

EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Enrique Belda Pérez-Pedrero

*Ayudante de Facultad. Área de Derecho Constitucional
(Universidad de Castilla-La Mancha)*

SUMARIO

- A.- *Consideraciones generales*
 - Derecho histórico y comparado*
- B.- *Titularidad del derecho*
- C.- *Contenido y ámbito protegido*
 - a) *Contenido esencial*
 - Relación comunicativa que se protege*
 - Requisitos para apreciar la vulneración*
 - ¿Existe derecho a entablar una comunicación?*
 - b) *Ámbito protegido*
 - La correspondencia y el telégrafo*
 - El teléfono y otros medios análogos*
 - c) *Desarrollo legal*
- D.- *Límites y conflictos con otros derechos*
 - a) *Límites*
 - Intervenciones y necesaria concurrencia del juez*
 - *Presupuestos de la intervención*
 - *Requisitos de la intervención judicial*
 - Algunos casos especiales: límites para presos, menores y circunstancias en las que media consentimiento tácito*
 - b) *Conflictos con otros derechos*
- E.- *Garantías generales y jurisdiccionales*
 - a) *Reserva de ley*
 - b) *Protección específica*
 - c) *Amparo Judicial genérico*
 - d) *Amparo Constitucional*
- F.- *Suspensión*
- G.- *Apéndices*

Art. 18.3 CE: "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

A.- Consideraciones generales

El derecho al secreto de las comunicaciones es una garantía sobre uno de los aspectos esenciales de la vida privada, como es la libertad de relacionarse con otra u otras personas distantes, a través de un medio destinado al efecto, sin que trascienda el contenido del proceso comunicativo. En palabras de algún autor, es una garantía "(...) elevada a la categoría de derecho subjetivo por la Constitución." (Martín Morales: 1995. p. 44). Su finalidad es amparar las relaciones privadas a distancia para que se puedan efectuar con la misma seguridad hacia el respeto a la intimidad que se tendría en una relación o comunicación personal directa.

La posibilidad de mantener una comunicación privada ha sido calificada en ocasiones como una faceta del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Hay que constatar la íntima relación entre el primer y el tercer apartado del art. 18 CE, puesto que como acabamos de señalar, se comparte una finalidad común de garantía de las relaciones personales, pero el objeto como veremos es distinto. El secreto de las comunicaciones es un derecho sustantivo que protege la relación en el ámbito de las comunicaciones, y a eso se circunscribe su objeto. Ello no es obstáculo para que también sea una de las principales garantías del derecho a la intimidad, además de un mecanismo para favorecer el libre desarrollo de otros derechos y libertades como la libertad de prensa, la de empresa, la ideológica...

Los cambios de las últimas décadas y, en especial, la conjunción de la informática y la telefonía como nuevo cauce de comunicación, abren un enorme campo de posibilidades y con ello, una necesidad de regulación que se adapte a los sucesivos cambios tecnológicos para conseguir que se cumpla esa finalidad protectora. La Constitución se limitó a mencionar como medios a proteger, a modo de ejemplo y desde luego como *numerus apertus*, los más frecuentemente utilizados hasta los años setenta: el teléfono, el telégrafo y las comunicaciones postales. En la actualidad podemos añadir, entre otros, el correo electrónico, el fax, la videoconferencia (aunque en realidad son medios telefónicos, ya que emplean el mismo cauce de transmisión que éste), la radiotelefonía, la telefonía móvil o el telex, existente ya en 1978. Todos estos medios pueden ser soporte de

una comunicación protegida constitucionalmente, o dicho de otra forma, la protección se extiende a otros medios no expresamente recogidos en la norma fundamental (Espín: 1994, p. 219).

La protección, inexpugnabilidad o libertad de la comunicación se cumple considerando que los contenidos de la misma son secretos (STC 114/84 caso *Poveda Navarro*, f.j. 7). Es independiente de qué trate ese contenido. Estamos ante una garantía formal, no material. Por ello, este velo de protección, además, se podría extender hacia algunas circunstancias que superan las palabras concretas intercambiadas por los participantes en la comunicación, como la identidad de éstos o las circunstancias en las que se realiza (STC 114/84, caso *Poveda Navarro*, f.j. 7°; STEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*).

Derecho histórico y comparado.

Las comunicaciones a través de medios técnicos son relativamente recientes, pero a lo largo de la historia han existido otros medios de relación entre personas distantes. El más tradicional ha sido sin duda el correo. Las fuentes románicas nos ofrecen la existencia de intercambios postales e incluso noticia de la actividad que vulneraba la privacidad de esas relaciones: la “perlustración” o indagación y lectura de los contenidos de las misivas. Al comienzo de la Edad Contemporánea, la Asamblea Nacional francesa de 1790 declaró la inviolabilidad de la correspondencia. Ello, en teoría, terminaba con la práctica de los agentes del antiguo régimen de intervenir y leer las cartas de los súbditos.

En nuestras constituciones históricas, destacamos el art. 7 de la Constitución de 1869, que prohíbe a las autoridades gubernativas la “detención y apertura” de la correspondencia confiada al correo así como la detención de los telegramas. Señala, no obstante, el mismo artículo que con autorización de un juez competente podrán intervenirse ambos medios, revelándose su contenido en presencia del destinatario que esté procesado. La Constitución de 1876 es más escueta en lo que se refiere a esta garantía, prohibiendo sólo (art. 7) la apertura de la correspondencia (nada dice de la intervención telegráfica) y exigiendo que el auto judicial que la dispone sea motivado (art. 8). El proyecto constitucional de 6 de julio de 1929 garantizaba también las comunicaciones escritas. Finalmente, la Constitución de 1931, en su art. 32, proclamó la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, salvo “(...) que se dicte auto judicial en contrario”. Nuestro actual artículo 18.3 CE, es sustancialmente igual a éste, añadiendo los medios de comunicación generalizados en 1978.

Respecto de las constituciones de países de nuestro entorno, y de los conve-

nios y declaraciones sobre derechos fundamentales, destacamos lo recogido en el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que declara la inviolabilidad de las telecomunicaciones, comunicaciones postales y correspondencia (diferenciando las cartas de otros envíos postales). La Declaración Universal de Derechos Humanos, prohíbe las injerencias arbitrarias en la correspondencia (art. 12 DUDH). También se refiere sólo a la correspondencia el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realizado en el marco de Naciones Unidas, en 1966. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 8, contempla el respeto de la correspondencia junto con otros derechos de carácter personal como la inviolabilidad de domicilio y el respeto a la vida privada y familiar.

El secreto de las comunicaciones es un derecho universalmente aceptado y su consideración por parte de los órganos encargados de la aplicación de los convenios sobre derechos y libertades, nos ha de servir para explicar las dudas que acerca de su contenido surjan en nuestro país, utilizando la interpretación jurídica indicada por la Constitución en el art. 10.2.

