

PRIMERA PROMOCIÓN DEL GRADO EN DERECHO DE LA UDC

DERECHOS FUNDAMENTALES

INJERENCIA EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Sabela Sande Cruz

10/01/2013

TUTORA: Dra. Ascensión Cambrón Infante

ÍNDICE:

1. Introducción a los derechos fundamentales.
 - 1.1 Aproximación histórica a los derechos.
 - 1.2 Constitución de los derechos.
 - 1.3 Los deberes como contenido esencial de los derechos.
2. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.
 - 2.1 Contenido y alcance.
 - 2.2 Límites del derecho al secreto de las comunicaciones.
 - 2.3 Protección al correo electrónico.
3. Resolución del supuesto práctico.
 - 3.1 Hechos.
 - 3.2 Agotamiento de todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.
 - 3.3 Recurso de amparo. Especial transcendencia constitucional del recurso.
 - 3.4 Procedencia de las intervenciones de las comunicaciones.
 - 3.5 Prueba ilícita.
 - 3.6 Interés superior del menor como fundamento de la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.
 - 3.7 Conclusión.
4. Reflexión final.
5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1.1 APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LOS DERECHOS.

Para poder analizar y entender el contenido de los derechos fundamentales, debemos, en primer término, realizar una aproximación histórica acerca de su origen y su evolución.

Partiendo de la tesis iusnaturalista, algunos derechos son anteriores al Estado, es decir, a la institucionalización del poder, y tendrían por ello una legitimidad independiente del Estado. Siguiendo esta corriente, ciertos derechos de las personas son naturales, independientes del Estado o de las instituciones que, por consiguiente, no estarían legitimados para suprimirlos de una manera general.

Sin embargo esta tesis iusnaturalista no es más que una falsificación respecto a lo que los derechos, incluso lo más fundamentales, son. Para poder demostrar la inutilidad y la falsedad de esta tesis iusnaturalista debemos hacer un breve recorrido por los diferentes fenómenos que se dan en la Naturaleza desde los tiempos más remotos.

Disponemos de información suficiente acerca del funcionamiento de numerosos animales sociales y de sociedades humanas mucho menos evolucionadas y complejas que las nuestras. Gracias a ellos podemos observar la existencia de una violencia natural, regida por un principio basado en que los animales relativamente más poderosos matan a los animales más débiles para alimentarse o para protegerse, llegando en algunos casos al asesinato intrasocial instintivo. Por lo tanto la vida de estos animales menos complejos siempre está gobernada por el instinto, es decir, por un impulso.

En animales mucho más complejos, como elefantes, chimpancés o perros, sus comportamientos no se pueden explicar sólo por la acción directa de fuerzas instintivas. Esta clase de animales pueden poseer su propia cultura animal, generada y transmitida por el grupo social al que pertenecen. Además muestran respeto hacia los jefes grupales por lo que podemos observar en estas sociedades animales un indicio de instituciones mentales.

Las instituciones mentales, mucho más complejas que las mencionadas, las podemos detectar ya en grupos humanos en condiciones primitivas en relación con las nuestras. Estaríamos ante grupos humanos que aun no tienen instituciones políticas o materiales, pero que respetan a los ancianos, no abandonan a los enfermos o heridos, sino que el

grupo les presta ayuda. Podemos afirmar que poseen instituciones mentales, poseen una ética grupal. Así también comenzaron a crear instituciones materiales como jefes militares, o jefes de tribus, para enfrentarse a sus adversarios.

En todas estas sociedades hay instinto de conservación de la vida, pero no derecho a la vida; hay reglas de distribución de los bienes, pero no hay contratos; hay pertenencias, pero no derecho de propiedad. En estas sociedades el instinto de conservación individual y grupal no iba más allá del grupo mismo. No hay una moral universal, de especie, sino sólo aplicada a un grupo concreto.

Por estos datos históricos sabemos que ningún derecho es natural. En cualquier grupo primitivo puede parecer bueno que se conserve la vida, o que haya acuerdos entre miembros del grupo, o respeto al producto del trabajo en el seno de la comunidad. Pero estos bienes no están contruidos como derechos naturales, sino como instituciones mentales. Un derecho es algo más, es un producto histórico para cuyo surgimiento se necesitan instituciones mentales e instituciones materiales.

Podemos afirmar por tanto, que nuestras aspiraciones sólo son derechos si han sido reconocidas como tales por una institución material de la sociedad, es decir, por un poder de naturaleza política, por el Estado. Sin Estado no hay derechos, sólo habría aspiraciones, ya sean defendidas por instituciones mentales, culturales, o mediante la violencia.

Por consiguiente, la existencia de derechos no es anterior a la institucionalización material del poder. No es natural, como mantenían los iusnaturalista, sino en todo caso histórica, y en este sentido, contingente.

En conclusión, podemos afirmar que entre las instituciones mentales de los grupos humanos primitivos hay normas de moralidad o de uso social, incluso en ausencia de instituciones materiales de poder. Pero es necesaria la aparición de dichas instituciones materiales, de un Estado, para poder hablar de derechos.

1.2 CONTITUCIÓN DE LOS DERECHOS.

Un nuevo derecho individual, antes de serlo, debe constituirse como una aspiración determinada, es decir, como una institución mental, y no debe ser individual, sino colectiva, compartida por varios sujetos hasta llegar a concretarse es una aspiración común de la sociedad. El proyecto de un nuevo derecho individual tiene, por consiguiente, que encontrar voz, ser socialmente significativo.

Una vez conseguido esto, es necesario que ese derecho se introduzca en el campo político. Hay que entender el campo político como un terreno de juego y como un campo de fuerzas. Como un terreno de juego, el campo político es desigual ya que, los más poderosos socialmente lo son también políticamente, y además, este terreno de juego no cesa nunca, ninguna posición ocupada en él está garantizada. Como campo de fuerzas, el campo político ha de verse como un ámbito en el que se producen alianzas, rupturas de alianzas, fortalecimiento de algunos actores, desgaste de otros, e influencia de factores externos, económicos, militares, etc.

Será en el campo político donde ha de abrirse paso el proyecto de nuevo derecho individual para conseguir un estatuto normativo, es decir, una legislación que lo reconozca y establezca los deberes a su respecto para que el nuevo derecho individual pueda pasar al campo jurídico. El nuevo derecho individual entra entonces en un campo distinto, el campo jurídico. Es un derecho reconocido, lo que le da legitimidad pública, universal.

1.3 LOS DEBERES COMO CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS.

El concepto de derecho se construye a partir de la noción de deber, y no a la inversa. Alguien tiene un derecho sólo si los demás tienen deberes a su respecto, deberes acerca de aquello que se trata de proteger con un derecho.

