es imprescindible la existencia de una resolución judicial motivada. Así lo establece la STC 62/1985 de 15 de octubre: *“Toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental, ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado”*. Por consiguiente, las pruebas obtenidas sin autorización judicial o con autorización no suficientemente motivada, no deberán valorarse.

La motivación resulta necesaria porque solo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece (SSTC 160/1994, de 23 de mayo, 50/1995, de 23 de febrero, y 181/1995, de 11 de diciembre). La única posibilidad de acceder a los mensajes protegidos por el secreto de las comunicaciones sería a través de una resolución judicial motivada que, de forma previa, autorizara expresamente la intervención, de tal forma que *“la ausencia de autorización o la falta de motivación determinan, irremediabilmente, la lesión del derecho constitucional”*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> En este sentido SSTC 49/1999, de 5 de abril, y 166/1999, de 27 de septiembre. La STC 165/2005, de 20 de junio, dispuso expresamente que la exigencia de indicios delictivos no puede equipararse a meras sospechas o conjeturas.

<sup>16</sup> STC 86/1995, de 6 de junio.



La STC 167/2002, de 18 de septiembre, ya citada, hace referencia a que dicha resolución judicial debe indiciar los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia de delito, indicios que no pueden ser meras sospechas ni algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento, sino sospechas fundadas en algún dato objetivo.

Por eso, esta resolución deberá expresar los presupuestos materiales de los que depende el juicio de proporcionalidad y estos vienen constituidos por los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre la existencia de un delito, la gravedad del mismo y la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados. Sobre este elemento el TC ha expuesto reiteradamente, como ratifica la Sentencia 26/2010 de 27 de abril, que *“la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento”*.

Por último, conviene hacer una referencia a los aspectos más procesales de estos requisitos. Los artículos 581 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim) establecen los requisitos que han de regir cuando de registrar la correspondencia se trata: auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia concreta de que se trata, inmediata remisión de la correspondencia al juez instructor de la causa, apertura por el juez y a presencia del interesado o de las personas que designe. Solamente la autoridad judicial, mediante resolución motivada, está autorizada para acordar la detención, apertura y examen de la correspondencia si hubiera indicios de obtener por estos medios de descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias importantes de la causa (artículos 579 y 583 LeCrim).

Las intervenciones, de haberse realizado con escrupuloso respeto a la totalidad de los requisitos expuestos, evidentemente ofrecerán plena eficacia incluso en el propio juicio, como medio de prueba de los hechos y de las concretas participaciones de los que en ellos hayan intervenido, según pueda desprenderse, en valoración que al tribunal juzgador corresponde, del contenido de las conversaciones interceptadas.

En el ámbito de las relaciones laborales que aquí nos conciernen, el uso personal y no meramente laboral o profesional por el trabajador del correo electrónico, de Internet o de otros medios informáticos facilitados por la empresa puede dar lugar a conflictos que afectan al derecho a la intimidad de los trabajadores y al derecho al secreto de las comunicaciones<sup>17</sup>. El empresario no puede ampararse en el poder de su dirección para acceder a documentos privados del trabajador<sup>18</sup>.

Habiendo realizado un estudio detallado de los requisitos de orden constitucional para la adopción de estas medidas, concluyo que, en el presente caso, la autorización judicial de la intervención de las comunicaciones electrónicas de la demandante, Doña María

---

<sup>17</sup> STS 966/2006, 26 de septiembre de 2007, ya citada.

<sup>18</sup>El Título X del Código Penal (CP) regula los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, dentro del cual, en su capítulo 1º, el artículo 197.1 CP castiga la conducta de aquel que se apodere de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o de otros efectos personales con el fin de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otra persona.

Concepción, y recurrente en amparo, no satisface los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales, en concreto, al recogido en el artículo 18.3 CE.

En primer lugar, no se aprecia la existencia de proporcionalidad, puesto que no se está investigando un delito grave. Se entiende que un delito es grave si tiene una pena privativa de libertad elevada o si este delito es de especial trascendencia social. Parece claro que la demandante no incurre en ningún delito manteniendo relaciones sexuales con catorce personas de sexo masculino distintas, sin dinero a cambio, y además, no tiene trascendencia social puesto que no supone una molestia hacia nadie. Este comportamiento no está tipificado como delito en nuestro CP, por lo que la medida de intervención del correo electrónico no es proporcional con la conducta de Doña María Concepción. En segundo lugar, se establece que se puede intervenir el correo electrónico, por el principio de especialidad, para la persecución de un delito concreto. Con base en el argumento anterior, no se establece la medida con el fin de perseguir ningún delito específico. Y por último, tampoco se cumple la obligación de necesidad, excepcionalidad e idoneidad de la medida, explicados anteriormente.

#### **4) Nulidad de intervención**

El artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) recoge el objeto y necesidad de la prueba, señalando que:

*“1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso;*

*2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación;*

*3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes;*

*4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”.*

La nulidad de la intervención es la consecuencia de la realización de esta sin tener en cuenta los requisitos imprescindibles y necesarios.

A las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales hace referencia el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el cual prescribe que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*<sup>19</sup>. Este precepto cubría la laguna apreciada en

---

<sup>19</sup> Este artículo ha sido resumido por la STS 588/2002, de 4 de abril.

nuestro ordenamiento sobre la ausencia de regulación relativa a la prohibición de la prueba obtenida por la violación de derechos fundamentales.

En el Derecho comparado se han formulado dos tesis para explicar el alcance de la prohibición probatoria: la directa (más conocida como la teoría del “fruto del árbol envenenado”) y la indirecta o refleja. La diferencia entre ambas está claramente definida. La tesis de la prueba directa sostiene que los efectos del acto de prueba que causó la violación del derecho fundamental no impide que se dicte sentencia condenatoria conforme a otra actividad probatoria<sup>20</sup>. Mientras, la tesis de la prueba indirecta extiende los efectos de esta prohibición más allá de la prueba inconstitucional, concretamente, a todas aquellas pruebas que se deriven de ella directa o indirectamente<sup>21</sup>. La STC 167/2002, de 18 de septiembre, ya citada, en relación a las escuchas telefónicas, califica como sacrificio del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el caso de que se condenase al acusado a través de otro medio no contaminado, estimulándose así las escuchas telefónicas inconstitucionales.

El artículo 11 LOPJ, anteriormente transcrito, se ubicaría en el ámbito de la tesis del fruto del árbol envenenado. El TC, se posicionó también hacia esta tesis a partir de la sentencia 94/1999 de 31 de mayo. Argumentaba su posición en torno a la conexión de antijuricidad, conforme a la cual las pruebas obtenidas son inválidas y no cabe hacerlas valer en juicio, pero respecto de las segundas, solo son inválidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de forma imprescindible a las directas, esto es, si entre unas y otra concurre una conexión de antijuricidad en el plano externo e interno. Los elementos que el TC tiene en cuenta para elaborar el juicio de conexión de antijuricidad son la importancia de la vulneración constitucional, el resultado conseguido con la prueba inconstitucional, la existencia de otros elementos, fuera de la prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que puso saberse por la práctica de la prueba inconstitucional, la consideración de si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, y la actitud anímica de quien fuera causante de la vulneración.