B.- Titularidad del Derecho

Los titulares son las personas físicas y jurídicas que intervienen en la comunicación, sean dos o más¹. Ello no es obstáculo para que ciertos titulares puedan ser objeto de una consideración especial, en atención a su edad, capacidad o circunstancias. Por ejemplo los menores de edad, como veremos más adelante, que ven tutelado su ejercicio por las personas de las cuales dependen. Lo mismo cabe decir de quienes tienen disminuidas sus aptitudes psíquicas o físicas y necesitan ser complementados en sus acciones por otros. Por lo que se refiere a los extranjeros también disfrutan de la garantía en las condiciones que disponga la legislación, si bien hay que constatar que se trata de un derecho cuyo disfrute se presenta totalmente asimilado al que pueda gozar un nacional, no siendo un dato relevante la carencia de la ciudadanía española para el ejercicio del derecho (aunque evidentemente, y a tenor de circunstancias muy especiales, como sería, por ejemplo, una confrontación bélica de España con su país de origen, pudiera sufrir importantes limitaciones e incluso la suspensión del derecho, mediando la correspondiente declaración de estado de excepción o sitio).

Las personas jurídicas, en el desarrollo de su actividad, necesitan de la pro-

1. Es diferente a la titularidad sobre la carta, fax, etc., que es de quien lo recibe.

tección de este derecho que tiene una naturaleza personal, pero a la vez reúne los caracteres racionalmente necesarios para su adjudicación a las mismas (igual que, por ejemplo, se les atribuye la titularidad sobre el derecho a la inviolabilidad de domicilio). Piénsese en los perjuicios que ocasionaría a las actividades mercantiles de una compañía la intervención de sus teléfonos o cartas por otra empresa competidora o las consecuencias de la apertura de la correspondencia de un partido político por el rival.

Se constata que el reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas es una construcción que se cimenta sobre el dato de considerar que las comunicaciones que efectúen sus directivos o responsables han de atribuirse a la empresa, asociación, comunidad, colectivo o grupo en nombre del que se realizan. Este hecho no nos puede hacer olvidar que las personas físicas que intervienen en la comunicación, también disfrutan de la titularidad y que ante una vulneración del secreto constitucional, estarían legitimados para solicitar la protección del derecho. Estamos, pues, ante una concurrencia de titulares: si una persona jurídica sufre el “pinchazo” en sus líneas telefónicas, la apertura de su correo o la intervención de datos de su buzón electrónico, indudablemente está padeciendo una vulneración del derecho, que puede ser denunciada por sus responsables aunque no fueran los intervinientes directos en la emisión o recepción de datos; pero también las personas físicas que materializan la comunicación se ven afectadas, por más que el contenido de la comunicación esté íntegramente referido a la actividad de la persona jurídica, ya que la protección es formal, no material.

Una cuestión más compleja es el reconocimiento de la titularidad a un Poder del Estado o a una Administración Pública respecto de las comunicaciones en las que interviene. ¿Ante quién esgrime el derecho?. Es claro que la legislación penal sanciona la interceptación de comunicaciones públicas o administrativas, pero no se ha dado el caso, al menos en sede constitucional, que la Administración alegue una vulneración del secreto de las comunicaciones en base al art. 18.3 CE. Caso distinto a la comunicación entre dos administraciones o poderes públicos es cuando la comunicación tiene por emisor o destinatario a un administrado, sea persona física o jurídica; entonces sí cabe hablar de una vulneración del derecho, ya que uno de los sujetos de la comunicación es indudable titular del mismo.

Es necesario, además, realizar ciertas consideraciones al hilo de las reformas que a partir de los primeros años noventa se están observando en el mercado de las comunicaciones. El Estado organizador de todos los medios de comunicación interpersonales, ofertados a la sociedad mediante un servicio público (correos y

telégrafos) y una compañía pública (CTNE), ha pasado a un papel secundario en cuanto a la gestión de las comunicaciones que utilizan las vías telefónicas. Hace unos años, era el garante de toda relación a distancia y cualquier vulneración tendría como responsable último a un poder público o a uno de sus agentes o brazos ejecutores, fuera por acción consciente o por falta de celo en la custodia. Hoy, la propia administración utiliza, por ejemplo, la telefonía móvil que está en manos de personas jurídicas de derecho privado. La eficacia del derecho fundamental no descansa sobre ella y la Administración puede por tanto ser “intervenida” en sus relaciones, lo que es un delito.

De cualquier manera, no es tan claro que pueda alegar esa vulneración de derecho como un derecho fundamental o una garantía institucional a no ser escuchada grabada o intervenida. La existencia de un tipo penal (art. 197.1 C.Penal), permite castigar a quien intercepte las comunicaciones, incluidas las de las administraciones públicas. Si a través de esta vía no se logra una satisfacción para la administración que ha visto vulnerado su derecho, entendemos que la vía por la que podría acudir al amparo constitucional sería la alegación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (derecho a obtener una resolución fundada en Derecho).

C.- Contenido y ámbito protegido

a) Contenido esencial.

Relación comunicativa que se protege.

La protección del secreto de las comunicaciones cubre toda relación en la que concurren todos y cada uno de los siguientes requisitos:

1º) Que se canalice a través de un medio de comunicación en el que exista un emisor y un receptor a través del que puedan intercambiar un mensaje: telégrafo, teléfono y otros medios que utilizan sus redes, telefonía a través de satélite, radioemisoras, telex y correspondencia postal. No es objeto de protección por este artículo la comunicación en la que el receptor adopta una posición pasiva sin posible respuesta: radio o televisión.

2º) Que la comunicación se produzca entre sujetos que se encuentran físicamente separados, entre los que existe una “distancia”, entendida racionalmente como la imposibilidad de hablar en persona. Como es lógico, una conversación “boca a oreja”, puede ser objeto de protección *ex art.* 18.1 CE. Para que haya “comunicación” en el sentido expresado por el art. 18.3 CE ha de existir un

medio de transmisión del mensaje distinto a la palabra o el gesto percibido directamente por los intervinientes.

3º) Que se desarrolle de forma no pública, es decir, los supuestos en los que se entabla una comunicación entre dos o más personas y expresa o tácitamente se excluye al resto. El “secreto” de toda comunicación se puede levantar de común acuerdo por el emisor y el receptor. El “consentimiento” es la condición que excluye el secreto y actúa de la misma manera que sobre el velo protector del derecho a la intimidad. Una comunicación deja de estar protegida cuando los participantes así lo determinan.

Toda persona que interviene en una comunicación ha de saber el carácter de la misma y habrá que suponer que de acuerdo a la naturaleza de todos los medios habitualmente empleados, siempre es privada, a no ser que uno de los intervinientes advierta lo contrario. En ese caso el otro o los otros participantes pueden impedir su difusión (p.e., llamadas telefónicas en directo desde un programa de televisión. Consideramos que se conculca el derecho fundamental si se pasan a antena llamadas sin el consentimiento de todos los interlocutores con carácter previo). Lo que es inevitable desde el punto de vista de la protección de este derecho, es que uno de los intervinientes revele el contenido de la comunicación con posterioridad.

Requisitos para apreciar la vulneración.

Una vez que existen las comunicaciones objeto de protección por el art. 18.3 CE, para que pueda apreciarse una vulneración del derecho, es decir, una revelación del secreto otorgado constitucionalmente a toda comunicación a distancia a través de un medio, es necesario:

1º) Que concurren uno o varios terceros ajenos al proceso comunicador sin conocimiento de uno o de todos los comunicantes. La comunicación es “impenetrable” para quienes no sean emisor o receptor (STC 114/84, caso *Poveda Navarro* f.j. 8). Si los intervinientes revelan el contenido de lo comentado, se generan efectos distintos que podrán o no tener relevancia jurídica según afecten al derecho a la intimidad, el secreto profesional, etc., pero no se desdibuja esta garantía que se centra en el momento de la comunicación. Hay que recordar que lo protegido es el proceso comunicativo en sí, no sólo los datos o informaciones que de él se deduzcan y la utilización que se haga de su contenido.