Así, el contenido del derecho fundamental a la vida, por ejemplo, son los deberes ajenos, que tienen los demás, acerca de nuestra vida. Si nadie tuviera deberes respecto de nuestra vida no tendríamos derecho a la vida, sólo tendríamos vida y nada más.

Los deberes que integran el contenido de cada uno de los derechos son deberes de los demás seres humanos de la comunidad y muy destacadamente de las instituciones materiales de la misma, de los poderes públicos ante todo. El primer deber de las instituciones públicas es garantizar el cumplimiento de los deberes de los seres humanos particulares y de las instituciones públicas y privadas respecto de lo protegido como un derecho.

Puede suceder que los derechos estén medio vacíos porque vayan acompañados de deberes insuficientes para garantizarlos plenamente, por lo que estaríamos ante “derechos a medias”.

Y, por último, es necesario tener en cuenta que cada derecho tiene un coste económico. Ciertos derechos tienen un coste superior a otros, estos son los derechos sociales, debido a la complejidad de los deberes implicados por su reconocimiento. Como es lógico, los “derecho a medias” tienen en general un coste inferior a los derechos plenos.

2. DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

2.1 COTENIDO Y ALCANCE.

El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española, en el cual se establece que: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”. Este derecho comprende todo el contenido que se comunique, sea de carácter íntimo o no, y protege la comunicación realizada por medios técnicos y por medio de las telecomunicaciones. Es un derecho de cualquier persona física o jurídica y al que se obliga a respetar de igual manera a toda persona física o jurídica, bien sea pública o privada.

Son cuatro los elementos definitorios de este derecho:

- 1) La finalidad es la de impedir el acceso de terceros en la comunicación, sean estos públicos o privados.
- 2) El objeto de protección es la comunicación en sí misma considerada, de manera que todo tipo de contenidos que se comunican entre dos o más personas, no sólo los más íntimos y personales, está protegido constitucionalmente por ese “secreto”.
- 3) La protección constitucional se produce frente a terceros, por lo que no afecta este derecho constitucional al comunicante que opta por revelar el contenido de la comunicación¹.
- 4) El derecho admite restricción a través de la correspondiente resolución judicial. Al respecto, y para dotarla de legitimidad constitucional, nuestro Alto Tribunal ha exigido de tal resolución judicial:
 - Esté fundamentada en una ley que ofrezca la protección adecuada contra posibles abusos, esto es, una ley que precise “*las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial, la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de*

¹ Bien claro lo dice la STC 117/1994, de 25 de abril: “*quien graba una conversación de otros atenta...al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado*”.

*control eventual por el juez y por la defensa, las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad... ”.*²

- Que esté en sí misma fundamentada, de manera que justifique que la intervención telefónica es ponderada a las circunstancias del caso y está debidamente razonada³.

Su encuadramiento, pues, ha de efectuarse en el conjunto de garantías que la Constitución ofrece a los derechos llamados “personalísimos” o “de la personalidad”.

Se comprenden, dentro de éstos, los derechos a la intimidad y a la privacidad, a la inviolabilidad del domicilio, al honor o a la reputación y a la estima social, a la propia imagen y a su preservación frente a la informática.

Conectando con el derecho a la intimidad, si bien con autonomía jurídica suficiente, se garantiza, en el mencionado artículo 18 de la CE, la libertad de comunicación, que es el bien constitucionalmente protegido y al servicio de la cual opera el “secreto” de las mismas.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen gozan de una protección civil a través de la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Así, en la exposición de motivos de la mencionada ley, se establece que conforme al artículo 18.1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realizados en el artículo 20.4 del texto constitucional. Dispone que el respeto de tales derechos debe constituir un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

Establece el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982, la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título

² STC 49/1999, de 5 de abril.

³ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza en el proyecto de nuevo Código Penal recientemente aprobado por el Consejo de Ministros.

Por ello, en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece.

2.2 LÍMITES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

El secreto de las comunicaciones tiene delimitados unos límites que vienen establecidos en la propia Constitución donde se recoge “salvo resolución judicial”. No hay que perder de vista el art. 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 los siguientes requisitos:

- Que estén previstas en una ley.
- 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 las libertades de los demás.

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:

- Cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio y;
- Cuando se trate de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

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 no basta con el éxito de la investigación descubriendo un delito, sino que hay que matizar en indicios concretos previos la razón de las escuchas, que deben ser valorados por un juez.

En cuanto al requisito de motivación de la decisión jurisdiccional de interceptar las comunicaciones, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 197/2009 de 28 de septiembre dictamina que:

“Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables 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”

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.

“Se 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 pueda ser, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos 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”.

Debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién 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.

El artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal indica que: *“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”.*

En los sucesivos puntos, 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 [...] telefónicas de las personas sobre las que pesen sospechas. En caso

de urgencia cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida anterior, 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, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación.

2.3 PROTECCIÓN AL CORREO ELECTRÓNICO.

El correo electrónico es un medio de comunicación protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18 C.E. Se encuentra protegido no por el derecho fundamental a la intimidad, sino al secreto de las comunicaciones. En este sentido, dicho derecho se refiere a cualquier procedimiento de comunicación privada.

La Constitución no menciona el correo electrónico pero no se restringe ese derecho a ninguna de las formas posibles. Es más, el Tribunal Constitucional ha establecido que el secreto a las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad de las comunicaciones con eficacia para todos sin distinguir el cauce tecnológico de las comunicaciones⁴. Además, ha relativizado el concepto de comunicación dirigiendo el objeto de la Norma a garantizar la impenetrabilidad por terceros a la comunicación⁵.

Está garantizando el secreto de las comunicaciones independientemente de la titularidad del medio a través del cual se realiza la comunicación tal y como establece la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de agosto de 1998⁶.

De esta forma, tanto las cartas como los correos electrónicos se consideran secretos, al ser valorados como una prolongación de la persona misma, por lo que no hace falta investigar que la carta, pliego, telegrama o e-mail contenga o no algún secreto o información confidencial. De todo lo anterior se desprende que la lesión del bien jurídico de la intimidad se produce por el simple hecho de que exista una intromisión en una esfera personal, como son las cartas o mensajes de correo electrónico.

⁴ STC 34/1996, de 11 de marzo [RTC 1996,34].

⁵ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁶ ETD 1998, 40) núm. 872/1997, caso Lambert c. Francia.

