



**APROXIMACIÓN AL
SECRETO EN LAS
COMUNICACIONES:
Elementos conceptuales
básicos, límites y algunos
aspectos de su
problemática actual**

AUTOR: VICTORIA AGUI

TUTOR: ALBERTO OEHLING DE LOS REYES

EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	ELEMENTOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS	4
2.1.	ASPECTOS CONCEPTUALES.....	4
2.2.	RELACIÓN ENTRE EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	6
2.3.	EXCEPCIONES EXTRAORDINARIAS.....	7
3.	SÍNTESIS NORMATIVA	8
4.	TITULARES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: MENORES DE EDAD	9
5.	INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL	9
5.1.	COMUNICACIONES TELEFÓNICAS.....	9
5.2.	COMUNICACIONES POSTALES Y TELEGRÁFICAS.....	13
5.3.	OTRAS MODALIDADES DE COMUNICACIÓN.....	15
5.3.1.	Correos electrónicos. Régimen especial en el ámbito laboral.....	15
5.3.2.	FAX.....	16
5.3.3.	Comunicaciones radiofónicas por redes de uso público.....	16
6.	PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN. VALORACIÓN Y EFECTO REFLEJO: <i>Fruit of the poisonous tree doctrine</i>	17
7.	PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO	17
8.	TERCEROS AJENOS AL PROCESO DE INVESTIGACIÓN	19
9.	HALLAZGOS CASUALES	19
10.	ASPECTOS DE SU PROBLEMÁTICA ACTUAL: NSA, ECHELON Y EL «ESPIONAJE MASIVO»	20
11.	CONCLUSIÓN	21
12.	BIBLIOGRAFÍA	22

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la paz de la casa –o derecho a la inviolabilidad del domicilio– es el derecho vinculado a la intimidad con un reconocimiento más prematuro en nuestra historia del Derecho; el Código de Leovigildo –o *Codex revisus*– ya concebía el domicilio de una persona como un lugar sagrado objeto de protección no sólo frente a la intromisión en la vivienda, sino también cuando se entraba en el hogar sin el permiso del morador. Esta forma de comprensión del derecho a la paz de la casa, como parte del derecho a la intimidad, seguiría vigente quedando reconocido posteriormente de forma más o menos lineal a lo largo de todo nuestro constitucionalismo histórico desde 1812 hasta 1978. Ahora bien, el derecho al secreto en las comunicaciones no tuvo en España un reconocimiento jurídico tan prematuro y a pesar de que en Francia, desde el Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 1790, ya se determinaba que *le secret des lettres est inviolable*, hubo que esperar a la Constitución de 1869 para que se produjera su reconocimiento formal, al indicar, en su artículo 7, que «en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica [...]», siendo así la norma precursora en la regulación de este derecho, que, posteriormente, ya sería recogido en todas las constituciones ulteriores. No obstante, tal amparo sólo se predicaba en el período en que la correspondencia se encontraba encomendada al servicio de correo, por esa razón «más allá de ella, la protección constitucional perdería su razón de ser, debiendo circunscribirse, a otros círculos de protección [...]»¹. La Constitución de 1931 supuso un paso más allá en cuanto al ámbito de amparo al proteger la correspondencia en todas sus formas, permitiendo incluir aquí, v.g., las comunicaciones telefónicas. La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) reconoce en su artículo 18.3 el derecho al secreto de las comunicaciones afirmando que «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

En definitiva, el derecho al secreto de las comunicaciones se infiere como un derecho instrumental para la protección del derecho a la intimidad, a saber, como una «una garantía al derecho a la vida privada y, en especial, a la intimidad personal que constituye su núcleo esencial»².

¹RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica» Diario La Ley, Nº 7647, 8 Jun. 2011, Año XXXII.

² MONTAÑEZ PARDO, M., «La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial», Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 22.

2. ELEMENTOS CONSTITUCIONALES BÁSICOS

2.1. ASPECTOS CONCEPTUALES

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), como máximo intérprete de la CE, ha perfilado los elementos conceptuales básicos del derecho al secreto de las comunicaciones en numerosos pronunciamientos. En cuanto a qué debemos entender por «secreto de las comunicaciones» el TC ha señalado que « [...] el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo, en éste último sentido, la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas»³. De esta forma, al imponer a todos el «secreto», el bien constitucionalmente protegido será la libertad de las comunicaciones el cual podrá ser conculcado «tanto por la interceptación en sentido estricto –que suponga aprehensión física del soporte del mensaje o captación del proceso de comunicación– como el simple conocimiento antijurídico del mismo»⁴.

La interpretación llevada a cabo por el TC incluye la explicación de lo que debemos entender, según la CE, por «secreto». Así, «el concepto de secreto del artículo 18.3 CE tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»⁵. Es posible apreciar que existe una presunción *iuris et de iure* que el contenido de lo comunicado, desde una perspectiva sustancial, es «secreto». En cuanto al alcance del secreto de las comunicaciones, numerosas sentencias del TC así como del TEDH, entienden el «secreto» en un sentido amplio y abarca la protección no sólo con relación al contenido de la comunicación «sino también, otros aspectos de la misma, por ejemplo, la identidad de subjetiva de los interlocutores»⁶. Asimismo, Montañes añade que se garantizará también otros aspectos externos de la conversación, vg., su momento, duración o destino⁷.

En orden a su configuración, el TC ha indicado pautas para determinar su lesión como ilícita constitucional señalando que esto dependerá de «la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable»⁸. Lo anterior presupone que, en una comunicación determinada –postal, correo electrónico, whatsapp, chat, Hangouts, (...)– es la intromisión de un tercero ajeno al proceso de la comunicación lo que determina la afeción del artículo 18.3 CE. Así, la CE tiene como propósito garantizar la «impenetrabilidad» por parte de terceros al proceso de comunicación, ostentando el citado derecho eficacia *erga omnes*. Por todo ello, el TC señala que «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, el derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación

³ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁴ Entre otras, SSTC 70/2002, de 3 de abril; 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7).

⁵ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁶ En este sentido, STC 114/1984, de 29 de noviembre; STEDH de 2 de agosto de 1984 Caso *malone*.

⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. «El secreto de las comunicaciones» en CASAS BAAMONDE, M.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Comentarios a la Constitución Española de 1978» Wolters Kluwer, 2009, p.444.

⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7).

EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES

con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado»⁹. En ésta línea de pensamiento, Fernández Segado afirma que «el ámbito protegido es el secreto, es decir, en el sentido de interdicción de la interceptación y el conocimiento del mensaje no consentido por un tercero ajeno a la comunicación»¹⁰.