Es posible que los comunicantes graben la conversación, sin que ello afecte al derecho fundamental del interlocutor (STC 114/84, caso *Poveda Navarro*

f.j.8): "(...) La grabación en sí, al margen de su empleo ulterior, sólo podría constituir un ilícito sobre la base de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (...)"

En cualquier caso, siempre un tercero o terceros han de conocer la existencia de una comunicación (correos para la correspondencia, la compañía encargada del suministro del teléfono convencional o móvil, a efectos de facturación y, en su caso, remisión detallada al usuario), por lo que lo trascendente desde el punto de vista del respeto a la garantía constitucional, es que los datos extraídos de ese conocimiento sólo puedan conocerse por quienes legítimamente pueden hacerlo, los "usuarios-pagadores" (veremos que no siempre coinciden) del servicio de transmisión, para el abono de dicha prestación mediadora. Estos, además, conocen que se recopilan datos sobre sus comunicaciones con una finalidad determinada: la cuantificación del servicio prestado y la justificación a quien lo paga.

2º) Que se pretenda conscientemente la intervención del proceso comunicativo y no sea fruto de un mero accidente o casualidad. Cuando de manera fortuita un tercero tiene acceso a una comunicación personal de otros, se produce una circunstancia jurídicamente irrelevante, en tanto no se difunda el contenido de lo captado y ello afecte a algún otro derecho².

¿Existe derecho a entablar una comunicación?

Cabría preguntarse si el art. 18.3 CE protege a quien desea usar un medio de comunicación y no puede hacerlo. Es claro que no se tiene un derecho fundamental genérico a gozar de un medio de comunicación en cada momento que se quiera. Lo que planteamos es qué sucede si ante la existencia de un medio de comunicación al alcance de una persona se impide su uso. En efecto, podría alegarse que no habría mayor vulneración de las comunicaciones que impedir entablar un proceso comunicativo a quien puede hacerlo. Así lo entienden algunos autores, en base a que la finalidad del derecho es proteger la comunicación y el secreto sólo es el medio para ello. De esta forma, también se vulneraría el dere-

2. Sobre este tema: De Vicente Remesal, J.: Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideración sobre el empleo de teléfonos inalámbricos. En *Poder Judicial*. nº 17. P. 159 y ss.

cho impidiendo o interrumpiendo un proceso comunicativo aunque no se desvelase el contenido. El TEDH sólo ha reconocido el derecho a entablar en sí una comunicación (correspondencia) cuando se trata de las que ha de mantener un preso con su abogado (STEDH de 21 de febrero de 1975, Caso *Golder*). De aceptar un derecho a la comunicación, habríamos de ampliar las fronteras del “secreto de las comunicaciones”, para reconocer una pretendida “libertad de comunicaciones”, lo que no parece adecuado a partir del art. 18.3 CE.

b) Ámbito protegido.

Veamos a continuación las peculiaridades de algunas comunicaciones:

La correspondencia y el telégrafo.

Ambos medios son expresamente protegidos por la Constitución, pero algunas veces requieren que se matice la calificación de secreto sobre su contenido, a partir de los casos que generan.

- La correspondencia.

Como veremos más adelante, la correspondencia sólo puede ser abierta por persona distinta al destinatario (se entiende que una autoridad encargada de perseguir un delito), cuando exista un auto judicial motivado que lo autorice y, se penetre en la comunicación en presencia del juez y del interesado (o persona que éste designe, si no se encuentra en rebeldía), según las resoluciones de los tribunales, entre las que destacaríamos la STS de 2 de junio de 1997.

Los temas relativos a las comunicaciones postales siempre son fruto de abundante casuística, por ejemplo qué sucede con una carta extraviada por no encontrarse a su destinatario y no tener remitente o tampoco encontrarse a éste. Entendemos que la solución no debe ser nunca abrirla. La inviolabilidad se proyecta siempre sobre la actuación del servicio público de correos: cualquier carta o sobre franqueado que se encontrara en esta situación y no fuese reclamado en el oportuno plazo por el remitente, es destruido en una prensadora de papel que lo fragmenta de tal modo que no cabe su posterior recomposición³.

Otro supuesto que genera atención es la inspección postal, para la que incluso vienen preparados algunos sobres de ciertos organismos. Se trata de emisores que transmiten determinados contenidos sobre los que renuncian a su carácter privado, y que por lo general son irrelevantes para la intimidad de quien los reci-

3. El texto base del comportamiento actual del servicio de correos fue la “ordenanza postal” recogida en el Decreto de 19 de mayo de 1960, corregida a lo largo de los últimos 38 años en múltiples ocasiones.

be, como por ejemplo sucede con algunos envíos publicitarios, venta por correspondencia... Ello genera una serie de beneficios económicos en el coste de la correspondencia por acuerdos previos de franqueo. Sin embargo, más dudoso es que no afecten en todo caso al destinatario: por ejemplo, puede que al receptor de ciertas publicaciones no le interese el conocimiento de las mismas por el descrédito social o los perjuicios que pudiera ocasionarle. De igual modo, las denominadas “respuestas comerciales”, pueden contener importantes datos sobre las decisiones, gustos, situación económica o datos bancarios del emisor. En todos esos casos, entendemos que debe extenderse el necesario secreto para proteger la comunicación.

En cualquiera de los supuestos anteriores, además, puede ser en ocasiones difícil diferenciar una carta de un paquete (que veremos enseguida, no está protegido por el art. 18.3 CE), por la proliferación de sobres dotados de cámara de aire y autopegado para inspecciones postales. La solución más respetuosa con el derecho es no abrir o inspeccionar ninguno de ellos sin intervención del juez cuando se evidencia que sólo contienen una carta y no objetos.

Tarjetas postales.- Ciertas modalidades de correspondencia, como la que se mantiene a través de tarjetas postales desprovistas de un sobre, tienen por su propia naturaleza una mayor accesibilidad a sus contenidos. La garantía constitucional les afecta, pero quienes utilizan este medio han de valorar sus características y la finalidad para la que convencionalmente se emplean. De este modo es más fácil que accidentalmente se pueda leer una de estas postales (entre otras cosas porque los datos del destinatario están separados del texto por escasos milímetros) pero constituye una evidente vulneración del derecho su lectura, copia o examen intencionado antes de que llegue al receptor.

