

TRABAJO FIN DE GRADO

**DERECHOS
FUNDAMENTALES:
DERECHO AL SECRETO DE LAS
COMUNICACIONES E INTERÉS DEL MENOR**

Katherine V. Villasmil Rodríguez
Profesora tutora: Ascensión Cambrón Infante
Facultad de Derecho
Universidad de la Coruña

ÍNDICE

- 1.- Agotamiento de los medios de impugnación.**
 - 1.1.- Recurso de reposición.**
 - 1.2.- Recurso de apelación.**
 - 1.3.- Posibilidades de acudir al recurso de casación.**

- 2.- Sobre el requisito de la especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo.**

- 3.- Intervención del correo electrónico en el ámbito laboral.**
 - 3.1.- Referencia a la Directiva 94/46/CE.**

- 4.- Indicios como fundamentación de la injerencia judicial.**

- 5.- Autorización judicial.**
 - 5.1.- Previsión legal**
 - 5.2.- Principio de proporcionalidad y motivación de la autorización judicial.**
 - Los subprincipios de necesidad e idoneidad.**
 - Breve alusión al control judicial de la medida.**

- 6.- Sobre el interés superior del niño como fundamento válido para limitar los derechos fundamentales.**

- 7.- Sobre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones en general: Diferencia basada en el momento en que se encuentre el proceso de comunicación.**

1.- Agotamiento de todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979, en su artículo 44¹, establece como requisito para la presentación de un recurso de amparo, el haber agotado los medios de impugnación, la redacción de este artículo lo dispone así:

“Artículo 44. Plazo de interposición del Recurso de Amparo contra actos u omisiones de órganos judiciales.

1. 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.

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

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

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.”

Este artículo dispone el plazo para la presentación de un recurso de amparo cuando la vulneración de un derecho fundamental procede de la actuación u omisión de un órgano judicial, pero en su redacción establece tres requisitos indispensables que debe albergar tal recurso para poder tener lugar. En el caso presente estamos hablando, efectivamente, de una vulneración de un derecho fundamental por parte de un órgano judicial como resultado de su actuación, la posible vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones por ilicitud de prueba, temas que más adelante será analizado en profundidad.

¹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Artículo 44 modificado por el artículo 14 de Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo RCL\2007\1000.

1.1.- Recurso de reposición

La solicitante de amparo, Doña María Concepción, en el proceso ante el juzgado de Primera Instancia y ante la admisión de la práctica de la prueba que considera vulnera su derecho a la intimidad, interpone **recurso de reposición**.

La Ley de Enjuiciamiento Civil² reserva su Capítulo II a la regulación de este recurso, y concretamente el artículo 268 establece cuáles serán las resoluciones recurribles en reposición:

“1. Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión.

2. Contra todas las providencias y autos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida.”

Refiriéndonos en este momento a la resolución de admisión de la práctica de la prueba por parte del órgano judicial, hay que remitirse al artículo 285 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el cual dispone que *“el tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas”*, así mismo dispone que contra esta resolución *“sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”*. Cuando especifica a *“en el acto”* se refiere al momento procesal en que se está, que es la Audiencia Previa, momento en el que las partes proponen al juez las pruebas de las que van a intentar valerse, éste decidirá admitir la prueba si respeta los criterios de pertinencia, utilidad y legalidad descritos en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La misma disposición de imposibilidad de recurrir el recurso de reposición la encontramos en el artículo 454, estableciéndose que *“Salvo los casos en que proceda el recurso de queja, contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.”*

Concretamente el recurso se interpone por defender la ilicitud de la prueba, en este aspecto, el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales deberá alegarlo y contra la resolución del juez sobre esta alegación *“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”*.

² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Así ante la negativa del juez sobre el recurso de reposición presentado, la demandante no pudo presentar otro recurso, más que la posibilidad de formular protesta en segunda instancia.

1.2.- Recurso de apelación.

El segundo escalón de estos medios de impugnación posibles sería el **recurso de apelación** contra la sentencia que resolvió el caso en Primera Instancia. Esta vía fue seguida también por Doña María Concepción, recurriendo la sentencia de Primera Instancia (de 16 de diciembre de 2011).

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 455, dispone que serán recurribles por esta vía:

“1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables (...)”

Y conocerá de este recurso, en este caso:

“2.º Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción.”

La apelante reproduce la impugnación de la prueba, como se pide en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone *que “el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna”,* buscando que se declare nula por su ilicitud, pues con la apelación *“podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación.”*³

La sentencia de la Audiencia Provincial no aprecia esta vulneración alegada, y mediante sentencia de 30 de septiembre de 2012, confirma la resolución de la Primera Instancia.

1.3.- Recurso de casación.

Ante esta situación hay que plantearse la posibilidad de recurrir esta sentencia de segunda instancia, el artículo 466 de la ley de Enjuiciamiento Civil establece las posibilidades de recurso:

³ Artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“1. Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación.”

Podemos descartar el **recurso extraordinario por infracción procesal**, pues este recurso sólo se prevé para casos concretos susceptibles de recurso de casación, como vemos en la Disposición Final Decimosexta, sobre “Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios” de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.”

Dichos motivos del artículo 469 son los siguientes:

- “1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.*
- 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.*
- 3.º 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.*
- 4.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.”*

No concurriendo ninguna de estas posibilidades, no procede este recurso. Estamos en este caso, hablando de la vulneración de un derecho fundamental, pero no el del artículo 24, que versa sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, sino los derechos fundamentales del artículo 18 sobre la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

Cabe la duda, entonces, de si procedía o no **recurso de casación**. El artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece los Motivos del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación, que pueden ser:

- “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:*
 - 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.*
 - 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.*
 - 3.º 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.”

Cabe cuestionarse si la alegada prueba ilícita, que, de ser así convertiría en nulas todas las actuaciones, cabría dentro del primer apartado de este artículo 477, ¿podríamos entender que es una infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso?, o por otra parte, ¿podría defenderse el interés casacional del recurso?

Los problemas surgidos a raíz de la reciente modificación de la LEC, con la ley 37/2011, de 10 de octubre, concretamente en este artículo, causó innumerables dudas acerca de la admisibilidad e inadmisibilidad de los recursos posteriores a esta modificación, ante esta situación la Sala Primera del Tribunal Supremo emitió un acuerdo en el que aclaraba los supuestos de admisión e inadmisión de los recursos de casación⁴. En su preámbulo dispone:

“El eje de la reforma radica en la universalización del recurso de casación por razón de interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al TS, en palabras del Preámbulo de la Ley 37/2011, «cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos». Estos fines son los de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil y corresponden a la Sala Primera del TS como órgano jurisdiccional superior en el orden civil. Se reduce de este modo el recurso de casación por razón de la cuantía a una modalidad excepcional y se garantiza la igualdad entre todos los litigantes, cualquiera que sea el nivel económico del asunto.

(...)

Este nuevo Acuerdo es expresión del parecer unánime de la Sala Primera del TS y tiene carácter orientador para la unificación de las prácticas procesales. Responde a una interpretación de la Ley 37/2011 tendente a conseguir que el recurso de casación cumpla sus fines constitucionales y no se transforme, como lo fue hace algunos años, en un instrumento de dilación indebida del proceso civil —con efectos negativos para la seguridad jurídica y la vida social y económica—. Se encamina no solo a la organización del trabajo interno del propio TS —que se desarrolla en la actualidad mediante una previa labor de equipo, ajustada a pautas de gestión, para el apoyo a la decisión de la Sala Primera del TS sobre la admisibilidad de los recursos interpuestos—, sino también al conocimiento por las AAPP, última instancia en el orden civil, de los criterios

⁴ Sala Primera del Tribunal Supremo, Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de 30 de diciembre de 2011.

aplicados por la Sala Primera del TS y a facilitar la debida información a los profesionales jurídicos.”

No obstante, este acuerdo no nos vincula pues es una guía de actuación y procedimiento que a la Sala Primera del TS le parece conveniente dada esta reforma:

“El procedimiento utilizado comporta que este Acuerdo no tiene carácter vinculante ni valor jurisprudencial, pues solo lo adquirirá en la medida en que sus soluciones se vean reflejadas en las resoluciones jurisdiccionales dictadas por la Sala Primera del TS.”

En su epígrafe II enumera las resoluciones recurribles en casación, analicemos los puntos que podrían ser de aplicación al caso concreto:

“II. Resoluciones recurribles

Recurso de casación

Para que una resolución sea recurrible en casación ante la Sala Primera del TS deben concurrir los dos siguientes presupuestos:

1. Que se trate de una sentencia dictada en segunda instancia por una AP (artículo 477.2 LEC) (...)

2. Que concurran los supuestos propios de una de las tres modalidades del recurso de casación por razón de la cual se interponga este.

La parte recurrente debe indicar necesariamente en el escrito de interposición la modalidad de recurso por razón de la cual se formula. Por razones de congruencia y contradicción procesal no cabe indicar más de una modalidad en un mismo recurso.”

Al ser una sentencia de una Audiencia Provincial, podemos, efectivamente y como ya indicamos, acudir a la vía de casación, pero ¿bajo qué modalidad podremos albergar el caso concreto?.

Estas tres modalidades descritas en el artículo 477 pueden dar lugar a muchas dudas, en cuanto a qué supuestos se pueden acoger a cada modalidad, en este aspecto, el acuerdo de la Sala Primera que estamos analizando nos da unas pautas más concretas sobre qué reviste cada modalidad:

“Estas modalidades son las siguientes:

(i) Recurso de casación para la tutela judicial civil de derechos fundamentales. Concorre el supuesto propio de esta modalidad de recurso de casación cuando el proceso en que se dicte la sentencia se haya seguido para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 CE (artículo 477.2.1.º LEC).

(ii) Recurso de casación por razón de la cuantía.

(iii) Recurso de casación por razón de interés casacional. Concorre el supuesto de esta modalidad de recurso cuando la resolución del recurso de casación presente interés casacional. Es necesario que la cuantía del proceso no exceda de 600.000 € o sea indeterminada o inestimable o que aquel se haya tramitado por razón de la materia (artículo 477.2.3.º LEC) y no para la tutela judicial civil de derechos fundamentales.

El recurso por razón de interés casacional cabe no solo cuando se interponga contra sentencias dictadas en los asuntos tramitados por razón de la cuantía —si esta no excede de la que fija la LEC o si es indeterminada o inestimable—, sino también contra resoluciones dictadas en procesos seguidos por razón de la materia, entre las cuales —además de las dictadas en los procesos a que se refieren los artículos 249.1 y 250.1 LEC— figuran las siguientes: (a) las sentencias que pongan fin a la segunda instancia en los procesos especiales del Libro IV de la LEC (...).”

