

TRABAJO DE FIN DE GRADO
“Derechos Fundamentales”

Uxío da Pena Gutiérrez
Carmen Garcimartín Montero

ÍNDICE

1 – INTRODUCCIÓN.....	1
2 – INFORME DETALLADO EN BASE A LAS SIGUIENTES CUESTIONES	
1.Si se han agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.....	4
2.Si se ve satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso.....	7
3.Si la intervención inicial del correo profesional de la demandante y recurrente en amparo es ajustada a derecho.....	10
4.Si los datos obtenidos a partir de esa primera intervención constituyen un indicio suficiente que permita, en el marco de un procedimiento civil, ordenar la injerencia en el secreto de sus comunicaciones electrónicas.....	13
5.Si la autorización judicial de la intervención de las comunicaciones electrónicas de la demandante y recurrente en amparo satisface los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales.....	15
6.Si el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.....	17
3 – CONCLUSIÓN.....	20
4 – BIBLIOGRAFÍA.....	21

I – INTRODUCCIÓN

El trabajo que presento a continuación, trata sobre la violación de los derechos fundamentales, en concreto sobre la violación del artículo 18.3 de la Constitución española, el cual nos habla sobre el derecho al secreto de las comunicaciones.

El supuesto de hecho se plantea, de la siguiente forma: D. José y Doña Concepción contraen matrimonio siendo el varón titular de una gestoría y la mujer auxiliar administrativa de la misma. El titular de la gestoría, José, decide proporcionar correos electrónicos a sus trabajadores para uso profesional única y exclusivamente, y los trabajadores firman una carta en la cual aceptan que José pueda supervisar cuando el crea conveniente el correo electrónico proporcionado por la S.L. En una revisión rutinaria, Don José, descubre que su mujer, Doña María Concepción, mantiene relaciones sexuales coetáneas con tres hombres.

A raíz de este suceso, Doña María Concepción, decide interponer una demanda de divorcio solicitando a su vez una pensión compensatoria y la custodia de los hijos, los dos de ellos menores, ante la sospecha de que Doña María Concepción tiene una vida sexual promiscua solicita al juez la intervención en el correo electrónico, y este resuelve admitiendo a trámite la prueba. Es en este punto dónde se encuentra el problema fundamental, así, se cuestiona si la intervención es ajustada a derecho y si cumple los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales.

A continuación, María Concepción se opone a la práctica de la prueba, por entender que supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad, pero el juez resuelve el recurso de reposición considerando la prueba practicada como lícita y declara disuelto el vínculo conyugal. A mayores, concede a José la custodia de los hijos así como la vivienda familiar. Finalmente Doña María Concepción apela la Sentencia dictada por el juez de primera instancia, argumentando que la injerencia en su derecho fundamental no está prevista expresamente por la ley y que no es una medida proporcionada. Sin embargo, el Tribunal no aprecia que se haya producido vulneración alguna y confirma la primera sentencia.

Por tanto María Concepción decide recurrir en amparo, y es en este momento en el que desarrollamos el informe jurídico que se nos pide en el trabajo. A lo largo del trabajo argumentaré bajo fundamentos jurídicos, cada una de las cuestiones que se piden en el informe, para finalmente, poder interponer el recurso de amparo ante el tribunal Constitucional. Por ello comenzaré haciendo especial relevancia al ya mencionado Recurso de Amparo.

El recurso de amparo constitucional tiene como finalidad proteger a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución española, así como la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.2, de la misma ley fundamental, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Así para la procedencia del recurso de amparo se requiere la satisfacción de tres requisitos¹:

- 1.La violación de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14, en la sección 1ª del Capítulo 2 y en el artículo 30.2, relativo a la objeción de conciencia.
- 2.Que dicha violación provenga de una disposición, acto jurídico o vía de hecho.
- 3.Que la transgresión sea atribuible a los poderes públicos.

¹ FIGUERUELO, Ángela. *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*. 1ªed, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, pág.58ss.

El primero de los requisitos se cumple en nuestro caso, ya que la violación del derecho se encuentra entre los derechos protegidos por amparo constitucional, la violación proviene de la intervención en el correo electrónico de la demandante y recurrente en amparo, asique se cumple el segundo de los requisitos, y por último el poder judicial que es el sujeto al que se le atribuye la transgresión, es uno de los tres poderes que conforman el Estado español. Por tanto se cumplen los requisitos de hecho

En cuanto a la legitimación, tienen legitimación activa o capacidad para promover el recurso de amparo, tanto las personas físicas como las jurídicas (públicas o privadas), españolas o extranjeras, pues aun cuando el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ciñe subjetivamente la protección constitucional “a todos los ciudadanos”, en lo que coincide con lo dispuesto por el artículo 53.2 de la Constitución que alude a “cualquier ciudadano”, no puede soslayarse que la propia ley fundamental en el artículo 162.1 alude en otras partes al término genérico y amplio de “toda persona” al señalar: “Están legitimadas para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica...”, por lo que no sólo las personas físicas nacionales y extranjeras pueden acceder al recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales, sino también las personas jurídicas en la medida en que sean titulares de esos derechos²³⁴.

