

DERECHOS FUNDAMENTALES

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Alba Oñate López

Tutor: Pedro Serna Bermúdez

ÍNDICE	PÁGINA
1. Antecedentes	4
2. Cuestiones orientativas	5
3. Informe jurídico	6
3.1. Cuestiones previas. El proceso de divorcio	6
3.2. La prueba	7
3.3. El interés superior del niño	14
3.4. Medios de impugnación dentro de la vía judicial	17
3.4.1. Recurso extraordinario por infracción procesa	19
3.4.2. Recurso de casación	20
3.5. Recurso de amparo. Especial trascendencia constitucional	23
3.6. Intervención inicial del correo profesional realizada por D. José	27
4. Conclusión	30
5. Anexo 1	31

ABREVIATURA EMPLEADA

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
C.c.	Código Civil
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Ed.	Editorial
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
Pág.	Página
RD	Real Decreto
RJ	Referencia Jurisprudencial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
S.L.	Sociedad Limitada
ST	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

1. Antecedentes

De la revisión de la documentación que nos ha sido facilitada se concretan los siguientes antecedentes:

- Con fecha 30 de diciembre de 1999 D. José y Doña María Concepción contrajeron matrimonio. Tienen dos hijos comunes, Emilia y Carlos nacidos en marzo de 2000 y julio de 2003 respectivamente. D. José era entonces titular de la gestoría Fisco-Up Gestión S.L. en la que Doña María Concepción trabajaba como administrativa.
- D. José proporciona cuentas de correo electrónico a todos sus empleados para uso exclusivamente profesional, el cual podrá ser revisado por él, o por la persona en quien delegue, en aras del interés de la empresa. Todos los empleados firman una carta en la que se especifica que el mero uso de la cuenta de correo supone la aceptación de la supervisión.
- En enero de 2011 se realiza una revisión de este tipo en la que D. José descubre varios mensajes en el correo electrónico laboral de su mujer de contenido personal que revelan una infidelidad conyugal.
- Una semana más tarde Doña María Concepción interpone demanda de divorcio solicitando una serie de medidas consecuente a ésta.
- D. José actúa solicitando la intervención de la comunicación de la cuenta de correo electrónico laboral de Doña María Concepción, prueba que es admitida por el Juez ordenando la transcripción del contenido de las comunicaciones habidas en el intervalo de tres meses inmediatamente anteriores a la ejecución de la medida, quedando evidenciado que ésta ha mantenido relaciones sexuales con al menos catorce personas distintas.
- La actora se opone a la práctica de la prueba por entender que supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El Juez resuelve el recurso de reposición entendiendo lícita la prueba. Finalmente, la sentencia de primera instancia, de 16 de diciembre de 2011, otorga la custodia de los hijos comunes a D. José, declarando disuelto el vínculo matrimonial, auto que es reafirmado en apelación por la Audiencia Provincial en sentencia del 30 de septiembre de 2012.

2. Cuestiones orientativas

1. Si se han agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.
2. Si se ve satisfecho el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso.
3. Si la intervención inicial del correo profesional de la demandante y recurrente en amparo es ajustada a derecho.
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.
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.
6. Si el interés superior del niño puede erigirse como un fundamento válido para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

3. Informe jurídico

3.1. Cuestiones previas. El proceso de divorcio

El caso plantea un proceso especial plenario puesto que versa sobre un pleito de divorcio entre la demandante y el demandado, por lo que se regirá por el Libro V del C.c. (art. 748. 3º C.c.). Este tipo de procesos son una excepción a la regla general civil ya que no solo no se rigen por la disposición de las partes sobre el objeto, sino que en ocasiones limitan o incluso prohíben esta libre disposición.

Además, es especial en su tramitación puesto que se tramita como un juicio verbal pero con contestación escrita la demanda.

Se trata de un proceso matrimonial con el que se pretende la solución jurisdiccional de las cuestiones surgidas como consecuencia de una crisis matrimonial. Es un procedimiento entre dos partes previamente determinadas, los cónyuges. La legitimación activa corresponde a cualquiera de ellos y la pasiva al otro cónyuge incurso en causa legal de divorcio.¹

En este caso debe intervenir el Ministerio Fiscal puesto que Emilia y Carlos, hijos comunes de la pareja, son menores de edad (art. 749 LEC).

¹ Lecciones de Procesos Civiles Especiales. J. Tomé Paule. Ed. Colex. Pág. 210, 212.

3.2. La prueba

En el proceso de divorcio estudiado, el Juez admite la prueba que solicita D. José, a la cual la demandante se opone por entender que supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. El Juez resuelve el recurso de reposición considerando lícita la prueba.

En lo que se refiere a la prueba en este tipo de procesos el art. 752 LEC es clave. En su párrafo primero establece que estos procedimientos *se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento*. Por lo que no se establece un requisito temporal para la admisión de la prueba. Y por otro lado, en el tercero, traslada lo establecido en este artículo a la segunda instancia.

El art. 287.1 LEC trata las pruebas ilícitas en el proceso, recordemos que éste expone que *cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado en su caso, a las demás partes*.

Continúa el artículo tratando esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio, y que deberá resolverse en el juicio verbal, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

El párrafo dos concluye este asunto estableciendo que contra la resolución sobre la ilicitud o no de la prueba sólo cabrá recurso de reposición² que se interpondrá, sustanciará y resolverá en la misma vista, quedando a salvo el derecho de las partes de reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Tras lo expuesto, podemos observar que la demandante ha actuado correctamente en el proceso. La duda se nos plantea con la actuación judicial, en cuanto si el acto aprobado por el Juez cumple los requisitos para restringir tal derecho.

El secreto de las comunicaciones está consagrado en el artículo 18.3 CE que establece la garantía al *secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*. Este derecho, protege todas las formas de comunicación frente a su injerencia ilegítima, es decir, aquella que no es consentida o no ha sido autorizada judicialmente.

