

TESIS DOCTORAL

AÑO 2.020

***EL ARTÍCULO 18.3 DE LA CE. ANÁLISIS DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL
SECRETO DE LAS COMUNICACIONES POSTALES Y TELEGRÁFICAS EN ESPAÑA.***

Ernesto-Luis JORGE VANACLOIG

Licenciado en Derecho

Graduado en CC. JJ. de las Administraciones Públicas

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO: Departamento de Derecho Político

Director: Dr. D. Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ

*“A mis **padres queridos**, en mi emocionado recuerdo siempre presentes, que me educaron en valores y principios, en un ambiente humilde donde alentaron mi crecimiento a través del sacrificio y el esfuerzo como meta de superación personal, con profundo sentimiento de orgullo y pertenencia a mis orígenes, propiciando en mí una actitud humanista permanente, abierta, positiva, hasta pretender hallar en mi madurez un espíritu reflexivo basado en el razonamiento lógico y en el método científico que considero el fundamento más adecuado para el desarrollo actual de nuestra sociedad.*

Por ello, les dedico esta tesis, con el mayor cariño del mundo.”

In memoriam

AGRADECIMIENTOS

Quiero mostrar el más sincero agradecimiento a mi admirado, estimado y querido Director de tesis, Profesor Doctor D. **Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ**, sin cuyo apoyo, consejo, orientación, análisis crítico y activa supervisión, este Proyecto de Investigación no habría visto la luz, pues sin duda alguna ha sido el referente cuyo criterio jurídico ha alumbrado mi camino guiándome con su sabio magisterio e inspirándome sin desánimo en la fascinante tarea emprendida.

Cuando el agradecimiento se convierte en dedicatoria obligado resulta, y así debe ser también en este caso, reconocer en el alma sus desvelos a mi abnegada **familia, amigos y allegados**, compañeros todos de excepción en este fantástico viaje que es la vida, de quienes aprendí que es muy importante tener abierta la mente en este proceso de adaptación continua a las variables situaciones que perfilan y modulan nuestro carácter, ir sembrando de afectos nuestros pasos y, en definitiva, intentar, día a día, ser más humano para alcanzar a ser mejor persona.

Y si la dedicatoria de esta Obra se hace todavía más personal e íntima, adquiere nombre propio por naturaleza: a mi única hija, **Aroa**, el mayor palpito que hace latir mi corazón lleno de esperanza y el mejor sueño hecho realidad en forma de regalo que he recibido nunca, para que aprenda siempre a dar antes que a merecer y le sirva de acicate y aliento constante ante la maravillosa aventura que el futuro le brinda.

Muchas gracias a tod@s.

“Las cartas tienen el poder de engrandecer la vida.

Son prueba de motivación y ahondan en el entendimiento.

Demuestran cosas, cambian vidas y reordenan la historia.

Hubo un tiempo en el que el mundo funcionaba gracias al correo.

Las cartas desempeñaban una función de lubricante de la interacción humana y propugnaban la dispersión de ideas.

Fueron canal callado de lo banal y lo valioso: la hora a la que llegaríamos a cenar, el relato de un día fantástico, las más emocionantes alegrías y penas de amor.

En aquel entonces debía de ser impensable un mundo en el que la correspondencia no se valorase, o se desechara sin más.

Un mundo sin cartas sería ciertamente un mundo sin aire que respirar...

Auden lo describió certeramente: lo romántico del correo y de las noticias que trae, las posibilidades transformadoras de la correspondencia.

Sólo la llegada de una carta nos despierta una fe que nunca se agota”.

SIMON GARFIELD (*POSTDATA: Curiosa historia de la correspondencia*)

ÍNDICE

ÍNDICE	9
ÍNDICE ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I.- ORIGEN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA, TEORÍA GENERAL Y CARACTERIZACIÓN LEGAL BÁSICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL	25
1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	26
1.1. CONTEXTO INTERNACIONAL	27
1.1.1. Declaraciones, Convenios y Tratados	27
1.1.2. Derecho Comparado	30
1.2. CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL	32
1.2.1. Derecho Positivo Vigente: Constitución Española 1.978	35
2. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL TÉRMINO COMUNICACIONES	37
3. ELEMENTOS CONCEPTUALES BÁSICOS DEL SECRETO	39
4. CONTENIDO ESENCIAL, ALCANCE Y LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL	43
5. DERECHO AL SECRETO VERSUS DERECHO A LA INTIMIDAD	50
6. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PROTECCIÓN	58
7. ANÁLISIS DEL PROCESO DE COMUNICACIÓN AFECTADO	60
8. TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO	67
9. GARANTÍAS JURÍDICAS	72
10. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	76
CAPÍTULO II.- TRATAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES	81
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	82

2. PREVISIÓN LEGAL Y PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO	85
3. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN PENAL	104
4. AUTO TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2ª), DE 18 DE JUNIO DE 1.992	107
5. INTERVENCIÓN TELECOMUNICACIONES: SISTEMA SITEL	119
5.1. RÉGIMEN LEGAL	120
5.2. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN E INFORMACIÓN APORTADA	127
5.3. SISTEMA DE TRABAJO	129
5.4. VALIDEZ PROBATORIA DATOS SITEL	130
5.5. VOTOS PARTICULARES SSTS 1.215/2.009 Y 316/2.011	136
6. OTROS MECANISMOS DE GEOLOCALIZACIÓN (GOLF, SILC, VERINT 12)	142
7. DISTINCIÓN ENTRE CORRESPONDENCIA Y OTROS ENVÍOS POSTALES	145
8. DETENCIÓN Y APERTURA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA	161
8.1. ARTÍCULO 579 LECrim	163
8.2. HALLAZGOS CASUALES	195
8.3. INTERCEPTACIÓN CORRESPONDENCIA	197
8.4. APERTURA CORRESPONDENCIA	200
8.5. SUPUESTOS DE “ENTREGA VIGILADA” DE ENVÍOS POSTALES	210
8.6. JURISPRUDENCIA: REQUISITOS INTERVENCIÓN	228
9. SUPUESTOS ESPECIALES DE INTERVENCIÓN	231
10. RESOLUCIÓN Y CONTROL JUDICIAL	248
 <i>CAPÍTULO III.- RELEVANCIA SOCIO-ECONÓMICA DEL SECTOR POSTAL EN ESPAÑA Y REGULACIÓN NORMATIVA SECTORIAL</i>	 265
1. DIMENSIÓN ECONÓMICA Y PRINCIPALES MAGNITUDES SECTOR POSTAL	266
1.1. OPERADORES POSTALES EN ESPAÑA	269
1.2. MERCADO POSTAL EUROPEO	271
1.3. ACTIVIDAD DEL SECTOR POSTAL EN ESPAÑA	273
1.3.1. Segmento SPT	276
1.3.2. Segmento CEP	277
1.4. GRADO UTILIZACIÓN RED POSTAL	279
1.5. FIABILIDAD SERVICIOS POSTALES EN ESPAÑA	285