En caso de presentar acorde a los plazos y requisitos de entrega que establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en sus artículo 43.2 y 44.2, surgirán los efectos de la presentación del Recurso de Amparo y de la decisión del Tribunal Constitucional⁵⁶. Así, El número 1 del artículo 164 de la Constitución establece que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado; las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

² Artículo 41.2 LOPJ. “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”

³ Artículo 53.2 CE. “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

⁴ Artículo 162.1 CE. “Están legitimados:a)Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.”

⁵ Artículo 43.2 LOPJ. “El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.”

⁶ Artículo 44.2 LOPJ. “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 recursos utilizables 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 aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. 2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.”

Por otra parte el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que la sentencia que otorgue el amparo podrá: “a) Declarar la nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, determinando la extensión de sus efectos; b) Reconocer el derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado; c) Restablecer al recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.” Asimismo, establece que en el supuesto de que se estime, en el recurso de amparo, que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de la ley en nueva sentencia.

Por tanto, admitido el recurso de amparo a trámite, y con una sentencia favorable del Tribunal Constitucional, se declararían nulas ambas sentencias sobre la base de la ilicitud de la prueba, por vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y también se retrotraerían las actuaciones judiciales al momento de dictar sentencia de primera instancia.

Por último, en el ámbito jurisdiccional interno, son impugnables las sentencias de amparo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 93.1⁷ de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, sin perjuicio de lo que establece la LOPJ, es posible recurrir una sentencia de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es el órgano jurisdiccional integrado en el Consejo de Europa y encargado de la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que fue ratificado por España en 1979.

Ya brevemente detallado el recurso de amparo, entraremos a explicar a continuación el fondo del asunto, y a redactar el informe detallado que se pide en el enunciado del trabajo, sin antes decir que no es relevante la aportación del recurso de amparo, porque no se tiene la suficiente información como para redactarlo.

⁷Artículo 93.LOPJ. 1.“Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación, las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas. 2. Contra las providencias y los autos que dicte el Tribunal Constitucional solo procederá, en su caso, el recurso de súplica, que no tendrá efecto suspensivo. El recurso podrá interponerse en el plazo de tres días y se resolverá, previa audiencia común de las partes por igual tiempo, en los dos siguientes”.

II – INFORME DETALLADO EN BASE A LAS SIGUIENTES CUESTIONES.

1.Si se han agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.

Entiendo que están agotados todos los medios de impugnación judicial, ya que se trata de un procedimiento de divorcio contencioso y no se dirime en él derecho fundamental alguno, así:

En virtud del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contiene el motivo del recurso de casación y las resoluciones recurribles en casación, no cabe dicho recurso en base a los siguientes elementos sustanciales.

En primer lugar, no cabe el recurso de casación en base al art.477.1 porque, como bien indica “habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso⁸⁹”, así, indico a continuación que la infracción no es de normas aplicables al objeto del proceso, sino la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española sobre la tutela judicial efectiva. Por tanto no se vulnera una norma recogida en una Ley ni en otra fuente de derecho inferior, sino que se ve vulnerada una norma fundamental¹⁰.

En segundo lugar, en cuanto al art.477.2 indica que sí serán recurribles en casación las sentencias dictadas en las circunstancias indicadas en ya mencionado artículo. Por ello, en su apartado primero indica textualmente, que se podrá interponer recurso de casación cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales con la excepción de los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Así, como anteriormente indicamos, sí se ve vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por tanto no será recurrible en casación por la argumentación de este motivo. El segundo de los requisitos recogidos en el art.477.2, añade, que la cuantía del proceso sea mayor de 600.000 euros para así poder ser recurrible en casación, pero en este supuesto caso no excede de esa cuantía porque el trámite de un divorcio contencioso ha de seguirse obligatoriamente por el trámite del artículo 770, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite al juicio verbal, y todos los procedimientos verbales no pueden superar la cuantía de 6.000 euros, en virtud del artículo 250.2 del mismo cuerpo legislativo¹¹¹²¹³. El tercer requisito se fundamenta, cuando la resolución del recurso presente interés casacional, y el propio artículo 477 en su apartado 3º, nos indica cuando un recurso presenta interés casacional.

⁸Artículo 477.1 “El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.”

⁹El objeto del proceso en este supuesto es, un divorcio contencioso.

¹⁰Artículo 24.1 “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

¹¹Artículo 477.2 “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos: 1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución Española. 2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”.

Este recurso no presenta interés casacional al no cumplir, ni ninguno de los requisitos del artículo 477.3, ni ser acorde a la doctrina del Tribunal Supremo y tampoco a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia en temas de derecho civil autonómico. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ya que no existen sentencias contradictorias ni aplica normas que no lleven más de cinco años de vigencia¹⁴.