Según la primera modalidad, sólo podríamos acudir a ella en caso de que nuestro recurso verse sobre sentencia que resolvió un caso de tutela judicial civil de derechos fundamentales. Claramente no es el caso, la sentencia recurrida versa sobre un proceso de divorcio cuyo fallo se basa en una prueba ilícita, alegada por Doña María Concepción, por vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española. Descartaríamos poder presentar el recurso basándonos en este precepto 477.2.1º LEC.

La modalidad prevista en el apartado 2.2º del mismo artículo 477, es descartable de pleno, pues no estamos ante un recurso por razón de cuantía (pues este concurre sólo cuando la cuantía de la sentencia recurrida exceda de 600.000 €).

En cuanto al polémico interés casacional, éste es analizado en el mismo Acuerdo de la Sala Primera de la siguiente manera:

“El recurso de casación por razón de interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de AAPP o en contra del criterio de la jurisprudencia, o cuando no existe jurisprudencia sobre una ley que lleva menos de cinco años en vigor (artículo 487.3 LEC). Como consecuencia de ello, como requisito general, el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional debe expresar con claridad en el encabezamiento o formulación del motivo la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o se declare infringida o desconocida.

Además de este requisito general, de carácter formal, para que el recurso de casación por razón de interés casacional sea admisible debe concurrir alguno de los elementos que pueden integrarlo. (...)

Estos elementos son los siguientes:

1. La oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS.

La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia de este elemento corresponde a la parte recurrente.

El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del TS. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del TS, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas.

(...)

No obstante, no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto fáctico idéntico al resuelto en la sentencia recurrida. En todo caso, la parte recurrente debe justificar que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia.

No es admisible esta modalidad de recurso cuando: (a) la alegación de oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del TS carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida; (b) el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes; (c) la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del TS invocada solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la AP considere probados; (e) concurra cualquier otra circunstancia análoga que implique la inexistencia de interés casacional.

Las reglas anteriores sufren dos excepciones:

(i) Cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

(ii) Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia.

Esta última excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no es admisible cuando la Sala Primera del TS no aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia.

El interés casacional en el supuesto de este apartado 1 es independiente del tiempo de vigencia de la norma aplicada por la sentencia recurrida.

Los criterios contenidos en este apartado 1 son aplicables al recurso de casación por razón de la cuantía en lo que resulte procedente en relación con la infracción de norma legal o jurisprudencia aplicable según su respectiva naturaleza.

2. La existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida.

3. La aplicación por la sentencia recurrida de normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.”

Descartado el punto 3, en cuanto al punto primero, *“la oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS”*, la jurisprudencia que podríamos alegar versaría sobre la obtención ilícita de la prueba, y en este aspecto parece no haber una doctrina dominante del TS pues el caso concreto no se adecúa a una situación típica que pueda haber sido analizada por contadas sentencias que crearan una doctrina específica que podríamos contrastar con el caso objeto de este informe. No parece tampoco que el caso dilucide un interés casacional siguiendo la opción segunda (sobre contradicción en Sentencias de las AAPP), el caso concreto va más allá de un interés que pueda interesar a la jurisprudencia y que deba tener resolución por casación.

No obstante todo lo antes mencionado, y remitiéndonos al apartado 1 del artículo 477 LEC, *“el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”*, podríamos alegar la infracción del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵.

Este artículo 5 nos recuerda que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y *“vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”*, y concretamente el párrafo 4 establece que *“en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”*.

Podríamos usar este precepto para alegar la vulneración del artículo 18.1 (derecho a la intimidad) o 18.3 (secreto de las comunicaciones) de la Constitución, por lo tanto, tendríamos una forma de acudir en casación pues se infringe una norma aplicable para resolver el proceso, que no es más que el respeto a la Constitución como norma suprema que conlleva la no violación de los derechos fundamentales que enumera.

Este planteamiento lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 500/2007 de 6 junio, que versa también sobre el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE. En su Fundamento Jurídico Primero encontramos que los recurrentes:

“Impugnan la sentencia alegando, como primer motivo de sus respectivos escritos, infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) en relación con el 18.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) .

⁵ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se denuncia en este motivo que la sentencia se funda en prueba obtenida ilícitamente ya que la autorización judicial para intervenir comunicaciones telefónicas adolece de inadecuada motivación. Se tacha a ésta de partir de meras sospechas, sin datos objetivos que revelasen la existencia de un delito y la conexión con el mismo de las personas afectadas por la intervención, y sin justificación alguna de las afirmaciones del oficio policial que interesó aquella, respecto de las cuales el Juez se limitó a una concesión automática sin análisis crítico.

A este reproche ya da respuesta la sentencia recurrida. Y ésta es aceptada en este momento del recurso de casación.

El Auto del Tribunal Constitucional 5/2007 (RTC 2007, 5 AUTO) de la Sala 2ª recoge la constante doctrina constitucional sobre el alcance de la garantía, en particular en lo que concierne a la motivación de la resolución jurisdiccional, cuya infracción se denuncia y que se refleja en las SS. del Tribunal Constitucional 253/2006 (RTC 2006, 253) y en la del Pleno 167/2002 (RTC 2002, 167) .

Tal resolución debe: a) justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención; b) hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida. (S Tribunal Constitucional 299/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 299] , F. 4)”

En la misma tónica encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 250/2012 de 3 abril de 2012, que en su Fundamento Jurídico Cuarto presenta este motivo como infracción de norma aplicable para acudir a casación:

“El quinto motivo se articula, al amparo del art 5 .4 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) y 24.1 y 2 , y 18.3 CE (RCL 1978, 2836) , por infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

(...)

En efecto, como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres:

- 1) Judicialidad de la medida.*
- 2) Excepcionalidad de la medida.*
- 3) Proporcionalidad de la medida.*

Evidentemente de la nota de la judicialidad de la medida se derivan como consecuencias las siguientes:

a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad.

b) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las

intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

c) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas.

d) Al ser medida de exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida(...)

e) Es una medida temporal (...)

f) El principio de fundamentación de la medida, abarca no solo al acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas (...)

g) Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida (...)"

Parece, de esta manera, viable la posibilidad de interponer recurso de casación alegando la infracción del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 18 de la Constitución, que resultaron en la obtención ilícita de una prueba determinante en el supuesto recurrido.

De esta manera, si entendemos posible la casación por esta vía propuesta, no habríamos agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales, pues tendríamos esta instancia como última antes de acudir al Tribunal Constitucional. Sin embargo cabe la duda de la necesidad real de acudir a casación si entendemos que la vulneración de este derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones a más allá de una aplicación errónea de la ley alegada de manera confusa, sino que creemos en una necesidad de amparo ante tal vulneración.

2.- Sobre el requisito de la especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo.

El artículo 53 de la Constitución Española, en su párrafo 2, establece que *“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”*. El caso que se nos presenta, versa sobre la posible vulneración de un derecho fundamental, concretamente al estipulado en el artículo 18.1, el derecho a la intimidad, y en el mismo artículo 18, párrafo 3, el derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello, el recurso de amparo prevé la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional en caso de vulneración de estos derechos fundamentales, pero para que pueda ser admitida a trámite nuestra demanda de amparo deber cumplir una serie de requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el 2007, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁶, establecía su objetivo en afrontar *“de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional”*, como deja claro en su Exposición de Motivos I, introduciendo una importante modificación en el trámite de admisión de las demandas de amparo.

Encontramos así la primera referencia a este nuevo requisito en su Exposición de motivos III:

“La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es 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.”

Concretamente modifica los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁶ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

En cuanto al artículo 49, modifica los apartados 1 y 4, para dar entrada a este nuevo requisito de necesidad de trascendencia constitucional del asunto.

“Artículo 49

1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

2. Con la demanda se acompañarán:

- a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.*
- b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.*

3. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.

4. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.”

El artículo 50 establece la manera en la que deberá ser apreciada esta justificación de especial trascendencia constitucional.

“Artículo 50

1. El 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 todos los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.*
- b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el 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.*

2. Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución.

3. *Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna.*

4. *Cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno.”*

Ante lo establecido en este precepto podemos decir que el amparo pasa a estar objetivado. De esta manera, el Tribunal Constitucional, como órgano interpretativo supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales deberá analizar la trascendencia constitucional alegada por medios objetivos, los cuales serán la importancia que presenta para la interpretación, aplicación o eficacia de la Constitución y la importancia que plasma en la determinación y contenido de los derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué la “especial trascendencia constitucional”?, pues la Ley la nombra mas no la define, por lo que nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado. Ante esta situación, en junio del 2009 aparece la primera sentencia del Tribunal Constitucional⁷ en la que se aplicaba este requisito presentaba una acepción del mismo y establecía cuándo se preveía esta “especial trascendencia constitucional”.

“La demanda ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (RCL 2007, 1000) , por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (RCL 1979, 2383) , del Tribunal Constitucional (LOTC), de modo que su interposición, admisión a trámite, tramitación y resolución se rigen por la nueva regulación del recurso de amparo llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Constituye el elemento más novedoso o la «caracterización más distintiva» (ATC 188/2008, de 21 de julio [RTC 2008, 188 AUTO], F. 3) de esta regulación del recurso de amparo el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE (RCL 1978, 2836) , en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones

⁷ Sentencia 155/2009, de 25 de junio.

causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]. El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 227] , F. 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC).

Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 in fine LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 [JUR 2008, 335368] y 290/2008, de 22 de septiembre [JUR 2008, 350178]), es a este Tribunal a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa «especial trascendencia constitucional»; esto es, cuando, según el tenor del art. 50.1 b) LOTC, «el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional», atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: «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». El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional», como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo «justifi[ca] una decisión sobre el fondo ... en razón de su especial trascendencia constitucional». Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto.»⁸

Esta objetivación del amparo es defendida por muchos como algo inconstitucional dado el carácter subjetivo de esta figura de amparo, mientras que otros defienden que los intereses subjetivos son dejados a la jurisprudencia ordinaria. No obstante, atendiendo a lo expuesto en el anterior párrafo, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional entra a analizar esta especial trascendencia constitucional de una manera subjetiva al flexibilizar la interpretación de la Constitución, admitiendo demandas con importancia subjetiva y no objetiva, en casos en los que la vulneración del derecho fundamental es de una considerable magnitud.