1.5.1. Reclamaciones recibidas por Correos	285
1.5.2. Reclamaciones recibidas por Mº Fomento	287
1.5.3. Resultados grado fiabilidad	290
2. REGULACIÓN SECTORIAL EN ESPAÑA	290
2.1. DIRECTIVAS U.E.	291
2.2. NORMATIVA INTERNACIONAL (U.P.U, U.P.A.E.P, U.I.T)	302
2.3. LEY POSTAL (43/2.010)	306
2.4. REGLAMENTO PRESTACIÓN SERVICIOS POSTALES (R.D. 1.829/1.999)	308
2.5. LOMLECrim (13/2.015)	310
3. EL GRUPO CORREOS	311
3.1. SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.	314
3.1.1. Marco Jurídico y Estatutos Sociales	315
3.1.2. Órganos de Gobierno y Administración	324
3.1.3. Servicio Postal Universal (S.P.U.)	327
3.1.4. Financiación Servicio Postal Universal	331
3.1.5. Indicadores Operativos	337
<i>CAPÍTULO IV.-ANÁLISIS DEL ESTADO DE SITUACIÓN DE LOS FACTORES CLAVE EN LA GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL</i>	341
1. SECRETO E INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA	342
1.1. DEFINICIONES Y CONCEPTOS POSTALES BÁSICOS	343
1.2. OBJETOS PROHIBIDOS	346
1.3. DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS POSTALES	351
1.3.1. Derechos de información, reclamación e indemnización	355
1.4. PROCEDIMIENTO ENVÍOS POSTALES NO ENTREGADOS	367
1.5. REGULACIÓN PENAL SECRETO E INVOLABILIDAD POSTAL Y TELEGRÁFICA	373
2. PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO AL SECRETO COMUNICACIONES	385
2.1. VINCULACIÓN SECRETO CORRESPONDENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS	385
2.2. NORMATIVA ACTUAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	389
2.3. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD)	400
2.4. JURISPRUDENCIA TEDH SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS	401
2.4.1. Caso Barbulescu contra Rumanía	406
2.4.2. Caso López Ribalda y otras contra España	415

2.5. PROTECCIÓN DE DATOS EN CORREOS _____	422
3. COMUNICACIONES Y FEHACIENCIA _____	426
3.1. CONCEPTO _____	426
3.2. REQUISITOS DE LA FEHACIENCIA EN LAS COMUNICACIONES _____	427
3.3. LEGISLACIÓN POSTAL VIGENTE _____	432
3.4. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD LEGAL _____	436
3.4.1. Carta certificada y Fax _____	437
3.4.2. Burofax, Telegrama y otros medios electrónicos certificados _____	439
3.4.3. Notificaciones administrativas en formato papel _____	441
3.4.4. Notificaciones administrativas electrónicas _____	446
3.4.5. COVID-19 y entrega de notificaciones _____	451
3.5. JURISPRUDENCIA Y DERECHO EUROPEO COMPARADO _____	464
<i>CAPÍTULO V.- SÍNTESIS MATERIA OBJETO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN</i> _____	489
1. DELIMITACIÓN JURÍDICA SECRETO COMUNICACIONES POSTALES Y TELEGRÁFICAS _____	490
2. DESCRIPCIÓN PANORÁMICA ACTUAL _____	494
2.1. SERVICIO POSTAL Y TELEGRÁFICO EN ESPAÑA _____	495
2.1.1. Breve referencia histórica _____	498
2.1.2. El Correo _____	501
2.1.3. El Telégrafo _____	508
2.2. PRODUCTOS POSTALES _____	519
2.2.1. Carta _____	522
2.2.2. Tarjeta postal _____	525
2.2.3. Notificación _____	527
2.2.4. Libros, impresos y publicaciones periódicas _____	531
2.2.5. Paquete postal _____	536
2.3. PRODUCTOS TELEMÁTICOS _____	544
2.3.1. Telegrama y Radiotelegrama _____	545
2.3.2. Télex _____	549
2.3.3. Giro _____	550
2.3.4. Burofax _____	553
2.4. INTERNET Y CORREO ELECTRÓNICO _____	555
2.5. REDES SOCIALES _____	560

3. COVID-19: ESTADO DE ALARMA	565
3.1. REAL DECRETO 463/2.020, DE 14 DE MARZO	567
3.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS POSTALES	568
3.3. REAL DECRETO-LEY 10/2.020 (29-03-2.020). SERVICIOS ESENCIALES	570
CONCLUSIONES FINALES	573
BIBLIOGRAFÍA-WEBGRAFÍA	617
APÉNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA	627
1. JURISPRUDENCIA NACIONAL	627
1.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)	627
1.1.1. Sentencia Tribunal Constitucional (STC)	627
1.1.2. Auto Tribunal Constitucional (ATC)	631
1.2. TRIBUNAL SUPREMO (TS)	631
1.2.1. Sentencia Tribunal Supremo (STS)	631
1.2.2. Auto Tribunal Supremo (ATS)	636
1.2.3. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo (TS)	636
2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	637
2.1. TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS (TEDH)	637
2.1.1. Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos (STEDH)	637
2.2. TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA (TJUE)	640
2.2.1. Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea (STJUE)	640
2.3. TRIBUNAL JUSTICIA COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE)	640
2.3.1. Sentencia Tribunal Justicia Comunidades Europeas (STJCE)	640
ANEXO DOCUMENTAL	641
DOCUMENTO Nº 1	642
DOCUMENTO Nº 2	643
DOCUMENTO Nº 3	644
DOCUMENTO Nº 4	645
DOCUMENTO Nº 5	646