Por tanto, con todo lo expuesto, afirmamos que no cabe recurso de casación en este supuesto, sin embargo no podemos afirmar todavía que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial. Hay un segundo medio de impugnación por vía judicial que es el recurso extraordinario por infracción procesal, recogido en los artículos 468 y 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de ellos, el artículo 468 LEC no es de aplicación a este caso, ya que no se trata de un recurso por infracción procesal sino que se trata de un divorcio contencioso y se recurre por vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva¹⁵. En cambio el artículo 469 no parece tan sencillo determinar si cabría en este supuesto o no. Por ello iré desgajando apartado por apartado su posible tramitación. El artículo 469.1 aprecia los motivos por los cuales puede fundamentarse el recurso extraordinario por infracción procesal¹⁶. Los tres primeros contemplan infracciones de normas procesales, ya sean sobre la competencia y jurisdicción objetiva o funcional, o bien reguladoras de la sentencia, o la infracción de normas que rigen actos y garantías del proceso. Sin embargo, el apartado 4º del artículo 469 LEC, contempla la posibilidad de interponer el recurso extraordinario por infracción procesal en caso de “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”, en este caso podría afirmar que si cabe el recurso extraordinario por infracción procesal, pero el mismo artículo 469 añade en su apartado 2º que la vulneración sólo procederá “cuando se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la

¹² “Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del Libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título”.

¹³ Artículo 250.2 “Se decidirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado I del artículo”.

¹⁴ Artículo 477.3. “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.”

¹⁵ Artículo 468. “Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia”.

¹⁶ “Artículo 469.1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:

1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.” Por tanto, justifico que no cabría recurso extraordinario por infracción procesal en virtud del artículo 469.1.4 LEC, mediante el artículo 469.2, ya que este último acota o delimita la vulneración del artículo 24 señalado anteriormente y no encontramos causa alguna en el proceso del divorcio contencioso para poder señalar que efectivamente existe requisito necesario en virtud del artículo 469.1.4 LEC.

Existe diversa jurisprudencia en cuanto a esta problemática interpretación del artículo 469.1.4 LEC, así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo que indica textualmente que “...el recurso extraordinario incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento...”¹⁷. En relación a la denuncia de la valoración probatoria realizada por la Sentencia para la determinación de la persona que conducía el vehículo siniestrado procede traer a colación la doctrina de esta Sala, representada entre otras por la reciente Sentencia del Pleno de 13 de enero de 2010 – recurso nº 2668/2004 - El cauce adecuado para plantear errores e infracciones de esta índole es el artículo 469.1.4.º LEC por cuanto este precepto, al permitir invocar como fundamento de la infracción procesal el artículo 24 CE , permite denunciar las infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva consistentes en la indebida, arbitraria o manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de instancia...”.

¹⁷ V.STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de noviembre de 2010 Recurso 436/2007.

2.Si se ve satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso.

Al tratarse de la infracción del artículo 18 de la Constitución Española, que protege la inviolabilidad de las comunicaciones o tratase de un derecho fundamental, tiene cabida el amparo constitucional. Ahora bien, lo que interesa en este momento es determinar si se ve o no satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo¹⁸. El Tribunal Constitucional ha aportado y precisado mediante una Sentencia el aspecto más importante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de Mayo ¹⁹. Es decir, la exigencia de que la violación constitucional recurrida en amparo sea una infracción con “especial trascendencia constitucional”, recogido en el artículo 50.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional .Como consecuencia de esta modificación, el recurso de amparo exige ahora esta cualidad añadida por la Ley Orgánica 6/2007, que el propio Tribunal ha concretado en la forma siguiente: “...Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC cuando en él se plantee "una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina"²⁰.

En este sentido 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

¹⁸ Artículo 18 “1. Se garantiza el derecho al honor a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3.Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

¹⁹ Pleno. Sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009

²⁰ Artículo 50.1 LOTC. “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: c. 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.”

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: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios...”.

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos ayuda no sólo a diferenciar cuándo existe realmente el requisito de especial trascendencia constitucional, sino que acota las posibilidades. Así pues, aprecio o veo satisfecho el requisito de especial trascendencia constitucional del recurso basándome en el apartado b) del fundamento jurídico 2º de la Sentencia 155/2009. Así indicando que el correo electrónico o mismo el mundo cibernético se puede considerar como “el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental.”. Consideramos el correo electrónico como el surgimiento de una nueva realidad social, porque simplemente en 1978 no se preveía la aparición del mundo electrónico que actualmente tiene tanta repercusión en la vida social cotidiana, ya que el artículo 18.3 de la Constitución Española engloba diferentes tipos de comunicación y correspondencia y sin embargo en cuanto a los medios de comunicación y correspondencia electrónicos ni se mencionan²¹. A mi parecer en cuanto a si considerar el correo electrónico como requisito de especial trascendencia constitucional fundado en el apartado b) de la Sentencia del TC, me parece muy similar a si se puede considerar el matrimonio homosexual como objeto de especial trascendencia constitucional en tanto en cuanto es una novedad jurídico social. También la jurisprudencia del TC, en cuanto a si considerar la intervención del correo electrónico como especial trascendencia constitucional, sí ve satisfecho el requisito para poder afirmar dicha trascendencia constitucional, y la argumenta a través de una Sentencia que vincula, como en nuestro supuesto caso, a un empresario, sus trabajadores y una organización sindical, y sus correspondientes correos electrónicos corporativos²².