3. RESOLUCIÓN DEL SUPUESTO PRÁCTICO.

3.1 HECHOS:

- I. D. José y Doña María Concepción, el 30 de diciembre de 1999, contrajeron matrimonio civil en régimen de separación de bienes. D. José es titular de la gestoría Fisco-Up Gestión S.L., en la que Doña María Concepción trabajaba como administrativa, puesto que continúa desempeñando en la actualidad. El matrimonio tiene dos hijos, Emilia y Carlos.
- II. D. José proporciona cuentas de correo electrónico a todos los empleados de Fisco-Up Gestión S.L. para usos exclusivamente profesionales. 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 de los contenidos comunicados a través de él por parte de la empresa con el fin de agilizar la gestión de los asuntos de sus clientes y en interés del funcionamiento de la empresa.
- III. D. José, realizando una revisión rutinaria de dichas cuentas, descubre mensajes emitidos y recibidos por Doña María Concepción de contenido personal que revelan una infidelidad conyugal consistente en la práctica de relaciones sexuales con tres hombres.
- IV. Doña María Concepción declara desaparecida la “*affectio maritalis*” e interpone una demanda de divorcio solicitando la custodia de sus hijos, una pensión compensatoria de mil quinientos euros mensuales durante tres años, pensión de alimentos de ochocientos euros por hijo y la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de D. José. Propone además un régimen de visitas estandarizado, conforme al cual los hijos menores permanecerán con su padre los fines de semana alternos y un mes completo durante el periodo de vacaciones escolares.
- V. Ante la sospecha de que Doña María Concepción lleva una vida sexual promiscua que podría perjudicar el bienestar de sus hijos, D. José solicita la intervención de las comunicaciones de la cuenta de correo electrónico personal de Doña María Concepción que se conservan en el servidor de Fisco-Up Gestión S.L. Admitida la prueba, el juez ordena la transcripción del contenido de las comunicaciones habidas en el intervalo de los tres meses inmediatamente anteriores a la ejecución de la medida, quedando

evidenciado que, en ese periodo, Doña María Concepción ha mantenido relaciones sexuales con al menos catorce hombres distintos sin recibir dinero a cambio.

- VI. Doña María Concepción se opone a la práctica de la prueba, entendiendo que supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad. El juez resuelve el recurso de reposición en el sentido de considerar lícita la prueba. La sentencia de primera instancia, de 16 de diciembre de 2011, concede la custodia de los hijos a D. José, declara disuelto el vínculo matrimonial, establece una pensión compensatoria de setecientos euros durante doce meses a la demandante y atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio. El juez argumenta que el comportamiento sexual inestable de la demandante puede tener repercusiones en su vida afectiva y familiar, que razonablemente pueden incidir de forma negativa en la educación de sus hijos si viven en su compañía.
- VII. En apelación, Doña María Concepción reproduce la impugnación de la prueba ilícita. Aduce que la injerencia en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no está prevista expresamente en la ley para ese fin y que no es una medida proporcionada. El tribunal no aprecia que se haya producido vulneración del derecho fundamental de la recurrente y, en sentencia del 30 de septiembre de 2012, confirma la de primera instancia.
- VIII. La demandante decide recurrir en amparo. Pretende que se declare la nulidad de ambas sentencias sobre la base de la ilicitud de la prueba, por vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y que se retrotraigan las actuaciones judiciales al momento de dictar la sentencia de primera instancia, sin que puedan ser considerados en el fallo los hechos derivados de la prueba ilícitamente obtenida.

3.2 AGOTAMIENTO DE TODOS LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN PREVISTOS POR LAS NORMAS PROCESALES DENTRO DE LA VÍA JUDICIAL.

En primer lugar, debemos analizar si se han agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial.

Los medios de impugnación son recursos de defensa que tienen las partes, para oponerse a una decisión de una autoridad judicial, pidiendo que esa misma autoridad la revoque o que sea un superior jerárquico que tome la decisión dependiendo del recurso del que se haga uso. En materia civil los recursos o medios de impugnación que pueden interponerse, son los siguientes: reposición, apelación, súplica, casación, queja, revisión y consulta.

Estos recursos tienen su oportunidad para presentarse y el código de procedimiento civil es el encargado de regularlos y establecer contra qué providencias judiciales procede cada uno de ellos, a través de los recursos la persona que se vea afectada con la providencia puede impugnar la decisión, con el recurso que sea procedente, y lograr así que se revoque la decisión o en caso contrario que se niegue la revocación de dicha decisión judicial.

Uno de los recursos más sencillos es el de reposición, que es aquel que se interpone ante el mismo juez que dictó la sentencia, para que este la revoque; este recurso procede contra los autos del juez y del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia, pero no procede contra autos que resuelvan una apelación, una súplica o una queja.

Debe interponerse por escrito excepto cuando se haya dictado en audiencia, en este caso deberá presentarse de manera verbal inmediatamente. Cuando el auto no se dicte en audiencia deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del mismo.

Por otro lado, tampoco tendrán reposición los autos que dicten las salas de decisión, respecto a estos sólo se podrá pedir aclaración o complementación según lo preceptuado en el último inciso del artículo 348 del código de procedimiento civil. Por último cuando el recurso de reposición se presente por escrito se dejará en secretaría por dos días para el traslado a la parte contraria, el interpuesto en audiencia se resolverá en la misma audiencia.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación solo procede por las causas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, el objeto de este recurso es unificar jurisprudencia y buscar subsanar los agravios que han sufrido las partes por la sentencia.

También podrá interponerse el recurso de casación, cuando se haya realizado adición, corrección o aclaración de la sentencia, el término empieza a contarse a partir del día siguiente de la notificación de la providencia, según lo establecido en el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando se concede el recurso de casación, impide que la sentencia se cumpla, a excepción de los casos contemplados en el artículo 371 el cual dice lo siguiente:

- Cuando la sentencia trate del estado civil de las personas.
- Cuando se trate de sentencia meramente declarativa.
- Cuando ambas partes hayan recurrido.

Los supuestos de admisión del recurso de casación están en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece el motivo del recurso de casación 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:

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

Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

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

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

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

Por tanto, se hace necesario analizar si se dan los supuestos del art. 477.2, apartado 3, en relación con el nº 3 del mismo artículo, es decir, atender a si existe o no interés casacional.

Debido a la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo en asuntos civiles que autoricen la intervención de las comunicaciones en un proceso matrimonial; se trata por tanto, en el caso práctico, de una sentencia aislada de la Audiencia Provincial, que confirma la del Juez de Primera Instancia, autorizando una intervención de las comunicaciones, con una clara violación del artículo 18.3 de la C.E., por haberse acordado en un proceso civil, cuando sólo puede hacerse en un procedimiento penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se dispone lo siguiente:

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

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

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

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo 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, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”

Por ello sí cabría, al estar ante una resolución firme, que pone fin al proceso, acudir directamente al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, por violación de este derecho fundamental, ya que sí que se ha puesto fin a los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial al no haber en este caso, recurso de casación.