Las prohibiciones probatorias pueden dimanar de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma, que aun no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría vedada toda actuación o práctica de prueba que violase tales derechos fundamentales.

Por otra parte, se puede apreciar que dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas se distinguen entre aquellas pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso de forma lícita. En primer lugar, las pruebas que por sí mismas son ilícitas no son solo aquellas cuya licitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas. Se tratan de todas aquellas pruebas en cuya obtención se han vulnerado, de cualquier forma, alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestro texto constitucional (artículos 10 a 38 CE), y se pueden denominar como pruebas inconstitucionales.

---

<sup>20</sup> SSTC 86/1995, de 6 de junio; 81/1998, de 2 de abril; 136/2000, de 29 de mayo y 14/2001, de 29 de enero; y STS 2012/2000, 26 de diciembre de 2000, entre otras.

<sup>21</sup> Esta teoría fue acogida por el TC con posterioridad al año 1995. Así se aprecia en las SSTC 54/1996, de 26 de marzo y 166/1999, de 27 de septiembre, entre otras.

Desde otra perspectiva, la doctrina hace una distinción entre los derechos fundamentales absolutos y los derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de ningún tipo de limitación, por lo que cualquier violación de los mismos es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley (como es el caso del derecho al secreto de las comunicaciones y los demás recogidos en el artículo 18 CE). Si no se respetasen tales requisitos o presupuestos los resultados obtenidos con la investigación penal serían inutilizables.

Como expresa la STS 2758/1994, de 13 de marzo de 1995, *“la diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que la legítima, deviene nula. Nos hallamos ante una prueba ilícitamente obtenida violentando derechos fundamentales, carente, por tanto, de efectos, consecuencia extensible a las pruebas posteriormente practicadas que traen causa de la misma y que, por tanto, quedan contaminadas ante la colisión que otra solución supondría con el derecho a un proceso con todas las garantías y al de igualdad de las partes”*.

En igual sentido, sigue añadiendo la doctrina del TS que *“la apertura de la correspondencia sin que concurren las garantías que la legitiman deviene nula, careciendo de efectos probatorios, y al violentarse derechos fundamentales, la nulidad se extiende a las pruebas que se derivan directa o indirectamente de ella”*.

Efectos invalidantes de la diligencia por incumplimiento de los requisitos exigidos que se reiteran en la STS 705/2005, de 6 de junio, al decir que *“la diligencia de apertura de la correspondencia desprovista de las garantías que legitiman, deviene nula; la prescripción de los artículos 283.3 y 240.1 de la LOPJ así lo abona, confirmando la nulidad de pleno derecho del acto cuando se prescinde total y absolutamente de normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión. Nos hallamos ante una prueba ilícitamente obtenida violentando derechos fundamentales, carente, por tanto, de efectos, consecuencia extensible a las pruebas posteriormente practicadas que traen causa de la misma”*<sup>22</sup>.

La STS 343/2007, de 20 de abril, señala textualmente que *“en primer lugar, cuando de verdaderas infracciones constitucionales se trate, con relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, acarrearán, sin duda, la nulidad absoluta de sus resultados como prueba, además de la posible comisión de un delito de los previstos en los artículos 198 o 533 CEP, e incluso la eventual convalidación inválida de las otras pruebas derivadas directamente de esta irregular fuente principal a tenor de los dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ. Por su parte, si las infracciones cometidas tuvieren un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan solo al valor probatorio de los productos de la interceptación de las comunicaciones, pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas.*

*En este sentido, hay que tener por infracciones de alcance constitucional, en la materia que nos ocupa, la ausencia de fundamento bastante de su autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del Juez, por supuesto, la absoluta ausencia del acuerdo judicial o los defectos trascendentales en el mismo, como la total omisión de motivación y la absoluta indeterminación de la clase de delito perseguido, de la identificación del sujeto pasivo o de los encargados de ejecutar la*

---

<sup>22</sup> En el mismo sentido la STS 2302/2001 de 5 de diciembre.

*diligencia, de los números telefónicos a intervenir o de los límites temporales para la ejecución de la restricción del derecho fundamental y periodicidad de los informes al Juzgado por parte de los ejecutores de la práctica”.*

En cuanto a la ilicitud de la prueba, también el artículo 287 LEC dice que:

*“1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud;*

*2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”.*

Por tanto, al no haber estado prevista la autorización judicial para intervenir el correo de María Concepción de los requisitos necesarios, se procedería a declarar la nulidad de dicha prueba tras haber sido obtenido tras la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

## **5) Procedimiento para la intervención de las comunicaciones**

El procedimiento para la intervención de las comunicaciones aparece regulado en la LeCrim en su artículo 579:

*“1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

*2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

*3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.*

*4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebelde es, la medida prevista en el número 3 de este*

*artículo podrá ordenarla el Ministerio de Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”*

No obstante, este artículo no determina cuál es el Juez que debe autorizar la intervención en las comunicaciones o el procedimiento en el que se encuadra esta investigación.

Sin embargo, es imprescindible que la medida consistente en la intervención de las comunicaciones se efectúe dentro de una instrucción judicial en curso y, por ende, ante la existencia de indicios suficientes de criminalidad. Así, el TS ha concurrido en que uno de los presupuestos para que pueda adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones es que la misma se acuerde en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos por la ley, ya sea el de diligencias previas, el de sumario o el del jurado.

El órgano que adopta la medida tiene que ser el Juez ordinario predeterminado por la Ley. Dado que la intervención constituye una diligencia más dentro del proceso, la competencia corresponde al Juzgado de Instrucción que haya incoado previamente diligencias previas o sumario, aun cuando declare secretas las actuaciones (artículo 302 LeCrim) para evitar la inutilidad de la medida

Los Juzgados de Instrucción conocerán de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal. Asimismo, el artículo 89 bis.2 LOPJ expone que los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la Ley determine y que corresponde a estos Juzgados la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito por los Juzgados de Instrucción, y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español.

En definitiva, la intervención de las comunicaciones solamente podrá ser admitida en el marco de un proceso penal, esto es, deberá adoptarse como diligencia de investigación dentro del sumario de un procedimiento ordinario o dentro de la instrucción (diligencias previas) de un procedimiento abreviado previamente incoado.

El TC ha declarado que uno de los presupuestos que habilitan de manera legal y constitucional la adopción de la decisión judicial de la medida de intervención de las comunicaciones es *“la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de una infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo”* (STC 166/1999, de 22 de febrero). Así, una intervención en curso es la que se lleva a cabo en el seno del proceso pues *“constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes”* (artículo 299 LeCrim).

La Audiencia Nacional (AN) se ha pronunciado sobre la necesidad de que la medida se adopte dentro de un proceso penal para, así, garantizar el control de su legalidad por

parte del Ministerio Fiscal (MF), el cual deberá velar por el respecto de las garantías procesales del imputado.

Hay diversas opiniones sobre si es totalmente necesario que la medida se acuerde dentro de un verdadero proceso penal o si es posible que dicha medida se acuerde dentro de unas “diligencias indeterminadas”.