Al comparar los anteriores señalamientos de la STC con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podemos advertir que la cuestión de especial trascendencia o relevancia constitucional resulta ser indeterminada y por ello está sujeta su verdadera interpretación al arbitrio del juez o Tribunal.

Un aspecto importante que ni puede pasar inadvertido es que en España, el Tribunal Constitucional puede pronunciar la inadmisibilidad del recurso si el recurrente no indica que su caso está revestido de especial trascendencia constitucional. Así el Tribunal Constitucional lo estableció mediante una Sentencia en el año 2008, al expresar lo siguiente: “... Por tanto, 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

²¹ Artículo 18.3.CE. “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

²² STC 281/2005, del 7 de Noviembre.

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..."

La exigencia prevista en el art. 49.1 in fine LOTC de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso es, además, un requisito insubsanable. Esta obligación de fundamentación en la demanda ha sido criticada por algunos autores pues puede suponer la inadmisión de demandas que no hayan fundamentado correctamente la concurrencia de una especial trascendencia constitucional, a pesar de que de la lectura de la misma pueda deducirse que, efectivamente, ésta se da.

Por último indicar que el requisito de especial trascendencia constitucional se verá satisfecho según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y también por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero pesa sobre el recurrente en amparo, es decir, en este caso pesa sobre nosotros indicar dicha especial trascendencia constitucional, por ello a la hora de interponer el recurso de amparo debemos argumentarlo correctamente y señalar el artículo 50.1.c LOTC.

3.Si la intervención inicial del correo profesional de la demandante y recurrente en amparo es ajustada a derecho.

En primer lugar, recordar, que el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental y, en general se regula en el artículo 18.3 de la Constitución Española ²³. Lo que resulta relevante en esta cuestión es que el secreto de las comunicaciones se ve amparado constitucionalmente, salvo resolución judicial. Por ello este derecho fundamental comprende todo el contenido que se comunique, sea de carácter íntimo o no, y protege la comunicación realizada por los medios técnicos y, como en este caso, por medio de las telecomunicaciones. Es un derecho que ampara a cualquier persona física o jurídica y al que se obliga a respetar de igual manera toda persona física o jurídica, bien sea pública o privada. El secreto de las comunicaciones tiene delimitados unos límites consistentes tal y como lo expresa la Constitución y ya citamos anteriormente, “salvo resolución judicial”, he aquí de especial importancia aludir al artículo 8.2 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, cuyo articulado establece que estas intervenciones judiciales estarán sujetas a determinados requisitos que a continuación analizaremos²⁴:

En primer lugar el convenio protege cualquier injerencia en las telecomunicaciones a no ser que estén previstas en una ley, y en segundo lugar que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. No apreciamos que la intervención judicial se recoja en ninguna ley para preservar el derecho del menor, derecho respetable y jurídicamente protegible y protegido, pero que en ningún caso de la importancia de un derecho constitucional.

En segundo lugar, la Constitución Española, en su artículo 55, se hace eco de dos supuestos en los que puede limitarse el derecho al secreto de las comunicaciones. El primer supuesto es, cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, por tanto hablamos de circunstancias excepcionales que en nuestro presente caso afirmamos con rotundidad, que al tratarse de un contencioso matrimonial en el que se dirime sobre la custodia de los hijos no tiene la enjundia suficiente para compararlo. El segundo de los supuestos añade que se podrá limitar el derecho al secreto de las comunicaciones cuando se trate de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, este segundo supuesto tiene un ámbito material penal de especial gravedad estatal y de la ciudadanía, y por tanto no es aplicable en nuestro caso. Ahora bien, en el supuesto caso de que nos encontráramos en materia penal, el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el juez podrá acordar por resolución motivada, por un plazo de hasta 3 meses, la observación de las comunicaciones de las personas sobre las que pesen sospechas²⁵. En caso de urgencia cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la

²³ Artículo 18.3.CE “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

²⁴ Artículo 8.2. “Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

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

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

medida anterior, podrá ordenarla el Ministro del Interior, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación.

Por otra parte, la utilización injustificada o abusiva de estas facultades producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes. En España, para justificar las escuchas o la intervención en el correo electrónico no basta con el éxito de la investigación, sino que hay que matizar en indicios concretos previos a la razón de la intervención, que deben ser valorados por un juez. En cuanto al requisito de motivación de la decisión jurisprudencial de interceptar las comunicaciones, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, del mismo modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero es el Tribunal Constitucional el que en este sentido ha sido más acertado y ha creado una corriente jurisprudencial que en la actualidad es tajante²⁶²⁷. Así se ha pronunciado diciendo“...las intervenciones que afecten al derecho de las comunicaciones deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensable para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción”²⁸. Por tanto, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, pero no nos vamos a detener ahora en este tema ya que a lo largo del trabajo tendremos que volver a hablar de los requisitos para poder realizar una intervención judicial y las injerencias a los derechos fundamentales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste puede ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los correos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma. Luego, debe determinarse con precisión el correo o correos electrónicos que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

²⁵ Artículo 579.2. “Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.”