3.3 RECURSO DE AMPARO. ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO.

El recurso de amparo es la segunda de las competencias que atribuye al Tribunal Constitucional el artículo 161 de la Constitución española. En virtud del mismo se protege al ciudadano contra los actos de los poderes públicos que impliquen una lesión o violación de los derechos y libertades fundamentales. Esta naturaleza reforzada pone de manifiesto la importancia de los derechos fundamentales en la construcción y en su sistema de valores.

La Constitución española de 1978 incluye el recurso de amparo en el Capítulo Cuarto del Título I entre las garantías con que cuentan las libertades y derechos que se reconocen entre los artículos 15 a 29, más el principio de igualdad y el derecho a la objeción de conciencia regulada, (respectivamente, en los artículos 14 y 30.2 de la CE.). Así lo reitera el artículo 161.1.b) de la CE al remitirse a su artículo 53.2.

Por consiguiente el Tribunal Constitucional cumple una doble función:

- a) Desde un punto de vista subjetivo, y frente a un control difuso de tales derechos por parte de los tribunales ordinarios, el Tribunal concentra en él y asume la

defensa de tales derechos, con respecto a los cuales ostenta siempre la última palabra.

- b) Desde un punto de vista objetivo, le corresponde también la función de reinstaurar el ordenamiento constitucional vulnerado y, a través de la interpretación, crear, incluso, la doctrina legal que ha de vincular a todos los poderes públicos.

Como establece el artículo 41.2 de la LOTC, el amparo protege a los ciudadanos frente a violaciones originadas *“por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”*.

Aunque se ha considerado este recurso como una segunda instancia en la protección de los derechos y libertades, no cabe entenderse como una mera instancia de revisión del Derecho aplicado por los jueces y tribunales. Como bien señaló el auto del Tribunal Constitucional núm. 106/1980, de 26 de noviembre, el amparo es *“un procedimiento especial para el reconocimiento y restablecimiento de derechos fundamentales reconocidos y amparados en la Constitución, vulnerados incluso por actos judiciales, pero dejando en ese caso bien a salvo el conocimiento de los hechos que dieron lugar al proceso en cuya consideración no puede entrar el Tribunal Constitucional”*.

Por lo tanto, el recurso de amparo no tiene una finalidad de casación, pues sólo puede fundarse en la infracción de preceptos constitucionales. Tampoco es un juicio de revisión, pues el Tribunal Constitucional ha de limitarse a enjuiciar las acciones u omisiones que hayan lesionado el derecho, pero en ningún caso de aquellos hechos que dieron lugar al proceso. No cabe considerar este recurso como una alternativa a la tutela judicial ordinaria, sino más bien como una última instancia jurisdiccional encargada de solventar las pretensiones en materia de derechos fundamentales no satisfechas en la vía ordinaria. El proceso ante el Tribunal Constitucional es un proceso autónomo e independiente, aunque no autónomo, del que debe dilucidarse con anterioridad ante los tribunales integrantes del Poder Judicial. Al mismo tiempo permite precisar, definir y redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales. Se puede calificar como un recurso excepcional por tres motivos:

1. Por el órgano que lo resuelve, el Tribunal Constitucional, que no es Poder Judicial, sino un órgano “ad hoc” creado por el constituyente para tareas específicas en régimen de monopolio.
2. Por el procedimiento a través del cual se certifica la naturaleza exclusivamente constitucional de la pretensión que ante él se deduce.
3. Por el contenido de la sentencia, que no tiene parecido alguno con la de cualquier tribunal de justicia ordinario.

La demandante, Doña María Concepción, decide interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18 de la CE.

La LOTC dedica el título III al recurso de amparo, y más concretamente el capítulo II a la tramitación de dicho recurso. El artículo 50.1 b) establece 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”*.

En lo referente a este requisito de la trascendencia constitucional, el Tribunal Constitucional estima conveniente aclarar cual debe de ser la interpretación del mencionado requisito del artículo 50.1 b) de la LOTC. Esto lo hace en la STC 155/1999 donde se pronuncia del siguiente modo: *“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 opondría, 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 STC70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: 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”.

En este caso, nos encontramos ante los supuestos e) y f), ya que, está siendo incumplida la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y estamos ante un órgano judicial que incurre en una clara negativa de acatar dicha doctrina, la cual se analiza más adelante. Así podemos concluir que el mencionado recurso de amparo, interpuesto por Doña María Concepción, sí que satisface el requisito de especial transcendencia constitucional exigido para la interposición del recurso de amparo.

3.4 PROCEDENCIA DE LAS INTERVENCIONES DE LAS COMUNICACIONES.

En el presente caso, se producen dos intervenciones en las comunicaciones de la demandante, Doña María Concepción. La primera de ellas es efectuada por su propio marido, Don José, con motivo de una revisión rutinaria de las cuentas de correo electrónico de Fisco-Up Gestión. La segunda intervención, la ordena el Juez de Primera Instancia en el marco del procedimiento civil.

Para poder determinar si son legítimas o no las mencionadas intervenciones de las comunicaciones debemos acudir, en primer lugar, a lo establecido en el artículo 2 de la ya citada Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen:

“1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado.

La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

Este último inciso ha sido declarado inconstitucional por la STC 9/1990, de 18 de enero (BOE de 15 de febrero).

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.”

Como consecuencia, podemos concluir que la primera de las intervenciones, la efectuada por D. José, sería legítima debido a que se lleva a cabo contando con el consentimiento expreso de la titular del derecho, Doña María Concepción. Como establece el artículo 2 en su apartado segundo, no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el caso de que el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso. Esto es exactamente lo que acontece en este caso, ya que Doña María Concepción, titular del derecho, ha otorgado el consentimiento expreso a través de la firma de la carta en la que se especifica que el mero uso de la cuenta de correo electrónico de Fisco-Up Gestión S.L. supone la aceptación de la supervisión, por parte de la empresa, de los contenidos comunicados a través de ella.

Cosa distinta ocurre con la segunda de las intervenciones de las comunicaciones. Dicha intervención es llevada a cabo por el Juez de Primera Instancia en el marco de un proceso civil. Esto supone una clara violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española, por haberse acordado en un proceso civil, cuando esto sólo se puede hacer en un procedimiento penal, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 579:

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

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

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

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo 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, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”

Y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no se reputarán, con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Por lo que deducimos que sí se reputarán ilegítimas las actuaciones autorizadas por la Autoridad no competente como ocurre en este supuesto ya que un Juez de Primera Instancia en el marco de un proceso civil no puede autorizar la intervención de las comunicaciones vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones electrónicas.