Paquetes postales.- En lo que se refiere a otros medios postales, algún sector de la doctrina advierte que no toda comunicación mantenida a través del servicio de correos es protegida por la garantía del artículo 18.3 CE. En concreto, no todos los envíos postales se verían amparados por el secreto. Así, un paquete postal no deja de ser una mercancía transportada por el servicio de correos, sin que pueda derivarse de nuestra Constitución un “secreto postal” (Jiménez Campo: 1987 p. 47), que como vimos sí se garantiza en la Constitución alemana. El Tribunal Supremo apuntaba en esta línea, diferenciando los paquetes postales (mercancía) de la correspondencia (escrito de una persona a otra) en la STS de 19 de marzo de 1989; pero en otras resoluciones de los años noventa, la última la STS de 2 de junio de 1997, entiende que la correspondencia postal a la que alude la Constitución como objeto de garantía se refiere a todos los envíos que

puedan facturarse utilizando el servicio postal de correos, incluyendo paquetes postales, afirma incluso que por extensión se protegen todos los envíos gestionados por empresas privadas que ofrezcan servicios análogos al de correos

Sobre este tema, entendemos que las inspecciones de mercancías son fruto de varias razones, entre ellas las relativas a la seguridad del portador y del destinatario. No encontramos razones para tan amplísima protección de la paquetería y la mensajería ni para la asimilación jurídica de las mismas a la correspondencia. Ciertamente es que no puede desprotegerse constitucionalmente todo envío ajeno a la correspondencia ordinaria a través de cartas o tarjetas. En ocasiones, un paquete postal puede contener más información acerca de la esfera privada del emisor o del receptor que cualquier comunicación escrita. Tampoco es extraño que el paquete postal contenga alguna carta o nota para el receptor, junto con los objetos que se trasladan. Pero en todo caso habría que extender solamente la garantía a todas las anotaciones o documentos que, específicamente, no pudieran calificarse como mercancía⁴.

- El telégrafo.

Por lo que se refiere al telegrama, hay que constatar que es una comunicación cercana a la carta, por su reflejo final escrito, pero su proceso de envío y descodificación para el receptor requiere la intervención de al menos otras dos personas que van a conocer el contenido completo de la comunicación. El secreto sin embargo no desaparece en ningún momento, y se dirige en especial hacia los empleados del servicio de telégrafos que, al margen de este artículo 18.3 CE, se someten al genérico deber profesional de absoluta discreción sobre el texto y las circunstancias del envío. Hacemos para este medio las mismas consideraciones realizadas respecto de las tarjetas postales: el emisor debe valorar las ventajas que le ofrece este cauce (rapidez y constatación de la existencia de una comunicación), frente a la disminución de la privacidad del mensaje.

El teléfono y otros medios análogos.

La generalización del teléfono, así como el uso de sus soportes y líneas para otros nuevos medios como el fax o el correo electrónico, también ha provocado varios estudios y resoluciones judiciales sobre el secreto de las comunicaciones

4. Sobre la apertura de paquetes postales en las fronteras (y las variaciones del Tribunal Supremo en los últimos años, exigiendo, a partir de la STS de 26 de junio de 1993, la autorización judicial para la apertura de paquetes postales, a no ser que el destinatario, con presencia de su abogado, otorgue la oportuna autorización): Alonso Pérez, F.: Apertura de paquetes postales en la investigación de delitos de tráfico ilegal de drogas. En *La Ley*, miércoles 29 de octubre de 1997.

que a través de él se realizan. La comunicación tradicional, la multiconferencia, la videoconferencia, etc., son protegidas y constitucionalmente amparadas.

El problema, en este tema, surge de nuevo frente a la extensión del término “secreto de las comunicaciones”, y si es posible entender que la Constitución dispone en este artículo una protección general de la “libertad de las comunicaciones”. Recordemos que de lo que se trata es de proteger la comunicación en sí, independientemente del contenido, pero si se interpreta más allá de su tenor literal, también habría de ser garantizado el hecho de que la comunicación, en este caso telefónica, se produzca, así como la frecuencia o las circunstancias que la rodean. El derecho fundamental protegería la identidad de los comunicantes, los números que se marcan, las horas de llamada o las frecuencias de tiempo... Este nivel de protección nos llevaría a afirmar que incluso el hecho mismo de la existencia de una comunicación puede llegar a ser un secreto.

Más bien se trata de evitar la alteración de la esfera íntima personal a través del conocimiento, relación y análisis de las circunstancias que rodearían a varias de esas comunicaciones. Así, por ejemplo, puede que no se vulnere el secreto de las comunicaciones si se conoce que hemos enviado una carta personal a casa de un ilustre personaje y que este nos ha respondido, pero quizá sí en el caso que trascendiera una relación continuada de correspondencia o comunicación telefónica, puesto que denotaría un vínculo más estrecho que nadie debería conocer sin que el emisor y el receptor lo quieran. Seguramente esta circunstancia estaría entonces protegida por el derecho fundamental a la intimidad.

Respecto a la generalización de otros medios como el correo electrónico o la telefonía móvil son de aplicación las mismas consideraciones, si bien la técnica no siempre puede garantizar con la misma fiabilidad el contenido de la comunicación: por ejemplo, la telefonía móvil analógica puede ser objeto de una captación radiofónica con más facilidad que la digital; con cierta pericia se pueden rescatar los mensajes que descansan en un buzón del correo electrónico... El halo protector del art. 18.3 CE debe ser trasladado a todas estas manifestaciones.

c) Desarrollo legal.

Como sucede en otros derechos fundamentales, no existe un texto articulado que desarrolle de forma general la garantía sobre las comunicaciones. Por un lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal trata los casos en los que la autoridad judicial puede acceder o permite el acceso a la existencia y contenido de las comunicaciones, por otro, el Código Penal, tras la reforma introducida por la LO 18/94 de 23 de abril contempló la protección en este orden jurisdiccional del

secreto de las comunicaciones. En la actualidad, el Código Penal contempla la vulneración del secreto de las comunicaciones como un delito contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, comprendido en el Título X del libro segundo del Código Penal. En concreto, el delito se denomina como “descubrimiento y revelación de secretos”, y se desarrolla a partir del art. 197 del Código. El apartado primero de este artículo penaliza tanto la vulneración de la intimidad de la comunicación intervenida, como el descubrimiento de los secretos contenidos en ella. En el resto de apartados del art. 197 C. Penal así como en los artículos siguientes, hasta el art. 201 C. Penal, establece distintas penas a tenor de las circunstancias y características del hecho y del autor. La jurisdicción competente para el conocimiento de las vulneraciones en caso de delito, es la jurisdicción penal. Ello no tiene que ser obstáculo para el ejercicio de acciones civiles por daños y perjuicios, independientes del proceso penal.

El art. 201.3 del Código Penal señala que el perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal o la pena impuesta. Vendría a ser una especie de “consentimiento sobrevenido” a traspasar el secreto de la comunicación. Sin embargo, ello no impediría la reserva de acciones civiles en busca de una compensación por la lesión sufrida. La anterior consideración puede entrar en conflicto con la idea de irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, pero no puede olvidarse que el derecho al secreto de las comunicaciones guarda un evidente paralelismo con el derecho a la intimidad o el derecho al honor, cuya lesión depende en buena medida de la apreciación subjetiva de la víctima. En todo caso, y aunque el perdón del ofendido se dirige a la actuación realizada por particulares, autoridades y funcionarios, de ese contexto no parece posible deducir que se refiera a una actitud interventora consciente de los poderes públicos sobre sus comunicaciones. Creemos en este último caso que la víctima no estaría en condiciones de “perdonar” la actitud de los poderes públicos pues la desigualdad efectiva entre los segundos y el primero, podría conducir a un “perdón impuesto” por miedo u otras consideraciones. Esas actitudes serían contrarias al Estado de Derecho y en su seno no cabe hablar de perdón alguno cuando la actitud transgresora se deriva de la actuación pública.

D.- Límites y conflictos con otros derechos

a) Límites.

Intervenciones y necesaria concurrencia del juez.

