

DENUNCIA
ANTE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS
POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO.

ANTECEDENTES

I.- Con fecha 29 de Abril de 2005 fue publicado en España, en el “Boletín Oficial del Estado” número 102, el *Real Decreto 424/2005, de 15 de Abril*, aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de dicho día, *por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios*, Reglamento cuyo Título V contiene un Capítulo II que regula “La interceptación legal de las comunicaciones” (artículos 83 a 101).

En fecha de 29 de Junio de 2005, fue interpuesto en nombre de la Asociación de Internautas, ante el Tribunal Supremo, el oportuno Recurso Contencioso – Administrativo frente a dicha norma, por cuanto se consideraba que aquella norma de carácter reglamentario no podía regular la restricción de derechos fundamentales, tales como el secreto de las comunicaciones o la protección de datos, porque se opondría a la Constitución Española, y específicamente, a los siguientes artículos:

a) **artículo 18 CE**, en relación con los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

b) **artículo 55.3 CE**, cuando señala que “*una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.*

c) **artículo 81.1 CE**, cuando señala que “*son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.*

II.- Durante el curso del procedimiento seguido ante el Tribunal Supremo, fue publicada una norma de rango legal: la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, en el Boletín Oficial del Estado de 19 de Octubre de 2007, cuya Disposición Final Primera vino a dar nueva redacción al artículo 33 de la *Ley 33/2003, de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones*, incluyen el contenido de los preceptos reglamentarios inicialmente denunciados por la Asociación de Internautas, es decir, otorgando rango legal a dicho contenido.

En consecuencia, el Tribunal Supremo requirió a las partes a fin de que pudieran presentar “*las alegaciones que consideraran pertinentes sobre la incidencia que pudiera tener la aprobación de dicha Ley en el presente litigio, incluidas, en su caso, las relativas a la eventual pérdida sobrevenida de objeto de éste*” y así, con fecha 15 de Noviembre de 2007, la Asociación de Internautas manifestó que **la nueva norma legal continuaba siendo**

insuficiente para dar cobertura a la regulación de límites al ejercicio de derechos fundamentales, insuficiente para contener restricciones de garantías constitucionales tal y como exige la Constitución Española, porque no se ajustaba a las exigencias normativas de la Constitución Española.

Adicionalmente y, margen de dicho procedimiento, con fecha 9 de Enero de 2008 **la Asociación de Internautas se dirigió al Defensor del Pueblo español solicitando la interposición de un Recurso de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, contra la referida norma,** la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (artículos 1, 6 y 7, y la Disposición Final Primera), precisamente por colisionar con lo dispuesto en los artículos 18, 55 y 81 de la Constitución Española y, en general, por prescindir de las garantías esenciales que otorga la reserva de ley orgánica y, el control judicial en la restricción de derechos fundamentales. Sin embargo, el Defensor del Pueblo (con fecha 18 de Enero de 2008), emitió su **decisión de no interponer el referido recurso, por entender que el rango legal ordinario es suficiente para regular determinadas garantías constitucionales** del artículo 18 de la CE, en este caso, **para regular la inexistencia de control judicial previo en la interceptación de las comunicaciones.** Se acompaña dicha resolución como **Documento nº 1** y, se destacan los siguientes fundamentos:

1.- Respecto de la observancia de lo dispuesto por el artículo 81 de la CE, sobre la **exigencia de Ley Orgánica** para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, entendió el Defensor del Pueblo español que la expresión “desarrollo” debía ser considerada en su carácter excepcional, interpretada de modo restrictivo, porque tal y como señala en su Fundamento Primero, **“no nos encontramos en presencia de un desarrollo directo de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ni una restricción del mismo”.**

Consideró que la norma cuestionada tenía rango suficiente (rango de ley) para disponer sobre la cesión de datos de carácter personal, en primer lugar porque **respetaba la garantía constitucional de la previa autorización**

judicial a pesar de que precisamente excepciona ese control previo y, en segundo lugar, porque en todo caso, los aspectos ejecutivos de una orden judicial, pueden ser desarrollados por normas de rango inferior a la Ley Orgánica (admite pues que puedan ejecutarse antes de existir la referida orden judicial).

El Defensor del Pueblo, no tomó en cuenta ni el momento, ni el contenido de una eventual orden judicial ni, si dichos aspectos ejecutivos afectaban o limitaban otros derechos fundamentales, como el derecho a la protección de datos personales.

2.- Respecto de la **vulneración del artículo 18 de la CE**, por cuanto la norma denunciada permite la cesión de datos de carácter personal afectos a una comunicación privada, sin consentimiento del afectado y, sin previa autorización judicial que la delimite.

Resolvió el Defensor del Pueblo, en su Fundamento Tercero, que el derecho al secreto de las comunicaciones no tiene carácter absoluto, que *“se trata de encontrar el equilibrio en el ejercicio de los derechos fundamentales y el respeto a los derechos de los demás y la protección del interés general”* y, que la nueva norma “dispone de la garantía de la autorización judicial para la cesión de datos, remitiendo la adopción de dicha autorización a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y estableciendo la previsión de que la intervención ha de ser necesaria y proporcionada (...) En consecuencia la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, se puede afirmar que es respetuosa con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con el secreto de las comunicaciones, cuyas limitaciones habrán de estar justificadas y que se encuentran garantizadas por la exigencia de la intervención judicial que la propia Constitución establece para ello”.