²⁶ STS 1758/1999, de 5 de mayo de 2000; así como STS 1813/2000 , de 27 de noviembre.

²⁷ LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, 3ªed, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008 Pág 341, 242.

²⁸ STC nº197/2009 de 28 de septiembre

Por último, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad²⁹. Para dicho control no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras, y que el Juez proceda a la intervención en el correo electrónico antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta insuficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de los informes policiales.

Finalmente acorde con la jurisprudencia constitucional y con la doctrina mayoritaria entiendo que la intervención inicial del correo profesional de la demandante y recurrente en amparo no es ajustada a derecho, ya que como anteriormente he argumentado no puede ser el interés del menor, ni el interés matrimonial superior a la violación un derecho recogido en la Carta Magna.

²⁹ Concepto jurídico indeterminado, que más adelante explicaremos y analizaremos con doctrina y jurisprudencia su significado y su interpretación dentro de este marco, el secreto a las comunicaciones y la violación del derecho fundamental por la intervención judicial.

4.Si los datos obtenidos a partir de esa primera intervención constituyen un indicio suficiente que permita, en el marco de un procedimiento civil, ordenar la injerencia en el secreto de sus comunicaciones electrónicas.

En primer lugar, nos encontramos en una situación en la que se plantea, sí a causa de una infidelidad matrimonial, podemos vulnerar en el marco de un proceso civil un derecho fundamental, como es el derecho a las comunicaciones. Por esto, me gustaría no entrar a valorar la cuestión hasta tal punto, ya que me parece un tanto desproporcionada la medida, y sí cuestionarnos si el simple hecho de ser infiel a lo largo de un matrimonio, es causa para poder denegar la custodia de los hijos.

Por un lado, a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de Julio, que regula y modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, desaparecen los listados de causas de separación y de divorcio, por esto la infidelidad ya no es una causa de divorcio conyugal. Ahora bien, la infidelidad conyugal tampoco es relevante a la hora de atribuir la custodia de los hijos, así el Tribunal Supremo aclara en una de sus sentencias, “En relación a la conflictividad entre los cónyuges, añadimos que por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida de los hijos. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”³⁰. Por tanto tenemos que entrar a valorar el interés del menor, que más tarde, a lo largo del trabajo explicaremos con más detenimiento que se entiende por este concepto jurídico indeterminado³¹. Cuando hablamos de interés del menor, mencionamos a enfocar o encaminar todo tipo de actuación que sea favorable para la vida cotidiana del menor, por tanto, una infidelidad conyugal por muy inestable que parezca a simple vista el comportamiento en la vida de una persona, no tiene porqué ser perjudicial para los menores. Así el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este punto y argumenta que para considerar una infidelidad matrimonial como perjudicial debemos atenernos al nexo causal entre hechos y daños, “...podemos definirlo como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento...”. A nuestro parecer el hecho de que Doña María Concepción haya sido infiel, no significa que haya ocasionado un daño real a la vida de los menores, entendiendo el daño como la desatención de los mismos³².

Por lo tanto, una infidelidad matrimonial en la cual no se cause daño sobre la vida de los menores, no debe tener repercusión alguna a la hora de atribuir la custodia, entonces cuando el juez de primera instancia fundamenta el fallo diciendo “que el comportamiento sexual inestable de la demandante puede tener repercusiones en su vida afectiva y familiar, que razonablemente pueden incidir de forma negativa en la educación de sus hijos si viven en su compañía”, no es suficiente, sino que debe probar el daño que resulta de la infidelidad, porque a mi parecer, tener una vida sexual inestable, no es fundamento lógico como para aventurarse a afirmar que afecta de una forma negativa a la educación de tus hijos.

Por otro lado, ya aclarado el tema de la atribución de la custodia a D. José que resulta carente de fundamentos probados, tenemos que entrar a valorar si el hecho de ser

³⁰ STS, 22 de julio de 2011, dictada en el Recurso de Casación núm. 813/2009.

³¹ Vid, posteriormente, pregunta 6ª; “Sí el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”.

³² STS, 30 de mayo de 2009.

infiel durante el matrimonio permite a un juez ordenar la injerencia en el secreto de las comunicaciones. Carentes de jurisprudencia y doctrina en este caso, por su desproporcionalidad e irrazonabilidad, rotundamente negamos que la información obtenida en la primera intervención constituya un indicio suficiente que permita vulnerar un derecho fundamental. Al no tener soporte jurídico suficiente para poder fundamentar esta respuesta, voy a razonarla por analogía, por tanto, cuando existe una vulneración de un derecho fundamental en el marco de un proceso penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 579.2, detalla cuando un juez puede intervenir en las comunicaciones, y por tanto cuando puede vulnerar el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones³³. El juez debe motivar la intervención cuando existan indicios de responsabilidad criminal, o cuando estemos en causas de delitos flagrantes, o nos encontremos en estado de necesidad. Pues bien, si en materia penal la actuación del juez a la hora de limitar el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, es ciertamente limitada y sólo será válido en ciertos tipos de circunstancias, resulta bastante obvio que para resolver un divorcio contencioso y a quien se le atribuye la custodia de los hijos, se intervenga en el *email* de Doña María Concepción, por ello la infidelidad en el marco de un procedimiento civil no constituye un indicio suficiente para poder vulnerar un derecho fundamental.