En este sentido, el TC y el TS tienen opiniones totalmente contradictorias. Por un lado, el TC ha declarado que no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por el mero hecho de que la autorización judicial de intervención de las comunicaciones no se otorgase dentro de alguno de los procedimientos legalmente previstos, sino en las diligencias indeterminadas. Por otra parte, el TS en su sentencia 415/2006, de 18 de abril, sienta una doctrina general para rechazar la censura de la nulidad de la resolución judicial porque esta se dispuso en unas diligencias indeterminadas y no en un procedimiento de diligencias previas, reiterando que para rechazar la censura bastará con reiterar una vez más que la doctrina insistente y pacífica de la Sala de lo Penal del TS establece la necesidad de que la intervención se adopte por la autoridad judicial en el seno de un procedimiento judicial penal, cualquiera que sea la naturaleza de este.

La mayoría de los autores que han tratado este tema se han decantado por la opinión del TS, puesto que, parece claro que si hay indicios de delito para acordar la medida de intervención, también los hay entonces para abrir un procedimiento penal.

En definitiva, si la medida de intervención de las comunicaciones se adopta dentro de un proceso iniciado ha de ser siempre un proceso penal.

La Sentencia del TEDH (STEDH) 57/2006, de 10 de octubre, Caso L.L contra Francia, habla sobre un tema de divorcio diciendo que las pruebas sobre esta materia son libres y capaces de realizarse por cualquier medio, salvo si se demuestra que dichas pruebas han sido obtenidas por violencia o fraude o que los atestados levantados por uno de los cónyuges haya atentado ilícitamente contra la intimidad de la vida privada o por inviolabilidad del domicilio. Se añade que en materias relativas al Derecho de familia y en concreto, a los procedimientos de divorcio, el Juez se tiene que enfrentar a elementos de prueba referentes a la vida privada y familiar de las partes, pero la Ley prevé que *“los hechos invocados como causas de divorcio o como defensas en una demanda puedan ser probados por cualquier medio de prueba”* (artículo 259 CC), con la condición de que estos medios de pruebas se hayan obtenido lealmente.

*“Por Sentencia de 27 febrero 1913 confirmada el 28 de mayo de 1953, el Tribunal de casación juzgó que: «La correspondencia confidencial entre un cónyuge y una tercera persona podrá ser presentada por el otro cónyuge en un proceso de divorcio si ha sido obtenida de manera lícita y la persona que ha remitido esta correspondencia no está sometida al secreto de la misma».*

*Esta jurisprudencia fue confirmada por una Sentencia del Tribunal de apelación de Bruselas de 14 marzo 2001: «Las relaciones conyugales y familiares pertenecen con toda evidencia a la esfera de la propia vida privada –y, por tanto, el derecho al respeto de la vida privada, del domicilio y de la correspondencia– tienen forzosamente un significado específico en materia de relaciones conyugales y familiares. El matrimonio y la cohabitación no suprimen la noción de vida privada. El individuo tiene derecho al respeto de un espacio privado –su intimidad– incluso en el seno de su pareja y de su familia. Sin embargo, el derecho al respeto de la vida privada y el principio del secreto*

*de la correspondencia se conceden, en los informes conyugales, con los deberes establecidos por la Ley al matrimonio, y principalmente con los deberes de cohabitación y de fidelidad. Son moderados por el derecho legítimo – si se ejerce fuera de todo carácter obsesivo o desproporcionado– de asegurarse que su cónyuge respeta los deberes conyugales. En un debate judicial cuya finalidad es el divorcio, la correspondencia intercambiada entre uno de los cónyuges y una tercera persona puede ser presentada como prueba de una demanda, causa de divorcio, sin el consentimiento del autor o del destinatario, siempre que el cónyuge que la ha presentado, para obtenerla, no haya tenido que recurrir a procedimientos ilícitos o desproporcionados a la finalidad perseguida”<sup>23</sup>.*

En el caso, esta medida se adopta dentro de un proceso civil y por un Juez de Primera Instancia. La LEC establece que en los procesos de separación y divorcio intervendrá siempre el Ministerio Fiscal si hay intereses en juegos de menores de edad o incapaces y que, una vez dictada la sentencia determinando el divorcio se fijarán las medidas que se deriven de este, como puede ser la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes, la pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de visitas para el progenitor que no tenga la custodia, el uso y disfrute de la vivienda familiar, etc. Por lo tanto, se concluye estableciendo que la intervención de las comunicaciones solamente está permitida en el marco de un proceso penal y que, en el caso de que las pruebas obtenidas para un proceso de divorcio se adopten con relación a las comunicaciones, estas deberán haber sido obtenidas lícitamente, cosa que no ocurre en el presente caso.

## **6) Interés superior del niño como fundamento para la vulneración del secreto de las comunicaciones**

En este punto, es conveniente analizar si el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Para empezar, es de gran importancia hacer referencia a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM). Esta Ley establece en su artículo 2 que *“en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”*.

También al interés del menor hace referencia nuestro CC. Dicta su artículo 158 que *“El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará (...), en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”*. Y añade el artículo 159 que *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”*.

---

<sup>23</sup> STEDH 31/2008, de 13 de mayo, Caso N.N y T.A contra Bélgica.



En el artículo 3.1 del Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas se dictamina que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

La exposición de motivos de dicha Convención establece *“que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la Comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”*.

Con base en la regulación existente sobre los niños y menores, parece indudable el hecho de que el interés del niño prima por encima de cualquier aspecto. Sin embargo, esta prevalencia se complica cuando se quiera determinar cómo se concreta. La Ley deja el arbitrio judicial la materialización del mandato, sin pautas, sin limitaciones, será por tanto cada órgano jurisdiccional quien estime las situaciones según su bien saber y entender.

En el presente caso, el Don José pide el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos. Así, en el fallo de la sentencia de primera instancia, el juez argumenta que el comportamiento sexual inestable de la demandante puede tener repercusiones en su vida afectiva y familiar, que razonablemente pueden incidir de forma negativa en la educación de sus hijos si viven en su compañía.

Tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en tener a los hijos en su compañía (artículo 154.2.1º CC) se desgaja del contenido de esta, de manera que, a pesar de tener ambos cónyuges la patria potestad conjunta, la guarda y custodia de los hijos menores de edad corresponde solamente a uno de ellos (artículo 159 CC). A esto se le llama sistema de guarda exclusiva o unilateral, en virtud del cual se atribuye la guarda a uno de los cónyuges, quedándose el cónyuge no guardados con el derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía (artículos 94 y 160 CC). El régimen de guarda y custodia puede establecerse en sentencia (artículo 92.2 y 6 CC<sup>24</sup>) o en convenio regulador (artículos 90.I.a) y 92.5 CC).

Estos últimos artículos citados hacen referencia a que el convenio regulador debe contener, al menos, *“el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”* y que *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la*

---

<sup>24</sup> Estos artículos establecen que *“el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”* y que *“en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”,* respectivamente.

*propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”, respectivamente.*

El juez, para acordar el régimen de guarda y custodia, habrá de atender especialmente a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, al beneficio de los hijos, y también al criterio de no separación de los hermanos.