En cuanto a los métodos de comunicación expresados en el artículo 18.3 CE, a saber, las «comunicaciones postales, telegráficas y telefónica», es preciso destacar que el amparo constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, «con independencia la técnica de transmisión utilizada»¹¹. Así, pese a que la CE realiza una enumeración de los distintos procesos de comunicación, ésta es meramente ejemplificativa y que, realizando una exégesis teleológica de citado precepto, la finalidad de nuestra CE es la protección de todos los medios de comunicación existentes en el momento de su redacción así como los que puedan ser creados de forma ulterior. No obstante, Díaz Revorio afirma que «[...] en todo caso, es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que este derecho no protege la conversación directa entre dos personas [...]», añadiendo que «el medio utilizado debe ser apto para permitir una comunicación secreta entre varias personas, y por ello están excluidos los medios de comunicación ‘de masa’»¹².

En este contexto, es menester plantearnos en qué momento el acto de comunicación se encontrará protegido, o dicho de otra forma, ¿Merece amparo constitucional del artículo 18.3 CE el proceso de comunicación cuando ésta ya se ha consumado? En este sentido, el TC señala que «[...] la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de la comunicación mismo, pero, finalizado el proceso en el que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realizará, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos»¹³; por lo tanto, sólo merecerá amparo del artículo 18.3 CE el acto de comunicación mientras éste tenga lugar; sin embargo una vez finalizado –incluso cuando se considera que aún no ha tenido lugar¹⁴– la protección del artículo 18.3 CE decaerá, entrando en juego otros mecanismos de salvaguarda.

⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ 7); STS de 1 de marzo de 1996.

¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El sistema constitucional español», Dickinson, Madrid, 1991, p. 228.

¹¹ STC 123/2002, de 20 de mayo (F J 5).

¹² DIAZ REVOIRO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el TC», Derechos Humanos de México, 2006, p. 130.

¹³ La STC 70/2002, de 3 de abril.

¹⁴ Como ocurre en la STC 137/2002, de 3 de junio.

2.2. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE guarda una estrecha relación con el derecho al secreto de las comunicaciones; no obstante, y tal como expresa López Barja, ambos derechos son autónomos,¹⁵ por lo que es imprescindible realizar una distinción entre ambos.

El derecho del artículo 18.3 CE es de carácter formal y alcanza al proceso de la comunicación cuando éste tiene lugar; por lo contrario, el derecho a la intimidad es de carácter sustantivo, cobrando relevancia si el contenido de lo comunicado se enmarca dentro de la esfera personal o íntima de la persona. En este contexto, como ha señalado el TC, una vez finalizado el acto de la comunicación, entrará en juego la protección brindada por el artículo 18.1 CE siempre que el contenido del mensaje recaiga en el ámbito de lo íntimo o reservado. En cuanto al régimen de amparo constitucional, es preciso indicar que, mientras la intervención de las comunicaciones requiere siempre una resolución judicial, «no existe en la CE reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal [...]»¹⁶, de modo que, excepcionalmente, se admitirá que la policía judicial lleve a cabo «determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas»¹⁷, siempre que se respeten las exigencias que dimanen del «juicio de proporcionalidad»¹⁸. Centrándonos sobre quienes se proyectan los preceptos constitucionales prescritos, es posible sostener que: el secreto de las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad de terceros ajenos al proceso mismo de la comunicación, sin necesidad que en la misma existan o no «secretos». Empero, si el contenido de lo comunicado cae dentro de la esfera íntima de alguno de los comunicantes, existirá un «deber de reserva» sobre éstos, conculcando el artículo 18.1 CE en caso de difusión. Dicho en otras palabras, la diferencia radica sobre quienes se proyecta cada uno de estas protecciones constitucionales: El derecho a la intimidad se dirige a los propios comunicantes¹⁹.

Pese a lo señalado, no es debemos desatender que el derecho al secreto de las comunicaciones cumple una función instrumental del derecho recogido en el artículo 18.1 CE, por ello el Tribunal Supremo (en adelante, TS) señala que « la CE garantiza el secreto de las comunicaciones, como un factor decisivo para proteger el bien supremo de la intimidad de la persona que forma parte inseparable de su dignidad [...]»²⁰.

¹⁵ LOPEZ BÁRJA DE QUIROGA, J. «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida» ed. Akal/lure, Madrid, 1989 p.154

¹⁶ STC 281/2006, de 29 de octubre (FJ 3).

¹⁷ STC 281/2006, de 29 de octubre.

¹⁸ El cual exige, en virtud de la STC 70/2002, de 3 de abril, que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

¹⁹ En la misma línea, STC 114/1984, de 29 de noviembre.

²⁰ STS 227/1999, de 20 febrero.

2.3. EXCEPCIONES EXTRAORDINARIAS

El orden en el Estado no siempre se desenvuelve de forma acorde al ordenamiento jurídico, como señala Fernández Segado «el Estado –estableciendo una analogía entre éste y el cuerpo humano– [es] un organismo que vive en el tiempo y está expuesto a la posibilidad que enferme»²¹. Dado que el «orden público configurado por la CE no sólo tiene vocación de ser, sino también vocación de mantenerse»²², existen situaciones de «crisis» que requieren que se impongan criterios divergentes «a los que se imponen en tiempos tranquilos»²³ con el único fin de recobrar la normalidad del Estado.

La CE tiene en cuenta que las situaciones excepcionales que ponen en peligro el buen orden del Estado pueden acaecer y, por ello, prevé en su artículo 116 distintas instituciones excepcionales en atención a la situación de anormalidad que tenga lugar y, a su vez, habilita en su artículo 55.1 la suspensión de diferentes derechos fundamentales –entre ellos el reconocido en el artículo 18.3 CE– en caso de que se declaren alguna de las instituciones excepcionales, en concreto, el estado de excepción y de sitio.

Centrándonos en el derecho al secreto de las comunicaciones, y atendiendo a que «la anormalidad impone como una necesidad la aplicación de un tratamiento excepcional de los derechos personales [...]»²⁴, la L.O 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (en adelante, LOEAES) prevé una regulación divergente a la estipulada en el artículo 18.3 CE para la intervención de las comunicaciones. En concreto, y a diferencia de lo que ocurre en las situaciones de normalidad donde el control judicial se lleva a cabo *a priori*, la autoridad gubernativa será quien podrá convenir las intervenciones de las comunicaciones informando, de forma ulterior, al órgano jurisdiccional. Sin embargo, ello no significará que la interceptación de las comunicaciones quedará exenta de toda garantía, por el contrario, será preciso que tal medida limitativa se adopte sólo cuando resulte estrictamente necesario para el esclarecimiento de hechos delictivos, o bien, para el mantenimiento del orden público.

²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El estado de excepción en el Derecho constitucional español», EDERSA, Madrid, 1977, p.11.

²² CRUZ VILLALÓN, P., «Estados excepcionales y suspensión de garantías», TECNOS, Madrid, 1984, p.13.

²³ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El estado de excepción en el Derecho constitucional español», *Ob. Cit.* p.13.

²⁴ *Idem.*

3. SÍNTESIS NORMATIVA

Con respecto a la legislación de desarrollo, son numerosas las normas que abordan el derecho al secreto de las comunicaciones.