El secreto de las comunicaciones como derecho fundamental está limitado en

casos excepcionales y siempre con sujeción a normas legales de adecuado rango. La finalidad última de las medidas limitadoras es la prevención y persecución del delito o la reparación del daño causado por éste. También pueden existir razones de Estado o de seguridad pública en determinadas circunstancias.

El establecimiento de un límite exige en nuestro derecho la intervención judicial. Es un requisito idóneo para el control de una actividad, como es la interceptación, grabación o escucha que normalmente se realizará por órganos dependientes del poder ejecutivo. No obstante, el TEDH admite que el control pudiera realizarse, si así lo determinan los derechos de las naciones sometidas a su autoridad, por otras instancias no judiciales, siempre que éste fuera efectivo (STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass*). Nuestro ordenamiento apuesta por el control judicial en el propio enunciado del art. 18.3 CE.

- Presupuestos de la intervención.

Procede la intervención de las comunicaciones, si concurren en conjunto los siguientes presupuestos:

1ª) Que existan indicios de responsabilidad criminal de los intervinientes en la comunicación que se pretende vigilar. Ello supone que sólo procede cuando se abra o exista una causa abierta en la que estén implicados los sujetos cuyas comunicaciones se pretende intervenir. Es necesario un delito preexistente (Martín Morales: 1995. p. 148.). En ningún caso cabe derivar la existencia de un delito de la intervención en las comunicaciones, sino que es la intervención la consecuencia del delito. Hemos de matizar lo anterior señalando que puede que sí sea posible la intervención cuando existen indicios evidentes del delito por encontrarse la acción en grado de tentativa. Asimismo, si en el curso de una escucha, interceptación, observación... aparecen indicios de nuevos delitos, los datos extraídos podrían utilizarse para la apertura de una nueva causa, pero no utilizarse en la que está en curso. Lo que no parece adecuado es utilizar la intervención con una finalidad distinta a la persecución del delito que la genera (p.e., en el curso de una investigación sobre tráfico de drogas aparecen indicios de un delito de cohecho, caso *ATS*, de 18 de junio de 1992).

Como consecuencia de lo anterior, ninguno de los datos extraídos valdría como prueba en causas por delitos distintos de los perseguidos con la intervención, ni con ellos se podría implicar a quienes fueran mencionados en la conversación o intercambio de mensajes, o utilizaran el mismo medio vigilado, aunque sí como *noticia críminis*.

Los efectos de toda prueba obtenida con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, serían nulos, concurriendo además una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. Puede que el resto de la instrucción de la causa sea correcta, pero sus “frutos” estarían “viciados” al provenir de un árbol “envenenado”. En definitiva, la prueba no podría valorarse (SSTC 85/94, caso *Jiménez*, y 86/1995, caso *Vera Alba*, f.j. 3º). Sin embargo, no toda intervención ilícita es completamente inútil, tan sólo aquélla que vulnere derechos fundamentales. Por ejemplo, si se cumplen los presupuestos que estamos detallando, pero se infringe alguna norma procesal en su desarrollo: no por eso toda ella será inservible, dependiendo sus efectos de la legislación procesal. Por otra parte, cuando se intercepta una carta o conversación telefónica cumpliendo todos los presupuestos y requisitos que estamos viendo, han de reunirse los requisitos procesales adicionales que la legislación procesal requiere para toda prueba. Por ejemplo, para aceptar la validez de una grabación telefónica autorizada, hay que entregar al juez competente los soportes originales donde figuren las conversaciones captadas, sin que las fuerzas de seguridad intervinientes hayan manipulado, resumido, montado o seleccionado el contenido y su duración. Asimismo es preciso el trámite de audiencia a quienes sufrieran la intervención (SSTS de 10 de enero y de 22 de julio de 1996, entre otras).

2ª) Además, es necesario que existan también indicios de que la intervención va a poder facilitar el descubrimiento o comprobación de hechos o circunstancias relevantes para la causa. Para ello es fundamental manejar el principio de proporcionalidad, que impediría las intervenciones sin una finalidad específica o de transcendencia en el resultado de la causa. El delito que se pretende perseguir o la prevención de futuros daños han de revestirse de especial gravedad e importancia (STC 86/1995, caso *Vera Alba*, f.j. 3º y STS de 31 de octubre de 1994).

- Requisitos de la intervención judicial.

La regulación de la intervención del juez se recoge por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma introducida por la LO 4/88 de 25 de mayo. El legislador debe tener en cuenta, por indicación del TEDH, que las normas habilitadoras de toda interceptación de comunicaciones han de ser muy estrictas a fin de no dejar al arbitrio de los otros poderes públicos la capacidad de decisión en estos casos (STEDH de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin*). Sus requisitos son los siguientes:

1ª) Que se intervengan comunicaciones concretas de personas determinadas, que se encuentren objetivamente en la situación de afectados por un sumario abierto, y sobre los que recaigan indicios racionales de responsabilidad penal.

2º) Es necesaria una resolución judicial motivada y ajustada totalmente a la ley. Sin una motivación sería imposible el control de cualquier actividad limitadora (SSTC 26/81, 55/87, 37/89, 85/94, caso *Jiménez*, STC 181/95 caso *Irazoqui*, STC 123/97, caso *Company*, que reitera la doctrina de la primera sentencia de esta serie, la 26/81, caso *Servicios esenciales de RENFE*⁵). La resolución habrá de detallar los sujetos cuyo derecho se va a limitar, las comunicaciones concretas, los motivos (habría que constatar la concurrencia de los presupuestos de la intervención que acabamos de mencionar y la "(...) expresión de la ponderación efectiva hecha por el juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego (...)” f.j. 3 de la STC 123/97, caso *Company*) así como el plazo temporal de la intervención.

Es de interés repetir, tanto respecto del plazo temporal (STC 181/95, caso *Irazoqui*), como respecto de la ponderación de bienes en juego (STC 123/97, caso *Company*), que tenemos que acudir también al principio de proporcionalidad. En el primer caso para evitar una restricción temporalmente injustificada de los derechos (a este respecto, la ley muestra alguna pista: el art. 579.3 Lecrim señala que la intervención se puede acordar por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, siempre que esté muy justificado). En el segundo caso, para evitar que la lesión al derecho fundamental carezca de finalidad suficiente o proteja bienes o derechos cualitativamente inferiores a los beneficios que se limitan con la restricción del derecho fundamental.

Las autorizaciones judiciales han de ser expresas, nunca tácitas o supuestas. Es de especial interés el caso recogido en la STS de 20 de diciembre de 1996, en el que la policía ocupó un teléfono móvil a un sujeto, en el curso del esclarecimiento de un delito de parricidio. De la posesión policial del aparato telefónico tenía conocimiento el juez, pero sin duda alguna ello no justificaba que la policía tuviera derecho a intervenir en todas las comunicaciones de ese móvil, que seguía con línea y operativo. El teléfono del procesado continuaba recibiendo llamadas y un policía se hizo pasar por él, lo que condujo a averiguar que uno de los que le llamaban estaba participando en un delito de drogas, y además fué grabado. Evidentemente el Tribunal Supremo declara la nulidad de las actuaciones

5. Afirma la STC 26/81 sobre el impedimento al libre ejercicio de este derecho que: "(...) el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó". Estas consideraciones pueden extenderse a las intervenciones limitadoras en el resto de derechos fundamentales.

por vulneración de este derecho fundamental en las que no se cumplía prácticamente ningún presupuesto de escucha ni de garantías jurisdiccionales.