En consecuencia, el juez deberá otorgar la guarda y custodia al progenitor que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, familiares, culturales y ambientales. En España, ha sido tradicional el modelo consistente en la atribución de la guarda y custodia a la madre, dejándole al padre el derecho de visita. No obstante, cada vez son más casos en los que se produce lo contrario y se le atribuye la guarda y custodia al padre.

Volviendo al tema de la atribución de la guarda y custodia usando como criterio primordial el interés de los hijos, este interés se interpreta de diferentes maneras. En primer lugar, hay opiniones que defienden que el interés del hijo debe ser colocado en la perfección de su educación, concebida fundamentalmente desde arriba, impuesto al niño por quien dirige su vida, no tomándose en consideración la voluntad y parecer personal del hijo. Otra tendencia identifica el interés del hijo con sus gustos y deseos. Una tercera posición trata de equilibrar el aspecto autoritario de la primera con las necesidades y atenciones afectivas, administradas ambas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la estabilidad emocional, y la libertad es un cambio más necesaria para el adolescente: el interés del hijo, desde esta perspectiva irá en función de su edad y de su personalidad. En definitiva, la atribución de la custodia tiene una única finalidad: el interés de los hijos, el interés consistente en la más sana, completa, y eficiente información espiritual, psicofísica y económica del menor.

Debe limitarse al máximo las relaciones de los hijos con aquel progenitor que sea de conducta reprochable e inmoral, por lo que, cuando uno de los progenitores observa una conducta contraria de este tipo, tiene relevancia para atribuir la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio.

Hay numerosa jurisprudencia menor que se ha pronunciado sobre las conductas por las que se le pueden privar a uno de los progenitores de la atribución de la guarda y custodia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona, de 20 de marzo de 1991, alude a las relaciones de un cónyuge, que solo importan en el caso si afectasen negativamente a cualquier ámbito del menor. Así, manifiesta que *“la Constitución Española reconoce a las personas el derecho a la intimidad personal y familiar, en consecuencia, se prohíben las intromisiones ilegítimas en estos ámbitos. Partiendo de estas ideas, no se ha acreditado la relación que se imputaba a la madre, que de existir, únicamente tendría trascendencia en relación a la medida que se discute si repercutiera negativamente en el desarrollo y formación de menor”*.

Del mismo modo, la Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de octubre de 1986, dice que *“el hecho de que la madre y el hijo*

*vivan con otro hombre no se puede estimar como motivo para modificar la medida de custodia del hijo, teniendo en cuenta que el estado de la esposa es de separación matrimonial, situación que en la actualidad no es estimada por la sociedad en forma que afecte negativamente en dichas personas, y, sobretodo, porque en el informe confidencial presentado en autos por el actor no se hace mención a que la conducta de la esposa sea anormal o escandalosa, por lo que la situación actual de la madre no se puede estimar que influya negativamente en la educación del hijo”.*

Igualmente, la Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona, de 20 de abril de 1988, sienta la siguiente doctrina: *“La atribución de la guarda de la hija, debe realizarse a favor de la madre, teniendo presente las precedentes premisas junto a que la separación fue decretada por incumplimiento mutuo de los deberes conyugales y que las referidas relaciones de esta no se ha demostrado influyan negativamente en la hija, pues aun existiendo las mismas, no se trata de sucesos que justifiquen una desviación, en el presente caso, del criterio general expuesto, como también la Sala lo ha recogido en otros casos de relaciones homosexuales, o bisexuales durante el matrimonio; debiendo seguirse las pautas marcadas por las SS. de 27 de noviembre de 1961 y 8 de abril de 1975 de la Sala Primera del TS sobre la recta inteligencia del artículo 159 CC en cuanto disponen que si no se ha probado en el proceso de existencia de circunstancias en la actuación de la madre que pudieran perjudicar al desarrollo físico, moral o intelectual de la hija ha de respetarse la pauta general del depósito en su favor, respecto a los hijos menores de 7 años. Y el hecho de escribir cartas a otra persona comunicándole su cariño, constante matrimonio, o mantener una relación afectiva con otra mujer, no son motivos suficientes, a falta de otros datos o informes psicológicos, más determinantes, que la descalifiquen para atender y cuidar de su hija de 4 años”.*

Con base en la doctrina y la jurisprudencia, se puede considerar que el estado de promiscuidad en el que se halla la madre de los dos hijos, Doña María Concepción, no es suficiente para privar a esta de la guarda y custodia, puesto que no se ha manifestado ni comprobado que esto afecte a su relación con los hijos ni al perfecto y normal desarrollo y crecimiento de los menores. Además, el juez se está basando en sus opiniones y subjetividad, no está aplicando ni interpretando ninguna ley que fundamente esta decisión.

## **IV.- GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **1) El amparo constitucional**

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales está fundamentada en nuestra Constitución. Sin embargo, suele plantear problemas debido a la falta de un claro modelo de tutela de los derechos fundamentales.

En el ámbito de competencia del recurso de amparo, el TC se ocupa de que los poderes del Estado no lesionen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Norma Suprema ofrece un doble modelo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En primer lugar, aparece procedimiento general del artículo 24.1:

*“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.*

Por tanto, en este artículo se reconoce el recurso de amparo judicial u ordinario, otorgando a todos los ciudadanos la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos, entre los que se encuentran los derechos fundamentales.

Por otro lado, el modelo contemplado en el apartado segundo del artículo 53 es el denominado recurso de amparo constitucional. Mediante este, “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II 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”. Este artículo establece una protección más específica para determinados derechos fundamentales, que se concreta en la previsión del desarrollo de un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, y el posterior acceso al Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

## **2) Agotamiento de la vía judicial previa**

El proceso de amparo constitucional se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un medio último y subsidiario de garantía, para cuando no se consiga la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas especialmente protegidos en las vías judiciales ordinarias (artículo 53.2 CE). Dice la STC 56/1982, de 26 de julio, reiterando una abundante doctrina del Tribunal Constitucional que *“la protección de los derechos fundamentales corresponde primordialmente a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial”*. En esta manera, ostentan los Juzgados y Tribunales ordinarios la “primera palabra”, en tanto que al Tribunal Constitucional le asiste la “última”, o “penúltima”, porque ante la desestimación del recurso de amparo se puede acudir ante el TEDH<sup>26</sup>. Por lo tanto, el recurso de amparo judicial y constitucional son mecanismos de protección sucesivos.

El presupuesto del agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial para la admisibilidad, dirigido a que los propios órganos judiciales reparen las vulneraciones

---

<sup>25</sup> La CE, en su artículo 161.1.1, recoge que el TC tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer, entre otros, del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca.

<sup>26</sup> El sistema de tutela de los derechos fundamentales se integra también con un mecanismo internacional de amparo desde que España suscribió el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se sometió a la jurisdicción del Tribunal Internacional creado en dicho Convenio.

que ellos mismos pudieran haber ocasionado, ha sido interpretado con un sentido poco formal.