A nivel internacional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 reconoce en su artículo 8 del derecho al secreto de las comunicaciones y, en el mismo sentido, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En cuanto a la legislación española, los artículos 579 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [en adelante, LECr] regulan en qué situaciones podrá el juez acordar la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas y cómo se deberá proceder; sin embargo, tanto el TC en su STC 184/2003, de 23 de octubre, como el TEDH en la sentencia de 18/02/2003 *Prado Bugallo c. España*, han criticado lo previsto en el artículo 579 LECr debido a sus indefiniciones –por ejemplo, no establece un límite de las prórrogas que se pueden acordar, no delimita los hechos que justifiquen tal medida–. Con el fin de favorecer la seguridad jurídica, existe en la actualidad un borrador del Anteproyecto del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) el cuál intenta solucionar la actual insuficiencia normativa, como veremos a *ut infra*. El artículo 579.4 LECr, por su parte, establece un proceso excepcional de intervención de las comunicaciones para la investigación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y, en caso de internos en centros penitenciarios, el artículo 51 de la L.O 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP) regula la intervención de las comunicaciones de citados sujetos. Para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro Nacional de Inteligencia (en adelante, CNI), el artículo único de la L.O 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI, prevé cómo se deberá proceder para la intervención de las comunicaciones llevadas a cabo por citado organismo.

En el Código Penal (en adelante, CP) existe una protección al secreto de las comunicaciones en sus artículos 197, 198 y 536 y, en el ámbito civil, el artículo 7 de la L.O 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé una protección de citado derecho.

En cuanto a la materialización de la intervención de las comunicaciones, ésta le corresponderá a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado al recaer sobre ellos la obligación de averiguación de los delitos como prevé el artículo 11 de la L.O. 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

A lo ya expuesto hay que agregar que, en virtud de lo estipulado en el artículo 11 Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) serán nulas de pleno derecho todas aquellas prueba obtenidas mediante la intervención de las comunicaciones que se hayan realizado en violación a lo dispuesto por el artículo 18.3 CE.

4. TITULARES DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: MENORES DE EDAD

Ha sido el TS el que ha declarado en numerosas sentencias que «del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares las personas físicas y jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad»²⁵.

Centrándonos en los menores de edad, el CP de 1973 exoneraba de responsabilidad penal a los padres que se apoderaran de los papales o cartas de los hijos que se encontraban a su cargo. El actual CP no realiza tal excepción respecto a los padres; no obstante ¿Puede tener lugar tal restricción del derecho de los menores de edad por la actuación de sus padres? En este sentido, Pérez-Pedrero expresa que el principio de protección integral de los hijos recogido en el artículo 39 CE justificaría tal limitación aunque de forma proporcional, atendiendo el alcance de control efectuado, capacidad y edad del menor y añade que, no sólo está justificado, sino que tal injerencia de los padres respecto de sus hijos « [...] puede considerarse una consecuencia del mandato que la CE realiza a los padres en el artículo 39.3 CE cuando señala el deber de prestar asistencia ‘de todo orden’ a los hijos durante la minoría de edad»²⁶. Por contra, Marchena Gómez señala que «no se concibe el ejercicio de la patria potestad como una fuente de legitimación de cualquier clase de injerencia [...] La relación paterno filial no puede construirse a partir del sacrificio previo de los derechos de la personalidad del educando»²⁷.

5. INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL

5.1. COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

En primer lugar, y en cuanto a los aspectos conceptuales, es posible advertir que el artículo 579 LECr en su apartado 2 utiliza el término «intervención» y exige que ésta recaiga en una persona «procesada»; por su parte, el apartado 3 emplea la palabra «observancia» sin necesidad que exista, en principio, auto de procesamiento. Parte de la doctrina –entre los que se encuentra López Barja– con el fin de diferenciar citados términos, ha interpretado que la «intervención» supone «apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas», mientras que el término «observancia» se reduce a poder tomar

²⁵ SSTs de 246/1995 de 20 febrero; 579/1998, de 22 abril.

²⁶ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «El derecho al secreto de las comunicaciones», Anuario Parlamento y Constitución nº2, pp. 169-194.

²⁷ MARCHENA GÓMEZ, M. en « Dimensión Jurídico-Penal Del Correo Electrónico», La Ley 6475, 2006, p.7

conocimiento del destino de la comunicación aunque no de su contenido²⁸. En este contexto, al ser la «observancia» una limitación de menor alcance, no se requerirá que recaiga sobre el intervenido un auto de procesamiento²⁹; por lo contrario, para conocer el contenido de lo comunicado, al ser ésta una restricción de mayor entidad, sí que será necesaria la existencia de citado auto.

Centrándonos en la adopción de la medida restrictiva, la redacción del artículo 579 LECr ha sido criticada por el TC y el TEDH, siendo el primero quién ha solventado la problemática de la insuficiencia de la norma habilitante a través de numerosos pronunciamientos. Así, el TC ha señalado que para determinar la regularidad o no de la medida limitativa se deberá llevar a cabo un *juicio de proporcionalidad*³⁰, el cual se respetará si se cumplen dos presupuestos materiales, a saber, 1) que se actúe en el marco de una investigación por una infracción punible grave; 2) que existan indicios claros sobre el hecho constitutivo de delito y sobre la conexión con el mismo de las personas investigadas³¹. En cuanto a la necesidad de una investigación por una «infracción punible grave», el actual borrador del CPP prevé una lista de delitos que habilitaría la interceptación de las comunicaciones³²; sin embargo, la legislación actual no los enumera y, por ello, es preciso determinar qué entiende la jurisprudencia por «infracción punible grave». Pues bien, en virtud del TC, la «gravedad» se apreciará en atención al bien jurídico protegido y a su relevancia social y no sólo por la pena impuesta a tal infracción punible, aunque sí se tendrá en cuenta³³. Un supuesto muy ilustrativo lo encontramos en la STC 126/2000, de 16 de mayo, donde el demandante de amparo consideró que, al tratarse de una investigación de un posible delito de hurto, tal injerencia era «una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados»; no obstante, el TC interpretó que tal intervención no conculcó el derecho fundamental del demandante en atención a las especiales circunstancias que acaecieron en el caso, a saber, hurto continuado de elevadas cantidades de dinero, posible «infidelidad» de gran parte de los empleados de la empresa así como la gran dimensión de ésta última. Igualmente, se deberá respetar el «principio de especialidad», esto es, que «la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones se otorga para la investigación de un determinado delito»³⁴, excluyéndose así las «escuchas prospectivas o indiscriminadas». Por otro lado, y en cuanto a la existencia de indicios claros que manifiesten la conexión entre el sujeto al que se le limitará su derecho y el delito investigado, el TC señala que sólo será legítima la adopción de la medida limitativa si recae

²⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Tratado de Derecho Procesal Penal», Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 1164.

