

# LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (\*)

JAVIER JIMENEZ CAMPO

**SUMARIO:** I. EL ÁMBITO DE LIBERTAD CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO: 1. *El objeto del derecho:* A) Intimidad y secreto de las comunicaciones. B) El concepto constitucional de «comunicación». C) Secreto y libertad. 2. *Los titulares del derecho.*—II. EL CONTENIDO DEL DERECHO: 1. *Un derecho público subjetivo.* 2. *La ley como garantía.* 3. *La resolución judicial.* 4. *Otras garantías.*—III. EL RÉGIMEN ÉXCEPCIONAL DEL DERECHO: 1. *La suspensión de la garantía.* 2. *La llamada «suspensión individual» del derecho.*

También en la Constitución del Estado democrático la declaración de derechos se ha de seguir, en parte, comprendiendo como la articulación normativa de la *liberté des modernes*, esto es, como la definición negativa del Estado mediante el señalamiento de ámbitos individuales de inmunidad frente al mismo. Claro está que el proceso de democratización del poder público obliga a ver también en aquellos derechos fundamentales, considerados en su posible unidad de sentido, el modo como el orden jurídico identifica a sus sujetos primordiales de creación, de tal manera que el *ius activae civitatis* puede decirse que no sólo vive ya en los poderes reconocidos al ciudadano para participar inmediatamente en la formación del ordenamiento (art. 23 de la Constitución), sino también, de modo mediato, en los títulos jurídicos que encauzan la expresión de las voluntades que, sin ser aún Derecho, pugnan por

---

(\*) Este trabajo apareció por vez primera en el volumen VII de los *Comentarios a la Legislación Penal* («Delitos contra el secreto de las comunicaciones. Delitos contra la Hacienda Pública», EDERSA, Madrid, 1986), dirigidos por M. COBO DEL ROSAL y coordinados por M. BAJO FERNÁNDEZ. Se publica de nuevo ahora —con alguna actualización bibliográfica y muy leves cambios en la redacción— gracias a la autorización de la Editorial, a la que deseo expresar aquí mi reconocimiento.

serlo [arts. 20.1, a), 21 y 22, entre otros]. Sin embargo, esto, que tal vez podría verse como una generalización del tipo «derecho de participación» en el ordenamiento democrático —la definitiva configuración del sujeto como órgano formal del Estado, haciendo uso de un conocido concepto kelseniano—, no puede comprenderse, ni existir siquiera, si no es sobre la base de aquellas garantías de la libertad y de la seguridad que constituyen antes al sujeto individual que al ciudadano y que, expresando lo que entiende la Constitución por «dignidad de la persona» y «libre desarrollo» de su personalidad (art. 10.1), permiten, sólo ellas, contrarrestar en algo la tendencia hacia lo que algunos llaman la «funcionalización» de los derechos, parte del precio a pagar, parece, por la democratización del Estado en nuestro tiempo.

De este carácter —derecho de defensa frente al Estado— es la situación jurídica que ha creado nuestra Constitución en el número 3 de su artículo 18 al declarar que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Reitera así la norma fundamental un derecho al secreto —y una libertad, como se dirá, en las comunicaciones privadas— que, desde su primera formulación en el moderno constitucionalismo (Decreto de 10 de agosto de 1790 de la Asamblea Nacional francesa), sirvió, como sirve hoy, en tanto que derecho de libertad, para hacer posible la constitución autónoma de la sociedad frente al Estado. Secreto, pues, al servicio de la autodeterminación privada —secreto *ex parte populi*— que, con plena coherencia histórica, fue afirmándose a la par que se iniciaba el proceso, por supuesto inacabado, en pro de desvelar las oscuridades del poder y su ejercicio, haciendo entrar a las instituciones estatales en el ámbito de lo público. Con la impuntualidad histórica que nos distingue, sólo en el último tramo de la parte de nuestra historia política que puede llamarse constitucional este derecho fue, como se sabe, explícitamente enunciado y en unos términos, por lo demás, muy próximos ya a los actuales. Las dos proposiciones que hoy se contienen en el artículo 18.3 —garantía del secreto y previsión, al tiempo, de su levantamiento judicial— están, así, en el artículo 7 de la Constitución de 1869, en el artículo de igual numeración de la de 1876 y, en fin, en el artículo 32 del texto de 1931. Sí conviene señalar, sin embargo, que en algunas de estas declaraciones constitucionales se introdujeron previsiones, ausentes hoy de nuestra norma fundamental, que siguen siendo ahora de consideración pertinente para entender el derecho. En aquellas Constituciones históricas, por lo pronto, la resolución judicial a cuya adopción se ligó el posible allanamiento de la barrera del secreto se consideró habría de ser siempre «moti-

vada» (de modo implícito en la Constitución republicana, en la que se alude a «auto judicial»), extremo éste que, discutido en nuestro último proceso constituyente, no es, como se indicará, en modo alguno irrelevante para la interpretación del régimen de intervención en el ámbito constitucionalmente protegido. De otra parte, el celo garantizador de quienes, tras la Revolución de Septiembre, hicieron nuestra primera Constitución democrática les llevó a introducir en su artículo 8 una previsión —del todo vigente en cuanto a la preocupación que expresara— en orden a la posibilidad de reclamar indemnización por quien fuera afectado en su derecho al secreto de la «correspondencia» mediante resolución inmotivada o para el caso de que los motivos en que ésta se hubiere fundado «se declaren en juicio ilegítimos o notoriamente insuficientes».

Las consideraciones que siguen sobre el objeto y el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones no quieren ser sino un intento de comprensión acerca de cómo, en este caso, la norma que crea la libertad es la misma que prevé su posible negación *secundum constitutionem*. La obviedad tan repetida de que no existen derechos ilimitados —y de que tampoco lo son los derechos constitucionales— ha de matizarse inmediatamente con la advertencia de que tal límite —«delimitación», mejor— así consustancial al derecho subjetivo lo es en cuanto que su objeto, su ámbito de proyección, posee siempre, explícita o implícitamente, contornos objetivos (1). Por lo que al contenido mismo del derecho se refiere, sin embargo, sí existen derechos no limitables, absolutos, que expresan —descartándose así toda hipotética supresión de la garantía constitucional que los define— lo que por la Constitución se ve como ámbito irreductible de la libertad (así, por no poner sino un ejemplo, art. 16.2). No es de éstos, como se ve, el derecho del que ahora ha de tratarse, pues la garantía del secreto de las comunicaciones se integra —no se desmiente— con una cláusula «sin perjuicio» que abre para el Estado, mediante resolución judicial y con las condiciones a las que se aludirá, el reducto de lo secreto. La norma que de este modo, como en otros casos, crea un derecho y constituye un poder (algo de esto se dijo, interpretando el artículo 15 de la Constitución italiana, en la Sentencia 34/1973 de la Corte Constitucional), obliga al intérprete a reconocer, sin paradoja, que el contenido del derecho de libertad —el instrumento jurídico que para su existencia el ordenamiento dispone— no consiste aquí en la pretensión jurídicamente tutelada a un no hacer de quien pueda, de hecho, amenazar la liber-

(1) De estas nociones me he ocupado con algún detenimiento en mi estudio *El legislador de los derechos fundamentales*, en prensa.

tad, sino en la garantía orgánica y procedimental dispuesta por la norma o, si se quiere decir de otro modo, en la regulación, no sólo constitucional, mediante la que se habilita al poder público para incidir en el objeto constitucionalmente protegido. Derecho, pues, a la garantía que, en definitiva, viene a hacer verdad aquella observación según la cual el sistema de los derechos fundamentales no sería, al menos desde este punto de vista, sino la manera en la que el ordenamiento, respecto de ciertos bienes, regula el obrar del Estado.

## I. EL AMBITO DE LIBERTAD CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO

### 1. *El objeto del derecho*

La teoría jurídica de los derechos fundamentales puede servirse con provecho de la distinción, nada novedosa, entre el objeto y el contenido de cada uno de aquéllos, pudiéndose señalar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional algunas resoluciones que, asumiendo de modo explícito esta diferenciación, atribuyen a la misma relevancia para la decisión del caso (2). Para los derechos de libertad, objeto y contenido —descritos ahora en términos no problemáticos y obviamente genéricos— aluden, respectivamente, al espacio de autodeterminación constitucionalmente configurado y a la pretensión jurídica que, para defenderlo, coloca el ordenamiento en manos del titular del derecho. Esta diversificación entre el bien objeto de tutela y la tutela jurídica misma se empleará ahora, en adelante, para ir marcando los contornos de la situación jurídica instituida en el apartado 3 del artículo 18 de la norma fundamental. Y para comenzar a comprender, por lo pronto, cuál sea aquí el objeto del derecho —la definición de esta libertad—, tres aproximaciones, al menos, parecen pertinentes. La primera, relativa a las posibles relaciones entre el derecho al secreto de las comunicaciones y otros derechos constitucionales. La segunda, a propósito de la noción constitucional de «comunicación». La tercera, en fin, respecto del nexo entre «libertad» y «secreto» que ha de reconocerse en el enunciado constitucional que se considera.

A) Con cierta frecuencia —al menos en nuestra doctrina— parece preocupación destacada del intérprete de un determinado derecho funda-

(2) Sentencia 40/1986, de 1 de abril (ponente, magistrado RUBIO LLORENTE), fundamento jurídico 3.º Se trata de un caso de aplicación del derecho, declarado en el artículo 24.2 de la Constitución, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa.

mental la de buscar las relaciones de integración o de dependencia de la situación que estudia con otra u otras también garantizadas en la Constitución. Esta inquietud por establecer vínculos y conexiones entre derechos responde, sin duda, a la exigencia de comprender a la Constitución como orden normativo integrado; pero la misma no debe llevar a desconocer que la unidad de los derechos —su sistema— no permite la indiferenciación entre ellos, aboliendo en la labor de interpretación las peculiaridades del régimen de cada uno. Por lo que ahora importa, no es ocioso subrayar que el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones se configura como una situación jurídica en sí misma, para cuya interpretación no es necesario —y sí perturbador— acudir a los criterios que puedan entenderse presentes en el enunciado de otros derechos fundamentales, de consideración seguramente obligada, sin embargo, cuando lo que se pretenda no sea interpretar sino explicar —históricamente, por tanto— el sentido del reconocimiento de un ámbito determinado de libertad.

Lo anterior, sin embargo, para nada contraría la necesidad de ver en este derecho fundamental una plasmación singular de dos de los principios declarados en el apartado 1 del artículo 10 de la Constitución: la dignidad de la persona y la afirmación del libre desarrollo de la personalidad como «fundamento del orden político y de la paz social». Esta última proclamación, en particular, bien puede comprenderse ahora de un modo similar a como lo ha sido la fórmula análoga presente en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, siendo conocido que la doctrina alemana viene hablando, al respecto, de un «derecho general de la personalidad» (*Allgemeinen Persönlichkeitsrecht*) pleno de virtualidades, en correspondencia con su vieja raíz liberal, para entender el carácter relativamente abierto de todos y cada uno de los concretos enunciados constitucionales de la libertad (3). Más allá de esto, sin embargo, y como se acaba de señalar, el derecho que se considera no necesita ser comprendido como «concreción» o «manifestación» de cualesquiera otros derechos constitucionales. No se halla en tal

(3) De «derecho general de la personalidad» ha vuelto a hablar el Tribunal Constitucional federal en su sentencia de 15 de diciembre de 1983. Por esta resolución —en la que el Tribunal afirma el derecho individual a disponer de los datos relativos a la propia persona (*informationelle selbstbestimmung*)— se invalidó parcialmente, a resultas de una queja constitucional, la Ley de 25 de marzo de 1982, relativa a la formación del censo general de población. Por lo demás, y como es conocido, la fórmula «libre desenvolvimiento de la individualidad» se encuentra ya —sin ir más lejos— en *On Liberty*, de JOHN STUART MILL (cfr. p. 127 de la traducción española de PABLO DE AZCÁRATE, Madrid, 1979).

relación, en efecto, con el derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento [art. 20.1, a)], pues en este último caso el objeto protegido por la norma no es la «comunicación» —entre sujetos determinados, pues—, sino la posibilidad misma de manifestar intelectualmente, *erga omnes*, la propia personalidad. Tampoco —y la cuestión aquí posee trascendencia mayor— el derecho al secreto de las comunicaciones se presenta como especificación del derecho a la intimidad enunciado en el apartado 1.º del mismo artículo 18 de la Constitución.

La relación, sin embargo, entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad responde a una arraigada convicción en parte de la doctrina y en la práctica de los tribunales, tradición ésta recibida algo acriticamente tras la entrada en vigor de la Constitución. Para la literatura civilista, una y otra de estas situaciones jurídicas se reconducen a la controvertida noción de «derechos de la personalidad», y desde este enfoque pudo defender JOSÉ MARÍA CASTÁN, en 1960, que el derecho al secreto de la correspondencia epistolar habría de fundarse «en el respeto a la intimidad de la persona, a su integridad moral, a la reserva» (4). La tesis, seguramente irreprochable para un planteamiento jurídico-privado de la cuestión, es muy discutible cuando se la traslada al ámbito del Derecho público, pretendiéndose entonces mostrar en el íntegro contenido del artículo 18 de la Constitución una supuesta identidad entre los objetos allí protegidos que, de aceptarse, habría de redundar, como se dirá, en el desdibujamiento del régimen jurídico propio que cada uno de ellos reclama. Parece, por lo demás, que estas opiniones doctrinales (5) han alcanzado alguna fortuna entre nuestros legisladores, siquiera en el modo con el que éstos justifican su obra. Sólo así puede explicarse el muy notable enunciado con el que se abre la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de escuchas telefónicas: «Establecido en nuestra Constitución el secreto de las comunicaciones telefónicas como uno de los principios (*sic*) de la protección que nuestra máxima ley dispensa al honor (*sic*) y a la intimidad personales, se hace necesario tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra dicho bien jurídico...»

(4) «El derecho al secreto de la correspondencia epistolar», en *Anuario de Derecho Civil*, 2, 1960, p. 8.

(5) Por todos, en la doctrina española, A. E. PÉREZ LUÑO: «La redacción del artículo 18 induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran, para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un derecho único» (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, p. 331).