ÍNDICE ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
a. C	Antes de Cristo
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line (Línea de Abonado Digital Asimétrica)
a.i.	Ambos inclusive
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
ANR	Autoridades Nacionales de Reglamentación
Art., arts.	Artículo, artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOC	Boletín Oficial de las Cortes
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos
Cc	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española de 1.978
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CEN	Comité Europeo de Normalización
CEP	Correo Exprés y Paquetería
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNI	Centro Nacional de Inteligencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CNSP	Comisión Nacional del Sector Postal
COM	Comisión de las Comunidades Europeas
Cfr.	<i>Confer</i> (Compárese, consulte)
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DAFO	Debilidades, Amenazas, Fortalezas, Oportunidades
d. C.	Después de Cristo
DEG	Derecho Especial de Giro
DGRCC	Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación
DNI	Documento Nacional de Identidad
DO	Diario oficial de las Comunidades Europeas
DOI	Documento Oficial de Identificación
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPD	Delegado de Protección de Datos (o “DPO”: Data Protection Officer)
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua
DSC	Diario de Sesiones de las Cortes
DTSP	Dirección de Transportes y del Sector Postal
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
Ed., ed., eds.	Editorial, Edición, edición, editores
EE.UU.	Estados Unidos de América
ET	Estatuto de los Trabajadores
FGE	Fiscalía General del Estado
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FOM	Fomento
GRECO	Grupo de Respuesta Especial al Crimen Organizado
grs.	Gramos
IMEI	International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional de Equipo Móvil)

IMSI	International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado Móvil)
IP	Internet Protocol (Protocolo de Internet)
ISP	Internet Service Provider (Proveedor de Servicios de Internet)
IVA	Importe sobre el Valor Añadido
JEC	Junta Electoral Central
Km.	Kilómetro
LCNMC	Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOMLECrim	Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPDGDD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992)
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LSP	Ley del Servicio Postal Universal (43/2.010, de 30 de diciembre)
LSPU	Ley del Servicio Postal Universal
MMS	Multimedia Message Service (Servicio de Mensajes Multimedia)
MP	Medio Propio
Nº, nº, núm.	Número, número

OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pág., págs.	Página, páginas
P.D.	Publicidad Directa
PDA	Personal Digital Assistant (Ayudante Personal Digital)
PEE	Prueba de Entrega Electrónica
PIB	Producto Interior Bruto
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PLECrim	Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
PPT	Pliego de Prescripciones Técnicas
RAE	Real Academia Española de la Lengua
Rec., rec., r.	Recurso, recurso
RD	Real Decreto
RGPD	Reglamento (UE) General de Protección de Datos (2.016/679)
RPP	Red Postal Pública
RRSS	Redes Sociales
s.	Siglo
SA	Sociedad Anónima
SAC	Sistema Arbitral de Consumo
Secc.	Sección
SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
SIDH	Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos
SITEL	Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones
SME	Sociedad Mercantil Estatal
SMS	Short Message Service (Servicio de Mensajes Cortos)
SPT	Sector Postal Tradicional
SPU	Servicio Postal Universal
SS., ss.	Siguientes, siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos
STJCE	Sentencia Tribunal Justicia Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea

STS	Sentencia Tribunal Supremo
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo Derechos Humanos
TFUE	Tratado Funcionamiento Unión Europea
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJCE	Tribunal Justicia Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal Justicia Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado Unión Europea
UCD	Unión de Centro Democrático
UE	Unión Europea
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UPAEP	Unión Postal de las Américas, España y Portugal
UPU	Unión Postal Universal

INTRODUCCIÓN

La aproximación al estudio sistemático de un determinado y concreto Derecho *Fundamental* tiene como referencia básica el concepto nuclear inicial de los Derechos Humanos *-inequívoco y coherente punto de partida, como no podría ser de otra manera-*.

Pérez Luño¹ define los Derechos Humanos como "(...) un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".

Partiendo de esta definición, se desprenden los tres valores fundamentales que han actuado siempre como motores en la reivindicación de los Derechos Humanos: la dignidad, la libertad y la igualdad.

De este modo, surge la necesidad de positivación de estos tres principios o valores esenciales de la Humanidad, así como también de todos aquellos que se deriven o tomen raíz de los mismos.

Y, especialmente desde mediados del siglo pasado, estos Derechos han adquirido una trascendental relevancia al ser introducidos paulatina y efectivamente en las Constituciones de la mayoría de los Estados de nuestro entorno más próximo, formando parte de esta forma del Derecho positivo y siendo reconocidos también por un alto número de instituciones y organizaciones internacionales.

Es más, el propio TC reconoce expresamente que los Derechos *Fundamentales* *"son especialmente protegidos, por su mayor valor"*², además de *"por ser componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico, y por sus notas de permanencia e imprescriptibilidad"*³.

Una vez delimitado *-aunque sea mínimamente-* el concepto básico de Derecho *Fundamental* y, centrándonos estrictamente en la Constitución Española

¹ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 2.010, pág. 50.

² STC 66/1.985, de 23 de mayo.

³ STC 7/1.983, de 14 de febrero.

de 1.978 (en adelante, CE), conviene recordar que están situados en la Sección 1ª (“*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”) del Capítulo Segundo (“*Derechos y libertades*”) del Título I (“*De los derechos y deberes fundamentales*”), disfrutando igualmente de las garantías dimanantes del art. 53 del propio texto constitucional citado.

Entre todos ellos, destaca e interesa el art. 18.3 que “*garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”.

El argumento o razón fundamental de la elección de este tema en concreto para la realización del Trabajo de Investigación de Doctorado, es intentar ofrecer una descripción panorámica amplia del estado de situación actual de la materia, siguiendo su evolución histórica a través del constitucionalismo español y abordando la misión de aportar al estudio genérico de las comunicaciones y específico de las telefónicas *-reiterada y profusamente analizadas ya, tanto por la doctrina especializada como por la jurisprudencia-*, una especial consideración al Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones postales y telegráficas en España, sometidas también al incesante avance de las nuevas tecnologías y progresos técnicos.

En definitiva, se acomete la labor central de ir desde lo más general a lo más específico y singular, hasta llegar justamente a focalizar y poner especial atención en el tratamiento actual del derecho al *secreto* de las comunicaciones postales y telegráficas, dando cuenta detallada de su regulación jurídica sectorial.

Así, el objetivo principal de este Trabajo, es llevar a cabo un análisis global del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones en España y, muy particularmente, de las postales y telegráficas.