²⁹ Ello, no obstante, «no impide que se exija la existencia de indicios racionales de criminalidad» LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Tratado de Derecho Procesal Penal», *ob. Cit.* p. 1155.

³⁰ Véase STC 49/1999, de 5 de abril (FJ 7).

³¹ STC 166/1999, de 27 septiembre (FJ 3).

³² A saber, «delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión [...] delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación [...]».

³³ Véanse SSTC 104/2006, de 3 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre.

³⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. «El secreto de las comunicaciones» en CASAS BAAMONDE, M.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Comentarios a la Constitución Española de 1978» *ob. Cit.* P.443.

sobre quien, fundadamente, pueda ser considerado de forma provisional como responsables del delito averiguado.³⁵

El artículo 18.3 CE exige la necesidad de una resolución motivada por parte del juez; de esta forma, debemos plantearnos cuál será el contenido de mencionado auto. En este sentido, El TC señala que se deberán exteriorizar los presupuestos materiales habilitantes señalados *ut supra* para así llevar a cabo el juicio de proporcionalidad y posibilitar, asimismo, un control *a posteriori*³⁶ además de determinar cuáles son los indicios que apuntan a la comisión del hecho delictivo por determinada persona. Puntualiza el TC que tales indicios deben ser algo más que simples suposiciones, en concreto, deben ser sospechas fundadas en alguna clase de «dato objetivo» en un doble sentido; esto es, deben ser accesibles a terceros y deben proporcionar una base real de la posible comisión del hecho delictivo³⁷, sin que «la fuente del conocimiento y el hecho conocido sean la misma cosa»³⁸. Asimismo, citada resolución –la cual se deberá dictar en el marco de un proceso para así posibilitar un control *a priori* del Ministerio Fiscal y, *a posteriori*, del propio interesado una vez que la medida restrictiva haya sido alzada³⁹– deberá explicitar «los número de teléfonos que serán intercedido, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución»⁴⁰. Una vez adoptado el auto que acuerde la intervención de las comunicaciones, ¿Es preceptiva la notificación de la adopción de la medida limitativa al interesado? –No debemos perder de vista que tal información frustraría el fin de la medida ya que, por ejemplo, si se informa al investigado la intervención de su dispositivo móvil éste dejará de utilizarlo–. Tal y como afirma López Barja, al no prever la norma nada al respecto, sería de aplicación las reglas generales y, en virtud de éstas, si no se declara el secreto de sumario, se deberá notificar al interesado la adopción de tal medida. Por ello, para evitar la frustración de la medida, López Barja concluye expresando que «necesariamente», siempre que se acuerde la interceptación de las comunicaciones se deberá declarar conjuntamente el secreto de sumario para las partes personadas⁴¹. En este contexto, el actual borrador del CPP sí prevé tal situación y señala en su artículo 304 que las intervenciones a las comunicaciones se practicarán en secreto, sin necesidad que se declare el secreto de sumario.

En cuanto al límite temporal de la medida, es menester destacar que el artículo 579 LECr prevé un plazo de hasta tres meses que podrá ser prorrogado por iguales períodos, sin establecer un límite del número de prorrogas que se pueden adoptar. Como ha señalado la doctrina, no es posible admitir una «intervención telefónica sin sujeción a plazo»⁴² dado que ello vulneraría la CE, por lo que el plazo se deberá determinar atendiendo al principio de

³⁵ En este sentido, STC 49/1999, de 5 de abril (FJ 8).

³⁶ Sobre ésta materia, la STC 171/1999, de 27 de septiembre ha indicado que « no es necesario que la resolución judicial explicita el juicio de proporcionalidad, pero sí que aporte los elementos necesarios para que ese juicio pueda llevarse a cabo posteriormente [...]».

³⁷ Véanse, entre otras, SSTC 167/2002, de 18 septiembre; 220/2006, de 3 julio.

³⁸ STC 299/2000, de 11 de diciembre.

³⁹ En este sentido STC 49/1999, de 5 de abril.

⁴⁰ STC núm. 220/2006, de 3 julio.

⁴¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Tratado de Derecho Procesal Penal», *ob. Cit.* p. 1174.

⁴² *idem* p. 1169.

proporcionalidad. En cuanto al *dies a quo*, éste será la fecha en que se dicte el auto motivado del juez y no cuando se inicie «materialmente» las intervenciones; lo contrario contravendría al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE⁴³. Pese a la redacción del artículo 579 LECr, el actual borrador del CPP sí prevé un límite temporal para la intervención de las comunicaciones telefónicas estableciendo una duración máxima inicial de tres meses pudiéndose prorrogar sucesivamente hasta un plazo máximo de un año.

Si en el curso de la intervención de la comunicación telefónica un interlocutor se «autoincrimina», ¿qué valor se otorgaría a tal declaración? Tal cuestión no es pacífica, sin embargo, la doctrina mayoritaria, entre ellos López Barja, considera que no se le puede dar el valor de una confesión dado que nos encontraríamos ante una «autoincriminación sin las mínimas garantías exigidas legalmente [...]»⁴⁴; contrariamente, Rodríguez Lainz realiza una distinción y señala que si la declaración se efectúa a un particular tendrá valor de confesión debido a que el sujeto es consciente de que tal declaración puede ser utilizada en su contra ulteriormente; no obstante, ello no es aplicable si tal manifestación se realiza a un funcionario público⁴⁵. Bajo mi punto de vista, considero que a tal declaración no se le puede otorgar valor de confesión dado que conculcaría el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable reconocido en el artículo 24.2 *in fine* CE.

Una vez finalizada la interceptación de la comunicación telefónica, se deberá dar cuenta al órgano judicial para que lleve a cabo un control *a posteriori* de la medida restrictiva⁴⁶ entregándole a éste las cintas grabadas; sin embargo, ¿Qué ocurrirá con tales cintas? LOPEZ BARJA señala que existe una ausencia notable de regulación sobre dicha materia comportando así un «menosprecio al derecho a la intimidad», siendo el TS quién ha expresado lo que sucederá con tales cintas y afirmando en su STS 1115/2000, de 19 junio, que se deberán entregar las cintas originales al juez, correspondiéndole a éste decidir la pertinencia –o no– de lo grabado, así como acordar la destrucción de las mismas. Por su parte, el borrador del CPP establece en su artículo 308 que se deberán eliminar las cintas originales una vez haya recaído sentencia firme, debiendo guardarse una copia que serán destruidas cuando hayan transcurrido cinco años. Si en tal control ulterior acaece alguna irregularidad ¿nos encontraríamos ante una violación del artículo 18.3 CE? Montañés ha señalado que no nos encontraríamos ante una violación del derecho al secreto de las comunicaciones, sino, en su caso, al derecho de un proceso con todas las garantías (ex artículo 24 CE)⁴⁷.

En cuanto a los *short message service* o SMS, la jurisprudencia ha expresado que aquellos mensajes de texto cuyo contenido aún no es conocido por su receptor se

⁴³STC 205/2005, de 18 de junio.