El de «intimidad» es concepto de carácter material, mediante el cual designa el ordenamiento el área que cada cual reserva para sí —o para sí y sus «íntimos»— apartándola, en mérito al contenido de la acción o de la situación de que se trate, del conocimiento de terceros (el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone, así, que la delimitación de la protección dispensada se hará atendiendo «al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia»). Este *ius solitudinis* no puede, pues, identificarse sino por el contenido y las circunstancias de la acción y con contornos fluctuantes en cada caso, impiendo el ordenamiento tanto el conocimiento de lo reservado como su divulgación dañosa para el titular del derecho (art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982). El concepto, por el contrario, de «secreto de las comunicaciones» es, en la Constitución, rigurosamente formal. No se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver esta protección con el hecho —jurídicamente indiferente— de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la *privacy*. Toda comunicación es, para la norma fundamental, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas (o «privadas», como adjetiva a las «manifestaciones o cartas» a las que, consecuentemente, reduce su protección el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982), y así lo ha constatado ya el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 7.º de una sentencia sobre la que se habrá de volver en el curso de este trabajo (6): «... el concepto de 'secreto' en el artículo 18.3 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.» Sólo, en definitiva, desligando la existencia del derecho de la cuestión sustantiva del contenido de lo comunicado puede evitarse el caer en la inaceptable aleatoriedad en su reconocimiento a que llevaría la confusión entre este derecho y el que protege la intimidad de las personas. Y una buena prueba de ello es que, no sin incurrir en contradicción con sus propios presupuestos, algunas de las posiciones doctrinales afirmativas de la asimilación que aquí se critica hubieron de concluir —pues de otro modo el derecho habría de darse por extinguido— en que el derecho al secreto nada tenía que ver con el carácter «confidencial» o «privado» del objeto de la comunicación (7).

(6) Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre (ponente, magistrado Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN).

(7) JOSÉ MARÍA CASTÁN, en el trabajo citado en la nota 4, p. 15.

Esta dualidad entre nociones materiales (intimidad) y formales (secreto de la comunicación) marca con nitidez el distinto régimen de los derechos enunciados en el inciso inicial del artículo 18.1 de la Constitución y en el número 3 del mismo precepto. El empleo, en este último caso, de un concepto de «secreto» que adjetiva a la relación intersubjetiva —que no se sustantiviza, pues, en sus contenidos— está al servicio, como se comprende, de alcanzar una indispensable seguridad en el ámbito de libertad garantizado, pero esta mayor certeza en la protección —por contraste con la inevitable fluidez de la noción de «intimidad»— se contrarresta por los límites mismos del objeto protegido, que —al consistir en el proceso de comunicación y no, por sí solo, en el mensaje— no se extiende, como se dirá a continuación, hasta las hipótesis de divulgación, por su destinatario, del contenido de la comunicación.

B) La Constitución garantiza el secreto de «las comunicaciones», de entre las que se destacan —«en especial»— las postales, telegráficas y telefónicas. Sin perjuicio de que esta última cita ejemplificativa —enunciadora, pues, de un *numerus apertus*— sea objeto de alguna referencia más adelante, es necesario ahora aludir a la noción misma de «comunicación», porque en su determinación se centra la del elemento material del objeto del derecho.

Como consideración preliminar, y a los solos efectos de ir describiendo el ámbito constitucionalmente protegido, puede identificarse la comunicación a la que se refiere la norma fundamental como todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico. Esta definición aproximativa tiene sólo el valor, como es obvio, de suscitar ahora los problemas básicos que encierra la noción constitucional, problemas comunes, en el examen que se inicia, a cualesquiera «medios» utilizables para la comunicación y dejando de lado, por el momento, las peculiaridades que unos y otros puedan mostrar.

a) La comunicación constitucionalmente relevante es, en primer lugar, un proceso, esto es, un procedimiento de relación significante entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación, suponga ésta mera retención o suspensión del curso de la comunicación o, en otro caso, además, el conocimiento por tercero de su contenido. El que el ámbito objeto aquí de tutela sea un proceso y no, con independencia del mismo, sus contenidos ya ha sido apuntado en el apartado anterior al deslindar el objeto del derecho que se estudia del que, en el artículo 18.1 de la Constitución, protege, como bien distinto, la intimidad. Ahora ha de precisarse que el

sentido de esta delimitación no es otro que el de poder asir, con claridad, los términos temporales dentro de los que se desenvuelve la relación protegida y al margen de los cuales ésta desaparece. Así, que el objeto de la garantía constitucional sea sólo el proceso de la comunicación —*Kommunikationsvorgang* es la expresión empleada, entre otros, por DÜRIG al interpretar el artículo 10.1 de la Ley Fundamental de Bonn (8)— significa que quedan, de principio, fuera del ámbito del derecho las situaciones, acaso jurídicamente relevantes desde otra perspectiva, que se sitúan al margen del curso de aquélla. Antes de iniciada la comunicación no existe soporte alguno para la proyección del derecho, que no lo es, con la matización que a continuación se hace, para comunicarse, para acceder a la comunicación, sino para realizarla en secreto. Después de la conclusión de la comunicación, su hipotética documentación —escrita o de otro modo— podría, eventualmente, ser objeto de protección jurídica, pero esta protección no estaría ya al servicio de la comunicación misma, sino de sus contenidos o de su medio de documentación y en virtud, como se comprende, no de la *ratio* que anima al precepto que se considera, sino de otro tipo de estimaciones, que pueden ir desde la defensa de la propiedad privada hasta la garantía misma de la intimidad. Las observaciones anteriores requieren, sin embargo, de alguna matización.

El que la vida del derecho se inicie con el curso de la comunicación. no significa que para la norma constitucional lo que podría llamarse «libertad para la comunicación personal» resulte indiferente, pues ya se ha dicho —y se concretará más adelante— que la afirmación del secreto no es sino un modo especialmente enérgico de hacer valer aquella libertad. Significa sólo que, en situaciones individuales que no sean de sujeción especial, la Constitución presupone aquí la libertad genérica para entrar en la relación que se considera, libertad, pues, que no requiere de garantía expresa y que, ciertamente, tampoco podría llevar, sin desnaturalizar el derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, a considerar implícito en el mismo un supuesto «derecho a la comunicación» —como derecho, pues, de prestación (9)— o, en otras palabras, un derecho «al medio» o al instrumento para realizarla. En situaciones de sujeción especial, sin embargo, aquella implíci-

---

(8) Comentario al artículo 10 de la Ley Fundamental, en MAUNZ, DÜRIG, HERZOG y SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar*, 6.º ed., Munich, 1985, p. 6.

(9) En cuanto a la inexistencia, de principio, en el contenido de los derechos de libertad de pretensiones a un hacer positivo de los poderes públicos, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 6/1981, de 16 de marzo, fundamento jurídico 4.º (ponente, magistrado RUBIO LLORENTE).

ta libertad para establecer la comunicación puede no existir y, en tal supuesto, el establecimiento de límites para la libertad en las comunicaciones personales, y su aplicación singular, puede ser objeto de examen a la luz del derecho fundamental de referencia. De modo especial es esto predicable de la situación del detenido o preso, para quien —falta de aquella libertad que es presupuesto para el ejercicio de ésta— el «derecho a comunicarse», dentro de las condiciones a las que se refiere el artículo 25.2 de la Constitución, sí adquiere relevancia, de tal manera que los actos de la Administración penitenciaria que apliquen arbitrariamente las normas reguladoras del régimen de comunicaciones en este extremo podrán considerarse lesivos del derecho reconocido en el artículo 18.3 y residenciables, por tanto, agotada la vía jurisdiccional ordinaria, ante el Tribunal Constitucional mediante el oportuno recurso de amparo. En otro apartado de este trabajo se hará una referencia específica al régimen del derecho en estas situaciones de supremacía especial; por el momento, basta con advertir cómo lo que acaba de apuntarse coincide con la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 21 de febrero de 1975 (caso *Golder*). «Un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia —dijo entonces el Tribunal— representa la forma más radical de 'interferencia' (art. 8.2 de la Convención) en el ejercicio del 'derecho al respeto de la correspondencia'. No es admisible considerar que tal obstáculo esté fuera del campo de aplicación del artículo 8 cuando no se discute que un simple control entra de lleno en dicho campo.»

El derecho llega, de otra parte, hasta donde alcanza el curso de la comunicación. Concluida ésta —cancelado el proceso en que la comunicación consiste— desaparece también la protección constitucional, de tal modo que la posible documentación del mensaje, una vez recibido y conocido éste por su destinatario, hallará sólo protección, en su caso, a través de las normas que tutelen ya la propiedad misma sobre el bien de que se trate, ya —de modo específico— la intimidad de los datos así reservados por el interesado. No existe, en definitiva, razón jurídica alguna para que, acudiendo al ejemplo más convencional, la correspondencia ya recibida, abierta y guardada por su destinatario, quede bajo la garantía del derecho *ex* artículo 18.3 y no, más bien, protegida por aquellas otras normas que tutelan —por hacer referencia ahora al derecho a la intimidad— cualesquiera otros documentos o papeles de carácter personal, sea cual sea su origen.

Por lo demás, el que el secreto que afirma el artículo 18.3 se predique de la comunicación y no, con independencia de ésta, de lo comunicado sirve

también para dar respuesta al problema que puede presentarse en el supuesto en el que sea uno de los partícipes en la comunicación quien revele a tercero el contenido de la misma. Es claro que esta revelación, por sí sola, en nada afecta al «secreto de las comunicaciones», aunque sí pudiera interesar —pero ello hace patente que estamos ya en un ámbito distinto— al derecho a la intimidad del interlocutor o del corresponsal, defraudado en su confianza cuando las manifestaciones así hechas a terceros incidan en el ámbito protegido por el artículo 18.1 de la Constitución. Con toda claridad lo ha declarado así el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 114/1984: «Sobre los comunicantes no pesa tal deber (de secreto), sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, un posible 'deber de reserva' que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así, del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución).» Por lo mismo, la hipótesis en la que es uno de los comunicantes el que retiene subrepticamente el contenido del mensaje verbal para su posterior revelación (la grabación de la conversación telefónica, como caso más usual en la jurisprudencia) no implica, tampoco, contravención alguna del derecho que se examina, pues —sea cual sea el juicio moral que esta conducta pueda merecer— con ella no se viola ningún secreto ni se hace otra cosa que documentar, de modo específico, lo que más tarde se pretende revelar. Existe en este punto una práctica unanimidad doctrinal (10) que se refleja, por lo demás, en la orientación jurisprudencial de ordenamientos distintos del nuestros, debiendo destacarse, en particular, la línea seguida por la Corte Suprema norteamericana al resolver, a partir del caso *United States v. White* (1971), los supuestos de *consent surveillance* (11). En nuestro Derecho, de nuevo la Sentencia 114/1984 es aquí cita obligada, habiéndose declarado en su fundamento jurídico 7.º que «quien graba una conversación de otros, atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no in-

(10) PIERRE KAYSER, *La protection de la vie privée*, Paris-Aix-en-Provence, 1984, p. 257; RAFAELLO CANTAGALLI, *Riservatezza della vita privata e intercettazioni delle comunicazioni*, Florencia, 1977, p. 126, y ERNST PAPPERMANN, «Comentario al art. 10», en INGO VON MÜNCH, *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1981, p. 435.

(11) Sobre la jurisprudencia en este punto de la Corte Suprema puede verse MICHELE G. FALKOW, «Electronic surveillance: protection of privacy expectations in participant monitoring cases», en *Annual Survey of American Law*, 1, 1984, pp. 57 y ss.

curre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado», añadiéndose que «si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales (...) se terminaría vaciando de sentido (...) a la protección de la esfera íntima personal *ex artículo 18.1*, garantía esta que *a contrario*, no universaliza el deber de secreto».

b) La comunicación, como segunda consideración, es un proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro expresiones del propio pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales. No estaremos, así, ante una comunicación, en el sentido constitucional del concepto, cuando lo transmitido no sean contenidos intelectuales expresados, directa o indirectamente, a través del lenguaje. Pero, de otra parte, ha de tenerse presente que tal contenido —el «mensaje»— no es, de modo directo, aquello de lo que se predica el secreto en la norma constitucional, de tal manera que ésta, al referirse a la comunicación y no sólo a su contenido, amparará también, en su caso, otros aspectos de la comunicación misma como puede ser, según el medio empleado, la identidad de uno de los comunicantes.

En cuanto a la primera observación, parece ha de descartarse con certeza que el artículo 18.3 de la Constitución reconozca como bien protegido «comunicaciones» —esta vez en un sentido inespecífico, no jurídico— que no consistan, como queda dicho, en expresiones formales del pensamiento. La cuestión tiene relevancia, como es claro, sólo respecto de las comunicaciones «postales», concepto éste que se ha entendido por algunos como comprensivo de cualesquiera intercambios realizados a través del servicio de Correos o de las entidades privadas que legalmente cubran funciones análogas, sea cual sea el contenido de lo transmitido y asimilando al régimen de la «correspondencia» el de los paquetes postales, giros monetarios, etc. (12). De este modo, pues, viene a sostenerse para nuestro Derecho, sin base normativa alguna, una solución como la presente en el artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn, precepto en cuyo apartadò primero se diferencia claramente entre secreto de la correspondencia (*Briefgeheimnis*) y secreto postal (*Pöstgeheimnis*), objetos, uno y otro, de la garantía constitucional y comprensivo el último, como la doctrina alemana hace notar (13), de todo «envío»

(12) Mantienen la posición que se critica en el texto JUAN PEMÁN GAVÍN, *Régimen jurídico del servicio de Correos*, Madrid, 1983, p. 306, y MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, «Protección del honor y de la intimidad», en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por MANUEL COBO DEL ROSAL, I, Madrid, 1982, p. 115.