Y esto se aborda desde una múltiple perspectiva metodológica:

1. En primer término, se realiza una revisión histórica de este Derecho *Fundamental* a lo largo y ancho tanto del ámbito internacional (a través del D. Comparado, Declaraciones, Convenios y Tratados) cuanto del constitucionalismo español, intentando así contextualizar suficientemente su diferente evolución y desarrollo, en función de las cambiantes

circunstancias espacio-temporales concurrentes en cada momento.

2. En un segundo estadio o fase *-protagonizado sustancialmente por el análisis doctrinal de la Teoría General sobre la caracterización básica y los principales rasgos distintivos que singularizan específicamente al derecho al secreto de las comunicaciones-*, se acomete directamente la tarea central de delimitar conceptualmente su alcance, contenido esencial actual, ámbito de protección (formal y material), titularidad y ejercicio del Derecho *Fundamental*, su desarrollo legal y tratamiento jurisprudencial, la regulación de la intervención de las comunicaciones, estableciendo asimismo las garantías y acotando los límites para su legítimo ejercicio.

3. Seguidamente, se procede a dimensionar la relevante magnitud socio-económica del Sector Postal en España y, dado que hasta la plena liberalización del mercado de los Servicios Postales en nuestro país (1 de enero de 2.011) ha recaído su prestación *-y actualmente así continúa siendo aún para el Servicio Postal Universal (SPU)-* en el operador público Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., se analiza toda la normativa sectorial de desarrollo sobre la materia (Unión Postal Universal *-UPU-*, Directivas Comunitarias, Ley Postal, Reglamento de Prestación de los Servicios Postales, LOMLECrim,...) para comprobar y verificar su grado efectivo de cumplimiento, así como su adecuación al mandato constitucionalmente establecido al efecto ex art. 18.3 CE, actualmente vigente.

4. Finalmente, tomando como referencia la imagen del estado de situación actual de los factores clave que articulan y garantizan la efectiva protección y tutela del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, se aspira a sintetizar toda la materia objeto de estudio e investigación hasta llegar a perfilar y presentar una proyección descriptiva lo más definida, ajustada y aproximada posible a la realidad de la misma.

En suma, pues, con todo ello se pretende aportar criterios tangibles y concretos a tener en consideración para realizar una delimitación precisa del contenido de la garantía constitucional de *secreto* de las comunicaciones, dado que su razón de ser se encuentra en la necesidad de dotar de una especial protección a determinados sistemas de comunicación que presentan una especial vulnerabilidad frente a ataques a la confidencialidad de las mismas.

Y, partiendo de esta premisa inicial, se examinan a continuación básicamente las

tres cuestiones principales siguientes, tratando de darles cumplida respuesta:

a) A qué medios y/o procedimientos de comunicación es aplicable la garantía constitucional proclamada en el art. 18.3.

b) A qué aspectos concretos del proceso de comunicación se extiende la protección del Derecho al *secreto*, y

c) A qué clase de injerencias o intromisiones que sí afectan a la garantía que nos ocupa se refiere el precepto constitucional aludido y qué otras quedan al margen del mismo, aun pudiendo atentar contra otros Derechos *Fundamentales*, igualmente protegidos (especialmente, el Derecho *Fundamental* a la intimidad personal -*ex art. 18.1 CE*-).

Por último, se incluye un apartado final dedicado a resaltar las conclusiones más relevantes extraídas de cada cuestión inicialmente planteada, intentando aportar nuevas ideas, visiones e impresiones surgidas tras el proceso previo de investigación practicado, además de incorporar sugerencias y alternativas a problemas suscitados que puedan servir para lograr alcanzar como meta a futuro expectativas de mejora en la regulación sectorial que garanticen efectivamente en España el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones -*y, en especial, de las postales y telegráficas*-.

**CAPÍTULO I.- ORIGEN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA, TEORÍA GENERAL Y
CARACTERIZACIÓN LEGAL BÁSICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Aunque el vertiginoso avance de las comunicaciones a través de medios y progresos técnicos que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos tiempos es un fenómeno relativamente reciente (telefonía móvil, videoconferencias, correo electrónico, redes sociales e Internet,...), hay que señalar que a lo largo de la historia han existido otras muchas formas de entablar relación entre personas distantes. Y, de todos ellos, cabe decir que el más tradicional y utilizado hasta bien entrado el siglo XIX *-en que aparecieron, primero el Telégrafo y después el Teléfono-* ha sido, sin duda alguna, el correo, ejemplo paradigmático singular del fenómeno social global de la comunicación humana.

Así, las fuentes romanísticas hablan ya de la presencia de intercambios postales e, incluso, describen con detalle la actividad que vulneraba su privacidad. Esto es, pues, la “*perlustración*” o indagación y lectura de los contenidos de las misivas epistolares por parte de agentes oficiales⁴. Es, sin embargo, al comienzo de la Edad Contemporánea cuando por primera vez el derecho al *secreto* de las comunicaciones que consagra el art. 18.3 CE, actualmente vigente, fue reconocido como tal en un Decreto de 10 de agosto de 1.790 por la Asamblea Nacional Francesa, según el cual “*le secret de les lettres est inviolable*”, configurándose así la correspondencia como inviolable y suprimiéndose los denominados *cabinets noirs -oficinas encargadas de investigar y controlar de forma sistemática y secreta la correspondencia-*, que suponía una práctica de intervención gubernativa del correo institucionalizada en Francia por Luis XIII y el Cardenal Richelieu⁵.

Por tanto, la protección inicialmente proclamada concernía entonces exclusivamente a la correspondencia escrita⁶, apreciándose esto claramente en las constituciones decimonónicas, que se centran principalmente en la protección de las comunicaciones a través del correo y, todo lo más, en aquéllas que en los respectivos momentos históricos cabía considerar análogas sin proclamar, por tanto, con carácter

⁴ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Revista Parlamento y Constitución*, Anuario N° 2, Toledo, 1.998, pág. 171.

⁵ REBOLLO DELGADO, I.: “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, Madrid, 2.000, pág. 356.

⁶ Sobre los antecedentes históricos del derecho al secreto de las comunicaciones cabe citar, entre otros, a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *Secreto e Intervención de las Comunicaciones en Internet*, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 2.004, págs. 83 y ss., así como a ALONSO PÉREZ, F.: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2.001, págs. 17 y ss.

general el *secreto* de todas las comunicaciones interpersonales.