⁴⁴BARJA DE QUIROGA, J. «Tratado de Derecho Procesal Penal», *ob. Cit.* p.1180

⁴⁵RODRÍGUEZ LAINZ, J. «La intervención de las comunicaciones telefónicas», Bosch, Barcelona, 2002, p.150.

⁴⁶Entre otras, STC 49/1999, de 5 de abril.

⁴⁷RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. «El secreto de las comunicaciones» en CASAS BAAMONDE, M.;RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Comentarios a la Constitución Española de 1978» *ob. Cit.* p. 451.

encontrarán protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones⁴⁸; sin embargo, no es cuestión pacífica determinar si el acceso a aquellos mensajes «acumulados» en la memoria del dispositivo móvil supondrán una injerencia al secreto de las comunicaciones o, por lo contrario, una vulneración al derecho de la intimidad. Apoyando la primera tesis, la STC 230/2007, de 5 noviembre, recuerda que el derecho consagrado 18.3 CE no sólo protege el contenido de la comunicación «sino también la identidad subjetiva de los interlocutores». Por el contrario, defendiendo la segunda teoría, la STS 1235/2002, de 27 de junio, apunta a que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones «alcanza al proceso de comunicación mismo»; no obstante, cuando éste ya se ha consumado, la protección constitucional se llevará a cabo por «las normas que tutelan la intimidad u otros derechos». Ante tal situación, La Fiscalía General del Estado, adoptando la postura más garantista, expresa que «salvo que se consolide en el futuro una jurisprudencia en sentido contrario» ellos apoyarán la primera tesis descrita.⁴⁹

5.2. COMUNICACIONES POSTALES Y TELEGRÁFICAS

La jurisprudencia del TS y del TC realiza una distinción entre paquetes postales y comunicaciones postales⁵⁰ así como el alcance de su protección, señalando que la «comunicación postal» es « [...] un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas [...]» mientras que los «paquetes postales» consistirán en un «envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objeto».⁵¹ Así, el TC expresa que el artículo 18.3 CE no ampara al secreto postal sino, más bien, al secreto de las comunicaciones postales y, por lo tanto, no todo envío de objetos será una comunicación. De esta forma, el mismo tribunal indica que « el envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término »⁵². Excluidos los paquetes postales de la protección otorgada por el artículo 18.3 CE éstos sí que se encontraran amparados por el derecho consagrado en el artículo 18.1 CE, «quedando sujetos al régimen constitucional de mencionado derecho»⁵³. Debido a que los mensajes no sólo se pueden ser remitidos mediante formatos escritos, el TC ha señalado que no gozarán de la protección constitucional aquellos objetos que «por sus propias características, no son usualmente

⁴⁸ En este sentido STS 1235/2002, de 27 de junio, señala que « [los SMS] son auténticas y genuinas comunicaciones personales cuyo vehículo de transmisión es el teléfono, por lo que, de hecho, se trata de comunicación efectuada vía telefónica, que no se 'oye', sino que se 'lee'».

⁴⁹ Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

⁵⁰ Tal y como ha afirmado el TC, comunicación postal es, desde la perspectiva constitucional, «correspondencia» (STC 28172006, de 9 de octubre).

⁵¹ STC 281/2006, de 9 de octubre.

⁵² *Idem.*

⁵³ *ibídem*

EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES

utilizados para contener correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercadería».⁵⁴

Centrándonos en cómo se llevará a cabo la intervención de la correspondencia, es preciso destacar, en primer lugar, que lo estipulado para la intervención de las comunicaciones telefónica resulta aplicable a las comunicaciones postales «en sus líneas generales».⁵⁵ No obstante, la apertura de la correspondencia postal la deberá llevar a cabo el juez por sí mismo, debiendo citar previamente al «interesado» para que éste pueda presenciar la operación. En este contexto, la doctrina se ha planteado quién es la persona interesada que deberá ser citada para contemplar la operación y si ésta es la misma persona que el procesado. López Barja, por su parte, expresa que interesado y procesado son sujetos diferentes, siendo el primero el «dueño» de la correspondencia y el segundo «la otra persona», ya sea remitente o destinatario. Así las cosas, el citado autor prevé que ambos individuos, procesado e interesado, deberán ser requeridos para presenciar la operación de apertura⁵⁶.

En cuanto a la «apertura» de la correspondencia, la jurisprudencia del TS ha rechazado realizar una interpretación extensiva del término «abrir» llevando a cabo un análisis hermenéutico de mencionado vocablo y concluyendo que «abrir» –en el caso que nos compete– supone extraer el contenido de la carta quedando al descubierto el mensaje que ésta posee. Por ello, ante la duda surgida en la práctica de si la incisión en la correspondencia debía considerarse un equivalente a la apertura, el TS ha señalado que no son situaciones semejantes debido a que la simple «introducción de una aguja en un sobre cerrado» no revela el contenido de la comunicación, por lo que rechaza, de plano, que la simple incisión de un sobre suponga la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones.

En este contexto, es preciso hacer mención a los paquetes con «etiqueta verde», esto es, aquellos en que aparece adherida una etiqueta modelo C-1 en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 117 del Reglamento de Ejecución del Convenio Postal Universal de Washington de 1989 y cuyo rasgo característico principal radica en que, sin necesidad de autorización judicial, los empleados de aduanas pueden proceder a su apertura para así llevar a cabo un control de su contenido⁵⁷. El régimen de tales paquetes ha sido criticado por parte de la doctrina debido a que tanto la CE como la LECr requieren, para la intervención de las comunicaciones, una resolución judicial. López Barja expresa que la cuestión radica en el consentimiento de la apertura por parte del remitente, debiéndose admitir que el envío contiene una declaración voluntaria sólo si el expedidor hubiera sido informado previamente de las consecuencias, hubiera firmado dicha declaración y pudiera elegir entre realizar el envío con o sin etiqueta. No obstante, citado autor señala que «es muy discutible que pueda otorgarse efectos relevantes a la declaración contenida en la etiqueta verde» al no existe

⁵⁴ ATC 395/2003, de 11 de diciembre (FJ 3); STS /1997, de 5 de febrero.

⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑES, T. «El secreto de las comunicaciones» en CASAS BAAMONDE, M.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Comentarios a la Constitución Española de 1978» *ob. Cit.* p. 451.

⁵⁶ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Tratado de Derecho Procesal Penal» *ob. Cit.* p. 1198.

⁵⁷ Entre otras, las SSTS 420/1995, de 23 de marzo; 128/1997, de 5 de febrero, señalan que «al aceptar el envío bajo etiqueta verde [...] hay renuncia expresa al posible derecho de secreto del contenido del paquete».

dicha alternativa y que todos los envíos de paquetes postales deben llevarse a cabo bajo el sistema de etiqueta verde⁵⁸.