El Defensor del Pueblo no entró a considerar si el control judicial de la interceptación ha de ser previo o posterior a la propia intervención. No analizó el papel de una orden judicial que es emitida una vez que ya ha habido un acceso libre por los “agentes facultados”, a una cantidad indeterminada datos de carácter personal. No precisa si la cesión de los datos personales se ha de

entender incluida en “*la ejecución de la orden de interceptación legal*” o bien, si el acceso a esos datos es previa e independiente de las condiciones y contenido de la orden judicial.

La Asociación de Internautas, entiende que era absolutamente necesario precisar la incidencia temporal y efectividad real del control judicial en la restricción de los derechos fundamentales a la protección de datos de carácter personal, al secreto de las comunicaciones y, en su caso, a la intimidad, puesto que, de por si, supone una evidente limitación de garantías constitucionales.

III.- El procedimiento judicial seguido ante el Tribunal Supremo terminó con la Sentencia de fecha 5 de Febrero de 2008, desestimando lo solicitado por la Asociación de Internautas y, confirmando la licitud de la disposición reglamentaria recurrida, por estar ya contenido su núcleo, bajo la forma de ley ordinaria. Se acompaña como **Documento nº 2** la referida Sentencia.

IV.- Finalmente, con fecha 26 de Marzo de 2008, la Asociación de Internautas, presentó el correspondiente **Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional**. Este recurso no fue admitido porque no se justificaba suficientemente “*la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de Mayo), que es algo más y distinto a la mera afirmación – sobre cuya verosimilitud nada cabe decir- de que el propio derecho fundamental ha sido violado*”. (Providencia de 1 de Febrero de 2009, de la que se acompaña copia como **Documento nº 3**).

La Asociación de Internautas considera sin embargo que, la trascendencia constitucional de lo que se planteaba, viene dado por el mero hecho de que en España se mantenga vigente una norma que permite la conculcación de derechos fundamentales sin control judicial, una Ley manifiestamente contraria al orden democrático establecido.

V.- CONCLUSIÓN: en la actualidad, en España está vigente el artículo 33 de la *Ley General de Telecomunicaciones*, en la redacción dada por la *Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*, que permite la cesión de datos de carácter personal entre empresas (operadores) y, autoridades policiales (administrativas) en el marco de una investigación criminal, **sin las especificaciones legales necesarias y, especialmente, sin exigir autorización judicial previa que lo delimite.**

Es preciso que exista un desarrollo legislativo detallado de la interceptación de las comunicaciones, ya que en la actualidad, la legislación vigente es, por amplia y genérica, inoperativa bajo el mandato constitucional. **La propia Unión Europea exige que se regulen por ley los detalles de todo el procedimiento de interceptación de las comunicaciones:** duración del mismo, entrega de los archivos de forma inmediata al Juez, empleo de la firma digital para garantizar la autenticidad de los archivos mediante el empleo de la firma digital, así como la destrucción de todos los archivos que puedan generarse en el transcurso de una interceptación las categorías de datos que deberán conservarse, el plazo durante el que deberán retenerse en cada supuesto, las condiciones en que deberán almacenarse, tratarse y custodiarse y el procedimiento de entrega de los mismos garantizando su autenticidad a los órganos autorizados para su solicitud en el curso de una investigación judicial o por razones de seguridad nacional y destruirse, transcurrido el plazo de retención que proceda, salvo que fueran necesarios para estos u otros fines previstos en la Ley.

Se acompaña copia de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, en su redacción dada por la *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*, del artículo 33 a que se hace referencia en la presente denuncia, como **Documento nº 4**. En su apartado 8º se hace referencia a una **FASE DE LA EJECUCIÓN DE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES, QUE SE REALIZA CON**

ANTERIORIDAD A LA EMISIÓN DE LA ORDEN JUDICIAL QUE DEBERÍA DECIDIR DICHA INTERCEPTACIÓN.

HECHOS

PRIMERO.- El Tribunal Supremo español ha determinado que una norma de rango legal es suficiente para contener determinadas restricciones de derechos fundamentales, que además se ejecutan sin control judicial previo.

A raíz de la denuncia interpuesta por la Asociación de Internautas, el Tribunal Supremo ha resuelto legitimar una ley “ordinaria” que establece la posibilidad de realizar cesiones de datos de carácter personal, en el marco de una investigación criminal, entre operadoras y autoridades administrativas, sin autorización judicial previa y sin conocimiento ni consentimiento de los titulares de dichos datos, y todo ello además, sin regular en detalle las condiciones de dichas cesiones.

En España se exige que la restricción de derechos fundamentales se haga a través de ley “orgánica” - art. 81 CE.

El Alto Tribunal, en la Sentencia de fecha de fecha 5 de Febrero de 2008, se refiere a la licitud de un Reglamento que acometió el desarrollo de las características y procedimientos que debían seguirse en España para la interceptación de las comunicaciones en delitos de especial gravedad. Inicialmente, se consideró lícita la previsión de estas condiciones por una norma de carácter reglamentario (inferior a la Ley), porque sólo regulaba “ciertos aspectos secundarios, ejecutivos”, *que inevitablemente han de precisarse en un proceso complejo y con obvias implicaciones técnicas como es el de interceptar legalmente las comunicaciones, previa la imprescindible autorización judicial, aspectos que en este caso se refieren a la intervención de los operadores de comunicaciones*” (F.J. 4º). Es decir, dado que la norma

denunciada tan sólo contenía **medidas ejecutorias**, ajenas a la interceptación del “*contenido*” mismo de la comunicación (y por tanto, pueden ser previas e independientes del contenido de la orden judicial de intervención).