(13) DÜRIG, *ob. cit.*, p. 15; PAPPERMANN, *ob. cit.*, p. 437.

que sea confiado por la persona a los servicios postales. Este «secreto postal», sin embargo, no existe en el ordenamiento español con calidad de derecho fundamental. No es sólo, en primer lugar, que, de aceptarse semejante ampliación de la noción de comunicación postal, se daría entrada en la protección constitucional a un bien —el del «secreto del transporte»— que, sobre no quedar expresamente garantizado en la Constitución, no se acomoda en absoluto al bien genérico —la expresión del pensamiento a través de las comunicaciones— a cuyo servicio está la norma contenida en el artículo 18.3; se trata, sobre todo, de que la interpretación que aquí se discute es de aquellas que, planteadas con la ambición de expandir la garantía del derecho para bienes ajenos a los constitucionalmente previstos, concluyen, de modo inevitable, en devaluar esa misma protección para los objetos sí inequívocamente tutelados. No es posible, en efecto, conciliar la defensa de la existencia en nuestro Derecho del *Postgeheimnis* del ordenamiento alemán con el reconocimiento de la posibilidad para el servicio de Correos de inspeccionar o detener por sí, en determinados supuestos, envíos postales distintos de la correspondencia epistolar. Semejante facultad está hoy prevista en nuestro Derecho postal (14) y hasta puede decirse, como consideración de política legislativa, que la misma es difícilmente discutible, pero ¿cómo acomodarla —admitido que aquellas inspecciones o detenciones gravan sobre bienes constitucionalmente protegidos— con la exigencia, presente en el artículo 18.3, de que el secreto de la correspondencia sólo podrá ser alzado en virtud de resolución judicial? Y admitido, acaso, que esta última garantía judicial posee —como habría de aceptarse desde este planteamiento— determinadas excepciones, ¿cómo dar razón de estas quiebras singulares de la exigencia constitucional y cómo, sobre todo, evitar que las mismas se amplíen eventualmente, esta vez ya sí sobre la correspondencia, por el legislador? No caben, en este punto, tratándose de la tutela de un derecho fundamental, posiciones «intermedias», que afirmen la condición de derecho fundamental de determinado tipo de «comunicación», pero descartén, para casos singulares, su garantía constitucional. El derecho fundamental lo es porque posee un régimen específico de garantía y desaparece como tal cuando se admiten, sin previsión constitucional, quiebras específicas de la misma. Así, pues, si todo «envío postal» ha de considerarse «comunicación» a los efectos previstos en el artículo 18.3, es muy cierto que habrá de desaparecer toda intervención admi-

---

(14) Al respecto, comentando la Ordenanza Postal y el Reglamento del Servicio de Correos, PEMÁN GAVÍN, *ob. cit.*, pp. 311-312.

nistrativa sobre aquél que no venga precedida de una autorización judicial, exigencia esta última que —y la observación no es irrelevante— no está prevista en el artículo 10.1 de la Ley Fundamental de Bonn. El problema, como se ve, no reside en que una conclusión como ésta contraría nuestra vigente normativa postal, sino en lo irrazonable de semejante punto de llegada, en cuya virtud desaparecería todo posible control de la Administración de Correos sobre los objetos a ella confiados para su transporte distintos de la correspondencia epistolar. Por ello ha de sostenerse que la comunicación postal en el sentido del artículo 18.3 de la Constitución no es sino la correspondencia, y que ésta no es otra cosa —empleando ahora las palabras de SÁNTAMARÍA DE PAREDES (15)— que «una conversación escrita».

Lo protegido por el secreto, sin embargo, es la comunicación y no sólo su contenido. Por tanto, aquellos aspectos del proceso de comunicación que, en virtud de las características del medio empleado, no sean notorios a terceros quedan también incluidos en el ámbito del derecho subjetivo, constituyendo lesión del mismo su eventual desvelamiento. Ocurre así, en particular, con las operaciones tendentes a identificar la personalidad del destinatario de la llamada efectuada desde un determinado aparato telefónico a través del instrumento (*comptage, pen register*) que, conectado a una línea telefónica, registra todos los números marcados sobre el aparato así intervenido. En la citada Sentencia 114/1984, el Tribunal Constitucional —haciendo suya, en este extremo, la doctrina expuesta en el caso *Malone* (sentencia de 2 de agosto de 1984) por el Tribunal de Estrasburgo— declaró, así, que «el concepto de 'secreto' que aparece en el artículo 18.3 no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales» (fundamento jurídico 7.º). La doctrina así establecida por nuestro Tribunal Constitucional extrae, de este modo, todas las virtualidades garantizadoras presentes en el precepto constitucional (16). Cabe notar, con

(15) *Curso de Derecho Político*, 9.ª ed., Madrid, 1913, p. 174.

(16) Que el derecho al secreto y a la libertad en las comunicaciones cubra también estos aspectos del proceso de comunicación ha sido, con todo, controvertido en el Derecho italiano, en el que el artículo 226.III del Código de Procedimiento Penal dispone que los oficiales de la policía judicial pueden, para el cumplimiento de sus funciones, acceder a las instalaciones de los servicios telefónicos «para transmitir comunicaciones u obtener informaciones». Sobre la constitucionalidad de estas normas, cfr. ALESSANDRO PACE, «Comentario al art. 15», en *Commentario alla Costituzione*, G. BRANCA (ed.), Bolonia-Roma, 1977, p. 95; también VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milán, 1963, p. 291.

todo, la diferente postura mantenida ante esta específica cuestión por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en diferentes sentencias (por todas, la dictada en el caso *Smith v. Maryland*, de 1979) ha declarado que la utilización de un *pen register* no afecta a la expectativa de *privacy* del abonado, quien conoce que sus llamadas son regularmente anotadas por la compañía y asume el riesgo, por ello, de que la información así registrada «will be disclosed even further» (17).

c) Sólo es comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición —aunque no por ello desprovistas de toda protección constitucional— las conversaciones directas o «en persona».

La norma que en el artículo 18.3 de la Constitución afirma el secreto de las comunicaciones crea, con ello, una obligación de no hacer para los poderes públicos, obligación eficaz sea cual sea el contenido de lo comunicado, según se dijo, y que puede sólo desaparecer por obra de una resolución judicial que así lo disponga. La comunicación «directa», sin embargo, aquella para cuya realización no se requiere de medio técnico alguno, no es «secreta» en este sentido formal o, en otras palabras, su «secreto» no consiste en una atribución normativa ajena al contenido y a las circunstancias en que la misma se desarrolle. Es secreta —en un sentido diverso a como lo son las comunicaciones a las que el artículo 18.3 se refiere— porque es reservada, esto es, porque, realizándola directamente, los interlocutores no han querido «confiarla» a medio técnico alguno, haciéndola ingresar así en su ámbito propio de intimidad, adoptando, pues, una conducta de introversión, de apartamiento, que difiere, en cualidad, de la que consiste en el recurso a un medio técnico —siempre vulnerable— de comunicación. Este tipo de relación personal directa halla su protección en la norma que en el artículo 18.1 de la Constitución crea el derecho a la intimidad, derecho no sujeto, como es patente, a un tipo de intervención judicial como la admitida en el número 3 del mismo artículo, aunque sí, con la misma claridad, objetivamente delimitable. En virtud, precisamente, de esta delimitación del ámbito material del derecho *ex* artículo 18.1, algunos objetos en los que la intimidad haya podido materializarse pueden quedar expuestos a una intervención pública de carácter judicial (no hay «secreto» para lo que interese a la instrucción sumarial, por ejemplo, como expresamente se dice en el artículo 552 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero sólo porque, siendo relevantes.

---

(17) MICHELE G. FALKOW, *ob. cit.*, p. 58.

para la consecución de una finalidad pública, dejan ya, por ello mismo, de pertenecer jurídicamente al círculo de la intimidad. Cuestión del todo distinta es, sin embargo, que la acción humana creadora de intimidad sea, de modo directo, objeto de indagación pública mediante instrumentos de captación del sonido o de la imagen. Por ello, si mediante estas técnicas se afecta a la esfera garantizada en el artículo 18.1 de la norma fundamental, el acto del poder público no podrá justificarse en la norma presente en el artículo 18.3 y resultará, casi sin duda, ilegítimo, con independencia de que haya podido lesionarse algún otro derecho fundamental (18). Es muy cierto que mediante estas prácticas inquisitivas podrían obtenerse datos de relevancia (por ejemplo, para la instrucción de la causa criminal), pero no lo es menos que el fin de conseguir la verdad procesal no es el más alto en la Constitución y que al mismo, por tanto, no pueden subordinarse, sin más, cualesquiera derechos fundamentales.

No es, pues, «comunicación», en el sentido constitucional del concepto, la que se desenvuelve en persona ni puede ser ésta —cuando por sus circunstancias ingrese en el ámbito de la intimidad— objeto de investigación judicial. De no ser así, y al margen de lo dicho, habría de admitirse como constitucionalmente legítimo el empleo de técnicas que, captando genéricamente el sonido, aprehenden no sólo comunicaciones o incluso (ya que la diferencia sería irrelevante) técnicas de captación de la imagen, también en el ámbito que para sí, como íntimo, reserve cada cual.

C) La protección dispensada a las comunicaciones por la norma fundamental se concreta en la afirmación de su secreto. O, lo que es lo mismo, en el deber negativo así impuesto a todos los poderes públicos de no desvelar su contenido u otros aspectos de las mismas que, en virtud de los caracteres del medio empleado, no resulten patentes a terceros. El ilícito constitucional en que consiste la lesión de este derecho fundamental es así, primariamente, el descubrimiento ilegítimo de cualesquiera aspectos no manifiestos del proceso de comunicación. Y conviene advertir —reiterando, en parte, una observación anterior— que el secreto así dispuesto por la Constitución es atributo jurídico de la comunicación y no de su contenido, de tal manera que no sólo,

(18) Como el reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución. Así, en la STC 22/1984, de 17 de febrero (ponente, magistrado DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), se dijo que «la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa gama de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa, por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (fundamento jurídico 5.º).

según se dijo, la protección subsiste aun cuando lo transmitido no entre en la esfera de la intimidad, sino que también, de otra parte, el secreto de la comunicación puede coexistir con otros tipos de secreto también jurídicamente garantizados, supuesto éste en el que la resolución judicial prevista en el artículo 18.3 puede no bastar para acceder al conocimiento de una comunicación. Así, por no aludir sino a una de las hipótesis más relevantes, el secreto profesional de los abogados (art. 41 del Real Decreto 2.090/1982, de 24 de julio) y las comunicaciones con éstos de sus clientes no podrá resultar afectado por obra de la resolución judicial prevista en el precepto constitucional que se considera, pues este tipo de secreto profesional está al servicio del derecho a la defensa (art. 24.2 de la Constitución), que resulta intangible, como garantía central que es de la posición jurídica del justiciable, a salvo el supuesto específico, al que se aludirá, previsto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Es muy cierto que cuando se haya dispuesto en resolución judicial una medida de interceptación de las comunicaciones será difícil discriminar entre éstas para no afectar a las mantenidas con el letrado defensor, pero en tal caso la garantía del secreto profesional —y del derecho mismo a la defensa— impondrá el que aquellas comunicaciones eventualmente captadas no puedan, en modo alguno, ser aportadas a un proceso como instrumentos de prueba (19).

Como en otros derechos constitucionales (art. 68.1), sin embargo, el secreto es aquí condición de la libertad. Su declaración constitucional está, pues, al servicio de hacer posibles los procesos de comunicación, no existiendo libertad allá donde no hay expectativa cierta de inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones se defiende, pues, la libertad para entablarlas, y así lo ha reconocido explícitamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/1984, que viene citándose (fundamento jurídico 7.º). El que el bien que da sentido a la imposición del secreto sea la libertad para comunicarse no permite, como se dijo, reconocer aquí un derecho «al medio» o «al servicio» a través del cual emprender la comunicación, pero sí afirmar que el derecho resultará lesionado en todos los casos en los que, disponiendo su titular del medio para comunicarse, la comunicación se impida o, una vez iniciada, se intercepte, aun sin desvelar su contenido. En este último aspecto, pues, bien puede decirse que la libertad para comunicarse impone, por necesidad, la libertad misma de la comu-

---

(19) Esta es la solución que propone GIULIO ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milán, 1983, pp. 88-89. Cfr., también, KAYSER, *ob. cit.*, p. 276.

nicación, esto es, y al margen ya de la hipótesis del quebrantamiento del secreto, la no interceptación de su regular curso. «El derecho puede conculcarse —se añadió en el mismo fundamento 7.º de la Sentencia 114/1984— tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento anti-jurídico de lo comunicado.» Ha de concluirse, de esta forma, en que una norma como la presente, por ejemplo, en el artículo 15 de la Constitución italiana («Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación»), es también identificable, de modo implícito, en nuestro ordenamiento, interpretación ésta que, por lo demás, sería también pertinente a partir de la doctrina, ya aludida, establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Golder* (sentencia de 21 de febrero de 1975) y en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución.

Que libertad y secreto se hallen, así, en relación de dependencia y que, por lo mismo, la libertad de la comunicación (su no interceptación) forme parte del objeto del derecho no significa, ciertamente, que esta última libertad sea susceptible en sí misma de intervención judicial como sí puede serlo el secreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.3. No es coextenso, en este caso, el objeto del derecho con el posible objeto de la intervención pública, y ello no sólo porque en el precepto constitucional se prevé meramente el levantamiento del secreto, sino, sobre todo, porque una medida de detención de la comunicación que no se disponga judicialmente para acceder a su conocimiento carecerá de *ratio* justificadora y devendrá, fuera de las situaciones de sujeción especial, una decisión seguramente arbitraria. En estas últimas situaciones, sin embargo, la solución puede ser otra, y así —sin perjuicio de lo que a continuación se dirá sobre el régimen propio de las instituciones penitenciarias—, ha de recordarse ahora que, para la etapa sumarial del procedimiento, el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr, en adelante) prevé que «el juez instructor autorizará, en cuanto no se perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso». Esta potestad judicial, sin embargo, y las análogas de las que pueda disponer la Administración penitenciaria de acuerdo con la ley, no derivan de la cláusula «sin perjuicio» presente en el artículo 18.3 de la Constitución, sino, en cada caso, de específicas habilitaciones legislativas que se acomoden, por lo que aquí importa, a lo dispuesto en el artículo 25.2 de la misma norma fundamental.