A modo de conclusión, decir que si en el ámbito penal no cabe siempre la intervención en un correo electrónico, a pesar de estar válidamente motivada, en el ámbito civil, es una cuestión que no sea plantea, muestra de ello, la carencia de jurisprudencia sobre este punto.

³³ Artículo 579.2. “Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.”

5.Si la autorización judicial de la intervención de las comunicaciones electrónicas de la demandante y recurrente en amparo satisface los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales.

Para poder hablar de intervención de las comunicaciones electrónicas, debemos hacer especial hincapié, en que esta supone una intromisión en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las mismas, cuyo antecedente histórico no es otro sino la inviolabilidad de la libertad y el secreto de la correspondencia configurado en la Revolución francesa.

Se trata por tanto de un medio instrumental, utilizado en la fase de instrucción de un procedimiento penal, y no de un proceso civil, que tiene como finalidad investigar a una determinada persona o personas presuntamente autoras o que se comunican con el autor o autores de un presunto delito, a través de la intervención en el correo electrónico y escucha de sus comunicaciones telefónicas. Evidentemente, la finalidad última de la intervención telefónica y del *email* no son las escuchas derivadas de la misma, sino a través de ellas investigar la posible comisión de un delito y a sus presuntos autores o colaboradores, pudiendo ser éstas, en su caso, utilizadas posteriormente como medio probatorio para su aportación al proceso.

Todo lo anteriormente aportado, es válido siempre y cuando estemos refiriéndonos a un procedimiento penal, pero en este caso, como bien indica el enunciado “en el marco de un procedimiento civil”, habrá que atender al principio de proporcionalidad que tantas vueltas estoy dando a lo largo de este trabajo.

En primer lugar debemos averiguar si efectivamente se cumple el principio de proporcionalidad entre la medida adoptada, que en este caso es la injerencia en el secreto de las comunicaciones, y la prueba dentro del proceso civil, que es demostrar la infidelidad de Doña María Concepción y que lleva una vida que podría perjudicar el bienestar de sus hijos. Partiendo simplemente de la base de encontrarse en el marco de un proceso civil, se puede afirmar con rotundidad que el principio de proporcionalidad se ve alterado de una forma substancial, ya que no se puede comparar la violación de un derecho fundamental con la prueba de un procedimiento de un divorcio contencioso. Así la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a través de una resolución de un Recurso de inconstitucionalidad dice que el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales, y así mismo viene afirmando, que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar debidamente fundamentada, de forma que las razones fácticas y jurídicas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado, ya que sólo a través de la expresión de las mismas se preserva el derecho de defensa y puede hacerse, siquiera sea posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece ³⁴.

Por tanto, en este caso práctico no apreciamos si el juez fundamentó de una forma correcta la injerencia en el correo electrónico, pero a mi juicio, ni está debidamente fundamentada de forma que permita su correcta defensa ni me parece proporcional como anteriormente he añadido el sacrificio del derecho fundamental y la causa que obedece la intromisión en el correo electrónico. Pero un simple parecer personal no puede considerarse una respuesta correctamente elaborada, así que, apoyándome con la mayor parte de la doctrina estatal y jurisprudencia del Tribunal Constitucional “La aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados constitucionales de derechos, que tiene lugar con la reconceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser

³⁴ STC 55/1996, de 4 de noviembre.

meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos inclusive por el Estado, donde el individuo se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela última y necesaria aún frente a la ley.”³⁵. Y en cuanto al objeto del principio de proporcionalidad “Es un procedimiento relativamente sencillo e intersubjetivamente controlable, que tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio- fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo, es decir si existen varias opciones para lograr el fin, debe optarse por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos.”³⁶.

Para finalizar esta cuestión añadir que en el marco de un procedimiento civil las injerencias a los derechos fundamentales solo pueden provenir de otras normas constitucionales, es decir, de normas que tengan su misma jerarquía. Las restricciones pueden ser directamente constitucionales e indirectamente constitucionales. Las restricciones directamente constitucionales son las que se efectúan sobre derechos fundamentales y bienes constitucionales, contemplados en normas constitucionales. Las restricciones indirectamente constitucionales son todas aquellas limitaciones estatuidas por el legislador, en aplicación de una norma constitucional. De acuerdo con lo expresado, una medida restrictiva de derechos fundamentales sólo puede considerarse teleológicamente idónea, es decir, legítima, si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional.