Lo mencionado precedentemente en relación a cómo proceder para interceptar la correspondencia se aplicará de forma análoga en el supuesto de intervención de las comunicaciones telegráficas⁵⁹ pudiendo el juez, en virtud del artículo 582 LECr, ordenar que cualquier administración de telégrafos le facilite copia de los telegramas transmitidos si éstos pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos de la causa. No debemos perder de vista que la comunicación mediante este medio requiere, al menos, la intervención de otras dos personas ajenas que conocerán el contenido íntegro de los mensajes. Ello no significará que el secreto de las comunicaciones «desaparezca», dado que los empleados del servicio de telégrafo se encuentran sometidos al deber profesional de absoluta discreción, no obstante, es evidente la disminución de la privacidad del mensaje transmitido a través de éste medio⁶⁰.

5.3. OTRAS MODALIDADES DE COMUNICACIÓN

5.3.1. Correos electrónicos. Régimen especial en el ámbito laboral

La actual LECr, a diferencia de lo que ocurre con las comunicaciones telefónicas, postales o telegráficas, no regula la interceptación de las comunicaciones telemáticas y, más en concreto, los correos electrónicos. Así las cosas, la doctrina ha apuntado la necesidad de determinar si la comunicación a través de *e-mail* es más asimilable a las comunicaciones telefónicas o, por lo contrario, a la correspondencia⁶¹, expresando finalmente que, al ser la línea telefónica la vía por la que se transmiten tales mensajes, los correos electrónicos se considerarán como un medio equivalente al teléfono, debiéndose aplicar análogamente sobre éstos la regulación y las garantías ofrecidas por la LECr para tal modalidad de comunicación.⁶² La solución alcanzada por la doctrina es lógica debido a que, si consideramos que nos encontramos ante correspondencia y, consecuentemente, aplicamos su regulación, se deberá informar al interesado que tal diligencia se está llevando a cabo produciéndose así una frustración en el propósito de la medida. Señalado lo anterior, no debemos perder de vista al momento en que se produce la interceptación del *e-mail*; a saber, si la intervención tiene lugar cuando el proceso de comunicación no ha finalizado –vg, el receptor aún no ha leído el correo– se conculcará el derecho reconocido en el artículo 18.3 CE debido a que citado proceso no ha finalizado; por lo contrario, si se procede a la intervención cuando el receptor ya ha leído el correo electrónico, al haberse consumado el

⁵⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Tratado de Derecho Procesal Penal» *ob. Cit.* pp. 1203 y ss.

⁵⁹ Y así se desprende a lo largo de los artículos 580 y ss LECr.

⁶⁰ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «El derecho al secreto de las comunicaciones», Anuario Parlamento y Constitución nº2, 1998, p. 179.

⁶¹ Dicho en los términos de MARCHENA GÓMEZ, « es más ‘correo’ que ‘electrónico’ o es más ‘electrónico’ que ‘correo’.»

⁶² Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. P. 48.

EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES

proceso, la protección constitucional no se realizará a través del artículo 18.3 CE, sino por aquellas normas que protegen la intimidad.⁶³ En este contexto, es preciso destacar que la doctrina ha estimado que se deberá aplicar el mismo régimen a otras las modalidades de mensajería instantánea tales como *whatsapp* o *Messenger*⁶⁴.

Pese a lo señalado precedentemente, los correos electrónicos proporcionados por las empresas a los trabajadores poseen un régimen diferente. En este sentido, el TC ha expresado que si existe una prohibición expresa de uso «extralaboral» del correo electrónico, debiéndose circunscribir su utilización a fines estrictamente profesionales, ello implicará tácitamente la potestad de la compañía para «controlar su utilización» y, de esta forma, comprobar la observancia por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales⁶⁵.

5.3.2. FAX

En cuanto al FAX, el cual consiste en una «transmisión telefónica de material escaneado impreso», es menester señalar que, como ocurría con los correos electrónicos, la intervención de tal acto de comunicación no posee una previsión legal en la actual LECr⁶⁶. Así, pese a ser un acto de comunicación que se plasma en un soporte físico –papel– al igual que una carta, le será de aplicación el régimen establecido para la intervención de las comunicaciones telefónicas debido a que, como ha señalado la doctrina, «al emplear los mismos cauces de transmisión que los medios telefónicos» es posible considerar que nos encontramos ante un medio de comunicación análogo a éste.⁶⁷

5.3.3. Comunicaciones radiofónicas por redes de uso público

Según lo estipulado por el TS, las conversaciones radiofónicas llevadas a cabo a través de redes de uso público no se encontraran amparadas por el derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18.3 CE dado que «en estos casos, precisamente por ser de uso público, ha de partirse por los usuarios de una implícita posibilidad de captación»⁶⁸.

⁶³ En este sentido STC 70/2002, de 3 de abril.

⁶⁴ Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. p. 48.

⁶⁵ Casi en los mismos términos STC 170/2013, de 7 octubre.

⁶⁶ El borrador del CPP, por su parte, sí prevé tal regulación en el Capítulo VI del Título II del Libro IV.

⁶⁷ En este sentido, BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «El derecho al secreto de las comunicaciones», Anuario Parlamento y Constitución nº2, p. 170.

⁶⁸ Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

6. PRUEBA ILEGALMENTE OBTENIDA EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN. VALORACIÓN Y EFECTO REFLEJO: *Fruit of the poisonous tree doctrine*.

Si de alguna de las diligencias enumeradas *ut supra* se obtienen pruebas conculcando un derecho fundamental –y, en concreto, vulnerando el artículo 18.3 CE– éstas serán nulas de pleno derecho en virtud de lo previsto en el artículo 11 LOPJ. No obstante a lo anterior, es menester plantearnos qué ocurrirá con los efectos reflejos de citada prueba ilícita, o dicho de otro modo, ¿qué ocurrirá con aquellas pruebas obtenida lícitamente, sin embargo, su punto de partida es la prueba obtenida ilegalmente? Para dar respuesta a la cuestión, Estados Unidos elaboró la que se conoce como la «teoría del fruto del árbol envenenado» o *Fruit of the poisonous tree doctrine*, la cual establece que la ineficacia de las pruebas obtenidas ilegalmente afectará a aquellas que, si bien se han adquirido de forma legal, se fundamentan en aquellos datos obtenidos de la primera, «dando lugar a que tampoco estas pruebas legales puedan ser admitidas». ⁶⁹ Lo mencionado no es absoluto y admite algunas excepciones; así, se aceptarán las pruebas lícitamente obtenidas si dichas pruebas hubieran sido igualmente descubiertas a través de otros medios, esto es, *inevitable discovery*. ⁷⁰

7. PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

En lo que respecta a los ciudadanos internos en centros penitenciarios, es imperativo señalar que su marco normativo constitucional en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones se determinará no sólo por lo estipulado en el artículo 18.3 CE, sino, «primordialmente», por lo previsto en el artículo 25.2 CE el cual establece una serie de limitaciones de tal derecho, entre ellas, lo estipulado en LOGP ⁷¹.