## 2. Los titulares del derecho

Corresponde a todos, en nuestro ordenamiento, la titularidad de la situación jurídica que se considera, y no sólo a los ciudadanos españoles, sin que sea posible, de principio, reconocer como constitucionalmente legítimo un hipotético trato legislativo diferenciador para los no nacionales, teniendo en cuenta la estrecha ligazón existente entre el derecho subjetivo y el principio enunciador de la dignidad de la persona (art. 10.1). Por lo demás, lo dispuesto en el artículo 13.1 de la misma Constitución ha de ser objeto de una interpretación estricta, específicamente en lo que se refiere a la expresión «libertades públicas» de la que el precepto se vale, pues no puede aceptarse la interpretación —absurda, desde los presupuestos más altos de la Constitución (art. 1.1 *in fine*)— de que la remisión a los tratados y a la ley constituya un reenvío libre de toda vinculación (20).

Ostentan, asimismo, el derecho fundamental las personas jurídico-privadas, no siendo dudoso que también éstas son portadoras del interés que da sentido al reconocimiento constitucional de esta situación jurídica. Es notorio que nuestra Constitución carece de una norma como la presente en el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn («los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales en la medida en la que, con arreglo a su respectiva naturaleza, les sean aplicables») y que esta omisión amplía los márgenes de libertad del intérprete en orden al reconocimiento, en cada caso, de las personas jurídicas de Derecho privado como portadoras de derechos fundamentales. En este sentido, el Auto del Tribunal Constitucional 257/85 apreció que «el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la CE, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales (...) y sin que, en principio, las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo» (fundamento jurídico 2.º). En el caso del secreto de las comunicaciones —de carácter distinto al derecho a la intimidad, según se indicó— la solución parece ha de ser otra y análoga a la que ha dado el mismo Tribunal al problema de la inviolabilidad del domicilio de la persona moral (Sentencia 137/1985, de 17 de octubre, fundamento jurídico 3.º; ponente, magistrado PERA VERDAGUER). En el derecho que ahora se estudia, como en

---

(20) Al respecto, STC 99/1985, de 30 de septiembre, fundamento jurídico 2.º (ponente, magistrado TOMÁS Y VALIENTE).

el declarado en el número 2 del artículo 18, no protege tanto la Constitución un derecho sobre la propia identidad personal, en sentido amplio, cuanto un derecho a disponer libremente de los espacios y procesos en que ésta se despliega, ámbitos no menos relevantes para la persona jurídica que para la física.

Como derecho público subjetivo, el reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución corresponde, sin duda, también a los menores de edad. Cuestión diferente es la de la regulación legislativa del secreto de las comunicaciones en las relaciones jurídico-privadas y, por lo que a la minoridad se refiere, en las de carácter paterno-filial, extremo éste en el que ha de recordarse lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 497 del Código Penal en orden a cómo el tipo de «descubrimiento y revelación de secretos» descrito en el párrafo primero del mismo artículo «no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia». Es claro que esta causa de justificación no desvirtúa el contenido del derecho fundamental creado por el artículo 18.3, derecho que, como tal, es sólo inmediatamente eficaz en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas, y ello con independencia, según se dirá, de que, como norma de derecho objetivo, del precepto constitucional que se considera deriven exigencias para el legislador en orden a asegurar la integridad del bien jurídico allí protegido en el seno de las relaciones privadas.

El derecho al secreto de las comunicaciones —e, implícito en él, el derecho a comunicarse— de quienes se hallen en situaciones de sujeción especial requiere de consideración aparte y más en profundidad de la que permiten los límites de este trabajo. Como ha venido apuntándose, la cuestión acaso más relevante aquí es la referida al régimen de los internos en un establecimiento penitenciario, problemática abordada en diferentes ocasiones y respecto de aspectos diversos por el Tribunal Constitucional (entre otras; Sentencia 74/1985, de 18 de junio; ponente, magistrado TOMÁS Y VALIENTE).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución, «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Al margen ahora las dos primeras reservas introducidas por la norma, la remisión a lo dispuesto en la «ley penitenciaria» no puede entenderse sino en el sentido de que, para los internos, los derechos fundamentales dejan de quedar protegidos por el «límite de lími-

tes» en que consiste el contenido esencial (art. 53.1), de tal manera que el contenido mismo del derecho no será ya el constitucionalmente declarado sino el que derive de la ley penitenciaria, en el supuesto de que por ésta se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo. Naturalmente, la ley a la que así remite la Constitución no podrá operar cualquier tipo de transformación en el contenido de cualquier derecho y sí sólo aquellas que se orienten, de modo razonable, al aseguramiento de las condiciones y exigencias específicas que son propias del régimen penitenciario. De lo contrario, la norma de ley y la resolución singular que pueda aplicarla habrán de considerarse arbitrarias (art. 9.3 de la Constitución) y conculcadoras, por lo mismo, del derecho fundamental de que en cada caso se trate. En cuanto al régimen de comunicaciones previsto en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, basta ahora con recordar que la Ley (art. 51.1) establece la regla general de la libertad de comunicación con «familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria», debiéndose respetar «al máximo» la intimidad, sin más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. El mismo artículo (apartado 5) prevé que las comunicaciones orales y escritas puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente, si bien (apartado 2) tal posibilidad se descarta en las comunicaciones con el abogado defensor o con el procurador del interno, a no ser que —excepción de la excepción— se esté ante «supuestos de terrorismo», pudiéndose, entonces, proceder a la suspensión o intervención de la comunicación, pero sólo «por orden de la autoridad judicial». Por último, el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo, y, reformándolo parcialmente, Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo) dispone el régimen de las comunicaciones personales (art. 91.1) y el de las postales y telefónicas (art. 98).

El que la decisión en orden a la interceptación de la comunicación pueda adoptarse por autoridad distinta de la judicial, como aquí ocurre, evidencia que estamos fuera del contenido normal del derecho *ex* artículo 18.3; que éste, en otras palabras, ha sido reordenado por la ley a la que remite el artículo 25.2 de la Constitución. Ello no habrá de impedir, con todo, que se consideren infracciones del derecho fundamental —invasiones ilegítimas en el objeto así configurado por el legislador— las medidas que menoscaben *contra legem* el régimen de comunicaciones de los internos, pues, aun transformado, el contenido del derecho, su objeto mismo, perfilado por la ley, no

pierde relevancia constitucional. No de otro modo ha de entenderse la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (últimamente, caso *Campbell y Fell*, sentencia de 28 de junio de 1984), de acuerdo con la cual el régimen excepcional de los internados en establecimientos penitenciarios no permite descartar la confrontación judicial de las medidas que afecten a sus comunicaciones con el parámetro del artículo 8 del Convenio.

## II. EL CONTENIDO DEL DERECHO

El ámbito de libertad que acaba de considerarse lo protege la Constitución no disponiendo, como en otros casos, su plena intangibilidad para los poderes públicos, sino sometiendo a determinadas condiciones jurídicas su eventual afectación. Este modo de articular la libertad —el mismo que está presente, por ejemplo, en los artículos 17.1 y 18.2 de la norma fundamental— lleva, como se dijo, a reconocer que el contenido del derecho subjetivo, su instrumento de protección, consiste, justamente, en la reivindicación por su titular de la garantía así prevista —la resolución judicial, en este caso, aunque no sólo ella— como medio de defensa frente a los atentados de que aquél pudiera ser objeto. La adopción, por tanto, de la resolución judicial a la que se refiere el artículo 18.3 no supone negación del contenido del derecho, sino realización del mismo para la inmisión en el objeto de este modo defendido. El contenido del derecho, como se indicará más adelante, no queda afectado sino en los supuestos de suspensión de garantías previstos en el artículo 55.1 de la Constitución.

### 1. *Un derecho público subjetivo*

La disposición constitucional que viene considerándose crea un derecho subjetivo que vale sólo, como tal pretensión inmediatamente exigible; frente a los poderes públicos, únicos sujetos, por lo demás, para los que adquiere sentido el inciso final («salvo resolución judicial») del precepto. Se trata, pues, de un derecho de defensa frente al Estado —en la acepción más genérica de la palabra— que se concreta en una norma impeditiva del actuar público si no es a través del cauce dispuesto en la Constitución. Derecho, por tanto, de «contenido simple», para decirlo con la expresión empleada, a los efectos que aquí importan, en la Sentencia del Tribunal Constitucional

26/1983, de 13 de abril (fundamento jurídico 2.º; ponente, magistrado RUBIO LLORENTE), por más que no puedan, en abstracto, descartarse hipótesis en que esta situación requiera, para su efectividad, de un comportamiento positivo por parte de los poderes públicos (21).

El que estemos ante un derecho público subjetivo significa sólo que de la disposición constitucional no nace para los particulares, de modo directo, deber alguno jurídicamente coercible, deber que puede existir —y existe, efectivamente, en nuestro ordenamiento—, pero a partir ya de disposiciones infraconstitucionales, penales y civiles. Como se dijo con claridad en la Sentencia 75/1984, de 27 de junio (fundamento jurídico 6.º; ponente, magistrado RUBIO LLORENTE), «ni del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ni de la proclamación que la Constitución hace de otros bienes jurídicos que, sin ser propiamente derechos, deben ser respetados y protegidos por el Estado, nace para los ciudadanos (titulares todos ellos frente al Estado de los derechos fundamentales) obligación alguna conminada con la amenaza de la sanción penal». No hace falta insistir, por lo demás, en que la norma penal que sanciona determinada conducta no crea, sólo por ello, un derecho subjetivo en favor de los titulares del bien jurídico así protegido, sin perjuicio de que la interpretación judicial de dicha norma sancionadora haya de realizarse, en su caso, atendiendo al contenido de la disposición constitucional enunciativa del derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1984, de 12 de junio, fundamento jurídico 2.º; ponente, magistrado TRUYOL SERRA).

Cuestión enteramente distinta, ciertamente, es la del doble carácter que puede considerarse ostentan las disposiciones constitucionales enunciativas de derechos de libertad, pues cabe sostener que, junto a este contenido declarativo de una determinada situación subjetiva, dichas normas incorporan también un mandato al legislador para que por éste se proteja, a través de disposiciones infraconstitucionales, el bien que de tal modo se defiende

---

(21) Por lo que se refiere al derecho a la intimidad, una tal posibilidad ha sido reconocida por el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey*): «... a pesar de que el objeto fundamental del artículo 8 es la protección del individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos (...), junto con ese fundamental aspecto negativo puede haber deberes positivos inherentes a una protección efectiva de la vida privada y familiar.» Sobre este punto específico pueden verse las consideraciones de LOUISE DOSWALD-BECK, «The meaning of the 'Right to respect for private life' under the European Convention on Human Rights», en *Human Rights Law Journal*, vol. 4, 1983, pp. 303-304.

frente a la acción del Estado. Esta «obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 4.º; ponentes, magistrados BEGUÉ CANTÓN y GÓMEZ FERRER MORANT), confirma, como es claro, que, frente a los sujetos jurídico-privados, el derecho subjetivo no nacerá, en su caso, sino por obra de la ley (22).

## 2. La ley como garantía

El secreto de las comunicaciones puede ser excepcionado en virtud de una «resolución judicial», según la expresa previsión de la norma constitucional. Sin embargo, la adopción de este tipo de acto no es la única condición —ni la primera— para que pueda considerarse legítima la intromisión en el ámbito de libertad garantizado.

La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y su desarrollo directo corresponden sólo a la ley, ordinaria y orgánica, respectivamente (arts. 53.1 y 18.1), y esta garantía no decae, sin duda, en los casos en que la propia Constitución identifica el medio a través del cual el objeto del derecho pueda resultar afectado por los poderes públicos. Cuando la norma fundamental prevé, así, que determinado ámbito de libertad puede ser constreñido o negado mediante una resolución judicial está creando sólo una regla competencial —un fragmento de norma, pues—, que habrá de ser integrada, para poder actuarse en concreto, a través de la regulación legislativa que establezca los supuestos y los procedimientos para el efectivo despliegue de la competencia de este modo nombrada. Si así no fuera, como se comprende, el reconocimiento del derecho subjetivo sería sólo retórico: se garantizaría, sí, el derecho frente al Estado, a salvo que por uno de sus órganos —el Juzgado o Tribunal competente— se resolviera en contrario. De otra parte, la referencia misma a la resolución judicial, si ha de significar una garantía del derecho, lleva implícita la exigencia de la mediación legislativa, pues los

---

(22) P. KAYSER (*ob. cit.*, p. 36) se pregunta si «al ratificar la Convención (de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950) las partes signatarias no se han obligado sólo a no atentar al derecho al respeto de la vida privada o si también se han obligado a que este derecho no sea violado por particulares sujetos a su jurisdicción; es decir, si han asumido sólo una obligación de no hacer o si han contraído, también, una obligación de hacer».

jueces sólo son garantes de la libertad cuando deciden *secundum legem*, esto es, motivando su decisión en la decisión previa del legislador. El mandato judicial al que remite el artículo 18.3 no ha de entenderse, pues, como un límite constitucional directo del derecho, de tal modo que la medida consistente en el levantamiento del secreto requerirá, como de ordinario en los derechos de libertad, de una doble «autorización» o «habilitación», en palabras de BETTERMANN (23): la previsión constitucional del límite que pueda articular el legislador y la efectiva configuración del mismo en la norma legal, aplicable ya por el juez (24).

La solución en el Derecho español es, pues, la misma, en este punto, que la explícitamente recogida en el artículo 10.1 de la Ley Fundamental de Bonn o en el artículo 15 de la Constitución italiana, quedando sometida a reserva de ley la previsión de los supuestos en los que pueda procederse por la autoridad judicial al levantamiento del secreto de las comunicaciones. El que tal «injerencia» esté «prevista por la ley» es algo, por lo demás, que viene impuesto en el artículo 8.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito por el Estado español y de necesaria consideración (art. 10.2 de la Constitución) para la interpreta-

---

(23) KARL AUGUST BETTERMANN, *Grenzen der Grundrechte*, Berlín, 1976, p. 6, quien se sirve de la expresión, empleada en el texto, de «límites constitucionales directos» (*Verfassungsunmittelbare Schranken*).