3º) Paralelamente a la intervención se ha de declarar el secreto del sumario que sea la base del delito por el que se justifica la intervención. Según el art. 302 Lecrim, el secreto del sumario se prolonga a lo largo de un mes. Sin embargo, la STC 176/88, caso *Pato Ramillete*, declara que este plazo es prorrogable. Con ello, la exigencia de la declaración de secreto sumarial no entraría en contradicción con el plazo de tres meses prorrogables, mencionados para la intervención judicial en las comunicaciones, quedando clara, pues, la perfecta compatibilidad temporal entre ambos plazos.

4º) Cuando termina la intervención, debe notificarse a los afectados si han sido observados, vigilados, escuchados, grabados, interceptados; por qué causas y durante cuánto tiempo. Cuando se interviene la correspondencia, debe ser abierta en presencia del sujeto (art. 584 Lecrim). Puede que en algunos casos sea obligada la comunicación previa a la intervención, cuando es indiferente para la finalidad de la misma que el interviniente conozca su existencia. (p.e., en determinados supuestos cautelares, como señala algún autor (Jiménez Campo: 1987. p. 68). El vigilado podrá también pedir la devolución de las grabaciones, copias o documentos intervenidos una vez concluida la causa o si fueran irrelevantes para la misma, una vez desgajados otros que pudieran considerarse útiles a efectos procesales.

El Tribunal Supremo se hace eco de esta jurisprudencia en reiteradas resoluciones (ver apéndice), destacando por su sistematicidad la STS de 24 de noviembre de 1997.

Finalmente, algunos comentarios más, comunes a toda intervención:

Primero: como toda medida que adoptan los jueces y tribunales, puede ser objeto de un recurso.

Segundo: no puede perjudicar otros derechos constitucionales como los derivados del art. 24. CE: no declarar contra sí mismo, no confesarse culpable. etc. Por ello, de la ruptura del velo de secreto sobre el contenido de una comunicación pueden obtenerse pruebas, pero en ningún caso tendrán efectos distintos a los que les confiera la ley procesal penal. Por ejemplo, la autoinculpación de un delito en el transcurso de una comunicación vigilada no tiene la naturaleza de “confesión”.

Tercero: en todo momento nos hemos referido genéricamente a la limitación del derecho como intervención, pero hemos de precisar que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se diferencian varias actuaciones posibles al efecto. Por ejemplo, el art. 579 Lecrim, diferencia “la detención, la intervención y la observación” de las comunicaciones. La primera puede darse respecto de la correspondencia postal y telefónica. La segunda, sobre las conversaciones telefónicas (nosotros añadimos, también sobre los medios que utilizan los soportes de la telefonía convencional y móvil). La tercera, por último, sobre todo tipo de comunicaciones.

Cuarto: quien materialmente realiza la intervención es el funcionario correspondiente, que suele pertenecer a los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado o a la policía autonómica en su caso, que actúan como “policía judicial”, con la colaboración, si fuera preciso, de los trabajadores de los servicios postales, telegráficos o telefónicos (por ejemplo, el empleado de telégrafos ha de facilitar las copias que le pida el juez, según el art. 582 Lecrim).

Algunos casos especiales: límites para presos, menores y circunstancias en las que media consentimiento tácito.

El art. 25.2 CE permite la limitación de derechos en los establecimientos penitenciarios, con arreglo a la ley, al contenido del fallo condenatorio y al sentido de la pena. Como todo límite de derechos ha de ser proporcional y justificado para una sociedad democrática (STEDH de 20 de junio de 1988, caso *Schönenberger y Durmaz*). Respecto de los límites del derecho al secreto de las comunicaciones, el legislador se pronuncia a través del art. 524 Lecrim y del art. 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que admite la suspensión o intervención de las comunicaciones del preso, de forma motivada, por parte del director del establecimiento penitenciario, dando cuenta de ello al juez (STC 128/97 de 14 de julio, caso *Redondo Fernández*). Se exceptúan de la intervención las comunicaciones con los abogados, que sólo proceden por orden del juez. En los supuestos de terrorismo, el director de la prisión puede ordenar la intervención de comunicaciones, dando cuenta al juez con posterioridad (En este sentido STC 73/83, caso *Ley Orgánica General Penitenciaria*). Las SSTC 170/96, caso *Vázquez García*, ó 175/97, caso *Iglesias Martínez*, f.j.4, advierten que la limitación de este derecho para los reclusos ha de reunir también las características de cualquier otra: intervención del juez, concreción personal y motivación suficiente en la que se realice una ponderación de las circunstancias y se barajen los hechos y las consecuencias en términos de proporcionalidad. Por ello, no se justifican restricciones con carácter genérico e indeterminado, como por ejemplo una intervención de las comunicaciones a todos los reclusos que tienen una

determinada clasificación penitenciaria. La proporcionalidad temporal de las medidas restrictivas es especialmente reseñada por el Tribunal Constitucional STC 200/1997, caso *Arzallus Eguiguren*, y el TEDH (sentencias de 15 de noviembre de 1996, asuntos *Domenichine* y *Calogero Diana*).

Los acuerdos penitenciarios de restricción de este derecho deben, por tanto, contener los datos necesarios para que un juez pueda constatar la idoneidad de la medida limitadora, su necesidad y su proporcionalidad. Estos son, al menos: la mención de la finalidad que se persigue de acuerdo a ley (la seguridad del recluso o de otros, el orden del centro penitenciario o el interés del tratamiento), y la explicación de las circunstancias del recluso que justifican la aplicación de la medida restrictiva (STC 200/1997, caso *Arzallus Eguiguren* f.j.4°).

Por lo que se refiere a los menores, el ejercicio de sus derechos se puede ver limitado por el sometimiento a sus padres o tutores. La protección de sus derechos y las necesidades de su formación permiten que haya que aceptar ciertas interceptaciones, escuchas u observaciones en ese contexto de relación humana. Es evidente que el grado de control dentro de la minoría de edad estará relacionado con la capacidad y formación del sometido a patria potestad o tutela, y que un dato a valorar para esa capacidad, será la edad que se tenga (evidentemente no es lo mismo el control realizado a los once años que el que pudiera darse a los dieciséis). El principio de protección integral a los hijos (art. 39.1 CE) justifica esta limitación e incluso puede considerarse una consecuencia del mandato que el constituyente realiza a los padres en el art. 39.3 CE, cuando señala el deber de prestar asistencia de “todo orden” a los hijos, durante la minoría de edad.

Los disminuidos psíquicos pueden también sufrir alguna limitación si así fuese dispuesto, con la participación de la autoridad judicial, en la declaración de incapacidad. Esta medida tendría su referente en otro principio de política social derivado del art. 49 CE, que señala que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos del Título I a estos ciudadanos. Este precepto, aplicado al caso que tratamos, justificaría una intervención (desde luego familiar o tutelar, parece muy difícil que proviniese de los poderes públicos a no ser que los disminuidos carezcan de atención de las personas allegadas) exclusivamente en aras de la efectividad de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la integridad física.