En un segundo momento, con la aprobación de la *Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas*, que dio nueva redacción al artículo 33 de la *Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, para que recogiese precisamente el contenido del Reglamento inicialmente impugnado, el Tribunal Supremo consideró reforzada su postura, y vino a considerar también suficiente dicha ley ordinaria para regular los límites de los derechos constitucionales en el sentido expuesto, porque *“incorpora lo esencial del capítulo que la disposición reglamentaria impugnada dedicaba a la interpretación de las comunicaciones (en todo caso, lo esencial de los preceptos singulares a los que se refiere la demanda), elevando de rango, por así decirlo, buena parte de su contenido material. El déficit de cobertura legal del Capítulo II del Título V del Reglamento impugnado que le atribuía la recurrente desaparece, pues, desde el momento en que la propia Ley 32/2003 (con la nueva redacción de su artículo 33) asume y hace propio el contenido de los preceptos más relevantes de aquel a los que se refería la Asociación demandante”*.

Sin embargo, la Asociación de Internautas, no puede compartir que la referida norma legal, no asumiese con idénticas circunstancias de ilicitud inicialmente alegadas en la impugnación del reglamento, la ley ordinaria sigue siendo una norma de rango inferior a la Ley Orgánica exigida constitucionalmente. Tampoco detalla con la precisión necesaria las condiciones que deben respetarse para dicha interceptación (duración del mismo, entrega de los archivos de forma inmediata al Juez, empleo de la firma digital para garantizar la autenticidad de los archivos mediante el empleo de la firma digital, así como la destrucción de todos los archivos que puedan generarse en el transcurso de una interceptación las categorías de datos que deberán conservarse, el plazo durante el que deberán retenerse en cada supuesto, las condiciones en que deberán almacenarse, tratarse y custodiarse y el procedimiento de entrega de los mismos garantizando su autenticidad a los

órganos autorizados para su solicitud en el curso de una investigación judicial o por razones de seguridad nacional y destruirse, transcurrido el plazo de retención que proceda, salvo que fueran necesarios para estos u otros fines previstos en la Ley).

SEGUNDO.- Los pasos de denuncia seguidos por la Asociación de Internautas, en base al derecho interno, se iniciaron ante el Tribunal Supremo, por ser éste el órgano competente para resolver de la impugnación de una disposición de carácter reglamentario que carecía del rango legal necesario para entrar a regular aspectos esenciales de restricción de los derechos del artículo 18 de la CE.

Pendiente el referido procedimiento, como se ha expuesto, sobrevino la aprobación de una norma de rango legal “ordinario” (la *Ley 25/2007*) que venía a asumir los contenidos más problemáticos del Reglamento impugnado. La Asociación de Internautas, a requerimiento del Tribunal Supremo, presentó una serie de alegaciones justificando la nula incidencia de esta nueva norma en el procedimiento instado, porque adolecía del mismo defecto que la primera norma, es decir, porque tampoco cumplía el mandato constitucional del artículo 81 de la CE sobre el desarrollo y restricción de derechos fundamentales (que debe hacerse mediante ley “orgánica”).

A pesar de ello, el Tribunal Supremo decidió acoger la nueva Ley para fundamentar su resolución, determinando de oficio su licitud y constitucionalidad.

TERCERO.- Una vez que legislativamente se trasladaron los contenidos de la disposición “reglamentaria” a la norma “legal”, la cuestión principal se convirtió en una cuestión de inconstitucionalidad.

La Asociación de Internautas entiende que dicha cuestión debía haber sido analizada por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto los artículos 123 de la CE, 58 de la LOPJ y, los artículos 2 y siguientes de la LOTC., sobre competencias en materia de garantías constitucionales reguladas por normas de rango legal (una norma de rango legal, cuya constitucionalidad se pone en duda por los denunciante, por recoger ilícitamente contenidos propios de una ley “orgánica”). Sin embargo, el Tribunal Supremo decidió continuar el procedimiento sin plantear la cuestión sobrevenida al Tribunal Constitucional, y ello, **a pesar de haber reconocido expresamente sus limitaciones competenciales en cuanto al análisis de normas de rango legal** (F.J.5º: “ya que la competencia de esta Sala lo es para enjuiciar disposiciones generales de rango inferior a la Ley (artículo 1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) pero no el contenido de las leyes mismas”)

La nueva norma afectaba directamente al fondo del asunto y por tanto, si vulneraba o no la reserva de ley orgánica alegada por los denunciante, si vulneraba o no la Constitución Española, debía haber sido resuelto por el Tribunal Constitucional, y ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, su referencia, el artículo 163 de la CE:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos”

CUARTO.- Finalmente, en este contexto, el Tribunal Supremo concluyó que, en materia de derechos fundamentales, la reserva de ley orgánica prevista por la Constitución Española, **“no tiene porqué extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con dichas interceptaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones obligados a realizar físicamente las**

medidas amparadas en una resolución judicial de la interceptación.” Es decir, acepta que una norma de rango legal está capacitada para “regular y especificar los aspectos propiamente técnicos, operativos e instrumentales de la interceptación (...) siempre que al hacerlo no invada el ámbito del derecho fundamental protegido por la reserva de ley orgánica”:

(F.J.6º) – “El contenido de aquellos apartados ha sido reproducido en los nuevos apartados sexto y séptimo del artículo 33 de la Ley 32/2003, antes transcritos, por lo que las posibles dudas existentes sobre la aptitud jurídica del Reglamento para regular esta materia (se trata no del contenido material de la comunicación interceptada, sino de ciertos datos asociados relativos a los sujetos que intervienen en la comunicación interceptada, sino de ciertos datos asociados relativos a los sujetos que intervienen en la comunicación, a determinadas características técnicas de ésta y a los equipos y terminales utilizados para ella, así como la localización geográfica de dichos terminales o puntos de terminación de red) deben considerarse ya carentes de objeto”.