Además, en lo relativo a 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, debemos tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de los requisitos que deben cumplir las injerencias en el secreto de las comunicaciones.

Como ya se ha expuesto anteriormente, el derecho al secreto de las comunicaciones admite restricciones a través de la correspondiente resolución judicial. El Tribunal Constitucional exige en primer lugar, para que tal resolución tenga legitimidad constitucional, esté fundamentada en una ley que ofrezca la protección adecuada contra posibles abusos, esto es, una ley que precise *“las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial, la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa, las circunstancias*

*en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad*⁷; y, en segundo lugar, debe estar en sí misma fundamentada, de manera que justifique que la intervención es ponderada a las circunstancias del caso y está debidamente razonada⁸.

El Tribunal Constitucional ha determinado que las intervenciones de las comunicaciones son un instrumento procesal penal instructorio de “*naturaleza compleja*” al constituir:

1. Una restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no consentida por los interesados y desconocida por ellos.
2. Adoptado en un procedimiento penal ordinario o abreviado por necesidades de la instrucción, para:
 - Investigar judicialmente hechos presunta pero fundadamente constitutivos de graves delitos.
 - Recabando en su caso fuentes de prueba,
 - Y asegurando tales fuentes para el juicio oral.
3. Y todo ello procurando que la medida dure y se extienda lo menos posible, al afectar tanto al artículo 18.3 como al 24 de la Constitución Española, ya que considerando lo dispuesto en los artículos 118, 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también inevitablemente se impide transitoriamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado, que incluye la facultad de personarse en el procedimiento, tras ser informado de inmediato de su existencia, interviniendo la práctica de todas las diligencias.

El secreto de las comunicaciones alcanza tanto el contenido de la conversación, como a la identidad de los intervinientes o de los teléfonos que se utilicen.

Por todo lo dicho anteriormente podemos concluir que la intervención de las comunicaciones decretada por el juez de Primera Instancia en el marco del proceso civil supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad, por lo que esto constituye una prueba ilícitamente obtenida.

⁷ STC 49/1999, de 5 de abril.

⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

3.5 PRUEBA ILÍCITA

La recurrente en amparo, Doña María Concepción, pretende que se declare la nulidad de ambas sentencias sobre la base de la ilicitud de la prueba, por vulneración del mencionado derecho fundamental, y que se retrotraigan las actuaciones al momento de dictar la sentencia de primera instancia, sin que se consideren en el fallo los hechos derivados de la prueba ilícitamente obtenida.

Dentro de las pruebas obtenidas o realizadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas, se distingue entre las pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente pero incorporadas al proceso de forma lícita.

Al referirse a las pruebas que por sí mismo pueden reputarse ilícitas menciona no solo a aquellas cuya ilicitud es consecuencia de no estar previstas en las leyes, sino también aquellas cuya misma realización atenta contra los derechos de las personas. Dicha prohibición es consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de las personas, con independencia de que exista o no una concreta norma procesal que prevea expresamente su inadmisión.

Se trata de todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se han vulnerado, de una forma u otra, alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestro texto constitucional en los artículos 10 a 38 CE. Podemos denominarlas como pruebas inconstitucionales.

Esto es lo que ocurre en este supuesto, ya que las pruebas fueron obtenidas vulnerando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que estamos ante pruebas cuya realización son en sí mismas ilícitas.

La doctrina viene distinguiendo según se trate de derechos fundamentales absolutos y derechos fundamentales relativos. Los primeros son aquellos que no son susceptibles de limitación o restricción alguna, por lo que cualquier violación de los mismos es inconstitucional. Los segundos son aquellos susceptibles de restricción o limitación, siempre y cuando se cumplan los presupuestos, condiciones y requisitos exigidos por la ley. Esto sucede, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, etc. Si no se respetasen tales

requisitos o presupuestos los resultados obtenidos con la investigación penal serían inutilizables.

Hay un silencio legal sobre si el control de la ilicitud probatoria puede realizarse de oficio por el propio Juez o Tribunal o, por el contrario, debe necesariamente plantearse a instancia de parte.

En este caso, es Doña María Concepción la que plantea tal vulneración de su derecho fundamental y, por consiguiente, la ilicitud de estas pruebas al no respetar los requisitos exigidos para poder limitar el derecho al secreto de las comunicaciones.

La ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales aparece contemplada en el artículo 11 LOPJ, que establece que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

En nuestro Derecho Comparado han sido dos las tesis que han surgido para explicar el alcance de la prohibición probatoria, la directa y la refleja, conocida como teoría del “*fruto del árbol envenenado*”. La diferencia entre ambas tesis se encuentra en que la primera de ellas, la tesis de la prueba directa, sostiene que los efectos del acto de prueba que causó la violación del derecho fundamental no impide que se dicte sentencia condenatoria conforme a otra actividad probatoria aunque pueda derivarse de ella⁹; mientras que, la tesis de la prueba indirecta o refleja hace extender los efectos de la prohibición no solo a la prueba inconstitucional, sino también a todas aquellas pruebas que se deriven de ella directa o indirectamente¹⁰.

El artículo 11 LOPJ, anteriormente citado, en lo relativo a la división de tesis, puede afirmarse que se ubicaría en el ámbito de la tesis del fruto del árbol envenenado.

El TC, que mostró su posición por la teoría directa a partir de la sentencia 94/1999 de 31 de mayo, ha matizado su posicionamiento mediante su construcción en torno a la conexión de antijuricidad, conforme a la cual de las pruebas obtenidas son inválidas y

⁹ SSTC 86/1995, de 6 de junio; 81/1998, de 2 de abril; 136/2000, de 29 e mayo y 14/2001, de 29 de enero; SSTS de 26 de diciembre de 2000, de 20 de noviembre de 2001, 28 mayo 2001 y 24 abril 2003.

¹⁰ acogida, con posterioridad al año 1995 y, fundamentalmente, a partir de 1998, por el TC – SS. 54/1996, de 26 de marzo; 86/1995, de 6 de junio; 81/1998, de 2 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre y 167/2002, de 18 de septiembre – en relación a las escuchas telefónicas pues si se permitiera la condena del acusado a través de otro medio no contaminado se estaría estimulando las escuchas telefónicas inconstitucionales con claro sacrificio del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones

no cabe hacerlas valer en juicio, pero respecto de las segundas, solo son invalidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de forma inescindible a las directas, esto es, si entre unas y otra concurre una conexión de antijuricidad en el plano externo e interno. Los elementos que el TC tiene en cuenta para elaborar el juicio de conexión de antijuricidad son:

- La índole o importancia de la vulneración constitucional, que aparecen como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.
- El resultado conseguido con la prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de la prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.
- Existencia de otros elementos, fuera de la prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que puso saberse por la práctica de la prueba inconstitucional.
- La consideración de si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de vulneración, de modo que esta pudiera quedar sin clandestinidad.
- La actitud anímica de quien fuera causante de la vulneración, concretamente si hubo intención o solo un mero error en sus autores, habida cuenta que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error.