(24) Creo que es un error sostener lo contrario —la inmediata eficacia, aun sin mediación legislativa, de la potestad judicial así constitucionalmente definida— con el argumento de que, como normas jurídicas que son, las contenidas en la Constitución resultan, en todo caso, «inmediatamente aplicables», según parece sostener, en este punto, E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA en «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en *Poder Judicial*, 3, septiembre de 1986, pp. 16 y 17. Si por aplicabilidad inmediata se entiende, como parece necesario, el empleo de la disposición constitucional para identificar, sin precisión ulterior, derechos subjetivos o potestades públicas, tal rasgo no puede ser predicado, indiferenciadamente, de todos y cada uno de los preceptos constitucionales. Tiene su sentido más pleno en el caso de las normas constitucionales creadoras de derechos de libertad; no así, sin embargo, respecto de las disposiciones en las que la Constitución introduce un principio de limitación del derecho fundamental mediante la remisión al legislador (así ocurre, por ejemplo, en su artículo 22.3) o a través del reconocimiento, como en este supuesto del artículo 18.3, de una potestad pública que no se podrá actuar sino *secundum legem*. Si así no fuera, me parece claro que se relativizarían todas las garantías servidas, en nuestro Estado de Derecho, por la mediación de la ley, comenzando por la exigencia de seguridad jurídica, con la consecuencia inaceptable de que la proclamación del principio de constitucionalidad vendría a entrañar la práctica abolición del principio de legalidad.

ción de las normas relativas a los derechos fundamentales. La «ley» así requerida por el texto de la Convención queda en cuanto a su finalidad, de otra parte, aproximadamente vinculada en el citado artículo 8.2, pues las medidas en él previstas para la afectación del derecho habrán de justificarse en «la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». No falta casi nada, ciertamente, en este inventario de indeterminaciones jurídicas, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha ido delimitando el alcance del precepto, precisando, de este modo, las «cargas» que en su virtud pesan sobre el legislador; límites éstos de los que ahora habrían de resaltarse, al menos, dos: las medidas previstas en la ley han de ser «proporcionadas» al fin legítimo en ella perseguido (sentencias en los casos *Dudgeon* y *Silver* y otros, de 22 de octubre de 1981 y 25 de mayo de 1983, respectivamente) y la ley misma ha de articularse de tal modo que proporcione al individuo la suficiente certeza y previsibilidad sobre el supuesto al que se liga la adopción de una medida de interceptación de las comunicaciones (caso *Malone*, Sentencia de 2 de agosto de 1984).

La exigencia de esta *interpositio legislatoris* para la adopción de la resolución judicial contemplada en el artículo 18.3 es particularmente imperiosa en el ámbito procesal penal, en el que la interceptación de las comunicaciones tiene su ámbito «natural» de aplicación como medida tendente, según se dirá, a la obtención de material probatorio que pueda emplearse en la causa. En este punto, la limitación del derecho fundamental por obra del legislador ha de realizarse con escrupulosa atención, no pudiendo desconocerse que la interceptación de una comunicación —medida siempre subrepticia en el orden penal y afectante, a menudo, al derecho fundamental de otra persona— es actividad que lleva en sí, aun cuando sea iniciada conforme a Derecho, una notable potencialidad lesiva de derechos e intereses legítimos. El «derecho al procedimiento» es aquí inseparable del contenido mismo del derecho subjetivo, de tal forma que el modo de realización de la operación en que la interceptación consiste ha de ser cuidadosamente previsto por la norma, evitando así, en lo posible, márgenes de indeterminación que pudieran dar lugar al abuso y a la extralimitación de poder. Acerca de ello se indicará algo en el apartado que sigue.

Queda por ver cuál sea la situación en el Derecho español en orden a la previsión legal de la interceptación de las comunicaciones. Las normas que aquí importan son sólo las que en el orden procesal —penal, sobre todo—

habilitan al juez para adoptar la resolución a la que la norma constitucional se refiere, quedando al margen del objeto del presente trabajo el examen de las disposiciones del Derecho de las comunicaciones que, referidas al régimen interno de los servicios, garantizan también el secreto protegido por la Constitución (25). Y tampoco se trata ahora de señalar cuáles sean los casos —las hipótesis normativas— en que la interceptación pueda ser dispuesta de acuerdo con nuestras leyes procesales, sino sólo, dejando esto para el apartado que sigue, de considerar si las comunicaciones expresamente mencionadas en el artículo 18.3 de la Constitución —postales, telegráficas y telefónicas— son susceptibles de intervención en nuestro ordenamiento por estar así, como es constitucionalmente debido, previsto por la ley.

Si se deja de lado, por el momento, la regulación presente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) sobre la «retención» y «apertura» de la correspondencia del concursado y del quebrado (arts. 1173, 1176, 1177, 1178, 1338 y 1339), el régimen legal que aquí importa, sobre todo, es el establecido para el proceso penal en la LECr (arts. 579 a 588). Estos preceptos (dentro del libro II de la Ley: «Del sumario») regulan la posible «detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579), y establecen al efecto un procedimiento —suficientemente garantizador, de principio— cuyas reglas principales son la adopción de la resolución por auto motivado en el que habrá de determinarse cuál sea la correspondencia que haya de ser así aceptada (artículo 583), la citación al interesado para su apertura (art. 584), que habrá de practicarla el mismo juez, rubricándose por los asistentes al acto los «sobres y hojas» de la correspondencia intervenida y conservándolos el juez bajo su responsabilidad (art. 586), la entrega al procesado de la correspondencia que no se relacione con la causa (art. 587) y, en fin, la constancia en diligencia específica del acto judicial de apertura (art. 588).

Como los legisladores no saben siempre lo que les espera, no ha de bus-

---

(25) Por lo que a las comunicaciones postales se refiere, artículo 14 de la Ordenanza Postal (Decreto de 19 de mayo de 1960). En cuanto al secreto de las comunicaciones telefónicas, artículo 80 del Real Decreto de 30 de junio de 1914 (Reglamento para establecimiento y explotación del servicio telefónico), artículo 106 del Decreto de 21 de noviembre de 1929 (Reglamento para la ejecución del contrato celebrado entre el Estado y la CTNE) y base 15 del Decreto de 31 de octubre de 1946 (aprobatorio del contrato entre el Estado y la CTNE).

carse en esta obra de los liberales de 1882 nada relativo al modo y a los casos en que pudiera disponerse por el juez la interceptación de una comunicación telefónica, intervención que no sólo está expresamente contemplada en el artículo 18.3 de la Constitución, sino que es, con mucho, el recurso más frecuente en nuestro tiempo —y más peligroso, también— para aportar, en la instrucción del procedimiento penal, medios probatorios utilizables en la resolución de la causa. Esta laguna secundaria de la Ley (26) significa, sin embargo, algo cuya trascendencia será difícil exagerar: fuera de la específica legislación que trae causa del artículo 55.2 de la Constitución, y a la que después se aludirá, no existe en nuestro ordenamiento previsión ni regulación alguna de los casos y modos en que pueda practicarse, en el curso del procedimiento penal, una «escucha» telefónica. Esta situación de anomía es tanto más inquietante cuanto que es notorio que este tipo de interceptaciones, previa resolución judicial, se vienen hoy practicando, sin duda porque las mismas responden a una exigencia de política criminal difícilmente esquivable en nuestros días. Por sí sola, sin embargo, nada dice «la necesidad» para quien ha de interpretar y aplicar sólo el Derecho que existe.

Ante la falta de norma expresa, quienes han considerado el problema de las interceptaciones telefónicas en nuestro Derecho parecen haberse dividido entre los partidarios del razonamiento analógico y del argumento *a contrario*, a partir, en ambos casos, de la previsión en la Ley procesal de la detención de apertura de la correspondencia (27), planteándose así un dilema que no es, en verdad, nuevo por referencia a otras experiencias extranjeras. Así —y a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, el alemán o el

---

(26) Para el concepto de «laguna secundaria» —aquella que sólo se pone de manifiesto a resultas de circunstancias sobrevenidas tras la adopción de la disposición en la que se aprecia—, cfr. JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, p. 73.

(27) En contra del recurso a la integración analógica —y afirmando, por tanto, la falta de cobertura legal para la «escucha» telefónica en nuestro país—, entre otros, JOSÉ A. DE VEGA RUIZ, «La escucha telefónica en España», en *La Ley*, núm. 881, pp. 1-2 (1984); una opinión semejante se recoge —como «estudio doctrinal»— en la *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1984, pp. 326 y ss. A favor de una asimilación al régimen legal de la detención y apertura de la correspondencia de la interceptación de la comunicación telefónica, LUIS M. FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, p. 206 (en nota), así como JAVIER BARCELONA LLOP, en «Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad», en *Revista de Administración Pública*, 112, 1987, p. 97.

norteamericano, en donde las interceptaciones telefónicas están expresamente reguladas—, tampoco en el Derecho francés ha existido hasta hoy una disciplina específica en ese punto y también allí, como aquí, el debate doctrinal y jurisprudencial hubo de centrarse en el alcance a dar a la disposición procesal (art. 81.1 del Código de Procedimiento Penal) que habilitaba al instructor para adoptar «todos los actos de información que considere útiles para la obtención de la verdad», incluyendo la ocupación de la correspondencia del *prévenu*. La conclusión de la controversia, en favor de la tesis sostenedora del empleo del argumento analógico, parece alcanzada desde el *arrêt* de la Corte de Casación de 9 de octubre de 1980 (28).

El problema, sin embargo, no parece pueda solucionarse por la mera resolución de la cuestión acerca de si el artículo 579 de la LECr es susceptible de una interpretación analógica en cuya virtud pudiera afirmarse la legalidad, en nuestro Derecho, de la interceptación telefónica. Si lo que se buscara fuera la posible construcción por el intérprete de una norma que, de modo estricto, habilitase al instructor para adoptar aquella medida, la respuesta no habría de ser difícil, pues ciertamente el razonamiento analógico —frente a lo que a veces se dice— no tiene por qué descartarse, sin más, en la identificación del sistema de límites de los derechos fundamentales (que son, no se olvide, derechos subjetivos sin más peculiaridad que la de su existencia necesaria y cierta en el ordenamiento) y hasta cabe defender que, en un caso como éste, la solución inicialmente afirmativa de la posibilidad de la interceptación a partir de lo dispuesto en el citado artículo 579 de la LECr vendría dada, más que por el recurso a la analogía, por la realización de una interpretación extensiva del precepto. El problema no reside aquí, sin embargo. La integración analógica —o la interpretación extensiva— pueden concluir en la identificación de una nueva norma, no explícita en la Ley, pero ninguno de estos recursos está en condiciones de brindar al aplicador del Derecho lo que parece necesario en un caso como el presente: la determinación de una regulación íntegra que dé respuesta plena a la cuestión de en qué casos y mediante qué procedimientos pueda disponerse la interceptación de una comunicación telefónica. Desde luego, la simple aplicación de las reglas relativas a la detención y apertura de la correspondencia —a las que ya se ha hecho alusión— no satisfaría esta exigencia,

---

(28) PIERRE KAYSER, «L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises», en *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, París, 1981, pp. 172 y ss.

pues la interceptación telefónica, por las peculiaridades técnicas del medio, requiere de previsiones específicas distintas a las que pueden hallarse en las reglas establecidas para la ocupación y examen de la correspondencia postal y telegráfica. No se trata ya de la conveniencia —cuando no de la necesidad— de que la disposición de ley determine respecto de qué delitos, y para la demostración de los mismos y de su autoría, la medida judicial pueda adoptarse. Se trata, como exigencia más destacada, de que la operación misma de interceptación ha de estar jurídicamente reglada, pues no es en modo alguno indiferente el tiempo durante el cual pueda practicarse, los servicios técnicos a emplear en su verificación, el modo de registrar —grabándolas— las conversaciones así desveladas y, en general, todos los demás aspectos de la realización de la medida. Sin la regulación de estos y de otros extremos, la interceptación telefónica, subrepticia de por sí, se hace, sin remedio, imprevisible y oscura para quienes puedan sufrirla sin saber por qué, cómo o hasta cuándo. Si puede, como parece, hablarse de un «derecho al procedimiento» (29), inseparable del derecho subjetivo en lo que a su limitación se refiere, la virtual desaparición aquí de esta garantía resulta patente y clara también la urgencia en colmar, a través de la ley, un vacío de regulación tan en contraste con algunos de los principios —seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad— enunciados en el artículo 9.3 de la Constitución.

### 3. *La resolución judicial*

Atribuyendo sólo a la autoridad judicial el poder de disponer el levantamiento del secreto de las comunicaciones, se alinea el Derecho español junto a los ordenamientos que nos son más próximos y en los que, de principio, con la notable excepción del Derecho británico (30), la medida que se con-

(29) La exigencia para el legislador en orden a disponer las normas organizativas y procedimentales que aseguren los «derechos de la personalidad» frente al riesgo de su violación ha sido explícitamente enunciada en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 15 de diciembre de 1983. La Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 4 de abril de 1973 —a la que también se ha hecho referencia en el texto— dedicó, de otro lado, buena parte de su fundamentación a señalar cuáles debían considerarse como básicas garantías procedimentales en la realización de la interceptación de una comunicación telefónica.

(30) Sobre el régimen del Derecho británico en este punto —y acerca de sus muy manifiestas carencias— es de interés la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984 (caso *Malone*).

sidera escapa a las potestades administrativas. En nuestro ordenamiento, por tanto, la intervención singular en el derecho que se considera ha de responder siempre —sin más quiebra que la prevista en el artículo 55.1 de la Constitución— a una decisión judicial y a una decisión, además, «típica», esto es, prevista específicamente en la ley en cuanto a sus condiciones de adopción y en cuanto a su contenido.