Concretamente en la Sentencia que estamos analizando, el TC justifica que otorga al caso que está resolviendo la existencia de una especial trascendencia constitucional

⁸ Sentencia 155/2009, de 25 de junio. Fundamento Jurídico 2º.

por que *“le permite aclarar e incluso perfilar, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, la doctrina constitucional”*, siendo éste *“es uno de los casos en los que cabe apreciar en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional”*.

El TC en la misma sentencia enumera una serie de casos en los que se afirmará la existencia de esta especial trascendencia constitucional, casos los cuales, no serán *numerus clausus*, pues el trabajo de la jurisprudencia abarca la modificación de los casos planteados y la apreciación de otros modelos reales en los que se prevea que se cumple este requisito aunque no se haya nombrado en un principio como una de las posibilidades.

“(…) considera que 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, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo;

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 (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial);

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

La justificación de la existencia de esta especial trascendencia constitucional es un requisito necesario, remitiéndonos al Auto 188/2008⁹ del Tribunal Constitucional, vemos que:

“El recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión “en todo caso” empleada por el precepto. Ello sin perjuicio, claro está, de la apreciación por parte de este Tribunal, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional.”

Así mismo dispone el Tribunal Constitucional que dicha fundamentación no es equivalente a la afirmación de la existencia de la vulneración alegada de un derecho fundamental, sino una carga que tiene el demandante de amparo de justificar que su alegación tiene una entidad constitucional considerable como para que el Tribunal Constitucional entre a resolver sobre ella.

En el mismo Auto antes mencionado, Fundamento Jurídico 2º:

“la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. La argumentación sobre la concurrencia de la lesión de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la

⁹ ATC 188/2008, de 21 de julio de 2008. Sala Primera.

fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. Pero además, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, que añade el transcrito inciso final al art. 49.1 LOTC, en todo caso el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto.”

Establece también el Tribunal Constitucional en este auto que este requisito es “insubsanable”, no constituyendo un mero formalismo, sino una “inexcusable exigencia argumental para el recurrente”:

“Si bien el art. 49.4 LOTC dispone que ‘[d]e incumplirse cualquiera de los requisitos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de diez días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acodará la inadmisión del recurso’, no obstante, la propia naturaleza y la función que cumple la carga establecida en el inciso final del art. 49.1 LOTC, en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC, impiden considerar que este requisito sea de naturaleza subsanable. En efecto, este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones la importancia que tiene la demanda de amparo como escrito rector para acotar, definir y delimitar la pretensión y, por tanto, la resolución del recurso de amparo (por todas, STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 1). En relación con ello, por un lado, y en referencia a las exigencias de precisión y claridad contenidas en el primer inciso del art. 49.1 LOTC, se ha destacado que no cabe considerar que representen meros formalismos, ya que están justificadas por la necesidad de ‘proporcionar los elementos necesarios para la formulación del juicio que corresponde hacer a este Tribunal’ (STC 82/1995, de 5 de junio, FJ 5); y, por otro, se ha advertido reiteradamente que no puede exigirse de este Tribunal que integre los defectos argumentales de la demanda de amparo (por todas, STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 5)”.

De esta manera, podemos decir que la demanda de amparo se sirve de características definitorias, que la hacen ser más específica y detallada en cuanto a las pretensiones y justificaciones que manifiesten el notorio interés que presenta el caso sobre el que se prevé la vulneración de derecho fundamental alegada. El Tribunal Constitucional, antes de la reforma que introdujo la LO 6/2007, hacía referencia a la importancia de establecer en la demanda la relevancia del supuesto, pues “*toda vez que quien impetra el amparo constitucional no solamente ha de abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución que se aleguen, sino que además ha de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente cabe esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la jurisdicción constitucional, sin que le corresponda a este Tribunal suplir los razonamientos de las*

partes, ni reconstruir la demanda de oficio cuando el demandante ha desatendido la carga de argumentación que pesa sobre él”¹⁰.

No cabe, por tanto, ni la subsanación prevista en el procedimiento del artículo 49.4 LOTC ni la subsanación voluntaria por parte del recurrente. Pues esta posibilidad, remitiéndonos nuevamente al Auto 188/2008 del TC, *“trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica, que quedarían gravemente dañados si se abriera la posibilidad de que las argumentaciones que habían de conducir a la misma admisión a trámite pudieran ser introducidas ex novo posteriormente a la presentación de la demanda. Y ello aún con mayor motivo en el actual recurso de amparo, dados el significado y cometido que le otorga la nueva regulación legal, que tiene como característica más distintiva la necesidad de que exista una “especial trascendencia constitucional” en el asunto planteado para que este Tribunal pueda conocer del mismo.”*

Todo lo antes mencionado nos conduce a dilucidar la importancia que tiene la correcta alegación de la especial trascendencia constitucional del amparo, la vulneración de la tutela judicial efectiva por parte de los organismos que llevaron a cabo esta alegada vulneración, pues constituye un requisito esencial de la demanda para su admisión.

Es conveniente pasar a analizar cada uno de los supuestos señalados en esta sentencia, para buscarle cabida al caso que estamos tratando en alguno de los susodichos supuestos.

a.- Casos que resultan novedosos:

En este aspecto esta “novedad” se refiere a que es una cuestión constitucional nueva en tanto estemos ante un problema cuyo eje, un derecho fundamental, plantea una situación no prevista antes por la jurisprudencia, es decir, que no haya doctrina del Tribunal Constitucional. Pero esto no supone limitarse a que las circunstancias particulares del caso no se hayan previsto en otras sentencias, sino a la falta absoluta de jurisprudencia en cuanto al contenido del problema planteado.

Nos hallamos ante un problema basado en la posible vulneración de los derechos fundamentales del artículo 18, párrafos 1 y/o 3, que no plantee una situación de contenido totalmente novedosa, pues existen innumerables antecedentes de casos como el nuestro con variaciones fácticas que no nos permiten alegar que el caso presente una completa cuestión constitucional nueva, mas estamos hablando de un medio de intercambio de comunicación (el telemático, por correo electrónico) que no posee amplia regulación en cuanto a cómo debe realizarse una injerencia en estas comunicaciones, pues la LECRim se limita a las comunicaciones postales y telefónicas.

¹⁰ Sentencia TC 76/2007, de 16 de abril, fundamento jurídico 5º.

En este aspecto, podemos remitirnos a la Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009 de 23 de marzo que versa también sobre el derecho a la intimidad (por haber vulnerado el derecho a la confidencialidad de la historia clínica), donde se prevé que *“concorre la especial trascendencia constitucional a la que se refiere, dado que se trata de una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina”*, pues la confidencialidad del historial clínico supone una auténtica novedad.

b.- Casos con los que se pueda cambiar la doctrina del Tribunal Constitucional, mediante un proceso de elaboración interna, o por nuevas realidades sociales, normativas o doctrinales (de los órganos encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales):

Este supuesto fue el aplicado al caso de la sentencia antes mencionada, STC 155/2009, en tanto el Tribunal Constitucional cambió su doctrina en cuanto a la vinculación del juez con la concreta petición de pena, dentro del principio acusatorio.

c.- Vulneración proveniente de la ley o disposición de carácter general:

Ante la imposibilidad de amparo directo contra leyes en nuestro ordenamiento, este supuesto se prevé para los casos en los que, como no es ya posible ir directamente contra la ley, basamos nuestra solicitud de amparo ante la vulneración proveniente de la misma, sería una forma de ir contra la ley de manera indirecta. Planteada una demanda de amparo con base en este supuesto, el Tribunal Constitucional deberá suspender la tramitación del amparo y plantear una cuestión interna de inconstitucionalidad.

No nos hallamos, ante este supuesto pues la vulneración alegada en el caso de Doña María Concepción no la extraemos de una ley directamente, sino de los motivos que llevaron al juez a aplicarla, admitiendo una prueba que resulta ilícita, no por efecto de la ley, sino por la interpretación de la misma realizada por el juez, entendiéndolo, erróneamente, que en el caso a tratar tal irrupción en el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la demandante de amparo contaba con las notas características de este tipo de intromisiones, es decir, que respetaba los principios de proporcionalidad y motivación. Por lo tanto hablamos de una cuestión interpretativa de la ley y de los principios generales del derecho, por parte del juez.

d.- Vulneración producida por una interpretación lesiva de la ley, apareciendo la necesidad de ser corregida por el Tribunal Constitucional.

Se requiere que dicha interpretación lesiva para el derecho fundamental sea reiterada. Se busca estudiar y corregir la interpretación llevada a cabo por los entes públicos.

e.- Incumplimiento reiterado y general de la doctrina del Tribunal Constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria, así como la existencia de resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental en cuestión.

Se busca unificar la doctrina constitucional y su interpretación ante la existencia de jurisprudencia contradictoria, para alegar este supuesto hay que recurrir a la información y búsqueda de resoluciones judiciales que argumenten esta situación de contradicción.

En lo referido al incumplimiento, por una parte, el reiterado será por un órgano judicial, mientras que el general se refiere a varios órganos, no se deja claro si ambos se tendrán que dar a la vez.

f.- Incursión, por parte de un órgano judicial, en una negativa manifiesta de acatamiento a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Debemos remitirnos al artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo párrafo primero dispone 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 constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

Este deber de acatamiento es el que se nos plantea en este supuesto, pues ante el posible incumplimiento de tal deber el juez o tribunal estaría vulnerando lo establecido en la Ley. Se diferencia del caso anterior (punto e), en que aquí basta con que un órgano judicial no respete la doctrina constitucional en su resolución, no necesitando esta reiteración o generalización d incumplimiento de aquélla.

g.- Casos con trascendencia general:

Estaríamos ante este supuesto si la solicitud de amparo lleva consigo una entidad relevante que pueda tener repercusión social, económica o política (en el caso, por ejemplo, del amparo electoral, en tanto afecta a los resultados electorales y mayorías).

El problema está en estimar una trascendencia económica o social. Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán éste entiende que concurre tal trascendencia cuando la resolución del caso pueda afectar a un considerable número de litigios o posea una importante aplicación futura, por ejemplo, se podría aplicar a vulneraciones de derechos que giren en torno a discriminaciones por razón de sexo o religión, cuestiones tributarias o educativas.

La cuestión ahora está buscar cuál de estos supuestos podríamos alegar en nuestra demanda de amparo ante la dificultad inicial, pues nos hallamos ante un caso que no parece acoplarse a la perfección a ninguno de los supuestos.