Así, pues y, como bien indica Vegas Torres⁷, atendiendo a su origen histórico, la garantía que nos ocupa nace vinculada únicamente a las comunicaciones postales, y suele situarse en la Revolución Francesa, como reacción frente a su interceptación sistemática practicada por los monarcas absolutistas. Lo cierto es que, al parecer y, según argumenta este autor, el *secreto* de la correspondencia no fue respetado ni por los propios gobernantes del período revolucionario ni, posteriormente, tampoco por Napoleón, que estableció de nuevo la intervención de la correspondencia, situación que se mantuvo inalterada hasta el final del Segundo Imperio.

En síntesis, pues, podemos considerar a las comunicaciones postales como la primera manifestación histórica de una comunicación realizada a distancia entre sujetos que generalmente se encuentran en localizaciones físicas o geográficas diferentes y que, a través de un medio técnico externo a ellos, facilita la materialización del contacto entre ambos en forma de comunicación escrita.

1.1. CONTEXTO INTERNACIONAL

El *secreto* de las comunicaciones es un derecho universalmente aceptado - *fundamentalmente, por la generalización a nivel global de los Derechos Humanos tras la 2ª Guerra Mundial*- y, para resaltar su auténtica naturaleza así como para remarcar su trascendencia y contextualizar adecuadamente la materia objeto de estudio, vamos a proceder a continuación a repasar las principales Declaraciones, Convenios y/o Tratados internacionales donde el mismo ha sido expresamente reconocido. Y, posteriormente, acudiremos al Derecho comparado para ilustrar someramente el estado de situación y regulación jurídica de este Derecho *Fundamental* en otros países relevantes de nuestro entorno.

1.1.1. Declaraciones, Convenios y Tratados

En primer lugar, el derecho al *secreto* de las comunicaciones encuentra reconocimiento internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),

⁷ VEGAS TORRES, J.: "Sobre el alcance del secreto de las comunicaciones", publicado en C. HERMIDA y J.A. SANTOS (Coord.), *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Departamento de Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2.015, pág. 1.609 y ss. (hasta pág.-1.626).

de 10 de diciembre de 1.948 (art. 12⁸), aprobada por la Resolución 217 (III) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

Asimismo, el art. 8⁹ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en el seno del Consejo de Europa (CE) en Roma el 04.11.1950, proclama el derecho de toda persona al respeto de su vida privada, familiar y también de su correspondencia, estableciendo al respecto límites estrictos a la autoridad pública para evitar injerencias y garantizar de esta manera su ejercicio efectivo.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, de Nueva York, de 16.12.1966, en su art. 17¹⁰, se refiere a este derecho casi en idénticos términos a los empleados por la DUDH anteriormente mencionada, añadiendo únicamente en su apartado nº 1 el adjetivo “*illegales*” tanto a las injerencias *-que ya no aparecen aquí solamente proscritas las “arbitrarias”-* a través de la disyunción inclusiva “o” como a los ataques, destacando así la necesidad de que la intervención gubernativa, de producirse ésta, debe ser siempre y en todo caso también conforme a la Ley.

Y, si bien estos textos se refieren a la “*correspondencia*”, en su sentido más amplio posible, ello debe entenderse equiparable a “*comunicaciones*”.

Por su parte, finalmente y, dentro del Título II. “Libertades”, el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹ (CDFUE) *-luego incorporada a la Constitución Europea como art. II-67-*, afirma, en términos similares, que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.

⁸ El art. 12 de la DUDH establece que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ataques o injerencias”.

⁹ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁰ “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”.

¹¹ Estrasburgo (12.XII.2007); publicada en el DOUE, nº C-303, de 14.XII.2007; y en vigor desde el 1 de diciembre de 2.009.

En definitiva, pues, estos Convenios y Tratados internacionales sobre derechos y libertades suscritos por España se deben tomar en consideración por parte de los órganos encargados de su aplicación utilizando para ello la interpretación jurídica indicada por la misma Constitución en el art. 10.2 cuando señala que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Igualmente, el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) proclama el *secreto* de las comunicaciones. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) -*Bogotá, 30 de abril de 1.948*-, en su art. X¹², mantiene una redacción muy similar a la anteriormente expuesta en la DUDH y en el PIDCP, si bien en lugar de contener la expresión “injerencias arbitrarias”, se decanta por la inviolabilidad de la *correspondencia* y el derecho a permitir su circulación. De la interpretación literal de dicho precepto, puede desprenderse que no solamente se protege la comunicación ya establecida, sino que también queda bajo el amparo del derecho al *secreto* la detención arbitraria de la misma. De otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) -*San José, 1.969*-, en su art. 11.2¹³, recoge este derecho mediante una redacción análoga a las normas de ámbito universal.

Hay que recordar que, en caso de vulneración de este Derecho *Fundamental*, los titulares del mismo -*voluntariamente tras agotar preceptiva y previamente siempre el sistema de recursos internos propio de cada uno de los Estados en que la presunta infracción se hubiese producido*-, pueden dirigirse en defensa del mismo a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), según corresponda por su concreto ámbito de actuación (universal o regional).

Por último, señalar que en la Carta Africana sobre los Derechos del Hombre y de los Pueblos (CADHP), aprobada en Nairobi el 27 de julio de 1.981, no aparece expresamente declarado el derecho al *secreto* de las comunicaciones.

¹² “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

¹³ “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

1.1.2. Derecho Comparado

El derecho al *secreto* de las comunicaciones se contempla también en otros textos constitucionales de nuestro entorno, si bien con distintas matizaciones.

Y, entre ellos, destaca lo recogido en el art. 10¹⁴ de la Ley Fundamental de Bonn de 1.949 (Alemania), que declara la inviolabilidad de las telecomunicaciones, comunicaciones postales y correspondencia (diferenciando así claramente las cartas de otros envíos postales). En efecto, la Ley Fundamental para la República federal de Alemania, de 23 de mayo de 1.949, cuyo título original era *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, recoge en varios preceptos la mención expresa al servicio postal y, concretamente, en los arts. 10, 87.f) y 143.b)¹⁵.

Otro ejemplo más de ello es el art. 15 de la Constitución italiana de 1.947, que afirma que *“La libertad y el secreto de la correspondencia, o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley”*.

En Francia, la violación de la privacidad de la *correspondencia* está tipificada en el Código Penal (arts. 226-15 y 432-9), tratándose su interceptación en los arts. 100 a 100-7 del Código Procesal Penal. Asimismo, el Código Postal y de Telecomunicaciones contempla dicha materia en su artículo L 33-1.