*Tampoco en este extremo consideramos que la inclusión de los apartados sexto y séptimo del artículo 33 en la ley vulnere la reserva de Ley Orgánica por afectar al núcleo del derecho al secreto de las comunicaciones. **Por un lado los referidos preceptos no se refieren al contenido material de aquellas**, sino a datos instrumentales de información asociada que – siendo relevantes para las finalidades de la interceptación – el legislador ordinario tiene, en principio, libertad de configuración normativa para considerarlos anejos a la orden legal de interceptación (...) **La interpretación del artículo 33**, apartados sexto y séptimo de la Ley 32/2003 en sintonía con el régimen general establecido en el artículo 579 de la L.E.C. y en la Ley Orgánica 2/2002 (y, a Fortiori, con el artículo 18.3 de la Constitución) **es, pues, factible**.*

Sin embargo, más adelante y al contrario, también afirma que es necesario observar y respetar dicha reserva, para “la regulación de las condiciones de la orden judicial en cuanto al contenido mismo de las comunicaciones y a la designación de la persona cuyo derecho fundamental queda afectado” (F.J.6º) y, con ello entiende que no lo invade la recogida y cesión de datos personales, afectos al contenido de una comunicación privada,

al margen de una orden judicial de interceptación, por tratarse de mera información “instrumental”.

QUINTO.- La contradicción argumentativa del Tribunal Supremo se pone de manifiesto con mayor rotundidad, cuando señala en su resolución que “corresponderá a las autoridades judiciales que ordenan o autorizan la interceptación determinar, en su caso, la procedencia o improcedencia de excluir los referidos datos identificativos en el marco de las actuaciones de que conozcan, con arreglo a los principios de necesidad y de proporcionalidad”. Es decir, admite que dicha “improcedencia” sea determinada con posterioridad a la propia cesión de los datos.

Señala la referida Sentencia que, aunque la entrega de datos ha de hacerse “con carácter previo “a la ejecución” de la orden de la interceptación legal, no implica, antes al contrario, que se pueda prescindir de ésta, como parece sugerir la recurrente: “la entrega previa no se realiza al margen y con independencia de cualquier intervención judicial, sino en vistas a su “ejecución” (...) “Corresponderá en todo caso, por lo demás, a las autoridades judiciales competentes resolver acerca de la legitimidad de la obtención de los datos a los que se haya tenido acceso con carácter previo a la orden de interceptación”. (...) “Tal previsión legal no implica, frente a lo afirmado por la recurrente, que se excluya la “entrega directa” a la autoridad judicial ni que desaparezca el control de ésta sobre la interceptación que dicha autoridad haya acordado.”

Así pues, **la Asociación de Internautas viene a poner en duda esta interpretación de la norma, que entiende que una autoridad judicial puede resolver a posteriori, sin arriesgarse a que se produzca una vulneración efectiva de un derecho fundamental, debida a la actuación libre y directa de los agentes facultados, que no olvidemos acceden a un número indeterminado de datos de carácter personal, de un número**

indeterminado de personas y, sin el conocimiento ni consentimiento de éstas.

SEXTO.- El Tribunal Supremo **considera que los datos de carácter personal, que inherentemente van asociados al contenido de una comunicación, no son dignos de la protección y garantía que proporciona el rango de ley orgánica,** que su protección no está incluida entre las garantías del artículo 18 de la CE como derecho fundamental autónomo, sin embargo, en sentido opuesto a esta línea de razonamiento se expresa el Voto Particular recogido en la referida Sentencia, el del Magistrado D. Óscar González González, quien comienza su argumentario diciendo que:

*“Discrepo con todo respeto del parecer de la opinión mayoritaria, y **entiendo que debió plantearse al Tribunal Constitucional cuestión de Inconstitucionalidad de los apartados 6º y 7º del art. 33 de la Ley 32/2003, de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones, en su redacción de la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, como previa al dictado de la sentencia,** y, en caso de que se estimara por aquel la inconstitucionalidad de dichas normas, habría que dictar sentencia anulando el real Decreto inicialmente impugnado, en lo concordante con dichos preceptos.*

Y, señala además que la *“autorización al agente facultado para obtener datos no incluidos en el mandamiento judicial no puede ampararse en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ley orgánica), pues en él sólo se regula la resolución judicial de interceptación, sin que se autorice a la policía ir más allá de su contenido. Tampoco puede apoyarse en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de Mayo, Reguladora del Control Judicial del Centro Nacional de Inteligencia, cuyo artículo único, somete a la autorización judicial la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones llegando incluso a limitar el contenido de la solicitud, pero en cualquier caso, siempre dentro del contenido de la orden judicial”.*