Por el contrario, la medida será teleológicamente inidónea o ilegítima, si la restricción de derechos fundamentales que pretende está constitucionalmente prohibida, o si no favorece el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses legítimos. Por tanto, la autorización judicial de la intervención en el correo electrónico no cumplió los requisitos necesarios que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales, por todo lo anteriormente expuesto y resumiendo porque se ve alterado el principio de proporcionalidad, y que la injerencia en el derecho fundamental de las comunicaciones no provienen de ningún otro derecho fundamental, sino que proviene de una autorización judicial para la intervención de un *email* en el marco de un procedimiento de divorcio contencioso. Diferente sería si nos encontráramos en el marco de un procedimiento penal.

³⁵ Como pueden ser los juristas Montero Aroca, José Flors Matés y el civilista Rafael Arenas García, que tras la Ley 15/2005 que modifica el divorcio, adoptaron una corriente doctrinal expresada en el mismo cuerpo legislativo comentado.

³⁶ STC 37/1989 y STC 85/1994

6.Si el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En primer lugar para poder responder correctamente esta cuestión debo hacer referencia al concepto jurídico indeterminado “interés superior del niño”, así, es una constante tanto de los textos legales como de las resoluciones jurisprudenciales, atender a la cláusula abstracta del “interés superior del menor” para tratar de justificar cualquier decisión que afecte a la vida de una persona menor de edad, ya sea en aspectos de carácter personal o patrimonial. Así resulta del artículo 39 de la Constitución española, del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de múltiples artículos del Código Civil referidos de manera expresa al beneficio e interés superior de los menores y muy en particular del el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del niño”^{37 38} .

De acuerdo con la corriente doctrinal mayoritaria, se considera una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello, que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es. En el orden doctrinal, diversas son las opiniones acerca de qué es o cómo se entiende el interés del menor, así, por ejemplo, la magistrada de la sala de lo civil del Tribunal Supremo, María Encarnació Roca Trías, tras un análisis exhaustivo de la legislación estatal y autonómica en materia de protección de menores, llega a la conclusión de que “dicha normativa gira entorno de este concepto jurídico indeterminado; que representa una evidente garantía de sus derechos fundamentales.

El elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema debe partir de su proyección hacia el futuro, de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad”. Por último, Roca Trías partiendo de la base de que la personalidad jurídica trae causa del concepto de persona, afirma que “el interés superior del menor es una proyección, en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad”. De acuerdo con este primer punto de vista, el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Sin embargo otros autores definen el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley. Pero quizás la definición más acertada es la que entiende que “nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia de la autoridad judicial a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando”. En consecuencia, el interés superior del niño es una noción abstracta, que lleva al juez a la toma de decisiones, con base en todas las pruebas que se le ofrecen en el proceso.

³⁷ Artículo 39.4.CE. “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

³⁸ Artículo 2. Ley 1/1996. “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”

En cuanto a la visión jurisprudencial española, nuestros tribunales tampoco se han mostrado excesivamente precisos ni claros al resolver problemas reales en los que aparece implicado el interés del menor, empleando, en no pocas ocasiones, fórmulas preestablecidas que se limitan a reiterar sentencia tras sentencia, sin realmente indagar en la verdadera esencia de su significado. Tal y como es concebida esta noción abstracta por parte de los órganos jurisdiccionales se entiende que confiere un cierto grado de autonomía judicial, según las circunstancias presentes en cada caso concreto. Añadir que la actuación del Tribunal Constitucional en el tema que nos ocupa es poco relevante, puesto que corresponde a los órganos del Poder Judicial la aplicación del principio. El propio Tribunal Constitucional, en un Recurso de Amparo, es tajante en ese sentido al afirmar que “la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundadamente dicho interés.”³⁹.

Por otro lado, ya explicado el concepto jurídico indeterminado “interés superior del niño”, a través de jurisprudencia y corrientes doctrinales, es necesario, aclarar si efectivamente puede erigirse como fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Partiendo del principio de que el legislador u otra autoridad sólo podrán proceder a limitar un derecho fundamental, cuando previamente haya sido constitucionalmente habilitado para ello. Esta habilitación o autorización sólo podrá provenir de la Carta Fundamental, en virtud del principio de supremacía constitucional, que dispone que los preceptos legales podrán limitar las garantías que establezca la Constitución, sólo cuando ésta así lo haya autorizado. De no existir tal habilitación constitucional, el legislador carece de competencia para establecer limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales. En casos muy específicos que a continuación vamos a detallar, los jueces también pueden estar autorizados constitucionalmente para limitar ciertos derechos, y bajo determinadas circunstancias. Así, en consonancia con nuestro caso, podrán interceptar, abrir o registrar comunicaciones, así como correos electrónicos, en los casos y formas y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

En virtud del criterio de la competencia, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, podemos concluir que “un órgano estatal sólo podrá limitar un derecho fundamental cuando haya sido expresamente facultado para ello por la Constitución, *a contrario sensu*, si la Constitución no prevé que el ejercicio de un determinado derecho fundamental pueda ser restringido por el legislador u otra autoridad, entonces no será válida la limitación que se imponga para aquél, por tanto, no es correcta la simple afirmación que “la limitación de los derechos fundamentales debe concretarse por ley”, como si el legislador estuviere siempre habilitado para ello”.