Una cuestión que resulta interesante del caso que se nos presenta es que la alegada vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones gira en torno a un medio informático, el correo electrónico. La jurisprudencia sobre este derecho, casi en su totalidad, versa sobre la intervención de las comunicaciones postales o telefónicas, mas el caso de un sistema como el correo electrónico se nos presenta como algo relativamente nuevo. Los sistemas informáticos de intercambio de comunicaciones se han hecho populares progresivamente en las últimas dos décadas. Surge así un problema de polémico planteamiento, los chats, los correos electrónicos y las redes sociales, son medios muy usados por gran parte de la población y presentan una forma de acceso y comunicación fácil, eficaz y rápida, pero a la vez estas características hacen que este medio se entienda como menos privado que otros como las comunicaciones postales, de manera que estamos ante una forma de comunicación que puede ser atacada de muchas otras maneras para las que no existe una regulación en nuestro ordenamiento. Nuestro correo electrónico o nuestras redes sociales, por poner otro ejemplo, parecen poco protegidos, sistemas muy abiertos y poco resguardados de ataques e injerencias.

En palabras de Manuel Marchena Gómez¹¹, Fiscal del Tribunal Supremo: *“Las ventajas del correo electrónico como instrumento de comunicación hacen explicable que el número de usuarios que ha hecho de su utilización una práctica cotidiana nada tenga que ver con las previsiones manejadas hace sólo escasos años. El uso generalizado del correo electrónico representa un hecho irreversible, abierto a inéditas posibilidades a la vista de un avance tecnológico que no parece conocer límites. Todo apunta, huyendo de cualquier tono profético, a que en los próximos años la capacidad de intercomunicación de los usuarios se habrá multiplicado, abriendo la puerta a un escenario virtual en el que la calidad, la cantidad y la velocidad de lo transmitido experimentará cambios difícilmente imaginables. (...) Cada vez es más evidente que el correo electrónico no es (nunca lo fue) un simple instrumento de mensajería. Mediante su utilización se transfieren declaraciones de voluntad, de conocimiento, noticias, documentos, archivos, programas y todo aquello susceptible de viajar a través de las redes telemáticas.*

Y hoy más que nunca es perceptible la sensación de que algo se mueve en Internet, de que el espacio virtual de libertad y anomia que la red representó en sus orígenes está evolucionando en un sentido muy distinto. No faltan propuestas doctrinales para modificar la arquitectura de Internet.”

Todo lo antes expuesto nos lleva a argumentar que el caso ante el que estamos puede presentar una trascendencia general, en tanto la poca jurisprudencia y nula legislación en temas de protección de las comunicaciones informáticas, pues no estamos hablando de los datos personales a los que se refieren diferentes leyes de nuestro

¹¹ Diario La Ley Nº 6475, (4 de Mayo de 2006, Ref. D-114).

ordenamiento¹², en las cuales no se trata la inviolabilidad del correo electrónico ni los intereses que buscamos proteger en este caso. Parece relevante para la resolución de otros litigios y para asentar doctrina para casos futuros, resolver casos de injerencia en las comunicaciones vía internet en la nueva sociedad informatizada en la que nos encontramos que no parece proteger de manera integral estos sistemas, pues esta transmisión de información, salvo que se usen sistemas cifrados, es “en abierto”(siendo muy fáciles de interceptar y acceder a ellos con determinados programas informáticos) en la mayor parte de las veces, lo que da lugar a intervenciones como la que se da lugar en el caso a tratar y más en el caso de seguimiento del correo electrónico de los trabajadores por parte de la empresa.

En conclusión, no sólo podemos alegar esta trascendencia general sino la falta de legislación que prevea normas para la protección y tratamiento especial del correo electrónico así mismo, cómo debe ser su intervención, pues la LECrim establece la manera de llevar a cabo las intervenciones de las comunicaciones postales y telefónicas pero no hace referencia a cómo debe ser en el caso de las comunicaciones telemáticas, donde se incluye el correo electrónico, lo que puede llevar a la vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, lo que nos lleva a alegar que el caso posee ampliamente, este especial trascendencia necesaria para la admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; Real Decreto 1665/2008, de 17 de octubre, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo; Real Decreto 156/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos; Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica

3. Intervención del correo electrónico en el ámbito laboral.

- Intervención del correo electrónico del trabajador por parte del empresario:

D. José otorgó una cuenta de correo a la demandante, Doña María Concepción, en el ámbito de su ejercicio laboral en Up Gestión S.L., para uso exclusivo en el desempeño de su trabajo profesional. Así mismo, D. José comunicó que las comunicaciones que se llevasen a cabo a través de dicho correo podrían ser revisadas por él o por otra persona delegada. La demandada firmó una carta que especifica estas condiciones para el uso de la cuenta de correo, aceptando la posibilidad de esta supervisión.

Es de menester valorar este consentimiento otorgado por la demandante y su validez en cuanto resulta una injerencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

D. José alegaba esta supervisión como forma de buscar la eficiencia en la empresa y la ágil gestión de los intereses de los clientes. Remitiéndonos al Estatuto de los Trabajadores¹³, vemos que entre los deberes laborales básicos se encuentran: Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia; cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas; cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo (artículo 5). En consonancia con esto, tenemos que el artículo 20 establece que 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.”*

Hasta qué punto podemos entender entonces lícita dicha intervención en las cuentas de correo de los trabajadores justificándolas en el interés legítimo del empresario a que se cumplan las expectativas productivas. Encontramos aquí un choque de derechos, el del trabajador a su intimidad y secreto de las comunicaciones y el del empresario para llevar a cabo estos actos de supervisión.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 1988¹⁴ defendía la búsqueda de *“el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito --modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente-- de su libertad constitucional”*. Pues no podemos entender que el trabajador en su ámbito laboral

¹³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴ STC 6/1988, de 21 de enero.

pierda relativamente sus derechos constitucionales, así lo estableció el Tribunal Constitucional en sentencia del año 2000¹⁵, que revocaba la sentencia recurrida, alegando que *"(...) debe rechazarse la premisa de la que parte la sentencia recurrida, consistente en afirmar que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, de tal manera que las conversaciones que mantengan los empleados entre sí y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral no están amparadas por el art. 18.1 CE y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocer el contenido de aquéllas, ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que hay que entenderlo limitado en el centro de trabajo a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquellos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral"*.

Esta modulación de la libertad constitucional del trabajador en el contrato deberá ser, versando al Tribunal Constitucional¹⁶, *"en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (...) Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad"*.

Ejemplos de esta modulación del derecho a la intimidad podemos encontrarlo en diversas sentencias, como por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al confirmar el despido de un trabajador por enviar 140 correos electrónicos de carácter sexista, humorístico y obscenos¹⁷; o por parte del Tribunal Supremo al negar la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de los teleoperadores de una empresa, la cual tenía la facultad, expresa y conocida por los trabajadores, de vigilar y supervisar las conversaciones y correos de sus trabajadores¹⁸.

Como contrapartida a la facultad del empresario que mencionábamos antes, que le otorga el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, tenemos que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores la limita de alguna manera, y podría ser una vía para afirmar que dicha intervención inicial no fuese ajustada a derecho, en tanto establece que:

"Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio

¹⁵ Sentencia 98/2000, de 10 de abril.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 2138/2004, Sala de lo Social, 11 de Marzo de 2004. Posteriormente avalada por el Tribunal Supremo.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003.

empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible."

Aunque no queda claro si esta limitación afecta también al uso del ordenador, en tanto es un arma de trabajo otorgada por el empresario y no un efecto personal del trabajador.

Para solucionar esta cuestión es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en Sentencia de 26 de septiembre de 2007¹⁹, resolvía el caso de un trabajador despedido por habersele encontrado, en una comprobación del ordenador que usaba en su ámbito laboral, un historial repleto de visitas a páginas web pornográficas que posteriormente imprimía en papel. El trabajador alegaba la vulneración del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. El Supremo en esta sentencia expresa que *"La cuestión debatida se centra, por tanto, en determinar si las condiciones que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores establece para el registro de la persona del trabajador, su taquilla y sus efectos personales se aplican también al control empresarial sobre el uso por parte del trabajador de los ordenadores facilitados por la empresa"*.

El Supremo, en la misma sentencia, se plantea que el problema va más allá, pues, al igual que en el caso que se nos presenta, se prevé una posible vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones:

"Pero el problema es más amplio, porque, en realidad, lo que plantea el recurso, desde la perspectiva de ilicitud de la prueba obtenida vulnerando los derechos fundamentales (artículo 91.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), es la compatibilidad de ese control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución) o incluso con el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución Española), si se tratara del control del correo electrónico.

El derecho a la intimidad, según la doctrina del Tribunal Constitucional, supone "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que "es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para el derecho a la intimidad" (SSTC 142/1993, 98/2000 y 186/2000). De ahí que determinadas formas de control de la prestación de trabajo pueden resultar incompatibles con ese derecho, porque aunque no se trata de un derecho absoluto y puede ceder, por tanto, ante "intereses constitucionalmente relevantes", para ello es preciso que las limitaciones impuestas sean necesarias para lograr un fin legítimo y

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Recurso número: unificación de doctrina, 966/2006.

sean también proporcionadas para alcanzarlo y respetuosas con el contenido esencial del derecho. En el caso del uso por el trabajador de los medios informáticos facilitados por la empresa pueden producirse conflictos que afectan a la intimidad de los trabajadores, tanto en el correo electrónico, en el que la implicación se extiende también, como ya se ha dicho, al secreto de las comunicaciones, como en la denominada "navegación" por Internet y en el acceso a determinados archivos personales del ordenador. Estos conflictos surgen porque existe una utilización personalizada y no meramente laboral o profesional del medio facilitado por la empresa. Esa utilización personalizada se produce como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador -como sucede también con las conversaciones telefónicas en la empresa- y de la generalización de una cierta tolerancia con un uso moderado de los medios de la empresa. Pero, 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, que, como precisa el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores"

Este es el razonamiento que lleva al Tribunal Supremo a decidir que artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores no lo podemos aplicar como un medio de protección del trabajador ante el empresario cuando estamos hablando de medios informáticos, en tanto éstos son prestados por el empresario para que el trabajador ejecute su trabajo y, por lo tanto, no constituye el supuesto de hecho referido en el mencionado artículo 18. Justificando la facultad de control del empresario sobre los ordenadores y correos "por la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores (pedidos, relaciones con clientes ..), por la protección del sistema informático de la empresa, que puede ser afectado negativamente por determinados usos, y por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar también algunas formas ilícitas de uso frente a terceros. En realidad, el control empresarial de un medio de trabajo no necesita, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, una justificación específica caso por caso. Por el contrario, su legitimidad deriva directamente del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores."

No podemos entonces albergarnos en el artículo 18 para alegar que la intervención inicial del correo electrónico de la recurrente no está ajustada a derecho.