Este derecho no trata de garantizar los secretos derivados de la intimidad personal, sino de la protección de las comunicaciones interpersonales frente al conocimiento, injerencia o interceptación por terceros, sean particulares o poderes públicos. Por tanto, su objeto es de naturaleza formal, puesto que las comunicaciones se protegen por su mera existencia, independientemente del contenido que posean.

² Y así lo confirma el art. 451 LEC.

La protección se otorga frente a terceros y no frente a las partes que integran la comunicación. En el caso de que éstas no guardaren el secreto y lo revelaren, no se estaría vulnerando este derecho, sino el de la intimidad y, eventualmente, el del honor o hasta el de la propia imagen.

Esto no implica que todo acceso a determinadas comunicaciones entre otras personas sea por sí mismo ilícito, sino que éste debe hacerse de forma lesiva, infiriendo en el consentimiento al acceso.

Aunque se debe tener en cuenta que existen determinadas situaciones subjetivas que pueden hacer que se modifique este tajante régimen de disfrute y garantía de este derecho. Como puede suceder en el ámbito de relaciones paterno-filiales o en determinadas relaciones administrativas de sujeción especial, como es el caso de la incomunicación de presos y penados, aunque este tema lo desarrollaremos posteriormente.

En el presente caso, a partir de la prueba solicitada por el demandado, el Juez ordena la injerencia en el secreto de las comunicaciones en el marco del procedimiento civil.

Al realizarse esta intervención se produce la limitación de un derecho fundamental que exige la concurrencia de una serie de requisitos³:

a) *Previsión legislativa concreta que ampare tal restricción*, que tratándose de un derecho fundamental ha de revestir la forma de LO (art. 81 CE):

Hemos de partir de que por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal⁴. Además, cada uno de los medios de prueba tiene que proponerse y practicarse precisamente en la forma establecida en la Ley (art. 283.3 LEC). Los medios en el proceso son la actividad y lo que se está diciendo es que el resultado que a la Ley le importa no es cualquiera, sino aquel al que se llega necesariamente por el cumplimiento de la norma que regula la actividad⁵.

El tema se ha planteado de forma más trascendente en el proceso penal por lo que existe una legislación más amplia en este área, encontrando la regulación legal de las intervenciones en el art. 579 LECrim de acuerdo con la redacción de la LO 4/1988, de 25 de mayo.

En esta área de derecho aparecen casos especiales de intervención de las comunicaciones, como es la actuación que puede llevar a cabo el Centro Nacional de Inteligencia⁶; o las personas privadas de libertad, que ven reducido su derecho al secreto

³ Derecho procesal penal. Varios autores. Pág. 284.

⁴ STC 49/1999, de 5 de abril, F.J. 4.

⁵ La Prueba en el Proceso Civil. Juan Montero Aroca. Pág. 157.

⁶ Regulándose el régimen de este tipo de intervenciones en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

de las comunicaciones⁷; o cuando se instaura un estado excepcional, que permite la suspensión del secreto de las comunicaciones si así lo prevé el decreto que declare el estado de excepción o de sitio (arts. 55 y 116 CE)⁸; o por último, el artículo 55. 2 CE que permite la posibilidad de restringir el secreto de las comunicaciones a bandas armadas o elementos terroristas, lo cual ha sido desarrollado por el art. 579.4 LECrim que establece como, en caso de urgencia, la intervención podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, revocará o confirmará la medida (Sentencia 71/1994, de 3 de marzo)⁹.

Fuera del ámbito penal encontramos el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que desarrolla la Ley 32/2003 de, 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que a su vez desarrolla la normativa europea.

Este Real Decreto impone a las empresas que hayan de cumplirlo los aspectos relativos a la intervención de las comunicaciones, estableciendo, en particular, las obligaciones que se imponen a las empresas de telecomunicación en relación con las intervenciones telefónicas, así como las exigencias en orden a afectar mínimamente a la intimidad y a la obligación de confidencialidad por parte de los que llevan a cabo las citadas intervenciones. (Título V)

Por su parte en el ámbito comunitario europeo es necesario mencionar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (58/2002/CE, de 12 de julio) relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que busca la armonización de las garantías frente a las intervenciones en cualquier medio de comunicación, si bien deja fuera de su ámbito de aplicación las medidas que puedan adoptar los Estados para proteger al seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, la prevención, investigación, detección o persecución de delitos.

Y por último, en lo que se refiere la regulación específica de las intromisiones efectuadas por particulares hay que atender a lo previsto en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por cuanto se reputan intromisiones ilegítimas *el emplazamiento en cualquier*

⁷ Lo ven reducido de dos maneras: en primer lugar de forma general, en virtud de las limitaciones a las comunicaciones telefónicas que impone la legislación penitenciaria (art. 47.1-3 del Reglamento Penitenciario, RD 190/1996, de 9 de febrero). En segundo lugar, una mayor incidencia en el derecho se deriva de los arts. 46 y 51 LO General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre) que permiten que las comunicaciones puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, quien dará cuenta a la autoridad judicial competente (SSTC 106/2001, de 23 de abril; 192, 193 y 194/2002, de 20 de noviembre). Estas limitaciones derivarían de la situación de sujeción especial de los internos, en conexión con el art. 25.2 CE (STC 58/1998, de 16 de marzo).

⁸ La intervención podrá efectuarla entonces la autoridad gubernativa, pero deberá ser comunicada inmediatamente al Juez *por escrito motivado* (art. 18 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

⁹ En cualquier caso, como ha señalado el TEDH, *habrán de conciliarse los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y la salvaguarda de los derechos individuales* (STEDH de 6 de septiembre de 1978, asunto Klass).

lugar de aparatos de escucha (...) o de cualquier otro medio para grabar o reproducir la vida íntima de las personas o la utilización de aparatos de escucha (...) para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de ...cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (art. 7.1 y 2).