En conclusión, el principio de proporcionalidad es nuevamente la respuesta a nuestra cuestión, por ello, surge el interrogante siguiente; sí la limitación del derecho a las comunicaciones, es decir, la limitación a un derecho fundamental es proporcional al interés superior del niño. Como anteriormente he comentado, el interés superior del niño se concibe por la mayoría de la corriente doctrinal como un elemento con autonomía judicial, esto es, el propio juez es el encargado de resolver cuando nos encontramos y cuando no, con la perturbación del interés del menor. Por lo tanto, y apoyándonos en la obra de Carlos Bernal Pulido que toma como base la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “el Tribunal Constitucional ya no sólo exige al juez ordinario una motivación razonable y expresamente, sino la estricta aplicación del principio de proporcionalidad que se configura, por tanto, como un procedimiento jurídico, una regla

³⁹ Vid, Recurso de Amparo núm. 5258/2000

metodológica construida a partir de criterios lógicos y razonables que otorgan a la decisión judicial un *plus* de coherencia y, por tanto, de legitimación, y ello con independencia de la categoría jurídica dentro de la que decidamos clasificarlo: como principio general del derecho, o como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales.”⁴⁰ ⁴¹. Este fragmento de la STC 50/1995, nos aporta dos criterios básicos para saber si el principio de proporcionalidad se está cumpliendo correctamente. El primero de ellos es un criterio lógico, y el segundo es un criterio razonable. Ninguno de los dos criterios se podrían aplicar correctamente en nuestro caso, ya que hablamos de la limitación de un derecho fundamental para amparar el “interés superior del menor”, ni entra dentro de la esfera lógica de la actuación judicial ni dentro de la esfera razonable, por ello no podemos considerar como fundamento válido el interés del menor para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

⁴⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, 1ªed, Madrid, 2003.

⁴¹ STC 50/1995, de 6 de Febrero.

III – CONCLUSIÓN

Para finalizar el trabajo es conveniente realizar una valoración personal sobre el mismo. Por lo tanto, decir que todo el trabajo gira en torno a la intervención del correo electrónico efectuada por el juez de primera instancia, intervención que como he argumentado a lo largo del trabajo, resulta inconstitucional, ya que el principio de proporcionalidad se ve afectado de una forma substancial.

Sin embargo, me gustaría añadir que como he podido apreciar a lo largo del trabajo, el caso que se nos plantea, resulta un poco imberosímil, no ya por la carencia de jurisprudencia al respecto, sino porque la intervección que ordena el juez no sólo se puede llevar por el campo de si es o no una intervención ajustada al derecho, sino que se puede interpretar como un delito de prevaricación judicial, ya que como añade el artículo 477 “El juez, o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”, por tanto, se contempla una modalidad de comisión culposa de la prevaricación judicial, exigiendo que la imprudencia sea grave y la ignorancia inexcusable. Esta gravedad ha de radicar en el comportamiento del juez, que ha de suponer un manifiesto y absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico, de manera que la errónea aplicación del mismo no pueda verse amparada en las posibilidades de interpretación de la norma. Creo que este caso se ajusta a la perfección a este artículo 477 del CP.

Por otro lado, el espacio donde se desarrolla el supuesto de hecho, es una gestoría, y por tanto surgen relaciones laborales, las cuales podrían haber sido objeto de preguntas. Por ejemplo; sí utilizar el correo electrónico para fines diferentes al trabajo es causa o motivo de despido, pero ya que el trabajo no recoge este tipo de preguntas de carácter laboral no voy a entrar a valorar dicho contenido.

Por último y resumiendo en pocas líneas la solución del caso, diré que cuando surge una violación de un derecho fundamental, lo fundamental, valga la redundancia, es hacer un juicio previo de valoración del principio de proporcionalidad. Me explico, hay que valorar si el derecho fundamental violado, es proporcional a la causa de la violación. Pues bien, en este supuesto, como ya he repetido a lo largo del trabajo, nos encontramos con una clara desproporción. Con el fin de atribuir la custodia a un cónyuge es intolerable, constitucionalmente hablando, que se viole el derecho al secreto de las comunicaciones.

VI – BIBLIOGRAFÍA

–BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil “Derecho de Familia”*, 2ªed, BERCAL, S.A, Madrid, 2011.

–LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, 3ªed, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008.

–CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRIGUEZ-PIÑEIRO, Miguel; BRAVO-FERRER. *Comentarios a la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*, Wolters Kluwer, Toledo, edición Diciembre 2008.

–DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ªed, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

–DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio. 1ªed, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

–FIGUERUELO, Ángela. *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*, 1ªed, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

–LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*, 5ªed, Marcial Pons, Madrid, 2006.

–LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, 3ªed, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2008.

–ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*, 9ªed, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

–PORTERO MOLINA, Jose Antonio. *Constitución y jurisprudencia constitucional*, 5ªed, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

–RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*, 8ªed, Atelier, Barcelona, 2010.