-Sobre el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos:

Otra vía posible para alegar que tal intromisión por parte del empresario no es ajustada a derecho podría ser alegando la vulneración del artículo 8 del Convenio

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos²⁰ que establece el Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

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

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

Sobre este precepto, podemos dirigirnos a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sala cuarta. Asunto Coland contra Reino Unido²¹. Que resuelve el recurso de una ciudadana inglesa contra el Reino Unido por entender vulnerado el derecho establecido en el art. 8 del Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos, al ser sometida a seguimientos de su correo electrónico, navegación por internet y comunicaciones telefónicas en su puesto de trabajo para comprobar si eran con fines personales, apartados de los laborales. Esta sentencia falló a favor de la ciudadana del Reino Unido en tanto vio vulnerado el mencionado artículo.

El razonamiento del Tribunal se basa en *“Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las llamadas telefónicas que proceden de locales profesionales pueden incluirse en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» a efectos del artículo 8.1 (Sentencias Halford [TEDH 1997, 37], previamente citada, ap. 44 y Amann contra Suiza [TEDH 2000, 87] [GC], núm. 27798/1995, ap. 43, TEDH 2000-II). Es lógico pues que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estén protegidos en virtud del artículo 8, como debe estarlo la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet.”*

Sin embargo encontramos aquí un punto clave que diferencia nuestro caso con el que resuelve el Tribunal Europeo pues *“a la demandante no se le advirtió, en el presente caso, de que sus llamadas podían ser objeto de seguimiento, por lo que el Tribunal considera que ella podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado de las llamadas (...) La demandante podía esperar lo mismo en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por Internet.”* En nuestro caso, Doña María Concepción, conocía perfectamente esta facultad del empresario sobre la dirección de correo electrónico otorgada por el mismo para utilizarla en el ejercicio de su trabajo.

Por lo que nos lleva a que no podemos asimilar nuestro caso con este, ya que este desconocimiento fue requisito esencial para que el Tribunal entendiese vulnerado su derecho a la intimidad y vida personal, vemos así que *“el Tribunal considera que la*

²⁰ Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

²¹ Demanda núm. 62617/2000, de 3 de abril de 2007.

recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del artículo 8 del Convenio”.

Aun así, el Tribunal en esta sentencia defiende que *“no excluye que el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e Internet en el lugar de trabajo pueda considerarse «necesario en una sociedad democrática» en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo”.*

3.1.- Directiva 94/46/CE y modulación de la injerencia.

La Directiva 95/46/CE²², crea un Grupo de Trabajo en su artículo 29, el cual expresó lo siguiente:

“(…) Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho, no obstante, debe conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores...”²³

Para poder defender cuándo una intervención por parte del empresario en el ámbito personal del trabajador sobre sus comunicaciones, la doctrina, como respuesta a la Directiva 95/46/CE, estableció una serie de principios que se deben respetar:

“a) principio de necesidad --ha de otorgarse preferencia a medios convencionales de fiscalización, menos invasivos, debiendo concurrir una causa justificada que haga necesario el acto de injerencia;
b) principio de finalidad --el acceso a los datos del trabajador ha de realizarse con fines determinados, explícitos y legítimos--, y
c) principio de transparencia --el control secreto de las comunicaciones no está amparado por la ley--.”²⁴

²² Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

²³ Documento del Grupo de trabajo de la Unión Europea relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002.

²⁴ Diario La Ley Nº 6475, 4 de Mayo de 2006, Ref. D-114. Manuel Marchena Gómez, Fiscal del Tribunal Supremo.

Estos principios deben regir la facultad del empresario de vigilancia que le es otorgado por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, llevando a cabo una tarea de “policía empresarial” que vela por el buen funcionamiento de su empresa.

A tenor de estos principios, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, antes analizada, establece que la empresa debe establecer los medios en los que va a llevar a cabo la supervisión, informar a los trabajadores, así como, tendrá la facultad de establecer otras medidas preventivas. En palabras del Tribunal: *“aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- 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”*.

Si el empresario informa correctamente al trabajador sobre los registros que se pueden hacer sobre su cuenta de correo electrónico laboral, éste, es de entender, que el trabajador conoce esta circunstancia y está bajo aviso de lo que es correcto en su comportamiento para con la empresa y lo que no es correcto, violando así su contrato laboral. De esta manera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, establecía que si hay una prohibición válida, no hay un conflicto de derechos entre los del empresario y los del trabajador. El correo electrónico no constituiría un efecto protegido por el derecho a la intimidad de la persona, en tanto no se encuentra bajo este ámbito al ser un instrumento de trabajo proporcionado por el empresario bajo la condición, aceptada por la recurrente, de supervisión de las comunicaciones con el fin de buscar la eficiencia en la empresa. Así, el trabajador que actúe en contra de las instrucciones del empresario, no podrá imponer el respeto a su intimidad²⁵

No obstante todo lo anterior, si no se cumplen las pautas antes mencionadas de proporcionalidad e información, la medida que tome el empresario puede resultar desproporcionada y por lo tanto podrá el trabajador alegar esta desproporción²⁶.

La doctrina del Tribunal Constitucional establece que lo estipulado en un contrato laboral no puede suponer una limitación de los derechos fundamentales del trabajador²⁷. El empresario no puede albergarse en el artículo 20 del Estatuto de los

²⁵ STS de 26 de septiembre de 2007.

²⁶ Sentencia del tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011.

²⁷ SSTC núm. 4/1996, de 16 de enero de 1996, núm. 186/1996, de 25 de noviembre de 1996, núm. 197/1998, de 13 de octubre de 1998, núm. 98/2000, de 10 de abril de 2000, núm.

Trabajadores para llevar a cabo intromisiones ilegítimas en las comunicaciones e intimidad de sus trabajadores, debe haber un equilibrio entre ambos intereses, pues el empresario está obligado a respetar los derechos fundamentales del trabajador, ya que esta facultad del empresario no puede acabar en un resultado inconstitucional y lesivo para el trabajador en el ámbito de sus derechos.²⁸

El Tribunal Constitucional reitera la importancia de que las resoluciones judiciales sean proporcionales y respeten el equilibrio entre las posiciones de ambas partes y sus respectivos derechos.

Remitiéndonos al caso concreto. D. José informó a sus trabajadores sobre esta supervisión, los cuales firmaron una carta en la que se prevenía esta facultad del empresario. Siendo una dirección de correo electrónico proporcionada por el empresario, el trabajador no tenía limitación alguna para, en el caso de la necesidad de llevar a cabo comunicaciones privadas, las realizase por medio de otra cuenta de correo personal, pues aquí no estamos discutiendo si el trabajador cumplía con su trabajo en sus horas laborales o no, sino, si cumplía con esa condición del empresario de limitar la dirección otorgada, sólo para comunicaciones profesionales. No parece, pues, desproporcionada la medida, en tanto los correos de Doña María Concepción fueron revisados por D. José en la ejecución de su facultad de supervisión, en un control rutinario, por lo que no constituyó una acción fuera de lugar o que no cumpliera con lo estipulado por D. José en la carta firmada por los trabajadores.

Se puede alegar que el hecho de que D. José entre en conocimiento de los hechos que figuran en los correos electrónicos afecta a la intimidad de Doña María Concepción, mas es algo inherente a la actividad de supervisión del empresario, en tanto no podrá saber si el trabajador está cumpliendo con el deber que aceptó de no utilizar el correo para asuntos personales sino entraba directamente en los mismos.

De esta manera, la actuación de D. José, en cuanto a la intervención inicial del correo de la demandante parece ajustada a derecho, respetando los principios de proporcionalidad, transparencia y finalidad.

Ahora bien, cuestión distinta es la de la utilización por parte de D. José de estos correos para servir de alegato en su demanda de divorcio para que le fuera concedida la custodia de sus hijos con Doña María Concepción, pues los casos analizados anteriormente con motivo de conocer si era ajustada a derecho la fiscalización del correo por parte del empresario, se basaban en el alegado incumplimiento del contrato de trabajo por parte del trabajador o la vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral; mientras que en el caso

20/2002, de 28 de enero de 2002, núm. 196/2004, de 15 de noviembre de 2004, núm. 56/2008, de 14 de abril de 2008 y núm. 76/2010, de 19 de octubre de 2010.

²⁸ STC 11/1981, FJ 22.

presente, esta injerencia, que en principio puede entenderse como ajustada a derecho, pasa a ser aceptada como medio de prueba en un procedimiento judicial civil de divorcio, afectando de una manera diferente los derechos antes mencionados del artículo 18.1 y 18.3 de la Constitución Española. Estaríamos ahora en un ámbito totalmente diferente donde es necesario hablar de la posibilidad de que la prueba sea ilícita.

4.- Indicios como fundamentación de la injerencia judicial.

La supervisión para la que estaba facultado D. José sobre los correos electrónicos de sus trabajadores, con conocimiento de éstos, era con finalidades de interés de las actividades de la empresa, por lo que aparecen dudas sobre si la información que pueda obtener el empresario a partir de estas gestiones de fiscalización de sus trabajadores pueda ser alienada a otro tipo de procedimiento judicial que no tenga nada que ver con el laboral, pues esta fiscalización fundamenta la alegación del empresario de la violación del contrato laboral por parte del trabajador. En este caso no estamos ante la jurisdicción que se encargue del tema laboral, sino ante lo civil en un procedimiento de divorcio, donde se pretende utilizar esta información obtenida como medio de prueba.

El control llevado a cabo por el empresario debe ser para los fines acordados con los trabajadores, por lo que cualquier intromisión más allá se puede considerar ilegítima. Si bien D. José conoció la información que contenían estos correos, no parece, a primeras luces, correcto que se empleen como base para la demanda de divorcio, pues se están extrapolarlo estos correos a un nivel en el que ya no estamos dentro de la relación laboral por lo que el empresario ya no está protegido por esa facultad (limitada como ya expusimos) a fiscalizar las cuentas de correo otorgadas para el desarrollo profesional de sus trabajadores.