El artículo 51 de la LOGP reconoce el derecho de los internos a mantener comunicaciones con sus familiares, amigos y representantes de instituciones de cooperación penitenciaria así como con su Abogados y Procuradores –entre otros profesionales–, conocidas tales comunicaciones por la doctrina como *genéricas* y *específicas*, respectivamente. Centrándonos en primer lugar en las comunicaciones *genéricas*, es preciso determinar que éstas, a la luz de lo previsto en el artículo 51.5 de LOGP, podrán ser autorizadas por el director del centro penitenciario por razones de «seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento». Debido a que tal restricción al derecho fundamental se lleva a cabo por una autoridad administrativa, será preciso que se comunique tal medida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para así llevar a cabo un control jurisdiccional y, de esta forma, garantizar que no se conculque el derecho fundamental del interno. ⁷² En este contexto, el artículo 43 del Reglamento Penitenciario prevé que, en caso de acordarse la intervención de las comunicaciones del interno, se le deberá notificar a éste

⁶⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Tratado de Derecho Procesal Penal», *ob. Cit.* pp. 961 y ss.

⁷⁰ Idem LOPEZ BARJA continúa señalando que «el problema se encuentra en determinar el carácter de consecuencia del segundo acto o prueba lícitamente obtenida en relación con el primer acto que fue ilegal».

⁷¹ En este sentido STC 192/2002, de 28 octubre.

⁷² Por otras, STC 192/2002, de 28 octubre.

último tal medida; sin embargo, ¿frustraría tal aviso la finalidad perseguida? En este sentido, el TC ha respondido negativamente señalado que « [...] la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas [...] »⁷³.

Por otro lado, y centrándonos en las comunicaciones mantenidas entre el interno y su abogado, es preciso traer a colación lo previsto en el artículo 51.2 LOGP el cuál estipula que «las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o procuradores [...] no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». Señalado lo anterior, analizaremos la evolución jurisprudencial que ha tenido lugar con respecto a la interpretación de las exigencias requeridas por citado precepto. Así, en un primer momento el TC consideró que los requisitos exigidos por el artículo 51.2 LOGP para las intervenciones de las comunicaciones de los internos con sus abogados debían concebirse de forma «separada» o «alternativas»; de esta forma, la injerencia de tales comunicaciones podría tener lugar por orden judicial con carácter general, o bien, por el Director del establecimiento penitenciario en los supuestos de terrorismo, debiéndose informar en éstos últimos supuestos a la autoridad judicial competente.⁷⁴ Empero, la mencionada doctrina jurisprudencial fue abandonada ulteriormente a través de la STC 183/1994, la cual considera que las dos tipologías de comunicaciones tienen una naturaleza divergente y, por ende, están sometidas a un régimen diferenciado. Así, y en lo que respecta a las comunicaciones específicas, el TC señaló que se encuentran sometidas a un tratamiento especial «cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario»⁷⁵. Por ello, los requisitos previstos en el artículo 51.2 LOGP- a saber, «orden de la autorización judicial» y «caso de terrorismo» - no pueden interpretarse como exigencias alternativas, sino, acumulativas, y ello se debe «a la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa»⁷⁶

En atención a lo ya mencionado, las comunicaciones entre los internos y sus letrados en ningún caso podrán ser intervenidas a través de una autorización emitida por la autoridad penitenciaria, siendo estrictamente necesaria la existencia de una orden judicial debidamente motivada y únicamente en los supuestos de terrorismo.

⁷³ Véase STC 200/1997, de 24 de noviembre (F 4).

⁷⁴ Véase STC 73/1983 (FJ 7)

⁷⁵ STS 79/2012, de 9 de Febrero (FJ 8).

⁷⁶ En este sentido, STC 58/1998, de 16 marzo (FJ 5).

8. TERCEROS AJENOS AL PROCESO DE INVESTIGACIÓN

El acto de comunicación requiere necesariamente la participación de al menos dos interlocutores; por ende, es imperativo plantearnos si cabe la posibilidad de introducir como prueba de cargo las manifestaciones realizadas por el «comunicante accidental».

En ésta materia, TC ha criticado que el artículo 579 LECr no faculta de forma expresa la afección del derecho al secreto de las comunicaciones del «comunicante accidental» así como tampoco la utilización de tales grabaciones como pruebas frente a ellos en el proceso penal⁷⁷. No obstante lo anterior, el TC ha advertido que, aunque no exista una ley que «cubra» todas las necesidades para garantizar las exigencias constitucionales de seguridad jurídica, si el juez actúa respetando los requerimientos procedentes del principio de proporcionalidad, no cabría entender, por la simple carencia legislativa, que se ha conculcado el derecho del artículo 18.3 CE⁷⁸. En atención a expuesto, el TS señala que «[...] la propia naturaleza de la intervención determina que afecte no sólo al titular de la línea sino también a sus interlocutores»⁷⁹; por ello, es posible que se incluyan como prueba de cargo las manifestaciones llevadas a cabo por el tercero que entabla una conversación con el sujeto sobre el que recae la investigación; no obstante, es estrictamente necesario que tales declaraciones se refieran al hecho delictivo objeto de investigación⁸⁰.

9. HALLAZGOS CASUALES

Los «hallazgos casuales o fortuitos» consistirán en aquellas pruebas que aparecen durante la realización de una diligencia de investigación relativa a un delito distinto a aquel por el cual se ha iniciado tales actuaciones⁸¹; por ello, es menester plantearnos qué valor se les otorga. En virtud de la jurisprudencia del TS, si en el marco de una investigación donde se ha acordado la intervención de las comunicaciones tiene lugar un «hallazgo fortuito», la policía deberá dar cuenta al juez instructor de tal descubrimiento de forma inmediata recayendo sobre este último una doble posibilidad de actuación⁸²: Por un lado, si se trata de un «delito conexo», el juez podrá ampliar la orden judicial sin que ello conculque el principio de especialidad debido a que «no hay novación en el objeto de la investigación sino simplemente una ‘adición’»⁸³; y, por otra parte, si el hallazgo no es un delito conexo al investigado, tal descubrimiento tendrá valor de *notitia criminis*, pudiendo el instructor dictar una nueva autorización judicial e iniciar una nueva línea de investigación⁸⁴ –a modo de ejemplo, y como señala la STS 320/1998, de 7 de marzo, interpretar en otro sentido

⁷⁷ En esta línea STC 184/2003, de 23 de octubre.

⁷⁸ STC 184/2003, de 23 de octubre

⁷⁹ Entre otras, SSTS 1001/2005, de 19 julio; 1715/1999, de 3 diciembre.

⁸⁰ En este sentido STS 433/2012, de 1 junio.

⁸¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Tratado de Derecho Procesal Penal», *ob. Cit.* p. 1265.

⁸² En esta línea, ATS 18 junio 1992.