Sobre la intervención previa de “agentes facultados” en la interceptación de las comunicaciones, señala el Tribunal Supremo que corresponde en todo caso “a las autoridades judiciales competentes, resolver acerca de la legitimidad de la obtención de los datos a los que se haya tenido acceso con carácter previo a la orden legal de interceptación” (F.J.7º). Ante esta afirmación en la que **reconoce expresamente que la intervención judicial en estas situaciones lo es a posteriori**, se pregunta el Magistrado discrepante:

“(...) los apartados 6º y 7º del artículo 33, en los que se impone a los sujetos obligados a facilitar al agente facultado una serie de información, que puede no estar incluida en la orden de interceptación”.
(...) “Por muy interesante que estos datos puedan resultar para la investigación policial, no puede dejar de reconocerse que son muy personales, y rebasan con mucho la mera instrumentalidad. La propia sentencia implícitamente viene a reconocerlo, cuando indica que la autoridad judicial podrá excluirlos de la orden de interceptación, lo que implica que son algo más que un simple instrumento sin el cual la orden no puede cumplirse. Por otra parte, si la Ley impone al agente facultado el deber de pedir los datos del apartado 6 y 7 del artículo 33, no se entiende como puede el órgano judicial disponer, en contra de la norma, que los referidos datos no se emitan. Se trata de datos esenciales que no tienen por qué ser conocidos por terceras personas, salvo que así lo disponga la orden de interceptación (...).”

El Voto Particular recoge en general todos los argumentos que la Asociación de Internautas alegaba desde un principio sobre la confrontación de la norma impugnada con la Constitución, especialmente, lo relativo a la **FASE DE LA EJECUCIÓN DE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES, QUE SE REALIZA CON ANTERIORIDAD A LA EMISIÓN DE LA ORDEN JUDICIAL QUE DEBERÍA DECIDIR DICHA INTERCEPTACIÓN**, y a la reserva de Ley Orgánica para la delimitación de las condiciones en que debe realizarse una interceptación de comunicaciones, cuestiones todas ellas que en definitiva ahora se vienen a plantear ante la Comisión Europea a través de la presente.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Se relacionan a continuación distintas Sentencias del Tribunal Constitucional español aplicables al caso que nos ocupa y, justificativas de la vulneración constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones y, del derecho a la protección del derecho a la protección de datos por la normativa vigente hoy en España (la *Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de Octubre de 2007, cuya Disposición Final Primera vino a dar nueva redacción al artículo 33 de la *Ley 33/2003, de 3 de Noviembre, General de Telecomunicaciones*).

1.- CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SOMETIMIENTO AL MANDATO CONSTITUCIONAL.

Respecto del hecho de que el Tribunal Supremo debió plantear ante el Tribunal Constitucional una Cuestión de Inconstitucionalidad relativa a la *Ley 25/2007, de 18 de Octubre*, antes de incorporarla de oficio al pleito como objeto principal:

➤ STC 174/1998, de 24 de julio: Tal y como disponen los artículo 163 C.E. y 35.2 de la LOTC, es requisito necesario, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que la norma de cuya validez dependa el fallo, tenga rango de Ley y, que signifique un elemento esencial para determinar el sentido de la resolución judicial.

(F.J. 2º)- (...) *“para que proceda examinar a través de este cauce procesal la constitucionalidad de la norma impugnada no basta simplemente con que el Tribunal la considere aplicable al caso o, como ocurre en el supuesto que ahora se examina, que en la Resolución que fue objeto del recurso contencioso-administrativo se establezca expresamente que la misma ha sido dictada en aplicación de la Ley cuestionada, ya que como se señaló en la STC 106/1986 «del hecho de que la Administración invoque un determinado precepto como*

fundamento de su decisión no se sigue mecánicamente que el fallo a dictar por la Sala dependa de la validez o invalidez de dicho precepto», sino que es preciso que entre esta norma y la decisión a adoptar por el órgano judicial exista una dependencia tal que la decisión del proceso judicial no pueda resolverse sin su aplicación. De otro modo, no nos encontraríamos ante la norma de cuya validez dependa el fallo como exige el art. 163 C.E. o, dicho en otros términos, no se cumpliría el requisito del llamado juicio de relevancia.”

En el caso que nos ocupa, la aprobación de la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones marca definitivamente el fallo de la Sala, para considerarla legítima sustituta del Reglamento impugnado.

➤ La STC 126/1997, admite que se deba interponer la cuestión de inconstitucionalidad cuando exista una mera duda respecto de la norma aplicable, como en el caso que nos ocupa.

(F.J.2º) - “Pues si los arts. 163 C.E. y 35.1 LOTC condicionan el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al hecho de que el órgano jurisdiccional considere que la norma aplicable al caso «pueda ser contraria a la Constitución», su mismo tenor literal permite que el juzgador se limite a expresar una duda razonable. Y así hemos dicho tempranamente que la regulación constitucional y legal de las cuestiones «no impone a aquél (el órgano jurisdiccional) una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios», siempre que se exteriorice el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad y se proporcionen los elementos que llevan al mismo (STC 17/1981, fundamento jurídico 1.), como aquí ocurre”.

La duda de constitucionalidad es una duda que Jueces y Tribunales deben asumir como propias, a ellos corresponde en exclusiva plantearla ante el Tribunal Constitucional, tratando de que los intereses y derechos de las partes del proceso no resulten lesionados por la aplicación de esa Ley. El hecho de que pueda instarse a petición de la parte afectada, no significa por tanto que, si esta no lo pide, el Tribunal o Juzgado que esté conociendo del caso tenga la

obligación de plantearlo si la duda se pone de manifiesto y, más aún, si considera la norma en cuestión determinante para su fallo.