En contrapartida a esta facultad del empresario (en este caso presente: marido de la recurrente) encontramos los delitos contra la intimidad del Título X del Código Penal, que concretamente en su Capítulo Primero tipifica el delito de descubrimiento y revelación de secretos²⁹, el cual establece que:

“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

Es recurrente en la realidad la existencia del denominado “espionaje doméstico” en casos de infidelidades en las parejas, donde el cónyuge acude a los correos electrónicos de la otra parte en busca de indicios. Muchos se han cuestionado si en el matrimonio debería modularse el derecho a la intimidad, pues la relación entre ambas partes parece de una naturaleza mucho más íntima y personal que cualquier otro tipo de relación; mas, sin embargo, el matrimonio no limita de ninguna manera nuestros derechos fundamentales ni los condiciona de forma alguna. De esta manera el vínculo

²⁹ Artículo 197.1 del Código Penal.

matrimonial no es excusa para la injerencia en las comunicaciones personales, así lo vemos en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo condenando al cónyuge que intercepta las comunicaciones del otro para usarlas como prueba en el procedimiento de divorcio.³⁰

Agravado en este caso por el hecho de la información interceptada revela datos de carácter personal referidos a la vida sexual de la víctima.³¹

En principio parece que los datos obtenidos son un indicio como para cuestionar la capacidad de Doña María Concepción de educar a sus hijos dentro de los valores familiares y corrección necesaria que necesita cualquier menor, pues si se hiciera caso omiso a esta situación y comportamientos de la madre, los menores podrían estar sometidos a presenciar situaciones que pueden afectar, poniéndonos en un plano extremo, a su desarrollo psíquico. Sin embargo, esto no tiene porqué ser de esta manera, pues la vida sexual de la madre, siempre que se mantenga alejada de interferencias en la educación y correcta guardia y custodia de los hijos, no tendría que afectarles.

Posibles alegaciones contra la prueba:

-Ante la posibilidad de existir un delito del 197.1 del Código Penal, la prueba sería ilícita pues se obtuvo de manera ilegal, pero en este caso aparece la figura del empresario fiscalizador con facultad para supervisar tales comunicaciones, por lo que parece que tal delito queda descartado, pues estamos en un ámbito laboral donde se preveía el consentimiento de la recurrente, pues conocía esta supervisión. Aquí lo que nos cuestionamos es la de extrapolar esta información a un procedimiento judicial civil de divorcio, cosa distinta sería que D. José hubiera revelados a terceros esta información, aquí sí podríamos defender la existencia del mencionado delito, o si no tuviera ninguna facultad de control sobre los correos, mas parece que en este caso, el fallo se encuentra en la actuación del órgano jurisdiccional.

-Si no se prevé dicho delito, podríamos estar ante una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por parte del órgano jurisdiccional por no cumplir con los requisitos de proporcionalidad y motivación de la autorización judicial para la intervención en las comunicaciones.

³⁰ Sala Segunda SSTS 872/2001, de 14 de mayo // 694/2003, de 20 de junio.

³¹ Artículo. 197.6 CP Anterior 5, renumerado por Ley Orgánica 5/2010.

5.- Autorización judicial.

El artículo 18.3 de la Constitución habilita al juez a intervenir las comunicaciones mediante resolución judicial, por lo que esto supone una limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, la Constitución no prevé ningún tipo de garantía constitucional para tal intervención, pues se limita a establecer la facultad del juez sin hacer alusión al procedimiento y circunstancias que deben concurrir.

Cuando hablamos de derechos fundamentales entramos en un ámbito muy delicado y protegido ampliamente por la carta Magna y demás leyes del ordenamiento, por lo que una injerencia en un derecho fundamental debe ser tratada de manera especial debido a su importancia, pues cualquier desvío de lo legal puede llevarnos a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en tanto los jueces y tribunales tienen la obligación de proteger los derechos de los ciudadanos en los procedimientos judiciales.

Las garantías que debe proporcionar tal intervención son: la existencia de una norma habilitante que sea suficientemente precisa, mantener el principio de proporcionalidad en la ejecución de la medida, y la existencia de una autorización judicial motivada dentro de un proceso.³²

5.1.- Previsión legal

A pesar de que el artículo 18.3 CE no prevé tal remisión a una ley para la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece 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”.

Así, por remisión al artículo 10.2 de la Constitución que dispone que las normas relativas a derechos fundamentales serán interpretadas conforme a los tratados internacionales de los que España sea parte, aparece aquí expresamente, esa necesidad de previsión legal.³³

En este aspecto, el Tribunal Constitucional reiteradamente ha expresado que *“por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una*

³² SSTC 49/1999, de 5 de abril, FF.JJ. 6 & 7; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9.

³³ STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3.

*habilitación legal*³⁴. Se necesita, por lo tanto, una ley que constituya “el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas (...) que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate”, el ciudadano debe poder conocer bajo qué circunstancias y condiciones los poderes públicos estarán habilitados para ejercer tales medidas. El legislador habrá de garantizar “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho.”³⁵

Por lo que la ley que prevea el procedimiento para la injerencia en los derechos fundamentales ha de ser estricta y garantizando tanto la seguridad jurídica de manera general como los propios derechos del ciudadano, que no se debe ver totalmente desprovisto de protección ante tal intromisión, pues se debe velar por que se lleve a cabo dentro de los límites legales, en palabras del Tribunal Constitucional: “la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad” .³⁶

España ha sido objeto de diversas condenas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual defendía la insuficiencia de la ley habilitante en este país³⁷ lo que llevó a la modificación de la LECRIM por la LO 4/1988, de 25 de mayo; a pesar de esta modificación el Constitucional sigue manifestándose a cerca de la redacción del nuevo precepto, considerándolo insuficiente³⁸.

En el caso presente estamos ante la intervención en las comunicaciones, y aparece aquí un problema, pues la LECRIM establece el procedimiento para llevar a cabo tales intervenciones en las comunicaciones postales y en las telefónicas, mas no hay proceso especial ninguno para las comunicaciones por medios informáticos como puede ser el correo electrónico.

Ahora bien, el procedimiento que establece la LECRIM para la intervención de las comunicaciones postales se aplica analógicamente para el caso de las comunicaciones telemáticas como el correo electrónico, entendiéndose que es otro tipo de “comunicación postal”, aunque nos reiteremos en la importante diferencia que albergan ambos tipos de intercambio de comunicaciones, por lo que es necesaria, en la actualidad, una ley que prevea un procedimiento especial.

Tal procedimiento del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el juez podrá “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

³⁴ STC 70/2002, de 3 de abril; STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

³⁵ STC 36/1991, FJ 5.

³⁶ STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6. Ver también Sentencia del TEDH de 31 de mayo de 2005 (Vetter vs. Francia), núm. 59842/00.

³⁷ STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España.

³⁸ STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5.

obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

En artículos siguientes se especifica, muy limitadamente, cómo debe llevarse a cabo la intervención, en cuanto a la detención de la correspondencia, su apertura y examen, especificando, por ejemplo; la necesaria existencia de un auto motivado (artículo 583), la citación del interesado para la apertura y registro de la correspondencia (artículo 584) en este caso será para la lectura de los correos electrónicos; la operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia y después de leerla para si apartará la que haga referencia los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria (artículo 586); así como que la correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante (artículo 587).

Apartándonos de consideraciones legislativas, lo que realmente nos interesa en el caso presente es el análisis de la autorización judicial en sí y de su proporcionalidad para con el proceso, pues de defender la ilicitud de la prueba es ésta la base sobre la que deberemos basar nuestra argumentación.

5.2- Principio de proporcionalidad y motivación de la autorización judicial.

Haciendo alusión al artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos nuevamente, se completa el precepto estableciendo que la intervención en los derechos fundamentales: *“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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

Aparece aquí el principio de proporcionalidad, que tanto reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁹ como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁰, consideran como un principio general que limita la injerencia y que busca que éstas se lleven a cabo por un fin constitucionalmente legítimo que las justifique, y que sea necesaria la medida para conseguir tal fin.

Este fin constitucionalmente legítimo hace referencia al proceso judicial en el que nos encontramos, la resolución del caso por parte del órgano jurisdiccional debe atender a la necesidad de llevar a cabo tal sacrificio si es imprescindible, pues en caso de no serlo, la medida no sería proporcional.

³⁹ SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 123/1997, de 1 de julio, FJ 4.

⁴⁰ STEDH de 24 de abril de 1990, caso Huvig c. Francia y caso Kruslin c. Francia; y STEDH de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela c. España.

En este caso, estamos ante un proceso civil, por lo que nos tenemos que limitar a lo establecido para estos procesos, pues la jurisprudencia relativa a este tipo de intervenciones es, en su mayor parte, sobre procesos penales, por lo que las alusiones a delitos y proporcionalidad con las conductas delictivas y su esclarecimiento son constantes.

Lo que se busca en el procedimiento civil concreto al que nos referimos es la justificaciones de la falta de idoneidad de la madre para ocuparse de sus hijos, la medida ha de ser proporcional en tanto la finalidad perseguida es la protección de los menores pero sin lesionar los derechos de la madre a su intimidad y secreto de sus comunicaciones. La situación debe ser de tal calibre que suponga una prueba determinante en el proceso y que realmente determine la necesidad de tener en cuenta tales datos provenientes de los correos electrónicos en aras de la protección de los intereses de los menores, para así poder defender que tal protección de éstos legitima la injerencia en los derechos fundamentales del progenitor.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, define los requisitos que deben apreciarse para existir proporcionalidad en la medida, haciendo referencia a sentencias anteriores del mismo Tribunal⁴¹: idoneidad, necesidad y finalidad perseguida.

“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «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 general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”⁴²

- Los subprincipios de necesidad e idoneidad:

Nos lleva a analizar la posibilidad de que existan otras medidas no tan lesivas para la persona que se ve sometida a la injerencia en su derecho, es decir, que ésta no sea totalmente necesaria para alcanzar el fin perseguido. El auto debe fundamentar la ponderación de la necesidad de tomar tal medida.⁴³

La idoneidad de la medida afirmarí que es la mejor y más adecuada para conseguir el fin perseguido, por lo que en el caso de haber otras medidas menos gravosas, serán

⁴¹ SSTC 66/1995 y 55/1996.

⁴² En relación, más recientes: STC 14/2001, de 29 de enero y STC 202/2001, de 15 de octubre).

⁴³ Lo establece así la STS de 23 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10266).

éstas las más idóneas. Debe existir un presupuesto que la legitime, pues de no existir esta legitimación no se podría afirmar la existencia de idoneidad y necesidad.

En el caso presente no parecen haber muchas más alternativas a la prueba propuesta más que posibles interrogatorios a los menores, pues los encuentros sexuales de su madre con varios hombres fueron constantes en los meses anteriores, y se debería analizar si esto supuso una alteración para los menores o si muestran desconocimiento por completo de tal situación. Este constituye el derecho de participación de los niños establecido en el artículo 12 del Convenio sobre Derechos del Niño (que será analizado posteriormente), por lo que el juez podrá analizar si el comportamiento materno ha afectado negativamente a los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio, atendiendo a su edad y madurez, por lo que tienen el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. De esta manera el menor podrá ser escuchado en los procedimientos judiciales de los que se pueda ver afectado. Así lo establece también el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que plasma el derecho a ser oído:

“El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.”