No otra, como se recordó, fue siempre la solución en nuestro Derecho constitucional histórico, si bien en aquellos textos constitucionales (de 1869, 1876 y 1931) las normas protectoras de la «inviolabilidad de la correspondencia» reclamaron, como condición para su afectación, el que la resolución del juez fuese *motivada*, exigencia esta ausente hoy en el artículo 18.3. No se ha tratado, ciertamente, de un olvido de los constituyentes. En el curso de la elaboración y discusión de la Constitución no faltaron enmiendas tendentes a introducir en el texto esta específica cautela (31), y ya en el debate en la Comisión del Congreso el asunto fue objeto de controversia, justificando el grupo que entonces sostenía al Gobierno su rechazo de aquellas propuestas en la consideración de que, de exigirse la motivación en el acto del juez, sin excepciones, se contrariarían las exigencias propias de los posibles casos de «urgencia» y se obligaría al juzgador, de otra parte, a dar lugar a una audiencia contradictoria de las partes previa a la adopción de una resolución que habría de ser entonces —otro de los argumentos ofrecidos— susceptible siempre de recurso (32). Cualquiera que sea el juicio que merezcan los planteamientos que así terminaron por prevalecer, la primera cuestión a plantear es, ahora, la de si el silencio de la disposición constitucional en este punto supone la tolerancia de decisiones judiciales afectantes al derecho no motivadas.

Para nuestro vigente Derecho procesal, civil y penal, la cuestión no es dudosa. Tanto la retención de la correspondencia del concursado y del quebrado (arts. 1173.1 y 1338, respectivamente, de la LEC) como la detención y apertura de la del procesado (art. 583 de la LECr) habrán de disponerse mediante auto, y éste consiste siempre, como se sabe, en una resolución motivada (arts. 371 de la LEC y 141 de la LECr). Y ha de resaltarse, en relación con esto, la preocupación expresada en las primeras normas que desarro-

(31) Enmiendas al anteproyecto de Constitución números 116 (Minoría Catalana), 339 (Grupo Socialista), 470 (Grupo Mixto) y 695 (Grupo Comunista), presentadas todas ellas ante la Comisión del Congreso de los Diputados.

(32) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 70 de 1978, pp. 2520 y ss.

llaron el modo de adoptarse estas resoluciones, requiriendo siempre del juez una consideración reflexiva de su necesidad, atendidas las circunstancias del caso (33).

¿Posee esta exigencia legal de motivación —pese al silencio del artículo 18.3— una base constitucional? Con carácter general, la respuesta ha de ser afirmativa. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es inequívoca en cuanto a la necesidad de que «toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado» (Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico 2.º; ponente, magistrado GÓMEZ FERRER MORANT). Sólo de este modo, en efecto, razonando la necesidad de intervenir el derecho tras del examen de las circunstancias del caso, podrá decirse, con seguridad, que la mediación judicial adquiere su pleno sentido garantizador, atendiéndose debidamente por el juzgador los criterios, centrales aquí, de proporcionalidad y de adecuación al fin perseguido (Sentencia 62/1982, cit., fundamento jurídico 5.º) en la adopción de la decisión y en la determinación específica de su alcance. En términos generales, pues, la resolución a adoptar *ex* artículo 18.3 ha de ser motivada.

No habrá de carecer de todo efecto, sin embargo, el que la Constitución no haya recogido esta exigencia, así reconocida en la doctrina constitucional y vigente, en todo caso, en las disposiciones procesales ordinarias. La resolución motivada es, con carácter general, condición para la válida constrictión de un derecho fundamental, pero no cabe descartar en términos absolutos el que, para el derecho que aquí se considera, pueda el legislador prever que, en supuestos de urgencia, la resolución judicial —indispensable siempre— sea válida aun cuando no tome la forma de auto motivado, pudiendo consistir la misma, en tales casos, en una autorización verbal a la policía

---

(33) Real Orden de 16 de septiembre de 1892 sobre «Exhibición y entrega de telegramas», en la que el deber para las Administraciones de Telégrafos de facilitar o exhibir copias u originales, según los casos, de telegramas transmitidos se hace depender de que así se les requiriera de conformidad con los artículos 579 de la LECr «y con las solemnidades en los mismos consignadas» (art. 1) o «siempre que se solicite por escrito y auto motivado con arreglo a la citada Ley» (art. 2). Véase, también, el muy elocuente título de la Real Orden de 13 de marzo de 1895: «Disponiendo que los resultados y considerandos donde se han de exponer los motivos que determinan y abonan los autos de procesamiento, prisión, registro de morada, detención de la correspondencia y otros análogos consten siempre en las actuaciones con letra manuscrita, no tolerándose fórmulas estampadas que sustituyan el razonamiento peculiar e inexcusable en cada caso.»

judicial para practicar, en circunstancias que no permitan demora alguna, una determinada interceptación y procediéndose después a revestir tal acto de la forma debida. Este tipo de autorización verbal (previsto en algún otro ordenamiento: art. 226 *ter*, *in fine*, del Código italiano de Procedimiento Penal) no habría de configurarse, sin embargo, como una opción libre para el juez frente a la exigencia de resolución motivada, debiéndose requerir aquí una explícita previsión legal para aquellos supuestos de urgencia. De este modo, por lo demás, abriría la misma Constitución una vía para hacer frente a circunstancias excepcionales y sin necesidad, por ello, de reconocer espacios libres para la actuación policial espontánea, lo que en el Derecho alemán se ha procurado también evitar (al margen ahora lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn), habilitando al fiscal, en sustitución del juez, para adoptar, en supuestos de urgencia, la decisión en orden a la interceptación de una comunicación (art. 2 de la Ley de 13 de agosto de 1968). Esta hipotética previsión legislativa de una autorización judicial no motivada en casos de urgencia se ofrece, de este modo, como solución más acorde con la Constitución que la que está hoy vigente en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, para los supuestos contemplados en el artículo 55.2 de la norma fundamental. En dicha disposición —sobre la que se volverá— se prevé, para casos de urgencia, la adopción inmediata de la medida de interceptación por la autoridad gubernativa, con posterior comunicación a la judicial. Cabe reseñar, por último, que en la STC 13/1985, de 31 de enero (ponente, magistrado TOMÁS Y VALIENTE), en la que se asumen y reiteran las consideraciones hechas en la citada Sentencia 62/1982, se alude —*obiter dictum*— a cómo la urgencia en la adopción de una resolución judicial pudiera, en algún caso, justificar su carencia de motivación (fundamento jurídico 2.º).

La segunda consideración que merece la resolución judicial a la que remite el artículo 18.3 atiende al tiempo de su comunicación al afectado. No es necesario subrayar, como observación preliminar, que los actos del poder público que afecten a derechos subjetivos de los ciudadanos habrán de comunicarse a éstos, deparándoseles, de lo contrario, indefensión. Sin embargo, para el caso de la resolución judicial cuyo contenido consista en el levantamiento del secreto de las comunicaciones, el sentido mismo de la medida puede requerir el que tal notificación al afectado no sea inmediata, so pena de frustrar su finalidad propia, como ocurre en todos los casos en los que la interceptación de la comunicación se acuerda en el curso de un proceso y para recabar datos que puedan valer en el mismo como instru-

mentos de prueba. En estos supuestos, la interceptación, si ha de ser útil, no podrá comunicarse a quien la sufra sino una vez realizada, y así ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 584 de la LECr en orden a la citación del interesado para que ante él se proceda a la apertura y registro de su correspondencia. Existen, sin embargo, otro tipo de interceptaciones cuyo sentido no es el de recabar pruebas y que, por tanto, no mermándose la eficacia de la medida si ésta se comunica al afectado; habrán de ser debidamente notificadas. La cuestión de esta posible notificación remite, pues, a la más general de cuáles sean los supuestos en los que pueda procederse, de conformidad con la Constitución, a la intervención en el ámbito de libertad por ella garantizado.

Enlazando de modo algo simplista la previsión constitucional de la interceptación de las comunicaciones y la finalidad de prevención y represión de los delitos, ha podido afirmarse que el juez a cuya resolución remite el artículo 18.3 es sólo el penal (34). Expuesta en tales términos absolutos, la tesis es errónea, como lo son también —y el Tribunal Constitucional se ha encargado de constatarlo (35)— las que pretenden descartar toda afectación a los derechos reconocidos en los artículos 17.1 y 18.2 de la Constitución que no provenga de un órgano de aquella jurisdicción. Existen bienes jurídicos (derechos e intereses de terceros) que pueden llevar a la norma de ley que los tutele a prever medidas de intervención sobre las comunicaciones para evitar que, a su través, se cometan ilícitos o se defrauden aquellos derechos e intereses. Este es, de modo específico, el sentido que tiene en nuestro ordenamiento la previsión legal de la retención de la correspondencia del concursado y del quebrado, medida que, sea cual sea su eficacia actual, tiene una finalidad cautelar y aseguradora del patrimonio que ha de responder de los créditos y que, como es claro, ha de ser dispuesta por el juez civil. La previsión de este tipo de interceptaciones —al margen, obviamente, de los problemas que pueda suscitar su procedimiento de realización— es consti-

---

(34) SILVIO BASILE: «La restricción del derecho sólo es posible por exigencias de justicia penal». «Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en la *Constitución Española de 1978*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. PREDIERI (eds.), 1.ª ed., Madrid, 1980, p. 293.

(35) Por lo que al derecho de libertad personal *ex* artículo 17.1 se refiere, véase Sentencia 178/1985, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 3.º (ponente, magistrado AROZAMENA SIERRA). En cuanto al mandamiento por juez civil de entrada en un domicilio, Sentencia 22/1984, citada en la nota 17, fundamento jurídico 3.º; también Auto de 24 de abril de 1985, fundamento jurídico 3.º

tucionalmente irreprochable, en principio, aunque sí se impone una advertencia de importancia: al no tener la intervención en el derecho fines de investigación, sino cautelares, la medida ha de ser comunicada, desde su adopción, al afectado, quien, en su caso, podrá reaccionar frente a ella por medio de los recursos existentes.

La interceptación con fines probatorios es, con mucho, la que más dificultades suscita y la que más pone en riesgo el principio constitucional de seguridad jurídica y el derecho a la defensa de los propios derechos e intereses. Esta interceptación, según se dijo, no puede ser comunicada desde la adopción de la resolución que la disponga, aunque sí habrá de serlo al término de la intervención en el derecho, pues de esta notificación postrera depende la posibilidad misma para el afectado de alzarse, mediante los recursos oportunos, frente a las irregularidades en que se haya podido incurrir (36). La medida judicial tiende en estos casos a la determinación de

(36) El artículo 18.1 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, «contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución», dispone que «las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidos (*sic*) en los artículos precedentes serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones». En la República Federal de Alemania, la polémica sobre la interceptación, con fines de investigación penal, de las comunicaciones ha girado en buena medida sobre este punto decisivo de la notificación al afectado de la interceptación acordada y de la garantía jurisdiccional frente a los posibles vicios de la misma. La reforma constitucional de 24 de junio de 1968 dio al número 2 del artículo 10 de la Ley Fundamental una nueva redacción, en cuya virtud, «si la restricción (del secreto de las comunicaciones) obedece al propósito de proteger el orden básico, liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o un Land, podrá la ley disponer que no se comunique la misma al afectado y que el control sea asumido por órganos y auxiliares de la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial». Con apoyo en esta previsión constitucional se adoptó la Ley de 13 de agosto de 1968, sobre limitación del secreto de la correspondencia, postal y telegráfica, disponiéndose en la misma que, para los supuestos específicos así introducidos en el artículo 10.2 de la *Grundgesetz*, la interceptación podría no ser objeto de comunicación al afectado, quedando el control de la misma a cargo de una determinada comisión parlamentaria. Es patente la grave quiebra que entraña esta previsión en el orden legal del Estado de Derecho, como no ha dejado de hacer notar la doctrina alemana (por todos, DÜRIG, *ob. cit.*, p. 26: «Un procedimiento secreto, como es el previsto en el inciso segundo del artículo 10.2 de la GG —esto es, un procedimiento en el que no puede participar el afectado— no proporciona defensa jurídica alguna»). Tanto la Ley de revisión constitucional de 24 de junio de 1968 como la Ley de 13 de agosto del mismo año fueron objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional federal, recurso resuelto por Sentencia de 15 de diciembre de 1970, en la que se declaró la con-

hechos que resulten relevantes para el procedimiento y, con este sentido probatorio, no podrá adoptarse sino en el ámbito penal. La intensidad aflictiva de esta intervención en el derecho fundamental no guarda proporción con los intereses que se hacen valer en el proceso civil, informado por el principio dispositivo. La búsqueda de la verdad allanando, incluso, la libertad se justifica sólo en mérito a los intereses de carácter público que se hacen presentes en el procedimiento penal, y aun en éste no parece que la interceptación pueda disponerse sin específica motivación en orden a la imposibilidad de recabar las pruebas necesarias de otro modo menos restrictivo de los derechos fundamentales (37).

La interceptación con fines probatorios depende, pues, de un acto motivado del juez penal —del instructor, normalmente— y tiene como finalidad única la obtención de datos que puedan cooperar al esclarecimiento de la verdad de los hechos y de las responsabilidades a depurar en el procedimiento. Se trata de una medida *post delictum*, dictada una vez que haya llegado hasta el juez la *notitia criminis* y también, normalmente, tras de que haya recaído auto de incoación del sumario. No son posibles, por tanto, sobre la base del artículo 18.3 de la Constitución, interceptaciones meramente «preventivas» o «exploratorias» desligadas de la realización de un hecho delictivo y tendentes sólo —convirtiendo a cualquiera en sospechoso— a determinar la realización de hipotéticas conductas criminales. La norma de ley que tal previese —sobre afectar, casi sin duda, al principio de seguridad jurídica— incurriría en una restricción del derecho que no podría dejar de

---

formidad con la Constitución de la Ley que la revisó parcialmente y de las disposiciones impugnadas de la Ley de 13 de agosto de 1968, a salvo lo prevenido en el artículo 5 de esta última, pues el Tribunal consideró contrario a la Constitución el que la Ley no hiciera depender la no comunicación al afectado de la interceptación practicada del riesgo que de lo contrario se seguiría para el fin de la investigación policial en curso (al respecto, PAPPERMANN, *ob. cit.*, p. 450). Por lo demás, de la legitimidad de las medidas adoptadas al amparo de esta normativa con arreglo a la Convención Europea llegó a conocer el Tribunal de Estrasburgo (Sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass*), desestimándose la demanda planteada ante este órgano y aceptándose, en particular, la conformidad con la Convención de la previsión, excepcional, de interceptaciones no comunicadas a quien las sufra (cfr. párrafo 58 de la Sentencia: «Una notificación ulterior a cada individuo afectado por una medida posteriormente levantada podría comprometer el fin a largo plazo que motiva el origen de la vigilancia»).