El derecho al *secreto* de las comunicaciones es reconocido a nivel constitucional en otros muchos países europeos. Así y, entre ellos, cabe citar el art. 13 de la Constitución holandesa; el art. 22 de la Constitución belga; o el art. 34 de la portuguesa de 1.976 que, en su apartado número 1, expresa que *“serán inviolables el domicilio y el secreto de la correspondencia y demás medios de comunicación privada”*.

Por otro lado, la situación en EE.UU. dista bastante de la existente en esta materia

¹⁴ “1) Son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones; 2) Las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una Ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado, la Ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular”.

¹⁵ Previsiones que pueden verse con mayor detenimiento en RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M.: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Editorial Ariel, 1.997, págs. 3-42.

en el contexto europeo, toda vez que el derecho al *secreto* de las comunicaciones no es tratado como Derecho independiente en su Constitución Federal, sino como un aspecto más del derecho a la intimidad¹⁶. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha realizado desde principios del siglo XX una intensa labor de interpretación de diversas Enmiendas de su Constitución, hasta el punto de llegar a reconocer que este Derecho se halla ínsito en la IV Enmienda de la misma¹⁷. No obstante, el estudio específico de la interceptación de las comunicaciones en el ordenamiento norteamericano requiere examinar dos Sentencias clave de su Tribunal Supremo: *Katz versus United States*¹⁸, y *Berger versus New York*¹⁹ -*ambas de 1.967*-, ampliando el alcance constitucional referido (especialmente, en la resolución del primer asunto citado). Aunque y, según mantienen Israel, Kamisar y King²⁰, desde entonces el Alto Tribunal estadounidense ha adoptado una posición más limitada respecto a cuándo debe considerarse justificada una pretendida expectativa de intimidad.

En esta misma línea, Saldaña Díaz²¹ expone que “(...) en *Berger v. New York*, el Tribunal declaró inconstitucional, por violación de la Cuarta Enmienda una ley de Nueva York que autorizaba la grabación secreta de comunicaciones por agentes encubiertos por períodos de hasta sesenta días, afirmando que las conversaciones estaban protegidas por la Cuarta Enmienda y que el uso de artefactos electrónicos para incautarlas no determina que fuesen registros constitucionalmente admisibles”, sosteniendo que “con todo, hasta finales de 1.967 el Tribunal Supremo no admitió definitivamente la interpretación de la Cuarta Enmienda defendida por Brandeis (...). Charles Katz fue detenido por las autoridades federales en Los Ángeles tras el registro de las conversaciones de sus actividades ilegales por un mecanismo de escucha electrónico acoplado al exterior de una cabina de teléfono. Abandonando su enfoque de la invasión material, el Tribunal afirmó en

¹⁶ Un análisis detallado del ordenamiento jurídico de Estados Unidos en esta materia, puede consultarse en RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1.998, págs. 20 a 22 y 33 a 39.

¹⁷ La IV Enmienda de la Constitución Federal de EE.UU. había sido interpretada tradicionalmente en el sentido de que el bien jurídico protegido era el derecho a la propiedad privada, si bien prescribe literalmente lo siguiente: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, arrestos y embargos irrazonables, ni se librárá al respecto ningún mandamiento sin probabilidad fundada, apoyado por juramento o declaración formal, y sin descripción minuciosa del lugar a registrar y de las personas o cosas que deban ser arrestadas o embargadas”.

¹⁸ 389 U.S. 347, 351 (1.967).

¹⁹ 388 U.S. 41 (1.967).

²⁰ ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y., y KING, N.J.: *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.012, págs. 173 y ss.

²¹ SALDAÑA DÍAZ, M^a N.: “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 28, 2.011, pág. 287.

Katz v. United States que el espionaje electrónico constituye *registro* en el sentido de la Cuarta Enmienda, cuyo propósito es proteger a las personas y no simplemente los lugares, amparando constitucionalmente la privacidad en el marco de la Cuarta Enmienda...”, y explicando²² que “(...) basándose en la opinión mayoritaria del Tribunal, el Juez Harlan ofreció en su voto concurrente la noción de *expectativa razonable de privacidad*, según la cual sólo existe una zona de privacidad garantizada por la Cuarta Enmienda si la persona ha actuado conforme a una real expectativa de privacidad y si tal expectativa la sociedad está preparada para reconocerla como *razonable*”, manifestando finalmente que “desde entonces, en la extensa jurisprudencia del Alto Tribunal se ha reconocido una expectativa razonable de privacidad en diversos ámbitos y con distintas gradaciones (...)”.

Ya, por último y, en el ámbito latino-americano, es conveniente mencionar como advierte Cámara Arroyo²³ que el derecho al *secreto* de las comunicaciones se establece como Derecho *Fundamental* en casi todas las Constituciones de los Estados iberoamericanos. Así, entre otras, destacamos las siguientes: el art. 15 de la Constitución colombiana (1.991); el art. 18 de la Constitución argentina (1.994); el art. 48 de la Constitución venezolana (1.999); Bolivia, 2.009 (art. 25); Brasil, 1.988 (art. 5.XII); Costa Rica, 1.949 (art. 24); Cuba, 2.019 (art. 57); Chile, 1.980 (art. 19.5); Ecuador, 2.008 (art. 66.21); El Salvador, 1.983 (art. 24); Guatemala, 1.985 (art. 24); Honduras, 1.982 (art. 100); Nicaragua, 2.014 (art. 26.4); Panamá, 2.004 (art. 29); Paraguay, 1.992 (art. 36); Perú, 1.993 (art. 2.10); Puerto Rico, 1.952 (art. 2.10); República Dominicana, 2.010 (art. 44.3); Uruguay, 1.967 (art. 28); y cabe reseñar, finalmente, que en México fue la reforma de 1.966 de su Constitución Política de 1.917 la que consagró en el país azteca el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 16).

1.2. CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO ESPAÑOL

Una vez revisado, aunque haya sido sucintamente, el panorama general más destacado del Derecho comparado existente sobre la materia tratada, corresponde ahora abordar el estudio evolutivo del derecho al *secreto* de las comunicaciones en la historia reciente del constitucionalismo español.

²² *Ibidem*, págs. 287-288.

²³ CÁMARA ARROYO, S.: “Secreto de las Comunicaciones”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 2.012, págs. 1-14.
http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/21

En toda la historia de nuestro constitucionalismo, incluido también el Estatuto de Bayona de 1.808, cuya naturaleza jurídica es la de una auténtica “*Carta otorgada*” y, desde la primera Constitución Española propiamente dicha (Constitución de Cádiz, de 1.812), pasando por las Constituciones de 1.837, de 1.845 y la no promulgada o “*Non nata*” de 1.856 y, hasta la promulgación de la Constitución Española de 1.869, no hay precedente alguno relativo al derecho al *secreto* de las comunicaciones.