De acuerdo con esto, la prueba obtenida es por sí mismo ilícita por haberse obtenido vulnerando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y se encuadra dentro de la tesis de la prueba refleja o teoría del “*fruto del árbol envenenado*”, que hace que se extiendan los efectos de la prohibición no solo a la prueba inconstitucional, sino también a todas aquellas pruebas que se deriven de ella directa o indirectamente.

3.6 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO FUNDAMENTO DE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Por guarda y custodia se entiende vivir, cuidar y asistir a los hijos. Es una de las funciones implícitas en la patria potestad, que como consecuencia de la ruptura de la pareja, puede pasar a ser ejercida únicamente por uno de los progenitores o incluso se le puede encomendar a otros parientes.

Para atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de edad hay que atender al interés de los hijos, es decir, buscar el beneficio de los menores ya que su interés debe primar por encima de todo.

Este interés del hijo se debe entender, en primer lugar, como la perfección de su educación impuesta al niño por quien dirige su vida. En segundo lugar, también hay que atender a los gustos y deseos del menor. Por otro lado, al referirnos al interés del menor, se deben cubrir las necesidades y atenciones afectivas, administradas ambas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la estabilidad emocional, mientras que en un adolescente es más necesaria la libertad, el interés del hijo, desde esta perspectiva irá en función de su edad y de su personalidad.

Los tribunales deberán analizar en cada caso concreto cómo va a estar mejor protegido el menor, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que surgen en las crisis familiares. Además deberán analizar datos objetivos como quien ha dedicado mayor tiempo a la atención pasada de los menores, quién podrá dedicarles mayor tiempo en el futuro; la opinión de los menores, será obligatorio oír al menor cuando tenga suficiente juicio y, en todo caso, cuando sea mayor de doce años, y, por último, analizar situaciones de riesgo para los menores como consecuencia de problemas de salud, toxicomanía o adicción al alcohol de alguno de los progenitores.

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico para la atribución de la guarda y custodia de los hijos se persigue el beneficio e interés de los mismos.

Del desarrollo del artículo 92 CC se evidencia de forma nítida el establecimiento de una amplia y densa serie de garantías para asegurar que la decisión judicial sobre la custodia sea adoptada siempre en interés del menor. El juez garantizará el derecho del menor a ser oído, de oficio, o a petición de cualquier parte, del Ministerio Fiscal, o incluso del Equipo Técnico Judicial. Se establece el deber del juez a decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, en beneficio de los hijos. El juez tiene la obligación de fundamentar su resolución como garantía al adoptar la guarda conjunta. El juicio de valor judicial para

que no resulte arbitrario, injustificado o injustificable, debe estar constituido en base a la motivación, conclusiones razonadas y a su acomodo a las reglas generales de la experiencia. No puede tacharse de falta de motivación aquella resolución que apartándose del informe psicosocial favorable a la custodia compartida otorgue la custodia en exclusiva a la madre. Se establece además, la obligación del juez de recabar informe del ministerio fiscal, que deberá ser favorable en caso de petición de custodia compartida por uno solo de los progenitores. Existe la posibilidad del juez de recabar el dictamen de especialistas relativo a la idoneidad del régimen de custodia adecuado. Los informes deberán ser realizados por expertos en psicología infantil y en las relaciones interpersonales. Y también se regulan determinados supuestos en que, como no puede ser de otra forma, resulta improcedente la petición de guarda conjunta. No procederá la guarda compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que coexistan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Pero, la situación también puede adquirir tonos espinosos, si nos encontramos como sucede en ocasiones, con denuncias falsas o engañosas realizadas por uno de los progenitores respecto del otro con objeto de perjudicar al contrario o con intención de que los hijos rechacen tener contacto con su otro progenitor con un claro efecto manipulador sobre ellos. Junto con los supuestos execrables de violencia doméstica coexisten también otros donde los cónyuges priorizan sus discordias, proyectándose hacia la denominada síndrome de alineación parental.

Ahora bien, si uno de los progenitores llevara a cabo una conducta contraria al orden y a la moral familiar, esto tendría relevancia a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio. Esto es así porque se debe limitar al máximo las relaciones de los hijos con aquel cónyuge que sea de conducta reprobable e inmoral.

En este punto, se debe precisar que tipo de conducta del progenitor puede ser considerada como reprochable e inmoral y para ello es necesario tener en cuenta la jurisprudencia existente al respecto.

Así, la Sentencia de 20 de marzo de 1991 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, manifiesta que “*la Constitución Española reconoce a las personas el*

derecho a la intimidad personal y familiar, en consecuencia se prohíben las intromisiones ilegítimas en estos ámbitos, partiendo de estas ideas no se ha acreditado la relación que se imputaba a la madre, que de existir, únicamente tendría trascendencia en relación a la medida que se discute si repercutiera negativamente en el desarrollo y formación de menor.”

Por su parte, la Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de octubre de 1986, dice el hecho de que la madre y el hijo vivan con otro hombre no se puede estimar como motivo para modificar la medida de custodia del hijo, teniendo en cuenta que el estado de la esposa es de separación matrimonial, situación que en la actualidad no es estimada por la sociedad en forma que afecte negativamente en dichas personas, y, sobre todo, porque en el informe confidencial presentado en autos por el actor no se hace mención a que la conducta de la esposa sea anormal o escandalosa, por lo que la situación actual de la madre no se puede estimar que influya negativamente en la educación del hijo y de la hija.

Igualmente, la Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 1ª, de fecha 20 de abril de 1988 sienta la siguiente doctrina: *“La atribución de la guarda de la hija, debe realizarse a favor de la madre, teniendo presente las precedentes premisas junto a que la separación fue decretada por incumplimiento mutuo de los deberes conyugales y que las referidas relaciones de esta no se ha demostrado influyan negativamente en la hija, pues aun existiendo las mismas, no se trata de sucesos que justifiquen una desviación, en el presente caso, del criterio general expuesto, como también la Sala lo ha recogido en otros casos de relaciones homosexuales, o bisexuales durante el matrimonio; debiendo seguirse las pautas marcadas por las SS. de 27-11-1961 y 8-4-1975 de la Sala Primera del TS sobre la recta inteligencia del artículo 159¹¹ en cuanto disponen que si no se ha probado en el proceso de existencia de circunstancias en la actuación de la madre que pudieran perjudicar al desarrollo físico, moral o intelectual de la hija ha de respetarse la pauta general del depósito en su favor, respecto a los hijos menores de 7 años. Y el hecho de escribir cartas a otra persona comunicándole su cariño, constante matrimonio, o mantener una relación afectiva con otra mujer, no son motivos suficientes, a falta de otros datos o informes psicológicos, más determinantes, que la descalifiquen para atender y cuidar de su hija de 4 años”.*

¹¹ anteriormente 73 CC.