(37) Así se exige en el párrafo primero del artículo 226 *tercero* del Código italiano de Procedimiento Penal y así se declaró, también, por el Tribunal Constitucional federal alemán en la ya citada Sentencia de 15 de diciembre de 1970.

llamarse desproporcionada, pues el interés en la prevención del delito no puede justificar la inmisión en la libertad, forzosamente indiscriminada, a que se daría lugar con este tipo de interceptaciones.

Del mayor interés es también la delimitación de los sujetos que, con las condiciones anteriores, pueden quedar sujetos a una resolución judicial que levante, con fines probatorios, el secreto de sus comunicaciones. La LECr se refiere sólo al procesado (art. 579) y a esta norma se ha de estar, pues, a la hora de disponer la medida que se considera. Al margen de esta disposición de la Ley procesal, y partiendo de la sola Constitución, existen, por lo demás, argumentos bastantes como para afirmar que la interceptación dictada en el curso del proceso penal no podrá afectar sino a quienes sean parte en el mismo, como imputados o procesados. Así parece ha de concluirse si se considera que para aquel que ni tan siquiera ostenta la condición de imputado (quien no fue detenido como sospechoso de la comisión del ilícito o quien, en otro caso, no ha sido citado cautelarmente con arreglo a lo prevenido en el artículo 486 de la LECr) la resolución que disponga la interceptación resultará siempre desproporcionada, productora de inseguridad y, en definitiva, de muy difícil motivación en Derecho. Se rompe, en efecto, todo equilibrio entre el valor jurídico del bien afectado (la libertad *ex* art. 18.3) y el interés a cuyo servicio su limitación está cuando ésta se hace recaer sobre quien, no apareciendo imputado, ni tan siquiera merece para el juez la condición de sospechoso de haber delinquido, siendo igualmente claro que la seguridad jurídica de todos se resiente cuando el posible levantamiento del secreto no se liga a una previa situación de sujeción en el procedimiento. No es difícil, por lo demás, reconocer cómo se relativizaría la vinculación que para la decisión judicial es su motivación cuando en ésta se habría de dar razón —en la hipótesis que aquí se descarta— no ya de indicio de criminalidad alguno, sino, en términos de casi total indefinición, de la mera sospecha de que alguien pudiera resultar, acaso, imputable. El sacrificio del derecho sólo tiene sentido respecto de quien sea, al menos, imputado, único sujeto respecto del cual la interceptación puede valer para «equilibrar» los efectos del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que la Constitución (art. 24.2) reconoce. Las demás aportaciones al proceso para alcanzar la verdad habrán de traerse a la causa por los cauces probatorios ordinarios (38).

---

(38) No argumenta en contra de lo expuesto la advertencia de que, en el ámbito procesal penal, la resolución judicial que disponga la entrada y registro en un domi-

Contenido debido del auto judicial que disponga la interceptación —cuando ésta no se agote en la aprehensión de una comunicación singular— habrá de ser, por lo demás, la determinación de su duración, pues, aunque nada disponga al respecto la legislación procesal común (sí, como se dirá, la dictada sobre la base del art. 55.2 de la Constitución), tal delimitación temporal es la única que hace posible que la intervención en el ámbito de la libertad sea la estrictamente necesaria para alcanzar el fin con ella perseguido. El señalamiento de un término para la práctica de las interceptaciones permitirá, así, la reconsideración periódica por el juez de su necesidad, acordándose, en su caso, las prórrogas pertinentes.

La vinculación positiva, en fin, que entraña para el juez la previsión en norma de ley de la posibilidad de acordar el levantamiento del secreto de las comunicaciones se relativizaría claramente si la ley misma no estableciera —como se hace hoy en los ordenamientos que cuentan con una regulación en esta materia (39)— en qué casos —esto es, para la persecución de qué delitos— aquella decisión pudiera adoptarse. Semejante determinación no existe, por señalar una carencia más, en nuestra Ley procesal penal, y ello redundante, en definitiva, en una notable ampliación de los márgenes del arbitrio judicial en un ámbito como éste que interesa, de modo radical, a la existencia

cilio pueda afectar a quienes no aparezcan como imputados o procesados (art. 550 de la LECr). Sin perjuicio de que, en este caso, la medida de restricción de la libertad constitucionalmente garantizada es inmediatamente conocida por el afectado, resulta aquí determinante la distinta entidad de los derechos enunciados, respectivamente, en los números 2 y 3 del artículo 18. El objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio (la libre disposición sobre el acceso a un cierto espacio) no es coextenso con el elemento material de dicho objeto (el espacio mismo), de tal forma que la garantía constitucional no se proyecta, como es claro, sobre todo lo que se produzca o se halle en un cierto recinto, pudiéndose, así, justificar la medida de entrada en el mismo en atención a tales situaciones y objetos y pese a que el titular del domicilio sea personalmente ajeno al procedimiento en curso. No ocurre así en la situación garantizada en el artículo 18.3 de la Constitución, respecto de la cual el objeto del derecho (libertad y secreto de la comunicación) y su elemento material (el proceso mismo de comunicación) resultan inseparables, no teniendo otra *ratio* la medida judicial que la de incidir, de modo exclusivo, en el ámbito de libertad constitucionalmente garantizado. La barrera del secreto, pues, no se alza con fines instrumentales, como la de inviolabilidad del domicilio, y requiere, por lo mismo, de una específica justificación, justificación que no puede venir dada sino por la condición de parte en el procedimiento de la persona así específicamente afectada.

(39) Artículo 226 bis del Código italiano de Procedimiento Penal; artículo 2 de la Ley alemana de 13 de agosto de 1968. Título III de la *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* (1968) norteamericana.

del derecho fundamental. La indispensable legislación que haya de colmar las lagunas que se vienen advirtiendo debiera también atender a este extremo, señalando cuáles son los delitos para cuya investigación judicial pudiera procederse a la interceptación de una comunicación.

#### 4. *Otras garantías*

La intervención de una comunicación es medida que, motivada en atención a las singulares circunstancias de un sujeto, lleva, de modo inevitable, a afectar el derecho fundamental para todo el círculo de personas que con aquél se relacionan. Este efecto inicialmente indeterminado de la intervención en el derecho y la falta de publicidad con la que, de ordinario, la interceptación habrá de practicarse configuran un muy peculiar modo de negación de la libertad, potencialmente lesivo de situaciones jurídicas diversas tanto en cuanto a su contenido objetivo como en lo que a sus titulares se refiere. La trascendencia de la resolución judicial que pueda adoptarse sobre la base de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución requiere, pues, no sólo que la decisión misma se motive de modo suficiente a partir de sus presupuestos legales y que en ella se contengan las determinaciones necesarias en cuanto a la duración y al alcance de la intervención. Es también obligado, y ello constituye una garantía primordial del derecho, que la ejecución de una resolución de este tipo se lleve a cabo de acuerdo con procedimientos predeterminados por el legislador y a través de los cuales pueda asegurarse, con rigor, que la afectación del derecho será estrictamente la necesaria para la consecución del fin que la justifica.

Sólo en una medida muy limitada puede hoy decirse que nuestro Derecho cubre estas exigencias. Para el ámbito procesal penal, la LECr sigue omitiendo, conforme se señaló, toda referencia a la intervención de las comunicaciones telefónicas, carencia ésta que ha de producir un muy justificado desasosiego. Según también se indicó, la intervención de una comunicación telefónica requiere de regulación específica, distinta de la que todavía hoy sirve regularmente para la interceptación de la correspondencia epistolar. Debe preverse, en efecto, desde cuáles sean las instalaciones a partir de las que practicar la intervención hasta cómo proceder a la selección y guarda judicial del material relevante, pasando por la exigencia de grabación de la conversación interceptada o, por no citar sino otro aspecto decisivo, por la puesta de manifiesto al afectado y a su defensor de lo aprehendido, dando

así una ocasión para la reacción frente a los abusos en los que, eventualmente, haya podido incurrirse. A la espera, pues, de esta legislación por venir, el balance actual no puede ser precisamente tranquilizador en cuanto a este aspecto de las garantías del derecho.

Sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que se haya podido incurrir (arts. 192 y 192 bis del Código Penal), la interceptación decidida o realizada contra Derecho podrá ser declarada nula y carente de todo efecto cuando así lo reclame quien la haya sufrido empleando para ello los recursos establecidos en la ley contra la resolución (auto) que la dispuso o cuando, en otro caso, resuelva hacerlo de oficio el juez o Tribunal competente, siempre que no proceda la subsanación de los vicios apreciados (números 1 y 2, respectivamente, del art. 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). En su caso, la resolución que así declare la nulidad de actuaciones podrá dar lugar a la reclamación de la correspondiente indemnización a cargo del Estado fundada en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 292 de la Ley Orgánica 6/1985).

La interceptación practicada como mera vía de hecho y también aquella que, aun judicialmente acordada, sea más tarde declarada nula carecerá, pues, de todo efecto, no pudiéndose, en particular, reconocer valor probatorio alguno a los datos que a su través hayan podido obtenerse. Así lo dispone hoy el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.» Esta regla legislativa posee en nuestro Derecho origen jurisprudencial, siendo la STC 114/1984, repetidamente citada, la primera resolución judicial que la enunció explícitamente, haciendo derivar este principio de exclusión «de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)» (fundamento jurídico 4.º). Para el Tribunal, «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las 'garantías' propias al proceso (artículo 24.2 CE), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad de las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro» (fundamento jurídico 5.º; al Auto 899/1985 reitera, en su fundamento jurídico 4.º, esta doctrina).

Es bien conocido cómo esta «regla de exclusión», vigente también hoy

en los ordenamientos francés e italiano (40), ha adquirido su máximo desarrollo doctrinal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que se ha venido haciendo derivar aquélla del contenido de la cuarta enmienda a la Constitución a través de una diversidad de resoluciones que ponderan (*balancing approach*) las exigencias aquí en tensión, consistentes, de una parte, en la consecución de la verdad procesal y, de otra, en la necesidad de disuadir a los agentes policiales de la obtención ilegítima de instrumentos probatorios (por todas, entre las últimas resoluciones, *Nix v. Williams*, 11 de junio de 1984). Esta última finalidad de la exclusión procesal de la prueba obtenida en contravención a la cuarta enmienda lleva a la Corte a limitar los efectos de la regla que se considera, de tal forma que la prueba, por no poner sino un ejemplo, será admisible cuando la misma se ha logrado por la policía sobre la base de un mandato judicial posteriormente invalidado (últimamente, *U. S. v. Leon*, 5 de julio de 1984). De principio, una conclusión semejante no sería aceptable para nuestro Derecho, en el que la norma recogida en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985 niega todo efecto a la prueba obtenida, «directa o indirectamente», con violación de derechos fundamentales, supuesto en el que ha de incluirse también la hipótesis en la que el vicio de la interceptación se halla ya en la resolución que la dispuso.

No se produce el supuesto al que se refiere el citado artículo 11.1 cuando, en el curso de una interceptación regular de las comunicaciones de determinada persona, se adquiere el conocimiento de datos que puedan resultar inculpatórios para otra que con ella se relacione. En tal caso, el material probatorio así aprehendido podría ser hecho valer procesalmente, y ello pese a que se trata de una hipótesis en la que el afectado no fue aquel frente a quien la intervención se acordó por la autoridad judicial. Con todo, si —como parece conveniente y ya se ha sugerido— la ley procesal establece una relación tasada de delitos para cuya persecución pueda emplearse la interceptación de las comunicaciones, la prueba de este modo lograda contra tercero no debiera ser admisible sino en el caso de que el comportamiento presuntamente ilícito que evidencie se corresponda con la conducta típica de alguno de los delitos así designados por la ley (41).

---

(40) Artículo 226 *quinquies* del Código italiano de Procedimiento Penal. Para el Derecho francés, cfr. PIERRE KAYSER, *La protection*, ob. cit., p. 67.

(41) Sobre este problema específico, cfr. VITTORIO GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Varese, 1979, pp. 63 y ss.

## III. EL REGIMEN EXCEPCIONAL DEL DERECHO

Hasta aquí, algunas consideraciones sobre el régimen general y ordinario del derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución. La vida de esta libertad, sin embargo, puede también pasar por circunstancias excepcionales y sobre ellas es necesario apuntar algunas observaciones, centradas en el artículo 55 de la Constitución, bajo la rúbrica (Capítulo quinto del Título I) «De la suspensión de los derechos y libertades». Como se indicará, sin embargo, de «suspensión» del derecho sólo puede hablarse con propiedad por referencia al supuesto contemplado en el apartado primero del artículo 55.

1. *La suspensión de la garantía*

Poco ha de decirse ahora a propósito de la hipótesis contemplada en el artículo 55.1 (42). La norma constitucional prevé aquí un supuesto de «suspensión del derecho» que significa, en rigor, suspensión de su contenido típico, según éste ha sido determinado en las páginas que anteceden. Por tanto, la autorización parlamentaria para la declaración del estado de excepción —o la declaración, por el Congreso mismo, del estado de sitio— podrán conllevar el levantamiento del obstáculo que es la previa resolución judicial para la intromisión en el objeto protegido en el artículo 18.3, pudiéndose ya practicar por la autoridad gubernativa las interceptaciones cuya decisión, en el régimen ordinario, queda reservado en exclusiva a la judicial (art. 18.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio). Que esta suspensión vierta sobre la garantía que forma parte del contenido del derecho fundamental significa, pues, que, para todos, dicho contenido queda temporalmente eliminado en el ámbito territorial afectado por la declaración [arts. 13.2, c), y 32.2 de la Ley Orgánica 4/1981], pero no, como es claro, que el objeto del derecho sea, para todos también, singularmente intervenido por la acción gubernativa. La suspensión del derecho es distinta de la afectación de la libertad, siendo sólo la primera el resultado inmediato de la declaración de una de estas situaciones excepcionales cuya previsión constitucional no supone, en definitiva, sino una mutación especí-

---

(42) En general, PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

fica en la garantía de la libertad, garantía que deja de consistir en una resolución judicial individualizada para configurarse como acto parlamentario (de autorización o de declaración) de contenido general. Realizada esta garantía política —declarado el estado de excepción o el de sitio—, el derecho fundamental, dentro de las condiciones de la declaración misma, cesa *pro tempore* de existir, no pudiendo oponer su titular resistencia jurídica frente al sacrificio del secreto o de la libertad de sus comunicaciones que se disponga por la autoridad gubernativa de conformidad con la Constitución, la Ley Orgánica y el contenido de la declaración de la situación de que se trate. Ello es perfectamente compatible, como es obvio, con la defensa ante los jueces y tribunales del propio derecho cuando éste haya sido irregularmente afectado al desconocerse por la autoridad gubernativa aquellas condiciones normativas y parlamentarias y, muy particularmente, cuando la interceptación se realice, sin autorización judicial, con finalidades distintas a las que justificaron la declaración de una de estas situaciones excepcionales (en especial, arts. 1.2, 1.4, 3.1, 3.2 y 18.1 *in fine* de la Ley Orgánica 4/1981) (43).