A esta necesidad del agotamiento de la vía judicial previa antes de acudir al recurso de amparo constitucional aparece referido el artículo 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC): *“las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:*

- a. Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”.*

El TC dijo que *“el presupuesto fijado en el artículo 44.1.a) de la LOTIC tiene por objeto y finalidad esencial preservar la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva remediar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo no obliga a utilizar, en cada caso, todos los medios de impugnación que puedan venir previstos en el ordenamiento procesal, sino tan solo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan ejercitables y razonablemente exigibles”.*

El agotamiento de la vía judicial se concreta entonces cuando se interpusieran todos los recursos previstos en los respectivos ordenamientos procesales que puedan ser utilizados en el caso concreto, y además que sean aptos para la tutela del derecho correspondiente.

Uno de los rasgos específicamente característicos del mecanismo diseñado por este artículo es que se trata de una tutela encomendada expresamente a los Tribunales ordinarios. Esta expresión merece dos puntualizaciones. En primer lugar, el término Tribunales se utiliza en esta ocasión, obviamente, en sentido amplio, esto es, se refiere a los órganos jurisdiccionales con independencia del carácter unipersonal o colegiado de los mismos. En segundo lugar, se trata de una competencia atribuida a la jurisdicción ordinaria.

Nuestro sistema de tutela de los derechos fundamentales, al igual que el austriaco y el alemán, se caracteriza por tener que acudir, en primer lugar, a su Juez legal ordinario a fin de obtener la protección de su derecho fundamental vulnerado y, si no obtuviera de él la tutela, habrá de reproducir su pretensión ante los Tribunales superiores del Poder Judicial hasta ahogar dentro de la Jurisdicción ordinaria los medios de impugnación. Solo en el caso de que la vulneración no fuera atendida por el Poder Judicial estará facultado para recurrir en amparo ante el TC.

El TC mediante el amparo constitucional cumple una doble función: subjetiva o de tutela de los derechos fundamentales, al convertirse en el último bastión de la defensa de tales derechos y, sobre todo, objetiva y de creación de doctrina legal que, en tanto que intérprete supremo de la Ley Fundamental<sup>27</sup>, le corresponde efectuar, estando todos los Tribunales ordinarios obligados a su más estricta observancia.

---

<sup>27</sup> Según el artículo 1.1 LOTIC *“el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”.*

La exigencia de que se agote la vía de los recursos tiene como fundamento respetar el carácter subsidiario de la jurisdicción de amparo constitucional. El TC ha establecido en su jurisprudencia que *“el requisito establecido en dicho precepto no es un simple formalismo del proceso constitucional, sino que cumple una función práctica y, concretamente, la de dar a los órganos judiciales la posibilidad de reparar las presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, reservando de este modo el recurso de amparo ante este TC el carácter subsidiario que le ha atribuido el constituyente –artículo 53.2 CE- y, salvo casos excepcionales, el propio legislador”*.

Así, ATC 85/1983, de 23 de febrero, dice también que *“el cumplimiento de este requisito debe ser exigido con el mayor rigor, para no desnaturalizar el carácter propio del instrumento procesal y no alterar la relación que la Constitución ha establecido entre los distintos poderes del Estado, ya que, el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la fundación que le es propia”*.

Sobre el alcance de este requisito existe una abundante jurisprudencia del TC, estableciendo que el precepto alude, en primer lugar, a los recursos utilizables en vía judicial, por lo que si la resolución de la que se trate no es susceptible de recurso alguno, en principio podrá acudir directamente al amparo constitucional. Además, los recursos que caben contra una resolución judicial son distintos según la manifestación de la jurisdicción de que se trate y, dentro de ellas, según el proceso concreto en que se produzca la lesión. Esto es, habrá que agotar los recursos que estén establecidos dentro del proceso judicial seguido.

Pero el TC ha interpretado racionalmente esta exigencia. Con carácter general ha declarado que *“los recursos que deben utilizarse para agotar la vía judicial son los que sean razonablemente exigibles, con objeto de que los órganos del orden judicial, a los que corresponde la tutela general de los derechos fundamentales, puedan cumplir su función. No, por tanto, todos los recursos imaginables, sino solo los que puedan poseer utilidad práctica”*<sup>28</sup>.

Partiendo de esto, son varias las características de este recurso de amparo:

En primer lugar, es un procedimiento excepcional en un triple sentido. Primero porque se diferencia de los procedimientos ordinarios, porque tiene un objeto material concreto y excepcional –protección de los derechos y libertades-, y porque implica una serie de ventajas procesales respecto de su posición en los procedimientos ordinarios.

En segundo lugar, la sumariedad. Se entiende técnicamente por sumariedad como un procedimiento cuyo objeto es limitado<sup>29</sup>. Además, el término sumario se aplica también se aplica a los procedimientos que, para lograr mayor celeridad, reúnen una especial rapidez y sencillez de tramitación.

En tercer lugar, la preferencia, la cual es definida por la RAE como “primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra”, “elección de una cosa o persona, entre varias” o “inclinación favorable o predilección hacia ella”. A su vez, “primacía” es

---

<sup>28</sup> SSTC 29/1983, de 26 de abril y 73/1982, de 2 de diciembre, ya citada.

<sup>29</sup> Esto se contrapone a los procedimientos plenarios, en los que se conoce de todas cuantas cuestiones se planteen.

definida como “superioridad, ventaja o excelencia que una cosa tiene respecto a otra de su especie”.

Preferencia significa, por tanto, ventaja, elección de la cosa que la tiene respecto de las que no gozan de ella. Por consiguiente, la preferencia quiere decir que los órganos jurisdiccionales habrán de elegir respecto de cualesquiera otras, y para dirimir las en primer lugar, las pretensiones que, instadas por el cauce constitucionalmente previsto, se dirijan a preservar o reparar un derecho fundamental presuntamente violado.

En cuarto lugar, la alternatividad respecto de los procedimientos ordinarios. Esto no viene expresamente en la CE, pero se descubre por el contenido de distintos artículos. La protección judicial de todos los derechos está garantizada en el artículo 24 CE pero, si el derecho que se quiere ver protegido es uno de los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I, se puede, además y si así lo prefiere, elegir un procedimiento extraordinario caracterizado por la rapidez. Se ofrece al ciudadano, pues, una doble vía de protección acorde con la importancia del bien jurídico tutelado y de la previsible irreparabilidad de la violación y el perjuicio causados.

Y en quinto y último lugar, la totalidad de la cobertura del procedimiento, que alcanza a todas las pretensiones, cualquiera que sea su fundamento sustantivo, siempre que se basen en violaciones de los derechos fundamentales. También cabe la protección contra cualquier acto o disposición, con independencia de la naturaleza normativa, lo que, por otro lado, resulta del artículo 106.1 de la Constitución, a tenor del cual los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.

En resumen, se entiende agotada la vía judicial previa cuando el ordenamiento jurídico prevea otros recursos distintos de los utilizados, pero inadecuados para canalizar las pretensiones relativas a los derechos fundamentales. Así, el TC ha afirmado que *“solo han de ser utilizados aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales, y además, dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida”*. Para agotar la vía judicial es necesario, por tanto, la exigibilidad de los recursos claramente establecidos, la exigibilidad de los recursos razonablemente útiles, la exigibilidad de los recursos mediatos o inmediatos y la interposición de los recursos en tiempo y forma.