Además, en el ámbito del proceso civil, la LEC no solo no otorga potestad al Juez para limitar este derecho sino que además prevé distintas formas para recurrir un acto que lo vulnere (art. 287 de la LEC).

Por lo que, como podemos observar, el Juez de lo civil no puede ampararse en ninguna norma legislativa para llevar a cabo tal restricción.

b) Jurisdiccionalidad:

En el sentido de que la afectación sea acordada en virtud de una resolución judicial, dato que no consta en la exposición de los hechos.

c) Respeto del principio de proporcionalidad:

Este principio exige, mediante la aplicación de técnicas de contrapeso de bienes y valores y de ponderación de intereses en conflicto, apreciar si la injerencia en el ámbito de los derechos individuales se encuentra objetivamente justificada por razones de interés público.

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad se exige que cumpla estos requisitos:

- Que sea susceptible la medida de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)
- Que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada (juicio de necesidad)
- Que sea equilibrada, por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios asumibles sobre el bien en conflicto sometido a restricción (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)

Este requisito será analizado a continuación en el estudio del principio del interés superior del niño que, y a forma de adelanto, no es motivo suficiente como para violentar el derecho fundamental de la madre puesto que este acto no supone una solución al problema planteado.

d) Motivación de la resolución judicial:

Este último requisito supone que el Juez debe motivar la resolución judicial que acuerde la medida restrictiva, efectuando el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés por el cual se produce dicha limitación. Hecho que tampoco consta en el caso planteado.

Estos requisitos forman parte del contenido esencial del derecho, y su no observancia determina la prohibición de todo elemento probatorio obtenido mediante su lesión. Cabría aplicarles la doctrina del TEDH sobre “la fruta del árbol prohibido”, concretada en nuestro ordenamiento en el art. 11.1 LOPJ, *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, en violación de derechos fundamentales*.

Una vez visto los requisitos generales para adoptar tal medida limitativa, procedemos a explicar los requisitos específicos de legalidad y admisibilidad de los medios de prueba que expone el Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, Juan Montero Aroca¹⁰.

Este autor comienza estableciendo la distinción fundamental entre fuentes y medios de prueba, donde la primera tiene su existencia temporal previa al proceso, es de donde procede la prueba en sí; y la segunda es el mecanismo a través del cual se incorpora la fuente al proceso, por lo que se realiza dentro de éste. A modo de ejemplo, en el interrogatorio de la parte, la fuente sería la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso.

A partir de esta distinción establece los requisitos de legalidad y admisibilidad para que los medios sean válidos.

Por un lado, encontramos, por tanto, la legalidad de la actividad probatoria que coincide con el requisito general de la existencia de una previsión legislativa concreta que ampare la restricción de un derecho fundamental. Es decir, se requiere para que la prueba sea válida, que no consista en una actividad prohibida por la Ley sino amparada en ésta.

Por otro lado, en lo que se refiere a la admisibilidad se presenta como un requisito inevitable para la práctica de la prueba en el proceso. Si bien es cierto que en el art. 24.2 CE se reconoce el derecho de las partes en cualquier proceso *a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*, este derecho no es absoluto, sino que está condicionado a otros dos requisitos¹¹:

- Pertinencia (art. 283.1 LEC): exige que el hecho que pretenda probarse tenga relación con el objeto del proceso.

La prueba será impertinente si no se refiere a los hechos que constituyen la causa de pedir de la pretensión ejercitada por el demandante, o a los hechos en los que el demandado se funda. Por lo que se debe referir a los hechos que al menos haya afirmado uno de los litigantes, porque, de no ser así, no formaría parte ni del objeto del proceso ni del debate, siendo excluidos de la prueba.

¹⁰ La Prueba en el Proceso Civil. Juan Montero Aroca.

¹¹ Entre otras SSTC 89/1995, de 6 de junio, FJ 6; 131/1995, FJ 3; 22/1990, de 15 de febrero.

Tampoco serán pertinentes los medios de prueba que se propongan por las partes para probar hechos no controvertidos (art. 281.3 LEC). Así como los que se propongan con el fin de probar hechos que no afecten al posible contenido del fallo de la sentencia.

Y por último, se consideraran impertinentes los medios por los que se pretendan probar hechos notorios, así como los medios de prueba que pretendan demostrar hechos cuya verificación no está permitida por la ley¹².

- Utilidad: atiende principalmente al medio en sí mismo considerado. El artículo 283.2 LEC establece que son inútiles *aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos*.

La inutilidad de un medio de prueba puede producirse cuando éste es inadecuado respecto del fin que persigue, o cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin, bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes.¹³

Tras exponer los requisitos generales sobre la limitación de un derecho fundamental así como las exigencias para que un medio de prueba sea válido, aplicaremos lo estudiado al caso concreto que nos atañe.

La supuesta ilicitud que se produce alegada por Doña María Concepción es la que versa sobre la prueba solicitada por ahora su exmarido y admitida por el Juez sobre la intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo electrónico profesional de ésta que se conserva en el servidor de Fisco-Up Gestión S.L. La recurrente considera que mediante este acto de aprobación se vulnera su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La fuente de la prueba es la intervención realizada en enero de 2011 por D. José, donde descubre varios mensajes de correo electrónico emitidos y recibidos por Doña María Concepción desde su cuenta de correo profesional, aunque de contenido personal, que revelan una infidelidad conyugal hacia éste.

La intervención del correo que vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones es el medio de prueba propuesto por la parte y acordado por el Juez, acto que éste no puede realizar porque, entre otras cosas, no hay alusión a ese pretendido medio entre los medios de prueba enumerados por la LEC¹⁴.

¹² Ejemplo: los juicios sumarios.