La intervención excepcional en las comunicaciones que puede así practicarse cuando se haya suspendido la garantía del derecho declarado en el artículo 18.3 será sólo la que resulte necesaria para el «esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público» (art. 18.1 de la Ley Orgánica cit.). Se contemplan, así, tanto interceptaciones *ante* como *post delictum*, si bien en ambos casos, reiterando lo dicho, sólo en atención al «restablecimiento de la normalidad» (art. 1.2 de la Ley Orgánica cit.), cuya alteración justificó la declaración. Nada dice la norma sobre el modo de practicar las operaciones de interceptación, debiendo aquí considerarse aplicables las reglas comunes, cuyo efectivo respeto, junto con la pertinencia misma de la interceptación, habrá de ser examinado por el juez competente cuando ésta le sea comunicada («inmediatamente», según el número 2 del citado artículo 18). No parece pueda entenderse esta comunicación a la autoridad judicial en términos de una exigencia de ratifi-

---

(43) Por lo que se indica en el texto, parece errónea —o sólo parcialmente correcta— la interpretación de la situación de los derechos fundamentales suspendidos, que se limita a concluir en que la suspensión misma «no implica de forma automática la desaparición de tales derechos y libertades; más bien, lo que ocurre, por regla general, es que se eliminan las defensas y garantías que rodean tales derechos (...)» (el texto entre comillas corresponde a TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, p. 471).

cación expresa de la medida adoptada, pero no hay duda de que el juez podrá, cuando lo considere necesario, ordenar el cese inmediato de la intervención en el derecho, sin perjuicio de lo que proceda en orden a la depuración de las responsabilidades penales en las que pudiera haberse incurrido al disponer aquélla.

## 2. *La llamada «suspensión individual» del derecho*

Parece ocioso insistir ahora en un recordatorio de los debates de política constitucional y legislativa que han acompañado, desde la discusión constituyente misma, a las normas recogidas en el artículo 55.2 de la Constitución. En este momento importa sólo interpretar esta singular disposición, entender su alcance sobre el derecho que se viene considerando y apreciar de qué modo las normas que incorpora han sido actualizadas, en este punto específico, por el legislador.

Aunque otra cosa pudiera desprenderse de la sola lectura del enunciado de este Capítulo quinto del Título I, la palabra «suspensión» significa jurídicamente cosas bien diversas en uno y otro de los dos apartados del artículo único que lo integra. El número 2 afirma, ciertamente, que determinados derechos fundamentales, según la forma y en los casos que determine una ley orgánica, podrán ser suspendidos, pero una tal medida habrá de adoptarse «de forma individual y con la necesaria intervención judicial», de modo que la suspensión será sólo «para personas determinadas» y «en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». Suspensión, pues, diferente de la prevista en el número 1 del mismo artículo, en donde la medida excepcional lo es con carácter general, no afectando, por ello, la suspensión a «personas determinadas», sino a todos —en el ámbito territorial de que se trate—, y no constituyendo ya la incidencia singular en la libertad de alguien acto alguno de suspensión del derecho, sino de afectación de la libertad que es su objeto.

El problema de interpretación del artículo 55.2 no surge, con todo, del mero contraste entre esta disposición y la que le precede en el mismo artículo. Junto a la necesidad de determinar la relación en que una y otra hipótesis normativa se hallen está la exigencia de entender ambas entre sí y por referencia a la regulación general, en situaciones de «normalidad», respecto del derecho de que en cada caso se trate. Y por lo que se refiere al secreto de las comunicaciones —aunque el planteamiento no es muy diverso,

salvadas las distancias, para las demás situaciones susceptibles de «suspensión»— la cuestión de interpretación se plantea, dicho rápidamente, en los términos que siguen. Si la medida enunciada en el artículo 55.2 entraña, como es obligado reconocer, un régimen singular de intervención en el derecho fundamental respecto del previsto con carácter general, y si esta intervención «normal» requiere de previa resolución judicial, habría de concluirse en que la excepcionalidad introducida en el precepto que se considera residiría, justamente, en el levantamiento, para la práctica de las interceptaciones en materia «antiterrorista», de la exigencia de aquella mediación judicial, pudiendo la autoridad gubernativa, al menos en algún supuesto, proceder por sí a la intervención en la libertad en cuestión. Ahora bien, esta posible conclusión —que así daría sentido al artículo 53.2 por contraste con el artículo 18.3— encuentra, apenas formulada, dos obstáculos no desdeñables. Es el primero de ellos que, permitiendo que sea la autoridad gubernativa la que disponga inmediatamente la inmisión en la libertad, no puede ocultarse la tensión de este modo introducida en el seno mismo del precepto constitucional, en el que no sólo se requiere una «necesaria intervención judicial», sino que se describe la incidencia en la libertad en unos términos (suspensión «de forma individual» y «para personas determinadas») que parecen incompatibles con la admisión —a la que llevaría la interpretación apuntada— de una inmediata apertura *ex lege* de la libertad para la acción policial. De otra parte, reconociendo tal suspensión de la garantía dispuesta en el artículo 18.3 por obra de la sola Ley Orgánica, se llegaría a una práctica asimilación entre uno y otro de los supuestos contemplados en el artículo 55 de la norma fundamental, pues ya entonces la suspensión acordada en virtud del número 2 de este precepto se configuraría a imagen de la prevista en el apartado 1.º: lo que de acuerdo con esta norma puede hacer el Congreso de los Diputados —autorizando la declaración o declarando directamente una situación excepcional— sería la tarea que le correspondería a la Ley Orgánica *ex* artículo 55.2, por obra de la cual, aunque de manera estable, también la garantía de los derechos quedaría alzada, habilitándose así a la autoridad gubernativa para la constricción espontánea y directa de la libertad.

Se sitúa así el intérprete del artículo 55.2, en apariencia, en la no muy envidiable posición de quien puede elegir entre dos vías para llegar, en todo caso, al absurdo. Siguiendo una primera opción, en efecto, el precepto constitucional no innovaría la regulación presente en la misma norma fundamental acerca de cada uno de los derechos que resultan, sin embargo, suspendidos cuando se cumple la hipótesis que la disposición contempla. De

acuerdo con la otra vía apuntada, el artículo 55.2 sí cobra un sentido propio como régimen excepcional del derecho, pero a costa de confundirse —contrariando enunciados textuales de las normas que encierra— con el supuesto previsto en el número 1 del mismo artículo. Es bien conocido que este poco estimulante dilema ha sido, desde el principio, zanjado por el legislador como era de esperar, esto es, introduciendo en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 55.2 una específica previsión en orden al levantamiento del secreto de las comunicaciones por obra de la sola autoridad gubernativa. Así, asumiendo con alguna modificación una trayectoria ya larga en la legislación de los últimos años, el artículo 17 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre («Contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución»), prevé, en su número 1, la «observación postal, telegráfica o telefónica por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos», acordada en resolución judicial motivada e introduce en su número 2 un supuesto (para «caso de urgencia») en el que la intervención será directamente decidida por el ministro del Interior o, en su defecto, por el director de la Seguridad del Estado, debiendo comunicarse inmediatamente y por escrito esta decisión al juez competente. Esta última previsión viene, pues, a consagrar, siquiera parcialmente (44), la vía interpretativa más lineal que, identificando el sentido de lo dispuesto en el artículo 55.2 por contraste con lo prevenido —por lo que aquí importa— en el artículo 18.3, concluye en que el régimen excepcional establecido en el primero de estos preceptos no tiene otro alcance que el de permitir la intervención en la libertad garantizada sin la previa resolución judicial requerida por la norma constitutiva del derecho. Y la situación que de ello resulta ha de ser llamada por su nombre: en virtud de la Ley Orgánica 9/1984 aquel derecho se halla, con alcance general y de modo indefinido, suspendido en su contenido y siempre que se invoquen razones de urgencia para realizar directamente por la autoridad policial una interceptación de las comunicaciones que se considera necesaria en el curso de las investigaciones sobre las actividades a las que la Ley se refiere. Dificilmente podrá llamarse a esto una suspensión «individualizada» del derecho, si se tiene en cuenta que el levantamiento de la garantía está ya en la Ley y que por la Ley misma —como por obra de las declaraciones a las que se refiere el artículo 55.1— queda

(44) CARMEN LAMARCA PÉREZ —en su, por lo demás, espléndido *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985—: «La intervención (judicial) no puede ser previa, porque en este caso no se comprenden las consecuencias que habría de tener la legislación antiterrorista» (p. 397).

ya habilitada la autoridad gubernativa para la intervención en el objeto del derecho. Y no es más sencillo ver aquí cumplida la otra condición a la que se refiere el precepto constitucional que se considera (la «necesaria intervención judicial»), pues la intervención postrera del juez que la Ley introduce no es, claro está, para la afectación —ya practicada— del derecho, sino para la «revocación» o «confirmación» (art. 17.2 de la Ley Orgánica) de la decisión administrativa que la dispuso, alternativa ésta que pierde toda relevancia —relativizándose la llamada legislativa al juez— cuando la interceptación policial haya ya permitido alcanzar el fin con ella perseguido (45).

Y, pese a todo, existe otro posible entendimiento de este artículo 55.2, más acorde con el que debiera ser su sentido en el sistema de la Constitución. El precepto ha de comprenderse, sin duda, como norma especial frente a la enunciada en el artículo 18.3 —como norma, puede decirse, de auto-ruptura—, pero no fijando el contenido de la excepción así introducida en la eliminación de la intervención judicial prevista. Esta, en términos de autorización, sigue siendo necesaria para el supuesto que ahora se contempla, no sólo porque así se reclama de modo expreso en el precepto, sino porque, de otro modo, se desdibuja lo que, con innegable ambigüedad, llama la norma «suspensión» para personas determinadas del derecho, confundiendo la intervención en el mismo con la que pueda adoptarse en las hipótesis de que trata el número 1 del artículo 55. Mas el contenido del derecho no viene sólo dado, en el artículo 18.3 de la Constitución, por la mediación de esta resolución judicial *secundum legem*. Según antes se dijo, una recta interpretación de este precepto demanda también que el levantamiento del secreto de las comunicaciones no afecte, en el ámbito del proceso penal, sino a quienes sean parte en el mismo, como imputados o como procesados. Y en este último aspecto es donde ha de identificarse la *ratio* propia del artículo 55.2. En él no se excepciona el régimen común de intervención en el derecho haciendo desaparecer la competencia exclusiva para acordarla del juez. Sí se amplía, sin embargo, el círculo de quienes pueden quedar sujetos a la interceptación judicialmente acordada, pues ésta —constitucionalmente justificada por referencia a las «investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»— podrá gravar no sólo sobre quienes aparezcan como partes en la causa, sino también, con fines exploratorios o preventivos, sobre aquellos que, sin tener dicha condición, se estiman relacionados.

---

(45) Sobre el alcance afectivo de esta limitada intervención judicial, cfr. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *ob. cit.*, p. 175.

con el área específica de criminalidad que se contempla en la norma constitucional.

Es notorio que este entendimiento del precepto sigue excepcionando —no sin riesgos— el contenido del artículo 18.3, ampliándose el ámbito personal de los que puedan resultar afectados por la resolución judicial que disponga el levantamiento del secreto de las comunicaciones. No lo es menos, sin embargo, que sólo de este modo puede lograrse una interpretación que, integrando las disposiciones constitucionales aquí en relación, explicita las exigencias garantizadoras presentes en el artículo 55.2 y devuelva al precepto, singularizándole de la hipótesis que en el mismo artículo le precede, su sentido de norma previsor de una suspensión (de una afectación, mejor singular del derecho. Aquella ampliación del ámbito personal en el que la «suspensión» pueda aplicarse —presente ya, por lo demás, en la tortuosa delimitación que pretenden los artículos 1.1 y 17.1 de la Ley Orgánica 9/1984— se corresponde ajustadamente con el sentido del precepto constitucional, tendente no ya sólo a la procuración de instrumentos probatorios que pueden hacerse valer en el proceso penal, sino, con amplitud mayor, a proporcionar los medios normativos capaces —mediante acciones preventivas y no sólo *post delictum*— de hacer frente a un tipo específico de criminalidad. Con todo, el juez que haya de autorizar la intervención de una comunicación deberá razonar —y en esto reside la garantía mínima insuprimible— en virtud de qué circunstancias la persona así afectada puede presumirse esté en relación con la «actuación de bandas armadas o elementos terroristas». No de otro tipo puede admitirse sea la intervención judicial que reclama aquí la Constitución, pues ni es razonable entender que el artículo 55.2 ha querido introducir al respecto un recordatorio —innecesario— de las competencias de control que corresponden siempre a juzgados y tribunales sobre la actuación administrativa ni, de otra parte, puede afirmarse que el juez interviene en la «suspensión» del derecho cuando, como ocurre en la hipótesis del artículo 17.2 de la Ley Orgánica, sólo se le comunica la «observación» ya practicada, no restándole más opción, si la considera ilegítima o innecesaria, que revocarla, evitando así su prolongación y privando de efectos (de efectos probatorios en el proceso, sobre todo) a la ya realizada.