En cambio, no estará agotada la vía judicial cuando se encuentre pendiente de resolución algún recurso útil para decidir la pretensión constitucional relativa a la vulneración de un derecho fundamental, o cuando las resoluciones impugnadas tienen un carácter meramente provisional en tanto se repone el procedimiento para salvaguardar el derecho fundamental a la defensa. Sobre esto, entiende el TC *“que se ha acudido al recurso de amparo constitucional sin haber agotado la vía judicial ordinaria. Puesto que se encuentra pendiente de resolución el recurso de suplicación interpuesto por los demandantes contra el Auto de 20 de septiembre de 1999 del Juzgado de los Social núm. 24 de Barcelona, aun es posible el restablecimiento en sede jurisdiccional ordinaria del derecho fundamental que se considera vulnerado”*. En el mismo sentido señaló que *“de conformidad con el principio de subsidiariedad del amparo constitucional, el presente recurso no pueda ser admitido, pues formulado un recurso judicial es necesario esperar a su conclusión para poder acudir a la vía del amparo”*.

A continuación, y después de haber analizado la necesidad de agotar la vía judicial previa antes de acudir al recurso de amparo constitucional, procedo a resolver el

presente caso y determinar si realmente la demandada ha agotado o no la vía judicial e interpuesto todos los recursos necesarios para acudir ante el TC. Como bien sabemos, la regla general, sentada por la doctrina del TC, estriba en la necesidad de interponer la totalidad de los recursos o medios de impugnación de carácter devolutivo.

Si son procesos regulados expresamente para tutelar derechos fundamentales, en aquellos casos en los que en la primera instancia el órgano judicial reconozca la violación, la interposición del recurso solo va a tener como objeto que el órgano superior determine que la violación no ha existido.

En cuanto al tipo de recurso que mayores garantías ofrece para la tutela de derechos fundamentales, parece evidente que al tratarse de violaciones de derechos fundamentales que se cometen en la realidad extraprocesal, el mejor recurso será aquel que permita al órgano superior incidir en los hechos a los que se imputa la violación.

En primer lugar, Doña María Concepción interpone, correctamente, recurso de reposición contra la sentencia de primera instancia. La regla general es que, debido a que la interposición del recurso de reposición constituye un presupuesto que condiciona la admisibilidad de la apelación, su ejercicio ha de ser obligatorio a fin de tener por agotada la vía judicial ordinaria<sup>30</sup>.

Este recurso de reposición aparece recogido en los artículos 451 a 454 de la LEC. Así, el artículo 451 expone las resoluciones recurribles en reposición -contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos, ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión; contra todas las providencias y autos no y la inexistencia de efectos suspensivos ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida-, y la inexistencia de efectos suspensivos de la resolución recurrida.

El futuro recurrente en amparo tiene la carga de interponer tanto los recursos ordinarios como los extraordinarios. Dentro de estos recursos ordinarios, ha obligado el TC a interponer el recurso de suplicación laboral o de apelación<sup>31</sup>.

La demandada así lo hace e interpone recurso ante el tribunal superior jerárquico de los Juzgados de Primera Instancia, es decir, la Audiencia Provincial.

Debido a la desestimación del recurso de apelación por parte de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia de primera instancia, se plantea si se puede acudir ya directamente al recurso de amparo constitucional o si es precisa la interposición de algún otro recurso previo: recurso extraordinario de infracción procesal o recurso de casación.

La necesaria delimitación del ámbito de estos dos recursos resulta clara a lo largo del articulado de la LEC 2000 como de la Exposición de Motivos de la misma, al reservarse la función nomofiláctica del recurso de casación a las cuestiones sustantivas, señalando que las infracciones de leyes procesales quedan fuera de este recurso. Se produce un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del recurso extraordinario

---

<sup>30</sup> SSTC 116/1986, de 8 de octubre 1986, 145/1986, de 24 de noviembre de 1986, y 110/1987, de 1 de julio de 1987.

<sup>31</sup> SSTC 49/1984, de 5 de abril de 1984, 88/1986, de 1 de julio de 1986, y 177/1987, de 10 de noviembre de 1987.



de infracción procesal, a través del cual se controlan las cuestiones procesales, en sentido amplio.

En primer lugar, procede analizar el recurso extraordinario por infracción procesal. Conocerán de estos recursos contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 468 LEC).

Los motivos aparecen enunciados en el artículo 469 LEC, estableciendo como tales, en su apartado primero, *“la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, 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 la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”*. Además, añade el apartado segundo que *“solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, esta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda. Además, si la violación del derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas”*.

Se trata de un recurso de carácter y contenido puramente procesal y de naturaleza extraordinaria, de un lado, porque solo se puede interponer contra un determinado tipo de resoluciones (sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia); y porque solo se puede fundar en los motivos tasados indicados legalmente.

Según mis criterios, no cabría la interposición de este recurso puesto que, cuando habla de derechos fundamentales, solamente se refiere a la violación del artículo 24 CE, y lo que aquí se ha violado es el secreto a las comunicaciones del artículo 18.3 CE. No se produce una vulneración del derecho procesalmente, sino extraprocesal, por lo que no se dan los supuestos legalmente establecidos para la cabida de este recurso extraordinario por infracción procesal.

Por otra parte, hay que determinar si procede la interposición del recurso de casación ante el TS antes de acudir a amparo. Es un recurso extraordinario porque solo cabe contra un determinado tipo de resoluciones y solamente puede fundarse en los motivos tasados que la Ley prevé.

Este recurso aparece regulado en el artículo 477 LEC:

*“1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.*

*2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:*

- *Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.*

- *Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.*
- *Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.*

*3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique 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.*

*Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.*

Por lo tanto, se hace necesario analizar si se dan los supuestos de punto primero del apartado 2 de dicho artículo, en relación con el apartado 3 del mismo artículo.

En mi opinión, la necesidad de interponer este recurso también es negativa puesto que no estamos ante ninguno de los requisitos legalmente planteados para la interposición de un recurso de casación ante el TS.

No existe jurisprudencia del TS en asuntos civiles que autoricen la intervención de las comunicaciones en un proceso matrimonial, por lo que se trata, en este caso analizado, de una sentencia aislada de la Audiencia Provincial que se reitera en la del Juez de Primera Instancia, autorizando una intervención de las comunicaciones aun produciéndose una violación del artículo 18.3 CE, por haberse acordado en un proceso civil cuando solamente puede acordarse mediante un procedimiento penal, por lo que estamos ante una resolución firme que pone fin al proceso y por eso sí se puede acudir directamente al TC.

Es por esto, que considero que la demandada sí ha agotado la vía judicial previa necesaria para interponer el recurso de amparo ante el TC.

En el caso de que se otorgue el amparo por violación de un derecho fundamental originada por la resolución de un órgano judicial, como es el caso, dicha sentencia contendrá, además del reconocimiento del derecho vulnerado, la declaración de nulidad de la resolución que haya originado la lesión, así como de las resoluciones confirmatorias de aquella dictadas en agotamiento de la vía judicial y que hayan impedido el ejercicio de derecho.