Como venimos anunciando y, entre las Constituciones históricas de España, la primera en que aparece expresamente reconocido y consagrado el derecho al *secreto* de las comunicaciones es la Constitución de 1.869, cuyo art. 7 prescribe que “*En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica*”. Y, en su segundo párrafo, advierte: “*Pero en virtud de auto de juez competente podrán detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por correo*”.

Obsérvese, así pues, que se prohíbe a las autoridades gubernativas la “*detención y apertura*” de la correspondencia confiada al correo (esto es, la escrita), así como también la “*detención*” de la telegráfica (o retransmitida por “*cabla*”). Señalando el mismo artículo, no obstante que, con autorización de un juez competente podrán intervenir ambos medios de comunicación, pudiendo revelarse asimismo su contenido en presencia del destinatario que estuviere procesado.

Por otra parte, el art. 8 del mismo cuerpo legal, en su primer párrafo, proclama: “*Todo auto de prisión, de registro de morada, o de detención de la correspondencia escrita o telegráfica, será motivado*”. Es muy relevante llegados a este extremo poner el acento en que la correspondencia que queda literalmente salvaguardada y garantizada constitucionalmente, salvo intervención gubernativa autorizada por auto judicial motivado, es única y exclusivamente la “*(...) confiada al correo*”, entendiendo aquí que se trata del Servicio Público Oficial de Correos -*que por entonces seguía operando como un monopolio estatal*-, no así cualquier otra posible modalidad de correspondencia escrita existente y/o conocida (privada, particular,...).

En síntesis, pues, podemos concluir que en la Constitución Española de 1.869 la intervención de las comunicaciones (postales y telegráficas, por ser éstas las principales -*derivadas del nivel de avance tecnológico y conocimiento propios de la época*-), expresamente manifiesta que requiere la pertinente autorización judicial debidamente

motivada. Y, definitivamente, el derecho al *secreto* de las comunicaciones se consagró en esta Constitución y, a partir de entonces ha estado presente ininterrumpidamente *-aunque con diferentes matices-* en todos los textos constitucionales promulgados en España posteriormente.

Aun manteniendo en esencia la regulación antecedente, sin embargo la Constitución Española de 1.876 resulta algo parca y restrictiva formalmente hablando en lo que se refiere a la garantía constitucional proclamada más lacónicamente, prohibiendo en el art. 7²⁴ solamente la detención y apertura de la correspondencia *-nada dice al respecto de la comunicación telegráfica-*, y exigiendo que el auto judicial que disponga su intervención sea igualmente motivado (art. 8).

Si bien es cierto que el proyecto constitucional de 6 de julio de 1.929 hablaba también tan sólo y con carácter restrictivo de las comunicaciones escritas, únicas garantizadas, finalmente la propia Constitución Española de 1.931, en su art. 32, consagró la inviolabilidad de la *correspondencia* de manera genérica y completamente abierta. Al decir, *“(...) en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario”* y, debido al rápido auge y desarrollo de todo tipo de comunicaciones ya en pleno siglo XX, se pretendió garantizar la *correspondencia* en su ámbito más extenso y amplio posible. Y, aunque nada se dice tampoco expresa y formalmente sobre la necesidad de motivación de la resolución judicial, sí se produce de modo implícito, pues se alude a *“auto judicial”*, que se caracteriza porque no resolviendo sobre el fondo de la causa, afecta a la misma o a sus resultados y, al poder originar algún gravamen a las partes, es indispensable que esté fundamentado, al objeto de que los posibles perjudicados puedan emplear en su defensa los recursos procedentes.

Anteriormente a la vigente CE y, tras la Guerra Civil *-durante el régimen franquista-*, el derecho al *secreto* de las comunicaciones se había regulado únicamente con normativa de rango inferior, como en el Fuero de los Españoles, de 1.945 que, en su artículo 13, proclama: *“Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia”*, aunque nada dice en absoluto sobre la necesidad de resolución judicial como requisito para proceder a la interceptación de la *correspondencia*. Sin embargo, cabe observar que es en esta norma preconstitucional donde por primera vez se hace referencia explícita tanto al derecho (al *secreto*) cuanto a la libertad de las comunicaciones.

²⁴ “No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”.

1.2.1. Derecho Positivo Vigente: Constitución Española 1.978

El actual art. 18.3²⁵ CE es formal y sustancialmente igual al proclamado en la Constitución de 1.931 (art. 32), añadiendo solamente: “(...) y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”, constituyendo así una enumeración simplemente ejemplificativa o de “*numerus apertus*”, enunciando los medios de comunicación comúnmente generalizados en 1.978, advirtiéndose así como una cláusula eminentemente abierta que debe ser interpretada de la forma más amplia y flexible posible.

Además, el Derecho *Fundamental* al *secreto* se incardina directamente en el concepto básico de inviolabilidad de las comunicaciones. Por ello mismo, no se ampara en este artículo el contenido de la comunicación frente al interlocutor y/o interlocutores en el proceso comunicativo establecido al efecto (cuya garantía constitucional se residencia fundamentalmente en el art. 18.1 del mismo texto legal, que tutela el derecho a la intimidad). Así, pues, la obligación de *secreto* o reserva se materializa siempre y en todo caso únicamente frente a terceros ajenos a la propia comunicación, y sin intervención alguna. Puede decirse, por tanto, que este Derecho *Fundamental* se configura en un doble sentido:

- Por una parte, comprende el derecho a comunicarse libremente, es decir, a utilizar los medios técnicos de comunicación sin limitaciones.
- Y, por otro lado, se extiende también al contenido de lo comunicado, cualquiera que fuese, esto es, independientemente que éste sea de carácter personal, profesional o simplemente irrelevante y banal, afectando a otros aspectos de la comunicación considerada, como la identidad subjetiva de los intervinientes en la misma.

Y, aunque este artículo únicamente habla expresamente de “*secreto*”, la jurisprudencia constitucional considera que, si bien explícitamente se garantiza el *secreto* de las comunicaciones, implícitamente se protege también la libertad de las mismas²⁶.