Finalmente, en el seno de cualquier relación de convivencia por causa de trabajo, afectiva, familiar, etc., puede ser posible la observación, apertura de corres-

pondencia, recepción de mensajes grabados en un contestador o recibidos en el buzón del correo electrónico; por parte de quienes habitan bajo el mismo techo o comparten una relación laboral. Siempre que exista un consentimiento expreso o tácito, no concurrirá vulneración alguna como ya vimos, aunque es complicado generalizar en cada relación humana sobre los casos en que se pudiese tácitamente entender el consentimiento (p.e., entre un matrimonio, la apertura de la carta comercial dirigida a un cónyuge, pero no respecto de la carta de un amigo propio, del banco....).

b) Conflictos con otros derechos.

Vamos a mencionar ahora, sin ánimo de enumerar todos los posibles conflictos entre el secreto de las comunicaciones y otros derechos, algunos de los que nos parecen interesantes.

La imposibilidad de revelar el contenido de una comunicación ha entrado en conflicto en numerosas ocasiones con el derecho a la información periodística. Recordemos la difusión de cintas con grabaciones de conversaciones mantenidas mediante teléfonos móviles y convencionales o la habitual publicación de copias de cartas personales de políticos, artistas y personajes ilustres.

La colisión directa se produce entre el secreto de las comunicaciones y la libertad de información, con la salvedad de que uno de los “refuerzos” constitucionales de la libertad de información se presenta como principal barrera de choque frente al secreto de las comunicaciones: nos referimos al derecho de los periodistas al secreto de sus fuentes de información (20.1.d) CE). Toda intervención de las comunicaciones es ilícita pues contraviene un derecho fundamental y así lo señala el art. 197.1 C. Penal. El periodista o medio de información que difunda, con conocimiento de su origen ilícito, el contenido de una comunicación, podrá incurrir en penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 197.3 II C. Penal). Si es el propio medio de comunicación el que capta la conversación incurriría, además de en el delito del art. 197.1 C. Penal, en el delito relativo a la difusión del art. 197.3 I C. Penal⁶. Por su parte, la LO 1/1982 sobre protección del Honor abre la puerta a la indemnización por esta causa (art. 7.1 y 2 LO 1/82).

⁶ Art. 197.3 CP: "Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior".

El problema no es otro que la dificultad de probar el origen ilícito de la comunicación obtenida por los informadores, que apelando al secreto profesional pueden negarse a señalar su fuente y alegar que el origen es lícito (es decir, que con ello se apuntaría como filtrador hacia el receptor de la carta, si se trata de correspondencia o telegrama, o a los intervinientes en la comunicación, en los demás casos; lo que la mayor parte de las veces es ilógico al ser los primeros perjudicados). Por ello, la vulneración del secreto de las comunicaciones que protagonicen los medios de comunicación, podrá repararse cuando los tribunales, a tenor de las circunstancias de cada caso, adviertan que efectivamente ha existido, aunque es de suponer que por otros medios distintos a la revelación de fuentes por parte de los informadores. De cualquier modo, el secreto profesional sobre las fuentes de información no tiene un carácter absoluto y podrían darse casos, en una hipotética regulación legal de este secreto que desgraciadamente hoy no tenemos, en los que se impidiera al informador mantener esa reserva sobre las fuentes, cuando los bienes jurídicos en juego fueran más importantes que este refuerzo de la libertad de información (por ejemplo, que fuera imposible alegar el derecho al secreto de fuentes, cuando se tuviera noticia del paradero de un criminal peligroso con el que un periodista estuviera en contacto, directamente o a través de terceros).

También puede generarse un conflicto con otros derechos, como el derivado del art. 20.3 ET, que permite al empresario la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones contractuales. No es poco habitual el uso de los medios comunicativos sufragados por el titular del centro de trabajo por los empleados, especialmente el teléfono, para fines que nada tienen que ver con la contraprestación laboral. Así sería posible el establecimiento de mecanismos para limitación o supresión de llamadas, que generan que el empleado no tenga medio alguno a su alcance y por lo tanto no se vulnera ningún derecho fundamental. Hay que concluir que el empresario puede imponer limitaciones al uso del teléfono u otros medios (por ejemplo, el correo electrónico), cuando no sea necesario para el cumplimiento de la contraprestación laboral, o siéndolo, sea utilizado para otras finalidades. Sin embargo sería discutible un control sobre el contenido de las conversaciones porque, incluso en las estrictamente laborales, pueden aparecer expresiones o comentarios pertenecientes a la esfera privada del trabajador. Otras veces, cuando existe una “tolerancia” en el uso del teléfono para llamadas particulares es evidente que el empresario no podrá conocer el contenido de las mismas. Los tribunales, pues, han de valorar en caso de conflicto, atendiendo a las circunstancias.

E.- Garantías generales y jurisdiccionales

a) Reserva de ley.

Como derecho fundamental del Título primero, capítulo II, sección 1ª, el secreto de las comunicaciones está amparado en su desarrollo por una reserva de carácter general, que demanda el rango de Ley Orgánica a toda norma que lo afecte. Asimismo, el art. 18.3 CE, impone al legislador orgánico una garantía adicional a tener en cuenta en su actuación definidora de los límites del derecho: es necesaria la intervención judicial. Queda en manos del legislador el momento en que ha de producirse.

b) Protección específica.

No existe un procedimiento especial determinado para el restablecimiento del derecho vulnerado, salvo que considerásemos como ataque el supuesto recogido por el art. 7.2 de la LO 1/82 de 5 de mayo, reguladora del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; que consistiría en la vulneración del secreto del contenido de una carta privada por observación mediante "(...) dispositivos ópticos o cualquier otro medio (...)", art. 7.2 LO 1/82. No creemos, sin embargo, que semejante extremo sea un ataque al secreto de la comunicación, sino una actuación que supone un ataque a la intimidad, pues se trata de la percepción del contenido de la carta una vez ha sido abierta. En este sentido se pronuncia la STC 114/84, caso *Poveda Navarro*. Bien es cierto que cabe la posibilidad de develar el contenido de una carta a través de sofisticados aparatos sin abrir la misma. En estos casos, nunca mejor dicho típicos de "laboratorio", evidentemente sí podría alegarse el artículo en cuestión, aunque parece más lógico que por la ubicación del mismo en un texto que desarrolla el derecho a la intimidad, bastara con señalar una vulneración del primer apartado del art. 18 de la CE y no del 18.3 CE.

c) Amparo Judicial genérico.

La vulneración del derecho fundamental posibilita el acceso al procedimiento preferente y sumario establecido en la ley 62/78 de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, pudiéndose plantear reclamaciones penales, civiles y administrativas. El art. 1 del mencionado texto legal se refiere expresamente al secreto de la correspondencia. El resto de facetas del derecho son incorporadas a esta norma protectora por la vía del RD 342/1979 de 20 de febrero.

d) Amparo Constitucional.

La ausencia de reparación ante los tribunales ordinarios, agotadas todas las instancias y recursos procedentes, lleva a la posible interposición del recurso de

amparo. El pronunciamiento que reconozca la vulneración del derecho, obliga a los tribunales ordinarios a solventar las responsabilidades de todo orden que deban asumir los infractores.

F.- Suspensión

El art. 55 CE permite expresamente en sus apartados primero y segundo la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones:

- Durante la vigencia de los estados de excepción y de sitio, según afirma la LO 4/81, que desarrolla el art. 55.1 CE, la suspensión autorizada por el Congreso del art. 18.3 CE consistiría en: 1º) la posible intervención de todas las comunicaciones, incluso antes de la existencia del delito (art. 18.1 LO 4/81). 2º) el decreto de suspensión partiría de la autoridad gubernativa, que lo motivaría por escrito inmediatamente al Juez competente (art. 18.2 LO 4/81). No obstante, la intervención no puede olvidar el principio de proporcionalidad, común a la vigencia de estos Estados, por lo que al menos es preciso que con ellas se pueda contribuir al mantenimiento del orden público o a esclarecer hechos que al menos sean presuntamente delictivos. (art. 18.1 LO 4/81 *in fine*).