¹³ Ésto lo encontramos en la STS de 9 de abril de 1985 RJ 1985, 1688. Incluso a veces esta inutilidad viene dispuesta por la ley, como es el caso del art. 314 LEC que prohíbe un segundo interrogatorio de la parte sobre los mismos hechos sobre los que ya fue interrogada.

¹⁴ La Prueba en el Proceso Civil. Juan Montero Aroca. Pág. 170.

En el proceso civil no puede acordarse por el Juez medio alguno de prueba que suponga esa limitación. Se trata de algo tan simple como la pretensión civil, y lo que con ella está en juego que normalmente es dinero, con la cual no se consiente la limitación de derechos fundamentales por razones de proporcionalidad.

Al tener este derecho una posición preferente en el ordenamiento jurídico tiene la condición de inviolable (art. 10.1 CE), de modo que todo acto que suponga violación del mismo es nulo, por lo que frente a este derecho tiene que ceder el interés relativo a la obtención de la verdad en el proceso.

Si la prueba se practica, como ha sucedido, no será tomada en consideración a la hora de dictar sentencia con declaración de nulidad parcial de actuaciones.¹⁵

Si D. José hubiese aportado los correos como documento a la hora de contestación a la demanda, la prueba podría haber sido válida si las intervenciones del correo de empresa hubiesen sido lícitas, punto que analizaremos posteriormente.

¹⁵ La Prueba en el Proceso Civil. Juan Montero Aroca. Pág. 168.

3.3. El interés superior del niño

Nos puede surgir la duda con el principio de proporcionalidad antes nombrado, ponderando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de Doña María Concepción con el interés superior del niño.

Este principio se consagra como presupuesto básico en toda la legislación del menor. Lo encontramos principalmente en el art. 39.4 de la CE que nos remite a los acuerdos internacionales para proteger los derechos de los niños¹⁶. Atendiendo a éstos comprobamos que este principio aparece en numerosas ocasiones¹⁷, por lo que no es de extrañar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor lo consagre en el artículo 2 como uno de los principios generales¹⁸.

Además, las reformas suscitadas a lo largo de 1981¹⁹ provocaron el aumento de la consideración de este derecho en distintos supuestos del Código Civil²⁰.

Este interés del hijo puede entrar en juego solo o en conflicto con otros, sobre todo con el de sus progenitores como es el caso en cuestión, el cual puede determinar la atribución de la guarda y custodia de los hijos y sus vicisitudes ulteriores, en el ejercicio de la patria potestad o incluso en su privación²¹.

Considero, al igual que numerosos autores²², que se trata de un término jurídico indeterminado. Aun así estoy de acuerdo con la autora María Linacero de la Fuente²³ cuando expone que este principio debe determinarse poniéndolo en relación con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989, que son, entre otros, el derecho a la salud; el derecho a la educación; el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el derecho a ser oído; el derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; el derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario para el interés del menor.

¹⁶ Art. 39.4 de la CE: *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

¹⁷ Entre otros: Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, principio 2; Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículos 3.1º, 9.1º, 9.3º y 18.1º; Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992, punto 8.14; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 24.2.

¹⁸ Art. 2 de la LO 1/1996: *En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

¹⁹ LO 11/1981, de 13 de mayo, Ley 30/1981, de 7 de julio.

²⁰ Así, entre otros, arts. 92.2, 154, 156, 159, 170, 216 y 224 del C.c.

²¹ Matrimonio y divorcio comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil, José Luis Lacruz Berdejo, pág. 1018.

²² Entre otros: María Linacero de la Fuente, *Protección jurídica del menor*, pág. 57; José Luis Lacruz Berdejo (obra nombrada anteriormente) pág. 1019; Sancho Rebudilla, Francisco de Asís. *El nuevo régimen de la familia*, volumen II, pág. 98.

²³ *Protección jurídica del menor*. María Linacero de la Fuente, pág. 60.

Lo que se busca, por tanto, es materializar este principio tomando como guía el respeto de los derechos antes nombrados.

En particular, creo que el derecho a ser oído se materializa como un requisito trascendental a la hora de determinar el Juez la guarda y custodia de los hijos, que ahora nos ocupa. Considero, siguiendo las líneas de Francisco Rivero Hernández²⁴, que el menor debe ser oído antes de que se adopte alguna decisión que le afecte, y así lo recalcan numerosos artículos del C.c. como el 92, el 154 o el 156, entre otros.

No se da una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deban ser oídos los hijos. Anteriormente, el art. 92 del Código establecía la edad de doce años, aunque hoy en día el Juez decidirá si hay lugar o no a tal audiencia dependiendo de la valoración que éste haga sobre la madurez psicológica, intelectual y emocional del menor.

Así mismo, dispondrá del valor que se deba dar a lo conocido por lo oído, puesto que la audiencia del hijo no es vinculante para el juzgador en orden a la custodia de los hijos, sino que ha de tenerse en cuenta otros factores a ponderar conjuntamente²⁵.

Por todo esto, el Juez, previa audiencia de Emilia y Carlos, si éstos tuvieran el suficiente juicio a criterio del juzgador y en su caso con el asesoramiento de especialistas, deberá decidir sobre la guarda y custodia de aquéllos, teniendo como principal criterio de su fallo el interés superior de los hijos.

En el caso que nos atañe, el Juez debe decidir sobre el proceso de divorcio estableciendo también las distintas medidas que esto conlleva.

Tanto el Juez de primera instancia como el de la Audiencia Provincial toman como punto clave para tomar tal decisión la prueba solicitada por el marido de intervención del correo profesional de Doña María Concepción, fundamentando el fallo en que el comportamiento sexual inestable de la demandante puede tener repercusiones en su vida afectiva y familiar que pueden incidir de forma negativa en la educación de sus hijos si viven en su compañía.