➤ La STC 337/1994, relata las consecuencias jurídicas que deben concluirse de la regulación de los derechos fundamentales por normas de rango legal inferior al constitucionalmente exigido y, de la aplicación de estas normas:

(F.J.3º) – “En este tipo de proceso, en efecto, por la exigencia que se deriva del art. 163 C.E. y 35.1 LOTC, sólo cabe enjuiciar la conformidad con la Constitución de preceptos con rango de Ley aplicables al caso, ya que las cuestiones de inconstitucionalidad, como hemos dicho, constituyen el cauce para que los órganos jurisdiccionales puedan conciliar la doble obligación de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución (SSTC 17/1981, 36/1991 y 76/1992, entre otras) y, de este modo, evitar que la aplicación de una norma legal pueda entrañar que se dicte una resolución judicial contraria a la Norma fundamental por no ser conforme con ésta la norma legal aplicada (SSTC 127/1987 y 19/1988). Por consiguiente, el enjuiciamiento en esta sede de los preceptos impugnados de la Ley 7/1983 del Parlamento de Cataluña no puede depender o estar condicionada por el desarrollo reglamentario de los mismos; quedando también fuera de nuestro examen, obvio es, los concretos actos dictados en aplicación de las normas legales o reglamentarias, cuyo enjuiciamiento corresponde a los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Nos encontramos, pues, ante un supuesto en el que el llamado juicio de relevancia ofrece matices singulares, dado que «el proceso previo tiene por objeto la impugnación de una disposición general cuya constitucionalidad es dudosa para el órgano judicial porque dudosa es para este mismo órgano la adecuación a la Constitución de la Ley que el Reglamento viene a ejecutar o desarrollar» (STC 76/1990, fundamento jurídico 1.). Pero en esta misma decisión se ha dicho que ello no priva de sentido al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad pues «es claro que también en estos casos el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación o no a la Constitución de los preceptos legales que las normas reglamentarias desarrollan o ejecutan» (STC 76/1990 y, en igual sentido, STC 183/1992) siempre que el órgano judicial exteriorice «la conexión existente entre

la norma de rango reglamentario y la de rango legal cuya constitucionalidad se discute» (SSTC 76/1990 y 183/1992)».

2.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES en España: Ley Orgánica y autorización judicial.

a) Respecto de la necesaria tutela de la Ley Orgánica para materias a ella reservadas:

➤ La STC 142/1999, señala la necesidad de que sea una Ley Orgánica la que regule las restricciones de derechos fundamentales:

(F.J.16º) - “(...) cabe considerar que la regulación de determinados aspectos, esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas, son elementos necesarios del «desarrollo» normativo a realizar por Ley Orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales y necesarios, la Ley Orgánica puede ampliar el contenido del derecho de que se trate, o bien puede remitir a leyes ordinarias la regulación de aspectos que no resulten decisivos o capitales en su configuración (...) En el presente caso, es claro que la representación ante administraciones públicas de organizaciones o asociaciones no es el elemento definidor o necesario del derecho de asociación; y que, en los términos en que ha de interpretarse el art. 9.1 de la Ley (según señalamos en el fundamento jurídico 13) no supone una restricción de ese derecho (...)”

➤ La STC 127/1994 señala también, respecto al concepto de desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, que es necesaria la Ley Orgánica si se incide directamente sobre su ámbito y límites, como en el caso que nos ocupa, y así, dice:

(F.J. 3º) - “De este modo, hemos reconocido que “la función de garantía adicional” que cumple el art. 18.1 de la Constitución en materia de derechos fundamentales “conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan las restricciones de esos derechos y libertades” o los “desarrolle” de modo directo “en cuanto regulen aspectos consustanciales con los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites” [STC 101/1991,

F.J.2º, que invoca las SSTC 160/1987, 161/1987 (RTC 1987/161), 57/1989 (RTC1989) y 132/1989 (RTC 1989/132)"]”.

➤ La STC 292/2000 es si cabe la más relevante en atención a caso que nos ocupa, por cuanto se refiere precisamente a la restricción del derecho a la protección de datos, por normas de carácter reglamentario en cumplimiento de un mandato legal.

(F.J.2º) – “la cesión de datos in consentida autorizada por una norma infralegal, soslaya que el art. 53.1 CE reserva en exclusiva a la Ley la regulación y limitación del ejercicio de un derecho fundamental, vulnerando por consiguiente el derecho fundamental mismo, al privarle de una de sus más firmes garantías”.

(F.J.3º) – “El Abogado del Estado ha reprochado al Defensor del Pueblo el empleo del Convenio internacional de 1981 y de la Directiva antes mencionados no como canon interpretativo de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en nuestra Constitución sino como verdadero canon de la constitucionalidad de la LOPD. Lo que ciertamente desbordaría el alcance del art. 10.2 CE, pues tanto los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite este precepto constitucional como el Derecho comunitario derivado no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, como hemos declarado con tanta reiteración en nuestra jurisprudencia que excusa su cita. Aunque también hemos declarado reiteradamente que sus disposiciones, a tenor del citado art. 10.2 CE, sí constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”.

(F.J. 6º) – “Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin”.

(F.J.9º) - “De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo

por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo” (...) “en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana”.

(F.J.10º)- “De este modo, la LOPD puede ser contraria a la Constitución por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE), por haber regulado el ejercicio del haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 CE).”