De acuerdo con la citada jurisprudencia, y atendiendo al supuesto práctico en cuestión, debe considerarse que la vida personal e íntima que pueda llevar la madre de los menores no es motivo suficiente para privar a esta de la guarda y custodia de sus hijos siempre que cumpla con la obligaciones que esta tiene con respecto a sus hijos. La vida afectiva de Doña María Concepción no tiene por qué dañar en ningún caso el interés del menor.

No existe en consecuencia ninguna legitimación por parte del juez en el marco de un proceso civil de divorcio, a la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones fundamentándose en el interés superior del menor. No se puede justificar la vulneración del mencionado derecho fundamental para la obtención de información sobre la vida íntima y afectiva de la demandante, ya que, la vida sexual que lleve esta en nada afecta ni perjudica a los menores. Además, no se debe olvidar que tal intervención no cumple con los requisitos que deben cumplir las injerencias a los derechos fundamentales previstas por la ley.

3.7 CONCLUSIÓN.

Con todo lo dicho, se entiende que Doña María Concepción ha sufrido una clara vulneración a su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones debido a una intervención judicial de las mismas autorizada en el marco de un proceso civil por el juez de primera instancia. La demandante interpone un recurso de reposición oponiéndose a la práctica de la prueba por entender que supone una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la intimidad, pero el juez lo resuelve considerando tal prueba como lícita. A partir de tal intervención, totalmente ilegítima, se obtiene información acerca de la vida sexual de la demandante que según el juez, podría perjudicar a los menores por lo que se le concede la custodia de los hijos a Don José. La prueba que motiva tal decisión, ha sido obtenida de forma ilegítima vulnerando un derecho fundamental por lo que Doña María Concepción apela esta decisión, pero el tribunal no aprecia que se haya producido una vulneración del derecho fundamental de la recurrente y confirma la de primera instancia.

Doña María Concepción, recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual en mi opinión, debería considerar que sí que se ha producido tal vulneración y por

consiguiente la prueba obtenida es una prueba ilícita por lo que, se deben retrotraer las actuaciones judiciales al momento de dictar la sentencia de primera instancia, sin que se puedan considerar en el fallo los hechos derivados de la prueba ilícitamente obtenida.

4. REFLEXIÓN FINAL

Para terminar, me gustaría reflexionar acerca de los elementos valorativos empleados por los órganos judiciales a la hora de interpretar, argumentar y decidir sobre las diferentes controversias que se les plantean. Además de analizar los diferentes criterios o significados que podemos encontrar en el término justicia.

Todo esto lo podemos encontrar y analizar en el comentario de Robert Alexy sobre la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.

Hay que tener presente que, desde la unificación de Alemania, un tema polémico y muy discutido es si los guardias fronterizos de la República Democrática Alemana (RDA) pueden ser perseguidos criminalmente por el homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. Esto ha sido objeto de diversas resoluciones del Tribunal Territorial de Berlín (TTB), del Tribunal Supremo Federal (TSF), y del Tribunal Constitucional Federal (TCF).

Los hechos en cuestión sucedieron en la noche del 14 al 15 de febrero de 1972 en la orilla oriental del río Spree cuando dos guardias fronterizos advirtieron que un hombre pretendía cruzar el río hacia la otra orilla de la República Federal Alemana. Los vigilantes lo descubrieron ya a la mitad del río y le dieron el alto sin que el fugitivo reaccionara, los guardias, casi al mismo tiempo, dispararon sobre él, sin que haya sido posible aclarar de cuál de ambos soldados provino el disparo letal, pero, en cualquier caso, ambos actuaron con el objetivo común de cumplir la orden recibida en el relevo de guardia e impedir así la huida. Las instrucciones recibidas, recogidas en el reglamento del Ministerio para la Defensa Nacional del año 1967, eran las siguientes: *“la patrulla vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal”*.

En primer lugar, se debe analizar la sentencia del Tribunal Territorial de Berlín (TTB) atendiendo a cuáles son los criterios de interpretación manejados y los argumentos referidos a la justicia empleados por dicho órgano judicial.

El TTB argumenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código penal, la muerte de un fugitivo sólo puede castigarse cuando, al tiempo de cometerse el hecho, dicha muerte fuera punible con el derecho vigente. Por consiguiente, se debe determinar si el hecho cometido por los guardias de la frontera era punible conforme a las normas de la República Democrática Alemana (RDA) o, de lo contrario, ambos soldados deberían ser absueltos. Es decir, el primer argumento de la sentencia gira en torno a si a este caso se puede aplicar o no el principio de retroactividad, o la también llamada cláusula de “la ley más favorable al reo” recogida en el Código penal.

Por otro lado, aunque los guardias actuaran conforme al derecho positivo vigente en aquel momento, es decir, siguiendo las Órdenes del Ministerio para la Defensa Nacional del año 1967, este Tribunal cuestiona que los guardias estuviesen obligados a obedecer un derecho injusto. Este calificativo es el empleado por el TTB para referirse a un derecho, el de la RDA, que no respeta el derecho a la vida ni la integridad de las personas, por lo que no lo considera como un derecho justo.

Sin embargo, el criterio que sostiene el TTB hace que se supere el problema de la retroactividad ya que, considera que los disparos en la frontera no estaban amparados por las disposiciones vigentes cuando se produjo la muerte del fugitivo. Para afirmar esto se ampara en la Ley de Fronteras de la RDA, de acuerdo con los principios del Estado de derecho, vinculando su decisión con el principio de proporcionalidad, que prohíbe sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor. De acuerdo con estos principios, los guardianes de la frontera habrían cometido un hecho que sí es punible en la RDA, ya que cometieron un hecho antijurídico, tanto según el derecho de la RDA, como según el de la RFA. En lo relativo al criterio de justicia que emplea este Tribunal, se puede decir que estamos ante una noción positivista de la justicia ya que presume que la RDA era un Estado de derecho.