### 3) Trascendencia constitucional del recurso

El artículo 50.1 LOTC dicta que *“un recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren los siguientes requisitos: Que la demanda cumpla con lo dispuestos en los artículos 41 a 46 y 49 y que el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a 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”*.

Esta clausula de justificación de la “especial trascendencia constitucional” supone una restricción de los derechos fundamentales y su garantía, puesto que ya no solo se exige que se justifique una vulneración de un derecho constitucionalmente protegible para acceder al TC por vía del recurso de amparo, sino que se ha añadido este requisito que deja virtualmente en las manos del personal del TC la admisión o no de los recursos. Esto sirve para rechazar en fase de admisión aquellas demandas que, a la vista de los precedentes y de la doctrina constitucional, carecen de prima facie de viabilidad, o las demandas que carezcan de importancia.

Este requisito aparece tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la anterior Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. En la exposición de motivos de la actual LOTC se establece que *“frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso”*.

Si la demanda carece de esta “especial trascendencia constitucional” será un motivo de inadmisión del recurso de amparo.

La LOTC no concreta demasiado cuales son los criterios para valorar esa trascendencia señalando a este respecto el artículo 50.1 b) LOTC que *“se apreciará atendiendo a la 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”*. Por lo tanto, la respuesta sobre lo que se entiende por “especial trascendencia constitucional” para que un solicitante de amparo pueda ver admitido su recurso aparece en la STC 155/2009, de 25 de junio, en su Fundamento Jurídico Segundo.

Esta sentencia establece lo ya expuesto sobre la necesidad de la especial trascendencia constitucional además de la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública para el recurso de amparo. La existencia de este importante requisito le corresponde, por

tanto, al TC, atendiendo para ello a los tres criterios que en el artículo 50.1.b) LOTC, se enuncian. Sin embargo, se le concede a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuando el contenido de un recurso de amparo tiene esta trascendencia, sin limitar las facultades del TC sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.

*“Cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.*

*Tales casos serán los siguientes:*

*a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional<sup>32</sup>;*

*b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;*

*c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;*

*d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;*

*e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;*

*f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5 LOPJ);*

*g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, o tenga unas*

---

<sup>32</sup> Supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo.

*consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.”*

Tras la revisión de estos requisitos se entiende que recurso de amparo interpuesto por María Concepción sí contiene la “especial trascendencia constitucional” exigida, encajando con lo establecido en los apartados e) y f).

Este recurso no plantea un problema sobre el que no haya doctrina del TC, puesto que la violación del derecho al secreto de las comunicaciones es una faceta de los derechos fundamentales con exceso de doctrina del TC. Bien es cierto que no hay doctrina sobre si el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pero este no es el fondo del recurso de amparo de María Concepción, sino que esta presenta recurso de amparo por vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y con la petición al TC de que se retrotraigan las actuaciones judiciales al momento de dictar la sentencia de primera instancia.

Tampoco se produce una aclaración o cambio de doctrina jurisprudencial ni la vulneración proviene de la ley o norma aplicada, sino de la prueba autorizada por el Tribunal de Primera Instancia, por lo que tampoco ha habido una interpretación jurisprudencial de la ley lesiva del interés fundamental. Por último, tampoco considero que la “especial trascendencia constitucional” se produzca por la trascendencia general de los efectos de amparo. En este último supuesto se encuentran los amparos electorales, pero es difícil estimar cuando hay una trascendencia social o económica. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán entiende que esto concurre cuando la resolución de la cuestión pueda afectar a un número importante de litigios, o que pudiera cobrar relevancia en casos futuros. En la jurisprudencia española, de haber estado vigente este requisito, probablemente se hubiera alegado para temas tributarios, de seguridad social, salariales, educativos, de prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, etc.

Como conclusión, considero que la “especial trascendencia constitucional” de este recurso de amparo se manifiesta en el incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional y, por tanto, la negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional.

Se produce un incumplimiento cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso, el derecho al secreto de las comunicaciones en el presente, esté siendo incumpliendo de modo general y reiterado por la jurisprudencia ordinaria. Esto así ocurre, puesto que el Tribunal de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admiten la prueba que vulnera dicho derecho. Además, este criterio también se refiere a la incorrecta aplicación de la Constitución, al no respetar el enunciado del artículo 18.3 donde se garantiza el secreto de las comunicaciones.

Además, el artículo 5.1 LOPJ reconoce que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucional, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todos los procesos”.

## V.- CONCLUSIÓN

Como reflexión final es interesante hacer referencia al texto de ROBERT ALEXY: “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”.

Se expone un caso enjuiciado por el Tribunal Territorial de Berlín (TTB) relatando que una noche de febrero de 1972, un guardia fronterizo de la República Democrática Alemana (RDA), que ejercía de jefe de patrulla, y otro vigilante detectaron a un hombre que pretendía cruzar el río Spree hacia la otra orilla en la República Federal Alemana (RFA). A mitad del río los vigilantes le dieron el alto, no dando el fugitivo señal de detención, por lo que estos dispararon sobre él, produciéndose el ahogamiento del fugitivo. Los acusados sostuvieron que actuaron con la orden recibida de impedir la huida, alegando que las instrucciones recibidas fueron que “la patrulla vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal”.

Este Tribunal sostenía que la muerte de un fugitivo solo podía investigarse cuando esta fuera un hecho punible y pone en duda, a pesar de las Órdenes del Ministerio para la Defensa Nacional del año 1967, que los dos guardias estuvieran obligados a obedecer un derecho injusto, sin respetar el derecho a la vida e integridad de las personas. Además, mantiene que los disparos de la frontera no estaban amparados por las disposiciones vigentes cuando se produjo la muerte del fugitivo, haciendo referencia, obviando el problema de la retroactividad, al SS 27 de la Ley de Fronteras de la RDA que prohibía “sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor”. Este Tribunal concluye que los guardias cometieron un acto antijurídico tanto para el derecho de la RDA como el de la RFA.

Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal (TSF) alegó que las muertes eran punibles incluso de acuerdo con el derecho positivo entonces vigente en la RDA, añadiendo que los guardas acusados de homicidio verían justificado el uso de las armas de fuego a partir de meras órdenes y que su castigo no vulnera el artículo 103.2 de la Ley Fundamental que prohíbe la retroactividad. Para este Tribunal, a los guardias solamente se les puede condenar si hay algo que elimine la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA, entonces vigente y que no conculque dicha eliminación al principio de retroactividad. Por lo tanto, la justificación de la muerte del fugitivo, resultado del derecho entonces vigente en la RDA, es declarada ineficaz a causa de su agresión abierta contra mandatos elementales de justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional. El derecho positivo ha de ceder ante la justicia.