(F.J.11º)- “Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen. Como lo conculcará también esa Ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo

que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional.

Por esta razón, cuando la Constitución no contempla esta posibilidad de que un Poder Público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los Poderes Públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los Poderes Públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE). Esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, así lo hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (SSTC 83/1984, de 24 de julio [RTC 1984, 83], F. 4, 137/1986, de 6 de noviembre [RTC 1986, 137] , F. 3, 254/1994, de 21 de septiembre [RTC 1994, 254] , F. 5).”

(F.J.14º)- “incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. De tal modo que esa remisión no conlleve una renuncia del legislador a su facultad para establecer los límites a los derechos fundamentales, transfiriendo esta facultad al

titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir, pues, en tal caso, el legislador no haría sino «deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado» (STC 227/1993, de 9 de julio [RTC 1993, 227] , F. 4, recogiendo la expresión de la STC 77/1985, de 27 de junio [RTC 1985, 77] , F. 14).

La remisión a la regulación reglamentaria de materia ligada a la reservada a la Ley es preciso, pues, que se formule en condiciones tales que no contraría materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, «ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley». Es en este segundo plano en el que se encuentra el núcleo argumental del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo que es acogido en esta Sentencia, el cual considera que al establecer el art. 21.4 LOPD que esas cesiones no requieren del previo consentimiento del afectado permite al reglamento imponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, que como se ha dicho ya, defrauda la previsión del art. 53.1 de la Constitución (STC 101/1991, de 13 de mayo [RTC 1991, 101], F. 3)”.

(F.J. 16º) – “De igual modo, respecto al derecho a la protección de datos personales cabe estimar que la legitimidad constitucional de la restricción de este derecho no puede estar basada, por sí sola, en la actividad de la Administración Pública. Ni es suficiente que la Ley apodere a ésta para que precise en cada caso sus límites, limitándose a indicar que deberá hacer tal precisión cuando concorra algún derecho o bien constitucionalmente protegido. Es el legislador quien debe determinar cuándo concurre ese bien o derecho que justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales y en qué circunstancias puede limitarse y, además, es él quien debe hacerlo mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias. Pues en otro caso el legislador habría trasladado a la Administración el desempeño de una función que sólo a él compete en materia de derechos fundamentales en virtud de la reserva de Ley del art. 53.1 CE, esto es, establecer claramente el límite y su regulación”.

b) Respecto de la autorización judicial en la interceptación de las comunicaciones, el segundo aspecto más relevante del caso que no ocupa:

➤ La STC 188/1999, respecto de la necesidad de que sea una Ley Orgánica la que delimite el alcance de las restricciones al específico derecho al secreto de las comunicaciones, señala:

(F.Jº 8) - “Así lo ha entendido este Tribunal Constitucional, en numerosas Sentencias dictadas a este respecto, cuando ha dicho que las «resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones, no sólo han de cumplir lo dispuesto en los arts. 18.3 y 25.2 C.E. y en el art. 51 L.O.G.P., especialmente la motivación prevista en el art. 51.5 L.O.G.P., sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, también han de cumplir el presupuesto de que se persiga con ella un fin constitucionalmente legítimo y los requisitos de que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del Centro especialmente motivada, que la misma sea notificada al interesado y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre ella» (SSTC207/1996, 128/1997 y 175/1997)”.

➤ La STC 104/2006, siguiendo la misma línea señala:

(F.Jº 2) - “(...) ciertamente, la adecuación a la Constitución de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) precisa, entre otras condiciones, haberse autorizado judicialmente en resolución en la que deben exteriorizarse, por sí misma o mediante su remisión a la solicitud de la autoridad que solicita la intervención, los elementos necesarios para ponderar que la medida se ajusta al principio de proporcionalidad y que se ha acordado, no como medida prospectiva genérica para la investigación delictiva, sino en relación con personas y hechos delictivos determinados, respecto de concretas líneas telefónicas con sujeción a plazos prefijados. De forma que las resoluciones judiciales de autorización de las intervenciones telefónicas deben contener datos relativos al marco espacial —líneas telefónicas delimitadas—, temporal —plazos—, objetivo —hechos delictivos investigados— y subjetivo —personas conectadas con los hechos delictivos y titulares o usuarios de las líneas telefónicas— de la misma, y la ejecución policial de la medida debe

efectuarse en el marco fijado en las autorizaciones judiciales (por todas, STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 7).”

➤ La STC 253/2007, viene a confirmar lo anteriormente expuesto, señalando que:

(F.Jº 2º) - “En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4). Tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida – la averiguación del delito– y el sujeto afectado por ésta –aquél de quien se presume que pueda resultar autor o participe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él– es un prius lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000,

de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

➤ Por último y, a mayor abundamiento sobre la exigencia de Ley Orgánica del artículo 55 de la CE, la STC 184/2003, especifica que:

(F.Jº 4º) - “Esta Sentencia continúa la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no sólo en lo que atañe a las injerencias en el derecho a la intimidad y vida privada, específicamente respecto de medidas consistentes en la interceptación de las comunicaciones (...). En lo que se refiere específicamente a las comunicaciones telefónicas, **el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración del art. 8 CEDH por ausencia de previsión legal de la injerencia consistente en la intervención de las comunicaciones telefónicas en las Sentencias de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 66 y ss., § 79; de 24 de abril de 1990, casos Kruslin c. Francia, § 34 y ss., y Huvig c. Francia, §34 y ss.; de 23 de noviembre 1993, caso A. c. Francia, §38 y s.; de 25 de marzo de 1998, caso Kopp c. Suiza, § 74 y s.; de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, §§ 50, 55 y ss.; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru c. Rumania, § 52 y ss.; 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H. c. Reino Unido, § 38. A ellas ha de añadirse las dos citadas Sentencias Valenzuela c. España y Prado Bugallo c. España (...)** Sobre ello hemos de señalar, por ser especialmente significativo para el examen del caso que nos ocupa, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la existencia de vulneración del art. 8 CEDH cuando quien reclama la protección no es el titular o usuario de la línea telefónica intervenida sino el destinatario de la comunicación (SSTEDH de 24 de agosto de 1998, caso Lambert c. Francia, § 38 y ss.; de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, § 61 y s.). Y, en particular, poniendo en conexión la protección que el art. 8 CEDH brinda a los comunicantes con el requisito relativo a la necesaria previsión legal de la injerencia, ha **declarado la vulneración de este derecho por ausencia de previsión legal si la legislación "no regula de forma detallada el caso de los interlocutores escuchados 'por azar', en calidad de 'partícipes necesarios' de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus**

disposiciones" (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, § 61). Por último, se ha de recordar también que la ley que habilite la intervención telefónica ha de ser previa al momento en que se autorice (STEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo c. España, § 32)".

(...) "Como este Tribunal recordó en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal". Y proseguimos: "esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas". Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la "ley" en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6). La necesidad de esa previsión legal ha sido afirmada expresamente por este Tribunal respecto de un amplio elenco de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10), el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero; 169/2001, de 16 de julio), y específicamente también, como acabamos de recordar, el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 y Sentencias en ella citadas)."

(...) “el ordenamiento, desprovisto de cualquier habilitación legal de injerencia en las comunicaciones telefónicas, agravando la falta de certeza y seguridad jurídicas de las situaciones ordenadas por el art. 579 LECrim, hasta tanto el legislador no completase el precepto reparando sus deficiencias a través de una norma expresa y cierta. Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal. Como hemos dicho en otras ocasiones, aunque ciertamente a efectos diferentes a los aquí contemplados, esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo mas breve posible (SSTC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13).”

1. DISPOSICIONES DE DERECHO COMUNITARIO QUE EL DENUNCIANTE CONSIDERA INFRINGIDAS POR EL ESTADO MIEMBRO EN CUESTIÓN Y JURISPRUDENCIA EUROPEA.

a) **NORMATIVA:** Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y, finalmente, la Decisión nº 676/2002/CE, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. Mediante esta ley se trasponen las citadas directivas. Cabe señalar que la Directiva 2002/58/CE se traspone en la medida en que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

b) JURISPRUDENCIA EUROPEA:

La mera interceptación de una comunicación, implica de por sí, conocer quienes son las personas que se comunican, la frecuencia de las comunicaciones, la duración, etc., lo que **conlleva implícitamente una vulneración del secreto de las comunicaciones y, de la protección de datos personales, sin necesidad de llegar a conocer el contenido** y, en este sentido, *en España, “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de Abril, F.J. 4º).

En el ámbito de la Unión Europea, y en relación con el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones, el **TEDH ha afirmado que se considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, no sólo con la observación del contenido interno de la comunicación, sino también con el control de otros aspectos accesorios (S. 30 de Julio de 1998, caso Valenzuela).**

Considera el TEDH, que la interceptación ha de estar prevista por una ley y además, que sea necesaria en una sociedad democrática (S. 28 de septiembre de 2000, caso Messina).

Sobre esa previsión legal, ha señalado además, que no sólo significa que la medida tenga una base en el derecho interno, sino que debe respetarse la cualidad de la ley, que debe ser accesible al justiciable

y previsible. El derecho interno debe proteger a los ciudadanos de toda injerencia arbitraria del poder público en sus derechos “pues el peligro de arbitrariedad aparece con claridad singular allí donde el poder del ejecutivo se ejerce en secreto”. (S. 25 de Marzo de 1998, caso Koop).

Por otra parte, **sobre la necesidad de que la norma utilice términos claros y suficientes, para indicar bajo qué circunstancias o en qué condiciones se va a habilitar al poder público para tomar medidas de interceptación de las comunicaciones, fue especialmente significativa la S. 30 de Julio de 1998, caso Valenzuela Contreras (sobre las carencias de la normativa española de 1998).** En este sentido, señalaba el TEDH que **la Ley que regulase la interceptación de las comunicaciones, debía contener aspectos como la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ello, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las precauciones a tomar para comunicar, etc.** Esta doctrina ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional española, la Sentencia 22/2001, de 21 de Noviembre (F.J.2º) señala: *“la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión, si se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad”*. Por su parte, la Sentencia 54/1996, de 26 de Marzo, señala que la autorización judicial ha de contener con la mayor precisión posible el objeto de la medida, el número o números de teléfono y las personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas con determinación del grado de intervención, el tiempo de duración de la intervención, etc.

En definitiva, el TDEH exige que *“toda medida individual de vigilancia ha de conformarse a condiciones y procedimientos rigurosos fijados por la propia legislación”*, debe establecerse una proporcionalidad entre la defensa de la sociedad democrática y la protección y respeto de los derechos individuales. (S. 6 de Septiembre 1978, caso Klass).

En Madrid, 24 de Julio de 2009.

D. VÍCTOR DOMINGO PRIETO

Presidente de la Asociación de Internautas (AI)