A mi forma de ver, el fundamento otorgado por ambos se basa en un argumento de culpabilidad, teoría rechazada por la jurisprudencia²⁶. Lo que deben resolver ambos magistrados es sobre la disolución matrimonial que conlleva la interposición de las medidas posteriores, y es en éstas donde se debe velar por el interés superior de los hijos comunes.

²⁴ Matrimonio y divorcio comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil, pág. 1020.

²⁵ SAP de Barcelona de 15 de julio de 1989.

²⁶ Véase SAT de Bilbao de 31 de diciembre de 1984 (*tanto la atribución de la guarda y custodia de los hijos (...), se hallan en la nueva ordenación legal del matrimonio absolutamente desligadas del criterio de culpabilidad de la crisis matrimonial que inspiraba en la legislación derogada la adopción de las medidas subsiguiente a la separación conyugal*) y SAT de Barcelona de 7 de abril de 1986 (*la infidelidad conyugal no es per se motivo suficiente para privar a la madre de la guarda del hijo menor, ya que ello no indica una incapacidad para su educación*).

Lo que ocurre en los juicios estudiados es que la prueba que se autorizó demostraba la infidelidad, hecho, que como hemos expuesto anteriormente, no es motivo suficiente para privar a la madre de la guarda de los menores ya que ello no indica una incapacidad para su educación, y mucho menos justifica la vulneración que se produce a su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

3.4. Medios de impugnación dentro de la vía judicial

Nuestra Constitución establece dos garantías para la protección de este derecho especificadas en el art. 53.2 que reconoce 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. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.*

Por lo tanto se establecen como garantías la jurisdicción ordinaria y el amparo constitucional.

En cuanto a la primera, se trata de un procedimiento preferente y sumario de defensa de los derechos que supone un acortamiento de los plazos respecto de los respectivos procesos ordinarios; la limitación de los medios de prueba a aquellos aspectos que prueben exclusivamente la violación de un derecho fundamental, con inversión en la carga probatoria cuando se determinen indicios; y la necesidad de que la sentencia que en ellos se dicte se limite, a su vez, a juzgar sobre la lesión del derechos fundamental, sin posibilidad de extenderse a otros aspectos del caso que no tengan que ver directamente con el derecho fundamental lesionado.

Y por otro lado, nos encontramos con el recurso de amparo, que la Constitución Española otorga su conocimiento al Tribunal Constitucional en su artículo 161.1.b.

En el presente caso, la actora Doña María Concepción, pretende recurrir en amparo, con las expectativas de conseguir que se declare la nulidad de las sentencias de primera instancia y de apelación sobre la base de la ilicitud de la prueba por vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y que se retrotraigan las actuaciones judiciales al momento de dictar la sentencia de primera instancia sin que puedan ser considerados en el fallo los hechos derivados de la prueba ilícitamente obtenida.

Para saber si cabe o no la admisión de la pretensión de la ahora recurrente, hay que estudiar los requisitos antes expuestos para la admisión del recurso de amparo.

En primer lugar que se agote la vía judicial, como se ha expuesto en la presentación del tema, la actora acudió ante el juzgado de primera instancia y ante la Audiencia provincial. Para poder interponer recurso de amparo se ha de agotar la vía judicial, en este caso la sentencia ha sido recurrida en apelación, y después de ésta cabría el recurso de casación o el extraordinario por infracción procesal antes de acudir a la vía constitucional.

Resulta imprescindible aclarar la distinción entre los derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocesal y aquellos que, por su sustancia y contenido, sólo pueden ser violados o infringidos en el seno de un proceso.

En cuanto a los primeros, la LEC establece un proceso para su rápida protección, que se tramita con preferencia, donde el hecho o el comportamiento externo al proceso generador de la pretendida violación del derecho fundamental se resuelve después jurisdiccionalmente. El proceso que se crea para solventar tal violación, que se

caracteriza por la rapidez, se lleva a cabo en un juicio ordinario con demanda y contestación por escrito, seguidas de vista y sentencia.

En cambio, respecto de los derechos fundamentales que, en si mismos, consisten en derechos y garantías procesales (art. 24 CE), no se produce un procedimiento paralelo o posterior a aquel en el que se produjo la violación y no fue reparada, sino que las posibles violaciones han de remediarse en el seno del proceso en el que se han producido.

Por lo tanto se prevé el recurso de casación para ambas vulneraciones de los derechos fundamentales, y el recurso extraordinario por infracción procesal para el quebrantamiento de éstos en el ámbito procesal.

3.4.1. Recurso extraordinario por infracción procesal

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, cabe decir que se trata de un recurso extraordinario porque sólo procede frente a determinadas resoluciones y por motivos tasados. Así, el art. 469 de la LEC establece que *el recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos:*

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

Además, este mismo artículo establece un requisito mayor en su párrafo segundo exponiendo que *sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda 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.*

El Tribunal, en este recurso, se limita a la decisión de las cuestiones que afectan a la validez del proceso y a la observancia de las garantías procesales sin alcanzar a los hechos.

Tras lo expuesto, considero que el caso no se puede fundamentar en ninguno de los motivos recogidos en el art. 469 LEC ya que lo que acontece es una vulneración al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y no, una vulneración de los derechos consagrados en el art. 24 CE.

3.4.2. Recurso de casación

En lo que se refiere al recurso de casación, éste se trata de un medio de impugnación de carácter extraordinario (STS Sala 1º de 30 de diciembre de 1993), cuyo conocimiento se atribuye al TS, y excepcionalmente, a las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, que cabe interponerse por motivos determinados y frente a resoluciones definitivas determinadas dictadas por los tribunales de instancia expresamente previstas por la ley y cuya existencia tiene como fin esencial proteger el derecho fundamental de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley.

Este recurso no constituye una tercera instancia, puesto que el órgano de casación no enjuicia las pretensiones de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia, además, no es posible introducir nuevos hechos.