Además, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) evaluó la observancia o existencia de vulneración de los derechos fundamentales. Reafirma este Tribunal la validez del artículo 103.2 de la Ley Fundamental y la refiere a las causas de justificación vigentes, reguladas legalmente al tiempo de la comisión de los hechos y, a la vez, no aprecia vulneración de dicho artículo. Sostiene el TCF que la protección estricta de la confianza mediante el artículo 103.2 de la Ley Fundamental debe inaplicarse cuando, en primer lugar, ni la democracia, ni la división de poderes, ni los derechos fundamentales sean

respetados y, en segundo lugar, cuando bajo estas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto, sin olvidar que el Estado incite por encima de normas escritas, a un derecho injusto semejante, favoreciéndolo. Además, los derechos ilimitables pueden ser limitados, conforme al principio de proporcionalidad siempre que así lo exijan derechos fundamentales de terceros u otros valores jurídicos dotados de rango constitucional.

Como se ha podido comprobar, el tema de los derechos fundamentales ha suscitado numerosos problemas debido a la gran importancia y trascendencia que plantean y la difícil tarea que supone su interpretación. En este último texto, se plantea un problema principal sobre el peso mayor de las leyes o de la justicia, del deber de respetar los derechos o el deber de respetar las órdenes.

Para finalizar, tras el análisis completo y detallado del concreto derecho al secreto de las comunicaciones se procede a concluir que la intervención inicial en el correo de Doña María Concepción como trabajadora por su jefe y marido, Don José, sí es ajustada a derecho, pero sin embargo, la posterior intervención en el correo electrónico no satisface los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales, siendo estas debidas de autorizar bajo el marco de un procedimiento penal. Además, el interés del menor no puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, Doña María Concepción sí ha agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo pertinente el cual sí goza de la especial trascendencia constitucional requerida.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, Informe núm. 0582, 2009.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José R, *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, La Ley, Madrid, 2009.

BARROS GARCÍA, Mario, “Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e Internet en el ámbito laboral”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 8, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Manual de Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2007.

CAPELLA, Juan Ramón, “Derechos, deberes: La cuestión del método de análisis”, capítulo del libro: J. A. Estévez (coord.), *El libro de los deberes*, Madrid, Edit. Trotta, en prensa.

CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, 5.ª edic., Edit. Trotta, Madrid, 2008.

CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso de amparo constitucional*, 2.ª edic., La Ley, Madrid, 1992.

CARMONA CUENCA, Encarna, *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2008.

CATALINA BENAVENTE, M<sup>a</sup> Ángeles, *El Tribunal Supremo y la tutela de los derechos fundamentales. El recurso de casación y el artículo 53.2 de la CE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CERRADA MORENO, Manuel, “Derecho de defensa e intervención de las comunicaciones del abogado con su cliente: al derecho de defensa”, *El Derecho*, Grupo Francis Lefevre, 2011. URL: [http://www.elderecho.com/penal/Derecho-intervencion-comunicaciones-limites-derecho\\_11\\_353305001.html](http://www.elderecho.com/penal/Derecho-intervencion-comunicaciones-limites-derecho_11_353305001.html)

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, 1.ª edic., Madrid, 2011.

ELVIRA PERALES, Asunción, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, 1.ª edic., Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ-GALIANO CAMPOS, Blanca, “¿Tienen los trabajadores libertad de uso del correo electrónico y de Internet dentro de la empresa?”, *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 2011.

URL:[http://www.toptenbusinessexperts.com/Archivos/Descargas/Art%C3%ADculos/Blanca\\_Fernandez\\_Galiano/20111101\\_Blanca\\_Fernandez\\_Galiano\\_Proteccion\\_Datos.pdf](http://www.toptenbusinessexperts.com/Archivos/Descargas/Art%C3%ADculos/Blanca_Fernandez_Galiano/20111101_Blanca_Fernandez_Galiano_Proteccion_Datos.pdf)



GALÁN, Carlos, “Libertad vs. Control: Las relaciones laborales y las Tecnologías de la Información en la empresa”.

URL: [http://www.aselex-tecnologia.com/pdf/descargas/libertad\\_vs\\_control.pdf](http://www.aselex-tecnologia.com/pdf/descargas/libertad_vs_control.pdf)

GARCÍA MORILO, Joaquín, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENILLA ALLARD, Pablo, *Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, 2.ª edic., Colex, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, Colex, 17.ª edic., 2008.

GUZMÁN, María Eugenia, “El Supremo admite que la empresa controle el uso del ordenador por sus trabajadores aun cuando acceda a información privada”, *Diario jurídico.com*, 02/01/2012. URL: <http://www.diariojuridico.com/opinion/el-supremo-admite-que-la-empresa-controle-el-uso-del-ordenador-por-sus-trabajadores-aun-cuando-acceda-a-informacion-privada.html>

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Abelardo, *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales. Su protección en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 2009.

IVARS RUIZ, Joaquín, *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA MORILLO, Joaquín, PÉREZ TREMPES, Pablo, SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN, Eduardo, GARCÍA MORILLO, Joaquín, PÉREZ TREMPES, Pablo, SATRÚSTEGUI, Miguel, *Derecho Constitucional II, Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, 7.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MARÍN ALONSO, Inmaculada, *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MARZO PORTERA, Ana, MARZO PORTERA, Iciar, *Vigilancia y control de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, Experiencia, 1.ª edic., Barcelona, 2009.

MARZO PORTERA, Ana, RAMOS SUÁREZ, Fernando M<sup>a</sup>, “La protección de datos en la gestión de empresas”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Navarra, 2004.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2.ª edic., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, “La especial trascendencia constitucional como presupuesto de amparo”, *Otrosí*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 1, enero 2010.

OBÓN DÍAZ, Alberto, “La intervención telefónica y su adecuación al paradigma constitucional”, noviembre de 2004. URL: <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200411-955136910432791.html>

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús, *Introducción al Derecho Procesal*, 2.ª edic., Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín, FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, *Derecho Procesal Penal*, 2.ª edic., Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

PÉREZ VAQUERO, Carlos, “El uso indebido de Internet en el trabajo para fines privados”, *Derecho y Cambio Social*, La Molina, Lima-Perú, núm. 25, 2011.

PORTERO MOLINA, José Antonio, *Constitución y jurisprudencia constitucional*, 5.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *Derechos fundamentales y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2004.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J, *Actas notariales y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 2005.

RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Bosch, 1.ª edic., febrero de 2010.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.

RON ROMERO, José, “Derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Un reto para la buena administración”. *Anuario da Facultade de Dereito, Universidade da Coruña*, núm. 15, 2011.

RUBIO DE MEDINA, María Dolores, *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Bosch, 1.ª edic., febrero de 2003.

SÁEZ BELTRÁN, María Ángeles, “Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional para acordar en el proceso penal medidas de investigación sin conculcar los derechos fundamentales de los ciudadanos”, *Revista Internáutica de Práctica Jurídica*, núm. 28, 2012.

SAUCA, José Mª, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994.

SBDAR, Claudia Beatriz, *Amparo de derechos fundamentales*, Ciudad Argentina, 2003.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa, “El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 2, febrero 2004.

SENES MONTILLA, Carmen, *La vía judicial previa al recurso de amparo*, 1.<sup>a</sup> edic., Civitas, Madrid, 1994.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, PÉREZ LÓPEZ, Eduardo, ORTÉU CEBRIÁN, Fernando, *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2002.

ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, 1.<sup>a</sup> edic., Bosch, Barcelona, 2006.