Como vemos, las circunstancias de emergencia permiten la ruptura del principio general de exclusividad judicial en la intervención de las comunicaciones. Los estados de excepción y sitio se caracterizan por el incremento del protagonismo del Ejecutivo y sus agentes que, respecto de este derecho, asumen una función cuasi jurisdiccional al tener que decretar una intervención de las comunicaciones, pero observando los criterios de proporcionalidad. No obstante, su actuación puede ser corregida de inmediato por el Juez a la vista del escrito motivado que, en apoyo de la medida interventora, recibe de las autoridades gubernativas.

Otra característica de la suspensión del derecho, es el cambio de la naturaleza de la intervención judicial sobre las comunicaciones, que pasa de ser exclusivamente investigadora de un delito existente o en elaboración, también a ser “preventiva” (art. 18 LO 4/81).

- Para la suspensión individual de derechos, a partir del art. 55.2 CE, hay que contemplar las garantías establecidas en el propio precepto: la necesaria intervención judicial, el control parlamentario y las causas habilitantes (implicados en delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada). El desarrollo del precepto se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, especialmente en su art.

579.4, que permite que en situaciones urgentes pueda ser el ministro del Interior o el director general de la Seguridad del Estado, quien ordene la intervención en las comunicaciones, haciéndolo saber al juez de forma inmediata, por escrito motivado, quien revoca o confirma esa orden en el plazo máximo de setenta y dos horas desde el mandato gubernativo (en este sentido STC 199/87, caso *Ley anti-terrorista II*, f.j. 7°. También, con anterioridad, STC 73/83, caso *Villegas Chicoy*). En la regulación de las suspensiones individuales, vemos que también se amplían los poderes de las autoridades gubernativas, sin perder el control judicial que en un Estado de Derecho no puede desconocerse, a pesar de la concurrencia de cualesquiera causas excepcionales de carácter general o particular.

G.- Apéndice

1. Jurisprudencia.

a) TC. Sobre varios aspectos del secreto de las comunicaciones, es de obligada consulta la STC 114/84, caso *Poveda Navarro*.

Respecto a los límites, la necesaria motivación de la sentencia en: STC 85/94, caso *Jiménez*. STC 181/95, caso *Irazoqui*. STC 123/97, caso *Company*. STC 175/97, caso *Iglesias Martínez*.

Sobre la invalidez de las pruebas obtenidas por intervenciones vulneradoras del derecho: STC 86/1995, caso *Vera Alba* f.j. 3° STC 85/94, caso *Jiménez*.

Acerca de los requisitos de las intervenciones telefónicas: STC 121/98, caso *González Vega*, f.j.5°.

Respecto de los límites en establecimientos penitenciarios: STC 73/83, caso *Ley Orgánica General Penitenciaria*. Recientemente: STC 170/96, caso *Vazquez García*, y STC 128/97, caso *Redondo Fernández*. STC 175/97, caso *Iglesias Martínez*; STC 200/1997, caso *Arzallus Eguiguren*.

Sobre la suspensión individual del derecho: STC 199/87, caso *Ley antiterrorista II*. STC 73/83, caso *Villegas Chicoy*.

b) TEDH. Sobre aspectos generales: STEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*. STEDH de 21 de febrero de 1975, Caso *Golder*.

Las intervenciones y su control: STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso

Klass. STEDH de 24 de abril de 1990, caso *Kruslin*. Sobre restricciones en el ámbito penitenciario SSTEDH de 15 de noviembre de 1996, asuntos *Domenichine* y *Calogero Diana*.

c) Tribunales de Justicia. El secreto de la correspondencia: STS de 19 de marzo de 1989 y STS de 2 de junio de 1997. En las SSTS de 28 de julio de 1992, 22 de octubre de 1992, 26 de junio de 1993, 10 de febrero de 1994, 23 de febrero de 1994 y 15 de noviembre de 1994, entre otras, se abordan distintos supuestos de apertura de paquetes postales en aduanas en el curso de la prevención del tráfico de drogas.

Sobre la interceptación de las comunicaciones telefónicas: STS de 13 de mayo de 1991. ATS de 18 de junio de 1992. De especial interés por su detalle SSTS de 20 de diciembre de 1996, 6 de mayo de 1997 y 24 de noviembre de 1997.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad a las intervenciones limitativas del derecho: STS de 31 de octubre de 1994.

Sobre la valoración y validez como prueba de las conversaciones telefónicas captadas: SSTS de 10 de enero de 1996, de 22 de julio de 1996 y de 24 de noviembre de 1997.

2. Legislación.

Sobre delitos contra la comunicación: Código Penal (LO 10/95 de 23 de noviembre). Sobre la intervención judicial en los límites, ver la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Bibliografía.

Con carácter general:

- Fábrega Ruiz, C.F.: “Secreto de las Comunicaciones y Proceso Penal”, En *Revista Jurídica La Ley*, martes 8 de julio de 1997.
- Jiménez Campo, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”. *REDC*, nº 20. Mayo-agosto de 1987.
- Martín Morales, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Civitas. Madrid, 1995.
- Rodríguez Marín, F. : “Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad”. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XVII. Enero, abril de 1990.
- Rojas Caro, J.: “La intervención judicial y gubernativa de las comunicacio-

nes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En *Comentarios a la Legislación Penal*. Edersa. Madrid, 1990.

Sobre las observaciones e intervenciones telefónicas:

- De Llera Suárez-Bárcena, E.: “El régimen jurídico de las observaciones telefónicas en el proceso penal”. En *Poder Judicial*, nº 3, 1986.
- De Vicente Remesal, J.: “Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideración sobre el empleo de teléfonos inalámbricos”. En *Poder Judicial*. nº 17.
- García Valtueña, E.: El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal. En *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Madrid, 1994.
- González Guitián, L.: Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas. En *Comentarios a la legislación penal*. T.VII. Edersa, Madrid, 1986.
- Lopez Barja de Quiroga, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Ed. Akal. Madrid, 1989.
- López-Fragoso Álvarez, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Colex. Madrid, 1991.

Respecto de la correspondencia y otras intervenciones:

- Alonso Pérez, F.: “Apertura de paquetes postales en la investigación de delitos de tráfico ilegal de drogas”. En *La Ley*, miércoles 29 de octubre de 1997.
- Fernández García, J. J.: “Inviolabilidad y secreto de la correspondencia”. En *REDA*, nº 39. Octubre-diciembre de 1983.
- Rafols Llach, J.: “Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ. Madrid, 1992.

Sobre las consecuencias para los funcionarios y agentes de la autoridad en el caso que vulneren el derecho fundamental que tratamos:

- Alonso Pérez, F.: Delitos cometidos por funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando "causa por delito". En *Revista Jurídica La Ley*, día 6 de marzo de 1998.

Sobre la suspensión

- Virgala Foruria, E.: “La suspensión de los derechos por terrorismo en el ordenamiento español”. *REDC*, nº 40. 1994.