Viene consagrado en el artículo 477 de la LEC, en el cual aparece el motivo casacional y las resoluciones recurribles en casación:

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. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.*
- 2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.*
- 3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o éste 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.

El art. 477.2 de la LEC establece los casos que serán recurribles en casación, los cuales,²⁷ constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la reparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte; podemos llegar a la conclusión de que Doña María Concepción no puede interponer este recurso.

Procedo ahora al estudio de cada caso aplicado a los hechos que nos ocupan:

1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales excepto los que reconoce el art. 24 CE:

Se comprende en este punto el recurso de casación por razón de la materia de las sentencias pronunciadas en los procesos que, tramitadas por el juicio ordinario, pretendan la tutela de cualquier derecho fundamental con independencia de la cuantía. Dejando la vulneración del derecho fundamental contenido en el art. 24 CE a la posible interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, como hemos expuesto anteriormente.

La actora no podría acogerse a este supuesto puesto que, si bien la sentencia ha sido dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial, ésta no pretendía la tutela al derecho fundamental sino dictar un auto para la demanda de divorcio interpuesta por ésta.

2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000€

Este supuesto se da con independencia del objeto del proceso y siempre que se aduzca vulneración del derecho objetivo serán susceptibles de recurrir en casación las sentencias que excedieran de 600.000€. Tampoco podría acogerse a dicho requisito la recurrente puesto que, aunque no aparece ninguna cifra monetaria en el caso, considero que tampoco se daría.

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

En virtud del artículo 477.3 de la LEC, *se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida, es decir, la dictada por la audiencia provincial el 30 de septiembre de 2012, 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.*

²⁷ Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal regulados en la nueva LEC. Adoptados por la Junta General de Magistrados de la Sala 1ª del TS el 12 de diciembre 2000.

Según el Acuerdo del TS antes nombrado, en lo que se refiere al primer requisito establecido en el párrafo tercero del artículo anterior, *hace necesario citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas,*

Tras la búsqueda de numerosa jurisprudencia, podemos decir, que no se ha dado ningún caso que coincida en hechos al caso que hoy nos atañe puesto que, como se ha expuesto anteriormente, no se cumplen los requisitos para la posible injerencia en dicho derecho fundamental.

La Sala Primera del TS sí que trata sobre la injerencia en el derecho a la intimidad, a la propia imagen, al honor y al secreto de las comunicaciones frente al derecho a la información en multitud de sentencias²⁸, pero en éstas el derecho ha sido injerido por el demandado y no autorizado judicialmente por el Magistrado de la Sala de lo civil.

El segundo requisito trata sobre la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca²⁹.

Aunque no conocemos en qué ciudad se encuentra esta Audiencia Provincial, buscando sentencias de diferentes Audiencia nos ocurre lo mismo que con el Tribunal Supremo.

Por lo que, tras el desglose anterior de los dos principales artículos que legislan estos recursos, llego a la conclusión de que no es posible interponer ninguno de ellos, por lo que la actora Doña María Concepción, podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional con el fin de que se declare que se ha producido una vulneración en su derecho fundamental.

²⁸ STS núm. 197/2011 de 21 de marzo de 2011 RJ 2011/2892 y STS 1º Sala 22 de diciembre de 2000.

²⁹ Acuerdo adoptado por la Junta General de Magistrados de la Sala 1ª del TS el 12 de diciembre de 2000.

3.5. Recurso de amparo. Especial trascendencia constitucional

El recurso de amparo, está consagrado en la CE en el artículo 53.2³⁰, otorgando su conocimiento al Tribunal Constitucional, 161.1.b³¹.

Se trata de la última garantía de los derechos fundamentales puesto que las sentencias del TC son inapelables, con la única excepción del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se trate de la infracción de una de las libertades incluidas en el CEDH.

La LOTC en el Título III trata sobre este recurso. En estos artículos encontramos diferentes requisitos y pautas para interponerlos. Dichas necesidades las encontramos cubiertas en el presente caso.

Por un lado esta Ley indica que el recurso protege frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por actos jurídicos, entre otros supuestos, no pudiéndose hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

En los hechos enunciados podemos comprobar que la recurrida vulneración se produjo efectivamente por la autorización judicial dando lugar a una sentencia firme, exigiendo la recurrente el retroceso de las actuaciones judiciales a la 1º ST sin que se considere en el fallo los hechos de la prueba ilícita.

Por otro lado, se demuestra que este recurso posee un carácter subsidiario y extraordinario pues sólo cabe acudir al mismo en supuestos tasados cuando no existan otras vías procesales de tutela de estos derechos, o cuando éstas se hubiesen agotado sin la debida protección. Como ha quedado explicado anteriormente, la vía judicial se ha agotado.

El plazo que se establece para interponer el recurso es de 20 días desde la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial pero al tratarse de una violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, teniendo su origen inmediato y directo en un acto de un órgano judicial, el plazo se amplía a 30 días con el mismo *dies a quo*, siempre que se haya agotado los medios de impugnación previstos en las normas procesales, que la violación sea imputable a un acto del órgano judicial con independencia de los hechos, y que se haya denunciado formalmente en el proceso.

En el caso, la actora se opone a la práctica de la prueba en los Tribunales de 1º Instancia y la impugna en la Audiencia Provincial.

Esta Ley, junto con el art. 162.1 de la CE, establece la legitimación activa para interponer el recurso, protegiendo así tanto la legitimidad del titular del derecho fundamental vulnerado, como el interés del público en general.

³⁰ *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.*

³¹ *Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2, de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca.*

La LOTC³², por su parte, otorga la legitimación pasiva potestativa del proceso de amparo, con el carácter de demandado o de coadyuvante a las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formula el recurso, por lo que D. José podrá aparecer como demandado en el proceso.