La proporcionalidad de la medida se basa en que *“tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio.”* (STC 49/1999, Pleno, de 5 de abril).

Motivación del auto:

La adopción de la medida deberá ser mediante auto motivado, así lo especifica el Tribunal Constitucional en su sentencia 181/1995: *“la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por resolución motivada, y ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues solo a través de aquella pueden conocerse y ponderarse éstas”.*

En base a la proporcionalidad de la medida, el juez deberá motivar en el auto que apruebe la práctica de la prueba, sobre la necesidad de tal intervención, donde debe explicar los elementos necesarios para llegar a la conclusión de que existe la proporcionalidad requerida, de manera que se garantice que no se está vulnerando los derechos en juego.

En el auto deberán constar todos los datos y procedimientos que se llevarán a cabo, así como la forma de llevarlos a cabo, así como prórrogas, límites temporales y nuevas intervenciones, para ejecutar la injerencia, dejando claro siempre su necesidad mediante la motivación.

El Auto del denominado “Caso Naseiro”⁴⁴, hacía referencia a la suma importancia de la motivación, la cual determina *“la exteriorización de los criterios en los que se apoya la decisión judicial; en la que también actúa la proporcionalidad, pues a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación; sin que sea correcto extender autorizaciones prácticamente en lanco, siendo preciso, por el contrario, una motivación razonable, lo que no quiere decir, desde luego exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza.”*

En el caso de que la primera intervención se considerase ilícita, esto es, la efectuada por D. José en virtud de su facultad de fiscalización, afectaría a estas intervenciones judiciales, pues la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina al resto de actuaciones, aunque según lo analizado anteriormente puede entenderse que no concurría ilicitud en la primera intervención.

- Breve alusión al control judicial de la medida:

Como presupuesto para la proporcionalidad es necesario, además de la existencia de un auto motivado, el control de la medida, es decir, que la ejecución de la misma se lleve a cabo siguiendo lo estipulado en el auto. De esta manera, el control judicial de la medida pasa a ser parte del contenido esencial del derecho fundamental del que estamos hablando.⁴⁵

En el caso de aparecer irregularidades en el proceso de intervención, por parte de los órganos encargados de ejecutarlas, éstas no serán motivo de vulneración del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, sino que vulnerarán el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española.

-Consideraciones en el caso concreto:

El fin que se busca en este proceso de divorcio, proponiendo las pruebas que suponen la injerencia en el derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de Doña María Concepción, no es argumentar la necesidad de la disolución del vínculo matrimonial, pues según la legislación actual no es necesario justificación en la

⁴⁴ Auto del TS de 18 de junio de 1992.

⁴⁵ Véase SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2; 49/1999, de 5 de abril, FJ 1; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 5.

demanda de divorcio, sino que va más allá, pues es fundamento para solicitar que la guardia y custodia de los menores corresponda al padre. Entra aquí los intereses de unos terceros, que son estos menores, la medida debe ser proporcional en tanto el sacrificio de los derechos de la madre suponga conseguir proteger estos intereses.

Aquí nos debemos detener para analizar si tal medida es totalmente necesaria, si el comportamiento de la madre realmente puede ser un supuesto para retirarle la guardia y custodia, pues si este comportamiento no afecta de manera real a la educación y desarrollo de los menores no parece necesario apartar a los menores de su madre, siendo opinión concurrente y reiterada de los tribunales españoles que la custodia debe ir para la madre pues consideran que es la figura que mejor representa el rol de cuidador y educador, mas estamos en una sociedad cambiante donde no se puede tomar este argumento como determinante en toda situación.

No parece poder afirmarse que tal medida es necesaria, pero tampoco está claro que no lo sea, depende de cómo entienda el juez la entidad del comportamiento de la madre y cómo afecta a sus hijos, y para poder determinarlo es necesario que sepa exactamente de qué comportamientos hablamos, que son los descritos en los correos electrónicos, por lo que parece, de esta manera, que estamos ante una actuación judicial correcta, mas tiene partes oscuras en tanto es muy cuestionable que realmente esa situación afecte a los menores, por lo que podría entenderse que el juez actuó violando los derechos de la madre cuando tal prueba no supone ciertamente la fundamentación definitiva para otorgarle la custodia a Don José.

La autorización judicial a primera vista parece cumplir con los requisitos necesarios para las injerencias en los derechos fundamentales, pero es necesario incidir en el tema del interés superior del menor para poder alegar si la motivación y proporcionalidad de la medida es ajustada a derecho o si por el contrario, vulnera realmente los derechos de la recurrente en tanto no era una medida necesaria e imprescindible para el caso.

6.- Sobre el interés superior del niño como fundamento válido para limitar derechos fundamentales.

Parece imprescindible en el caso presente analizar el interés superior de los niños en tanto es la tercera parte afectada, parte por la cual el juez decide ejecutar la prueba que supone la injerencia en las comunicaciones de Doña María Concepción, como medida para proteger sus intereses.

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños fue la pionera en esta materia de derechos (aprobada por la Sociedad de Naciones Unidas el 26 de diciembre de 1924), posteriormente la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU 10 de diciembre de 1948), volvía a hacer referencia a los derechos de los niños. No fue hasta 1959 que la ONU aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, aunque la necesidad de un tratado internacional y vinculante, más allá de una declaración propició la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989⁴⁶. El concepto jurídico indeterminado de “interés superior del niño” es un principio del derecho que nace en la Convención en cuyo artículo 3 dispone:

*“1. 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**.*

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

El interés superior del niño constituye un principio que obliga al Estado y sus autoridades a considerarlo como básico y vinculante para el ejercicio de sus poderes, pues los niños tienen derecho a que ante las medidas que se tomen y que les afecte de manera especial se protejan sus derechos e intereses, es decir, deben ser respetados.

⁴⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49 de la misma. Ratificada por todos los países del mundo salvo Somalia y Estados Unidos.

Entendiendo como niño, todo menor de 18 años, salvo que haya alcanzado, según la ley que le sea aplicable, la mayoría de edad antes de los 18, lo establece así el artículo 1 de la misma Convención, por lo que estamos ante el mismo contenido de mayoría de edad de nuestro ordenamiento, que pone el mismo límite de edad.

El interés superior del niño se alza como único fundamento para separar a los hijos de los padres, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño; así como será la única justificación para limitar las relaciones personales y contacto directo con ambos padres⁴⁷. Es el principio en el que debe basarse las obligaciones comunes de responsabilidad y crianza de ambos progenitores o representantes legales, así como los procedimientos de adopción⁴⁸.

Decimos que es un concepto jurídico indeterminado en tanto supone la valoración de un conjunto de circunstancias subjetivas para poder preverlo y aplicarlo al caso concreto de la manera más óptima, por lo que no existe una única realidad equiparable a cualquier supuesto sin variaciones, han de ser aplicados en el momento “según criterios de la experiencia común”⁴⁹. Además, la situación social, cultural y económica de cada país ratificador supone una aplicación heterogénea de este principio, lo que no permite afirmar que los derechos del niño son protegidos de igual manera en el mundo actual.

En el caso de España, el ordenamiento posee pocos criterios normativos para suplir la indeterminación del concepto, lo que supone que será el juez (en el caso de que estemos ante un órgano jurisdiccional, como el caso presente) el encargado de aportar determinación al mismo para el supuesto que debe resolver, por lo que suele entrar en juego los criterios personales y creencias del juez, lo que puede suponer un peligro

Ante la interpretación poco homogénea de este principio, el Tribunal Supremo en Sentencia en 2009⁵⁰ establece doctrina en cuanto al interés superior del niño y la supeditación del resto de intereses de las partes.

“La LOPJM introduce de forma expresa el interés del menor como principio rector en la aplicación de la Ley al establecer su art. 2 que en su aplicación primara el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y en el art. 11.2 de dicho texto legal, en consonancia con el art. 39.2 CE, art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas de 20/11/1989, así como la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo, resolución A3-0172/92, entre otros instrumentos internacionales.

⁴⁷ Artículo 9 del Convenio.

⁴⁸ Artículos 18 y 21 del Convenio.

⁴⁹ En palabras de Díez-Picazo.

⁵⁰ Sentencia Nº: 565/2009 de 31 de julio de 2009.

Al ser de un concepto jurídico indeterminado corresponde al juez en la aplicación de la ley, llenar de contenido efectivo tal concepto, al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, utilizando nuestros tribunales la técnica jurídica casuística.”

En esta sentencia el Ministerio Fiscal cuestiona al tribunal “a quo” defendiendo que “al valorar el interés del menor prescinde de analizar si las circunstancias actuales de la madre biológica pueden asegurar a la menor, un desarrollo armónico integral desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad (...) La sentencia de instancia no valora, partiendo de los hechos probados, el interés del menor, de forma razonable, en la medida que hace prevalecer el interés de la familia biológica oponiéndose a la jurisprudencia contenida en las SSTS citadas por la recurrente y vulnera los preceptos legales citados que ordenan la prevalencia del interés del menor como norma general frente a otros bienes en conflicto” (F.D. 8)

Siendo un concepto jurídico indeterminado, el Ministerio Fiscal en su informe remite a una serie de pautas para prever el interés superior del niño, buscando, pues, una mayor uniformidad en la interpretación del mismo, algún tipo de “contenido básico”:

“Es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es la alternativa metodológica más razonable al sistema o técnica jurídica de tipo inevitablemente casuista de nuestros tribunales por culpa y a consecuencia de las cláusulas generales y su necesaria determinación en cada caso concreto

En este sentido según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes:

- a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.*
- b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.*
- c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se*

debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo.

d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro.”

Como principio vinculante, las instituciones encargadas de velar por este interés general del niño deberán estudiar el caso concreto para darle el mejor sentido a este concepto de manera que permita fielmente la protección del menor. Qué es lo mejor para el niño y qué medidas son viables para conferir tal protección, de esta manera el interés superior del niño se alza como un principio rector de las medidas tomadas por el Estado que busca ejercer una protección especial sobre los menores dada la especial situación de desamparo en la que se pueden encontrar en determinadas circunstancias familiares, circunstancias entre las que se encuentra, como una de las principales, en el denominado “primer mundo”, las rupturas familiares.