⁸³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Tratado de Derecho Procesal Penal», *ob. Cit.* p. 1269.

⁸⁴ STS 320/1998, de 7 marzo.

significaría la impunidad de un asesinato que se descubriera en un domicilio registrado para encontrar estupefacientes–.

10. ASPECTOS DE SU PROBLEMÁTICA ACTUAL: NSA, ECHELON Y EL «ESPIONAJE MASIVO»

El mes de octubre de 2013 los medios de comunicación informaron que, entre el 10 de diciembre de 2012 y el 8 de enero de 2013, la NSA –conjuntamente con el CNI– «espió» un total de 60 millones de llamadas telefónicas en España a través de diversos sistemas informáticos realizando un «rastreo masivo» que, sin bien no afectó al contenido de las llamadas, sí accedió a diversos datos tales como números de teléfono o números de identificación de los terminales. Mencionada información pone en relieve el peligro actual que representan las nuevas tecnologías para los derechos fundamentales y, más en concreto, para el secreto de las comunicaciones debido a que tales actuaciones supondrían una vulneración «masiva» del derecho reconocido en el artículo 18.3 CE de todas aquellas personas cuyas comunicaciones fueron intervenidas dado que, si bien no existió un acceso al contenido de las llamadas, sí se produjo una intromisión a otros datos que en atención a lo expresado por el TC merece la protección de citado precepto.

En este contexto, es menester mencionar a ECHELON, el sistema de interceptación de las comunicaciones a nivel mundial creado por cinco Estados –en concreto, EEUU, Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda y Australia– en el marco del acuerdo celebrado en el año 1947 llamado UKUSA y al que se le atribuye la capacidad de «interceptar todas las comunicaciones mundiales a través de satélites»⁸⁵. Citada red de espionaje posee un sistema de ordenadores llamados «Diccionarios» capaces de almacenar un gran número de datos además de poseer un sistema de detección de voz que, al «escuchar» determinadas palabras «claves», graban automáticamente la conversación⁸⁶. EEUU negó la existencia de tal sistema de espionaje, sin embargo, la Unión Europea no duda de su existencia y, por ello, el 5 de septiembre 2001 dictó una Resolución en la cual aseguraba la existencia del sistema ECHELON e instó a los Estados Miembros a que «se doten de instrumentos vinculantes que garanticen una protección efectiva de las personas físicas y jurídicas contra cualquier forma de interceptación ilegal de sus comunicaciones»⁸⁷, que negocien con EEUU un código de conducta similar al de la UE así como inviertan en nuevas tecnologías de encriptación.

En atención a lo expuesto ¿se debe producir un quebranto del derecho al secreto de las comunicaciones a favor de la seguridad nacional? A mi juicio, si bien los derechos fundamentales no son absolutos e ilimitados, la propia CE nos proporciona las herramientas necesarias para la protección de los intereses superiores como es la seguridad nacional, a

⁸⁵ GARCÍA MOSTAZO en <http://www.libertaddigital.com/opinion/nacho-garcia-mostazo/la-red-espia-global-8719>.

⁸⁶ URBANO CASTRILLO, E., «La Prueba Ilícita Penal», ARANZADI, Pamplona, 2010, p.412 y ss.

⁸⁷ Resolución sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas [2001/2098(INI)].

saber, la intervención previa del órgano judicial. De esta forma, toda intervención de las comunicaciones se debería llevar por los causes previstos en la CE.

11. CONCLUSIÓN

Como señala el TC en su sentencia de 14 de julio de 1981, los derechos fundamentales «se configuran como un marco de convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en un Estado de Derecho y más tarde, en un Estado social y democrático de Derecho». Así, los citados derechos constituyen el núcleo esencial de la estructura jurídico-política de nuestra CE y, por ello, es imperativo que las normas que los limitan sean completas y satisfagan todas las exigencias constitucionales; de lo contrario, tales derechos quedarían vacíos de contenido. No obstante lo anterior, la situación legislativa actual con respecto al derecho al secreto de las comunicaciones dista mucho a lo que sería deseable y hace urgente una reforma para «cubrir» todas las necesidades que emanan de nuestra CE. Lo anterior se refleja en el actual borrador del CPP, el cual pretende «completar las perturbadoras lagunas» de la actual LECr, adoptando una posición más garantista al regular todos aquellos aspectos básicos que la legislación actual no prevé además de incluir los nuevos métodos de comunicación surgidos por el gran avance tecnológico, adaptando así la normativa a nuestra realidad social.

En cuanto al «quebranto» de los derechos fundamentales a favor de la seguridad nacional, Foucault dijo que «la atracción tiene como correlato necesario la negligencia». Algo similar parece ocurrir con la «atracción» que ejerce sobre un sector de la sociedad que a fin de proteger «intereses superiores» se justifica la vulneración de los derechos fundamentales. La CE nos proporciona los cauces para llevar a cabo la intervención de las comunicaciones sin que se produzca la violación del derecho fundamental, esto es, una autorización judicial previa. Sólo así podrán llevarse a cabo tales intervenciones; lo contrario nos llevaría a aceptar y justificar situaciones arbitrarias y abusivas.

12. BIBLIOGRAFÍA

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «El derecho al secreto de las comunicaciones», Anuario Parlamento y Constitución Nº2, 1998.

DEL MAR DOTÚ I GURI, M., «Los derechos fundamentales: Derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales», JMB Bosch Editor, 2013.

DIAZ REVOIRO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español», Derechos Humanos de México, 2006.

CRUZ VILLALÓN, P., «Estados excepcionales y suspensión de garantías», TECNOS, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El sistema constitucional español», Dickinson, Madrid, 1991.

- «El Estado de excepción en el Derecho constitucional español», EDERSA, Madrid, 1977.

LOPEZ BÁRJA DE QUIROGA, J. «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida» ed. Akal/Iure, Madrid, 1989.

- «Tratado de Derecho Procesal Penal», Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

MARCHENA GÓMEZ, M. en « Dimensión Jurídico-Penal Del Correo Electrónico», La Ley 6475, 2006.

MARCO URGELL, A. «La intervención de las comunicaciones telefónicas», dirigido por Rafael Rebollo Vargas, Tesis Doctoral Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.

MONTAÑEZ PARDO, M., «La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial», Aranzadi, Pamplona, 1999.

PARDO RUÍZ, R. «Intervención de las comunicaciones telefónicas», Noticias jurídicas, 2011.

PÉREZ CALVO, A. «Comentarios a la Constitución Española. Tomo IV», Edersa, España, 2006.

RODRIGUEZ LAINZ, J. L., «sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica» Diario La Ley, Nº 7647, Sección Doctrina, 8 Jun. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY

- «La intervención de las comunicaciones telefónicas», Bosch, Barcelona, 2002.

EL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES

URBANO CASTRILLO, E., «La Prueba Ilícita Penal», ARANZADI, Pamplona, 2010.