Y por último, para que pueda ser admitida a trámite, la LOTC tras la publicación de la LO 6/2007 exige que los recursos tengan “especial trascendencia constitucional” atendiendo a la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y con la finalidad de reducir el uso de la vía de amparo, por lo que ahora no basta una simple lesión de un derecho fundamental, sino que el caso planteado represente algo especialmente importante para la vigencia de estos derechos.

Así pues, para la admisión del recurso de amparo debe concurrir, además de la lesión del derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo³³, una “especial trascendencia constitucional” del asunto³⁴, por lo que el recurso de amparo no podrá ser admitido a trámite³⁵ si el recurrente no cumple, además de los restantes requisitos previstos, la exigencia de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la “especial trascendencia constitucional” del recurso, dicho requisito será insubsanable. Ha de tenerse claro que esta carga es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental.³⁶

Aunque el recurrente ha de satisfacer necesariamente esta carga de justificación, ha de tenerse en cuenta que será al Tribunal a quien le corresponde precisar en cada caso la existencia o no de ese requisito, esto es, cuándo, a 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*.

En un principio no se sabía exactamente en qué casos iba a entender el Tribunal Constitucional que existía dicha “especial trascendencia constitucional”, pues, a pesar de los criterios nombrados anteriormente, éste no deja de ser un concepto jurídico indeterminado. Debido a esto se solicitó que el Pleno del Tribunal emitiese un acuerdo en el que lo definiera, consiguiendo así, asegurar que las cuatro secciones aplicaran los mismo criterios en la inadmisión y que los recurrentes en amparo pudiesen conocer si su caso era, o no, susceptible de admisión.

³² Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

³³ Arts. 53.2 y 161.1 b) CE y art. 41 LOTC.

³⁴ Arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC.

³⁵ STC auto 188/2008 de 21 de julio de 2008, interpretación confirmada por la STC 155/2009, FJ 2.

³⁶ SSTC 69/2011, de 16 de mayo de 2011, FJ 3; 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único.

El 25 de junio de 2009, el Pleno del Tribunal dictó la primera sentencia³⁷ en la que se aplicaba este nuevo requisito en el trámite de admisión del recurso y estableció que ésta concurría en los siguientes casos:

- 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;
- b) Que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, 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) Cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;
- d) 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) 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) 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 LOPJ);
- g) 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.”

No constituyendo ésta una lista cerrada pues, como bien dice el Tribunal en esta misma sentencia, *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.*

³⁷ STC 155/2009, de 25 de junio de 2009, FJ 2.

El caso que nos atañe sería objeto de un posible recurso de amparo pues goza de este requisito de especial trascendencia constitucional, debido a que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el hecho de una posible vulneración del secreto de las comunicaciones en el proceso civil estrictamente (opción “a”). Porque, si bien ha expuesto sus conclusiones sobre tal vulneración en el proceso penal³⁸ o en el social³⁹, no existe doctrina del Tribunal sobre este tema en esta área del derecho.

³⁸ Entre otras: STC 142/2012 de 2 de julio de 2012 sobre revisión de agenda telefónica por parte de la Guardia Civil, STC 107/2012 de 21 de mayo de 2012 sobre el límite del derecho de los internos en un centro penitenciario, STC 173/2011 de 7 de julio de 2011 vulneración de este derecho hallando un delito.

³⁹ STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984 grabación de una conversación y consiguiente presentación de esta en un juicio.

3.6. Intervención inicial del correo profesional realizada por D. José

En el caso que nos atañe, D. José, proporciona cuentas de correo electrónico a todos los empleados de Fisco-Up Gestión S.L. para usos exclusivamente profesionales. Además, les ha informado que las comunicaciones emitidas y recibidas a través del correo profesional pueden ser revisadas personalmente por él, o por la persona en quien delegue, para favorecer la ágil gestión de los asuntos de sus clientes y en aras del interés de la empresa.

Todos los trabajadores han firmado una carta en la que se especifica que el mero uso de la cuenta de correo supone la aceptación de la supervisión.

La intervención inicial del correo profesional de la demandante a partir de la cual surge la cuestión, data de enero de 2011.

El Estatuto de los Trabajadores en el artículo 4 trata sobre los derechos de los trabajadores. En concreto, en el párrafo segundo apartado e) ensalza como uno de éstos el respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Por lo que se consagra en este Real Decreto Legislativo el derecho fundamental establecido en el artículo 18.1 de la CE.

Por otro lado, esta misma norma establece como deber de éstos el *contribuir a la mejora de la productividad* (art. 5 e.). Y, además, el artículo 20.3 le otorga al empresario la potestad de *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.*

Como podemos observar, existe una contradicción en la norma oponiendo el derecho fundamental de intimidad frente a la capacidad de control por parte del empresario. Por lo que se debe buscar, en palabras del TC, *el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional.* Sobre esto ya han tratado numerosas sentencias⁴⁰.

Pero fue el Tribunal Supremo en el año 2007 el que realizó la unificación de doctrina aclarando este tema.⁴¹

En primer lugar, la sentencia aclara que no cabe la aplicación directa del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral, ni tampoco su aplicación analógica, porque no hay ni semejanza de los supuestos, ni identidad de razón en las regulaciones (artículo 4.1 del Código Civil)

⁴⁰ STS 52/2003 de 5 de diciembre de 2003; STC 186/2000; STC 98/2000.

⁴¹ STS de 26 de septiembre de 2007 RJ 2007/7514.

Por lo que la sentencia concluye este tema exponiendo que *el control del uso del ordenador* (que en nuestro caso puede ser extendido al uso del correo electrónico) *facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.*

Y así lo continúa aclarando diciendo que *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, 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 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* (artículo 20.3 del ET)

Ante esto, hay que tener en cuenta los límites de control en esta materia, donde el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que *guarde en su adopción y aplicación la consideración debida* a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad.

En lo que se refiere al derecho de intimidad nos basaremos en la STC 186/2000⁴² que trata de forma muy desarrollada este tema, configurándolo como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce.