La sentencia de TTB condena a los guardias por homicidio y estos recurren ante el Tribunal Supremo Federal (TSF) el cuál desestima la revisión de la anterior sentencia solicitada por el recurrente. El TSF confirmó dicha sentencia, reiterando que las muertes eran punibles de acuerdo con el derecho positivo de la RDA pero este Tribunal ampara su decisión en argumentos diferentes a los empleados por el TTB.

Por lo tanto, en segundo lugar, debemos analizar los argumentos de la sentencia del TSF sobre dicho supuesto, así como la interpretación manejada y los argumentos referentes a la justicia.

El TSF considera que no es correcta una justificación en el modelo de Estado de derecho que aplica el TTB para considerar antijurídico el comportamiento de los guardias, porque tal concepto de Estado de derecho se había desvanecido por completo en la RDA. Por lo tanto, los guardias acusados de homicidio verían justificado el uso de las armas de fuego a partir de meras órdenes. Por lo que, lo determinante para el TSF es justificar que el castigo de los guardias de la frontera no vulnera el artículo 103.2 de la Ley fundamental en el cual se prohíbe la retroactividad. Por lo tanto, al guardia fronterizo sólo se le podría condenar si hay algo que elimine la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA, entonces vigente y, si además, esa eliminación no va en contra de la prohibición de retroactividad. El argumento introducido en este punto por el TSF es el de la Fórmula de Radbruch según la cual la injusticia extrema no es derecho, es decir el derecho positivo injusto ha de ceder ante la justicia. Es decir, la justificación de la muerte del fugitivo que resulta del derecho vigente en la RDA, es declarada ineficaz por ser una clara agresión a la justicia y atentar contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional.

Por último, el TSF considera que la revisión del caso no está justificada y confirma la condena de los guardianes fronterizos y desestima también la idea de que la sentencia recurrida, la de TTB, vulnerase la prohibición de retroactividad recogida en el artículo 103.2 de la Ley Fundamental, por exclusión de la causa de justificación.

Sin embargo, para muchos comentaristas, entre los que se incluye el propio Alexy, este modo de interpretar no es muy consistente ya que, si una muerte en la frontera interior alemana se ampara dentro del tenor literal de las disposiciones legales vigentes en la RDA que la justifican, dejar sin eficacia esta justificación recurriendo a la interpretación favorable a los derechos humanos, contradice el derecho vigente en ese momento por lo que, supone una vulneración del artículo 103.2 de la Ley Fundamental a través de una maniobra de interpretación retroactiva, lo cual constituye una retroactividad encubierta.

En tercer y último lugar, se debe de examinar la decisión y argumentación del Tribunal Constitucional Federal (TCF). Este órgano no es una instancia superior de revisión por lo que no le compete examinar si las decisiones recurridas son defectuosas desde un

punto de vista penal o procesal, sino que debe evaluar si se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales. De acuerdo con esto, el TCF estima que nada debe objetarse a las decisiones recurridas desde el punto de vista constitucional.

Los recurrentes sostenían que la aplicación de la Fórmula de Radbruch a las causas de justificación contenidas en el derecho positivo de la RDA vulnera la prohibición de retroactividad del artículo 103.2 de la Ley Fundamental.

El TCF reafirma la validez estricta del artículo 103.2 de la Ley Fundamental que prohíbe la retroactividad, y además no aprecia vulneración del citado artículo. Sin embargo, Alexy se pregunta si puede excluirse la justificación amparada por el derecho positivo vigente en la RDA, respetando la validez del artículo 103.2 de la Ley Fundamental. El problema radica en que el Tribunal proclama la validez estricta de la prohibición de la retroactividad, definida como absoluta, ligada al presupuesto del Estado de derecho: democracia, división de poderes y reconocimiento de los derechos humanos. El derecho penal debe satisfacer la exigencia de la justicia material, es decir, el Estado de derecho puede sustentar la estricta y absoluta protección de la confianza amparada por el artículo 103.2 de la Ley Fundamental. Por ello, el citado artículo no rige en la situación completamente especial en la que se cometieron los hechos juzgados, lo que evidencia la imposibilidad de enjuiciarlos de acuerdo al derecho de un Estado que no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales. Así, se produce un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de derecho y la prohibición absoluta de retroactividad.

Según el juicio del Tribunal, este conflicto se resuelve cuando aquel Estado dicta un derecho estatal extremadamente injusto, tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves, pero excluyendo sin embargo la punibilidad a través de causas de justificación para ámbitos parciales dando lugar así a derecho injusto, y atentando de forma muy grave contra los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional. Desaparece así, el fundamento de especial confianza que en condiciones de democracia, división de poderes y derechos fundamentales, se encuentra vinculado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad.

En consecuencia, el TCF sostiene que la protección estricta de la confianza mediante el artículo 103.2 de la Ley Fundamental, debe inaplicarse cuando no se respetan ni la democracia, ni la división de poderes, ni los derechos fundamentales. Además tampoco

se aplicaría tal protección, si nos encontramos ante causas de justificación que supongan derecho extremadamente injusto.

Por lo que vemos, los jueces pueden utilizar diferentes criterios interpretativo a la hora de impartir justicia pero siempre amparados en la ley y con respeto a los derechos fundamentales reconocidos a todos los seres humanos. Los jueces pueden introducir ciertos criterios valorativos a la hora de interpretar el derecho pero su decisión siempre debe estar motivada y fundamentada en la ley, para evitar incurrir en la arbitrariedad.

5. BIBLIOGRAFÍA:

CAPELLA, J. R., *Derechos, deberes: La cuestión del método de análisis*, capítulo del libro: J. A. Estévez (coord.), *El libro de los deberes*, Madrid, Edt. Trotta, en prensa.

CAPELLA, J. R., *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, 5ª edición, Edt. Trotta, Madrid, 2008.

GARCÍA MORILO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.

CORDÓN MORENO, F., *El proceso de amparo constitucional*, 2ª edición., Edt. La Ley, Madrid, 1992.

ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Edt. Iustel, 1ª edición., Madrid, 2007.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, Edt. Colex, 17ª edición., 2008

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

RUBIO DE MEDINA, M. D., *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Edt. Bosch, 1ª edición, febrero de 2003.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P., SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional I, El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 7ª edición, Edt. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

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

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., FERREIRO BAAMONDE, X. X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Edt. Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ÁLVAREZ OLALLA, P., ÁLVAREZ LATA, N., BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., COSTAS RODAL, L., MARÍN LÓPEZ, J. M., MORALEJO IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S., ROVIRA SUEIRO, M., *Manual de Derecho de Familia*, Edt. Bercal, Madrid, 2007.

ZANÓN MASDEU, L., *Guarda y custodia de los hijos*, 1ª edición, Edt. Bosch, Barcelona, 2006.

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