El juez deberá analizar hasta qué punto los comportamientos de Doña María Concepción afectarían de manera negativa al desarrollo de sus hijos, si, en virtud del interés superior del niño, mantiene la necesidad de ejecutar pruebas que afecten a derechos fundamentales de los progenitores como única medida de protección para esclarecer qué es lo mejor para los menores (en este caso, quién debe ejercer la guardia y custodia) este concepto jurídico de “interés superior del niño” puede realmente suponer un fundamento válido para limitar tales derechos. Sin embargo supone un fuerte esfuerzo para conseguir el balance adecuado entre ambos intereses, pues ninguno debe quedar desprotegido.

Históricamente los tribunales han optado por entender que la madre es la merecedora de la custodia de sus hijos, negando, en la mayoría de los casos la pretensión de custodia ejercida por el padre. El caso presente da una vuelta de tuerca a esa “tradicición” de los tribunales otorgándole la custodia al padre afirmando que la promiscuidad de la madre será un factor que incidirá negativamente en los menores. Mas parece importante destacar que en este caso el juez “supone” esta situación, pues no parece haber indicio de que realmente haya afectado este comportamiento de la madre sobre los hijos, comportamiento que llevaba ejerciendo con bastante anterioridad, parecería más indicado, en aras de la protección de los menores, no dar por hecho una situación no probada. Mas esto conllevaría poner en “riesgo” a los menores de presenciar situaciones no aptas para su idóneo desarrollo mientras vive

con la madre. Estamos ante un supuesto muy subjetivo, pues no sabemos si la denominada “promiscuidad” de la madre afectará realmente en un futuro a sus hijos, o si, por el contrario, su vida sexual puede permanecer apartada de la educación y custodia de los menores Emilia de 12 años y Carlos de 9 años, atendiendo también a los deseos de éstos, pues la separación de la madre puede suponer un daño mayor que el que se está intentando evitar (por meras suposiciones).

La misma Sentencia anterior, aunque se hable de un menor desamparado y no estamos en el mismo supuesto, se hace una revisión amplia a la importancia que presenta el interés superior del niño frente a los intereses de los progenitores en su FJ 6 establece que *“debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor.”*

El interés superior del menor o “favor minoris”, supone un principio superior a valorar con preferencia en cualquier resolución que busque la protección del menor⁵¹, así vemos como es recurrente en la jurisprudencia constitucional la consideración del interés superior del niño como un principio orientador de las medidas de protección frente a los intereses de los progenitores⁵², igual opinión encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³.

Se puede concluir que, efectivamente el interés superior del niño supone un principio general vinculante que, en aras de buscar el beneficio del menor, pueda ser fundamento para limitar derechos de los progenitores, mas debe ser aplicado, este principio, siempre procurando lo mejor para todas las partes, no se puede vulnerar gravemente un derecho fundamental de un progenitor si no es totalmente necesario para el beneficio del menor.

⁵¹ Artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989.

⁵² STC 58/2008, de 28 de abril.

⁵³ ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso WW contra Gran Bretaña de 8 de julio de 1987.

7.- Sobre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones en general.

El artículo 18 de la Constitución establece en su párrafo primero el derecho a la intimidad y en su párrafo tercero el derecho al secreto de las comunicaciones, de manera que:

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

(...)

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

Los derechos comprendidos en el mencionado artículo 18 forman parte del grupo de los denominados derechos fundamentales, recogidos en los Capítulos I y II de la Constitución. Se caracterizan por: la disponibilidad del derecho por su titular y la indisponibilidad de su existencia por el legislador. Son, por lo tanto, el poder, por parte de su titular, de hacer algo, es decir, una facultad, que se puede hacer valer frente a cualquier persona o institución, por lo que tienen efecto “erga omnes”, lo que le garantiza la impenetrabilidad por parte de terceros.. A pesar de esto, existen limitaciones, no son derechos absolutos en todas las situaciones, serán los poderes públicos los encargados de limitar estos derechos, siempre de manera constitucional. Así mismo, existe un límite más allá de lo establecido en la ley, y es el respeto a los derechos de los demás, podríamos decir que nuestro derecho “acaba donde empieza el de otro”.

Los derechos fundamentales son normas de principio, en tanto que no disponen en su redacción qué es lo que realmente se protege y cómo (entendiéndose como conductas y procedimientos e instrumentos concretos), son, además de principios, reglas, pues suponen una orden de protección de determinadas libertades a quien deba aplicar la ley.

Ahora bien, ¿son los derechos humanos lo mismo que los derechos fundamentales?, parece importante dirigir la mirada a esta diferenciación. En los ordenamientos internos de los Estados tradicionalmente se ha venido haciendo una distinción entre ambos conceptos, podríamos decir que el concepto de “derechos fundamentales”⁵⁴ surge de aquellos derechos con especial protección proclamados en la Constitución, por lo que es un concepto predominante en el orden constitucional, mientras que el concepto de “derechos humanos” va mucho más allá, entre los derechos fundamentales encontramos derechos humanos, pero para entenderlos tenemos que remitirnos a la filosofía en tanto fue la madre del pensamiento de los derechos humanos, donde encontramos diferentes teorías que fundamentan su nacimiento y

⁵⁴ Apareciendo esta expresión por primera vez en la Constitución alemana de marzo de 1849.

existencia; por ejemplo, Maritain defendía que las personas tienen derechos sólo por el hecho de ser personas, siendo esto una fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, mientras que las teorías de la fundamentación liberal defiende que no existe un orden natural y por lo tanto los derechos humanos surgen de la libertad de la voluntad de las personas.

La identificación entre derechos fundamentales con derechos consagrados positivamente en la Constitución corresponde precisamente a la Ley Fundamental de Bonn: los Grundrechte son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (Menschenrechte) y derechos fundamentales (Grundrechte). A partir del texto de la Constitución de 1978 (Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión “derechos fundamentales”⁵⁵

Los derechos fundamentales de los que estamos hablando en este caso, protegen la esfera privada de las personas, concretamente el derecho al secreto de las comunicaciones, en palabras del Tribunal Constitucional, *“consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) (...)* el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. (...) El concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”⁵⁶

Lo que protege este derecho fundamental es, por tanto, la libertad de expresión y no la intimidad, y garantiza tanto la protección del medio por el que se lleva a cabo la comunicación como el mensaje en sí mismo. Otra diferencia con el derecho a la intimidad es que el secreto de las comunicaciones no protege frente al otro interlocutor, donde entraría en juego la intimidad. De la misma manera, vemos que el

⁵⁵ Aldunate Lizana, Eduardo, Derechos fundamentales, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, p. 47.

⁵⁶ STC 114/1984 de 29 de noviembre, FJ 7.

texto constitucional establece la necesidad de autorización judicial para la intervención en el secreto de las comunicaciones pero no dice nada acerca del derecho a la intimidad, en este aspecto, la STC 37/1989, de 15 de febrero, dispone que la práctica de diligencias que supongan una injerencia en la intimidad requerirán autorización judicial motivada y proporcional, salvo determinados supuestos de necesidad para la averiguación de delitos por parte de la policía.

Ahora bien, a pesar de que a primera vista el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones parecen bien delimitados, no podemos dar esto por garantizado. Ante este posible conflicto, vemos en el supuesto, en primer lugar, la alegación por parte de Doña María Concepción de vulneración del derecho a la intimidad y posteriormente pasa a alegar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La jurisprudencia del Constitucional ha reiterado lo establecido en la anterior sentencia mencionada, lo que protege el derecho al secreto de las comunicaciones es la interferencia en un proceso de comunicación, por lo que en el momento en el que ese "proceso" se culmina ya no estaríamos bajo el manto protector del artículo 18.3 sino del 18.1, es decir, el derecho a la intimidad. Así depende del momento en el que se halle tal proceso de comunicación, la vulneración sería del derecho a la intimidad y no del secreto de las comunicaciones pues la intervención no interfiere en un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado.⁵⁷

De esta manera tendríamos que hablar de varios momentos en el proceso de comunicación cuando estamos ante correos electrónicos: los correos no leídos, quedarían bajo la protección del secreto de las comunicaciones; y los correos no enviados así como los ya leídos, que se albergan bajo el derecho a la intimidad.⁵⁸

No obstante, esta doctrina no resulta fácil de aplicar, pues la propia naturaleza del medio por el que se efectúa el intercambio de comunicación ofrece innumerables problemas a la hora de determinar en qué momento del proceso de comunicación nos encontramos. Además, la necesidad de que el interesado deba ser citado en el momento de la apertura del correo (en el caso del proceso para la injerencia en el secreto de las comunicaciones) puede llevar a que fracasen las pesquisas.

No se nos deja claro si la ejecución de la toma de las pruebas, es decir, la transcripción de los correos de Doña María Concepción fue realizada en su presencia o no. Independientemente de este último aspecto destacado, y asumiendo que tal transcripción se llevó a cabo de acuerdo con la ley, parece que el derecho que está en juego en el supuesto concreto es el derecho a la intimidad, más que el derecho al secreto de las comunicaciones, en tanto podríamos entender que la comunicación ya

⁵⁷ STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.

⁵⁸ GARCÍA RUIZ, J., "Correo electrónico y proceso penal", Diario LA LEY, núm. 5805, año XXIV, 18 de junio de 2003.

ha culminado, los mensajes transcritos que se encontraban almacenados correspondían a intercambios de comunicación de meses anteriores, comunicaciones terminadas, por lo que parece más ajustado al caso, defender la vulneración del derecho a la intimidad en tanto se entra a conocer datos íntimos sobre Doña María Concepción, más allá del ámbito de un proceso de comunicación.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Española, 1978.
- Comentarios a la Constitución española. Fundación Wolters Kluwer, Madrid 2008.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero).
- Ana Espinosa Díaz, “El Recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”. InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, 2010.
- Miguel Ángel Montañés Pardo, “La especial trascendencia constitucional como presupuesto del recurso de amparo”, OtroSí, Número 1. Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, 2010.
- SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, 30 de diciembre de 2011.
- Manuel Marchena Gómez (Fiscal del Tribunal Supremo). Diario La Ley Nº 6475, Ref. D-114. 4 de mayo de 2006.
- Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Recomendación 3/99 sobre la conservación de los datos sobre tráfico por los proveedores de servicio Internet a efectos de cumplimiento de la legislación. Comisión Europea, septiembre de 1999.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Roma, 4 de noviembre de 1950.
- García Ruiz, J., "Correo electrónico y proceso penal", Diario LA LEY, núm. 5805, año XXIV, 18 de junio de 2003.

-Anna Marco Urgell, “La Intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia”. Universidad Autónoma de Barcelona, octubre 2010.

-Irene Ortega Guerrero, “El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol.2, Nº3, pp.87-108.

-Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño”. Revista Unicef Justicia y Derechos del Niño, Volumen 1, 1999.