El Tribunal considera que *el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.*

Por lo que, para que sea constitucional la medida de control restrictiva del derecho fundamental, se debe atender al principio de proporcionalidad

⁴² STC 186/200 F J 5 y 6.

Para comprobar esto, el Tribunal continúa exponiendo que será *necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:*

- *Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)*
- *Si 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)*
- *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).*

También declara esto la sentencia del TS de unificación de doctrina antes nombrada cuando expone que *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, como la exclusión de determinadas conexiones. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad.*

Tras exponer las conclusiones a las que llegan tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, debe ser D. José el que demuestre que la medida de revisión de las comunicaciones del correo profesional es proporcionada alegando que cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, que debe argumentar a su favor que con esta medida de revisión consigue la agilidad en la gestión de los asuntos pretendida, así como que no existe otra medida más moderada con que se pueda obtener el mismo fin, y por último, que con ella, se consiguen más beneficios para el interés general de la empresa que perjuicios sobre el derecho del trabajador.

Y además, debe demostrar que se ha otorgado a los trabajadores la información necesaria sobre tal medida, así como la obtención del consentimiento expreso de éstos para realizar tal acción⁴³.

⁴³ Se adjunta documento a modo de ejemplo (Anexo 1).

4. Conclusión

A la vista de las consideraciones realizadas, D^a María Concepción puede recurrir en amparo habiéndose agotado la vía judicial.

Esto es debido a que ni es posible interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, ya que no cumple ninguno de los requisitos del artículo 469 LEC, ni tampoco el recurso de casación, puesto que la sentencia emitida por la Audiencia Provincial no se dicta para la tutela de derechos fundamentales, sino para disolver un matrimonio. Además, no presenta interés casacional (Art. 477 LEC).

Por otro lado, el supuesto de hecho se ajusta al requisito de “especial trascendencia constitucional” necesario para que el Tribunal Constitucional autorice la admisión del recurso (arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC), ajustándose el caso a la opción “a” de las que establece dicho Tribunal en la sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009, FJ 2.

Se debe declarar la nulidad de ambas sentencias sobre la base de la ilicitud de la prueba en virtud del artículo 11.1 LOPJ a cuyo tenor *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, en violación de derechos fundamentales.*

Esto es así puesto que el Juez civil de primera instancia admite la prueba solicitada por D. José de intervención del correo profesional de la demandante, acto que éste no puede acordar ya que viola el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no pudiéndose amparar en ninguna norma legislativa para llevar a cabo tal restricción. Además, no hay alusión a ese pretendido medio entre los medios de prueba enumerados por la LEC (art. 299 LEC).

Igualmente, tampoco se satisface el principio de proporcionalidad, debido a que dicha actuación judicial no cumple ni con el requisito de idoneidad, ni con el de necesidad, ni con el de proporcionalidad en sentido estricto. No siendo tampoco justificante el principio del interés superior del niño como motivo primordial que argumente tal limitación, puesto que la infidelidad no es motivo suficiente para privar a la madre de la guarda de los menores ya que ello no indica una incapacidad para su educación (SAT de Barcelona de 7 de abril de 1986: *la infidelidad conyugal no es per se motivo suficiente para privar a la madre de la guarda del hijo menor, ya que ello no indica una incapacidad para su educación.*)

5. Anexo 1

COMUNICACIÓN DE DECISIÓN EMPRESARIAL AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 20 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La empresa les comunica que al amparo de las facultades de dirección y control de la actividad laboral que se contemplan en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, así como lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, que a partir del xx de xx de xxxx se procederá a instalar en los equipos informáticos de la empresa un sistema de grabación externa

Así mismo, se proporcionará cuentas de correo electrónico a todos los empleados de la empresa X para uso exclusivamente profesional. Las comunicaciones emitidas y recibidas a través del correo profesional pueden ser revisadas personalmente por los gestores de la empresa, o por la persona en quien éstos deleguen, para favorecer la ágil gestión de los asuntos y en aras del interés de la empresa.

La empresa entiende que dicha medida es totalmente proporcionada y adecuada para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, sin que vulnere ningún derecho.

La empresa entiende que quedan debidamente salvaguardados los derechos que se contienen en el Estatuto de los Trabajadores, así como en la Ley de Protección de Datos, puesto que han prestado su consentimiento al tratamiento de datos de carácter personal con anterioridad, teniendo en cualquier caso a su disposición los impresos en los que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley 15/1999.

RECIBÍ Y DOY CONSENTIMIENTO EXPRESO

FDO. TRABAJADOR

Bibliografía

Manual de derecho constitucional. Volumen II. Francisco Balaguer Callejón. Ed. Tecnos.

Derecho Constitucional. Fernando Santaolalla López. Ed. Dykinson S.L.

Derecho Procesal civil. Agustín-J. Pérez-Cruz Martín. José L Seoane Spiegelberg. Ed. Andavira.

La Prueba en el Proceso Civil. Juan Montero Aroca. Ed. Thomson reuters.

Derecho procesal penal. Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. Ed. Andavira.

Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título V del Libro Primero del Código Civil. Coordinada por José Luis Lacruz Berdejo. Ed. Civitas.

Protección jurídica del menor. Coordinada por M^a Paz Pous de la Flor, Lourdes Tejedor Muñoz. Ed. Colex.

El matrimonio y los hijos. Cien preguntas clave y sus respuestas. Maria Begoña Fernández González. Ed. Dykinson S.L.

Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial. Ana María Echarte Feliú. Ed. Comares.

Protección jurídica del menor. María Linacero de la Fuente. Ed. Montecorvo S.A.

Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil. Sara Aragonese Martínez. Ignacio Cubillo López. Rafael Hinojosa Segovia. Pilar Peiteado Mariscal. José Antonio Tomé García. Ed. Colex.