La doctrina entiende mayoritariamente que se trata de un Derecho *Fundamental* autónomo, aunque reconociendo asimismo que se integra en un artículo que garantiza la

²⁵ “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

²⁶ Entre otras, la relevante STC 114/1.984, de 29 de noviembre, en su FJ 7, establece: “(...) El derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto (...)”.

intimidad personal y familiar u órbita privada del individuo entendida en sentido amplio, si bien aprecia al mismo tiempo que este derecho sintetiza dos de los principios declarados en el apartado 1 del artículo 10 de la CE: la dignidad de la persona y la afirmación del libre desarrollo de la personalidad como “*fundamento del orden público y de la paz social*”²⁷, siendo la comunicación esencia de la dignidad humana.

Es interesante hacer referencia también a la fase de elaboración y aprobación de la CE y, concretamente, en cuanto atañe al art. 18.3 de la misma, con especial atención a la forma que debía revestir la preceptiva resolución judicial que acordase y autorizase la subsiguiente intervención de las comunicaciones.

El Anteproyecto de Constitución fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes (BOC) nº 44²⁸, de 5 de enero de 1.978, junto con los votos particulares de los ponentes, estableciendo respecto del derecho al secreto de las comunicaciones: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandato judicial”. Más tarde, el Informe de la Ponencia (BOC nº 82, de 17 de abril de 1.978)), recogió las enmiendas que se presentaron sobre el Anteproyecto de Constitución, modificando el art. 18.3 únicamente al sustituir la expresión de mandato judicial por “mandamiento judicial”, quedando provisionalmente así: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandamiento judicial”. Y, por último, cabe indicar que una de las enmiendas que se propusieron al art. 18.3 CE fue la inclusión de la cláusula “..., salvo resolución judicial motivada”, presentada por el Grupo de Minoría Catalana (nº 116), por el Grupo Mixto (nº 470) y por el Grupo Socialista del Congreso de los Diputados (nº 339), propuesta rechazada por haber sido aceptada por mayoría la enmienda nº 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático (UCD), dándose así su redacción definitiva en el sentido de la fórmula finalmente empleada: “..., salvo resolución judicial”.

El Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados, las enmiendas, así como los distintos votos particulares emitidos, fueron publicados en el BOC nº 121, de 1 de julio de 1.978. El Pleno del Congreso debatió el Dictamen durante 12 sesiones a lo largo del mes de julio, siendo aprobado el texto el 21 de julio de 1.978, publicado en el BOC, núm.

²⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, mayo-agosto 1.987, pág. 39.

²⁸ Página Web del Congreso de los Diputados:

www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/BOGC/BOC_082.PDF.

135, de 24 de julio y, posteriormente, remitido al Senado. Este Dictamen de la Comisión dio la redacción definitiva al actual art. 18.3 CE²⁹, en el sentido de recoger ya la fórmula “salvo resolución judicial”, y aprobándose al igual que los arts. 16 y 17 CE por 309 votos a favor, ninguno en contra, y una abstención.

Así, pues, el art. 18.3 de la CE exige resolución judicial para que sea admisible el sacrificio del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones. En todo caso y, pese a omitir también que la resolución judicial que permita la intervención de las comunicaciones sea motivada, la jurisprudencia reiterada en la materia del TC ha consolidado de manera indubitada la exigencia constitucional ineludible de motivación judicial como garantía esencial del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones en España³⁰.

Asimismo, el Título VIII. “De la organización territorial del Estado”, Capítulo Tercero. “De las Comunidades Autónomas”, art. 149.1. CE, dispone que “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

-21ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; *correos y telecomunicaciones*; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

(...)”.

2. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL TÉRMINO COMUNICACIONES

Es necesario delimitar correctamente el significado del término *comunicaciones* empleado en la configuración del Derecho *Fundamental*, pues de ello depende en gran medida la extensión de la garantía constitucional establecida respecto de la inviolabilidad de las mismas por su especial vulnerabilidad, en aras de amparar y proteger adecuadamente su confidencialidad.

²⁹ Fue en la Sesión Plenaria del Congreso nº 35, que se celebró el 07.07.1978, donde se dio la redacción definitiva al art. 18.3 CE, eliminándose el importante requisito de motivación.

³⁰ Entre otras, STC 62/1.982, de 15 de octubre: “(...) 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”.

Una adecuada y completa interpretación de las normas jurídicas *-incluida también la Norma Fundamental o Constitución, como no podría ser de otra manera-*, exige poner en relación su tenor literal con otros elementos relevantes como el contenido, los antecedentes históricos y legislativos, así como la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. La CE, en su art. 18.3, no precisa ni define el sentido constitucional del término *comunicaciones* empleado en el mismo. Y, en este sentido, Martín Morales³¹ defiende que “esta falta de definición no es reprochable a una defectuosa regulación, pues no es menester de constituciones dar definiciones”.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) *-en su 23ª edición: Madrid, Espasa, 2.014-* la palabra “*comunicación*” contiene actualmente 9 acepciones, siendo la primera de ellas: “acción y efecto de comunicar o comunicarse”, es decir, “hacer a una persona partícipe de lo que se tiene”, “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”, o “conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito”; la segunda: “trato, correspondencia entre dos o más personas”; y la tercera: “transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor”, las que mejor parecen adaptarse a su específica consideración jurídica. Así y, en términos generales, podemos decir que la comunicación es un medio de conexión o de unión entre personas para transmitir o intercambiar mensajes.

Jiménez Campo³² establece tres consideraciones del concepto constitucional *comunicaciones* para determinar el elemento material del objeto de este derecho:

Primera.- Afirma el autor de referencia que “la comunicación constitucionalmente relevante es, en primer lugar, un proceso, esto es, un procedimiento de relación significativa 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...”.

Segunda.- La comunicación “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...”.

³¹ MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Ed. Civitas, 1.995, pág. 44.

³² JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, 1.987, págs. 42 y siguientes.

Tercera.- Para Jiménez Campo “sólo es comunicación...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”.

En suma, pues, se excluyen de la protección del art. 18.3 las conversaciones realizadas de forma directa o en persona, esto es, sin la intermediación de algún elemento técnico, que tienen su salvaguarda y garantía constitucional a través del art. 18.1 de este cuerpo normativo (*Derecho Fundamental* a la intimidad).

Y, siguiendo la exposición precedente, Rebollo Delgado³³ fija en 4 los elementos esenciales de toda comunicación, a saber:

1. Un comunicador o emisor,
2. Un interlocutor o receptor,
3. Un medio a través del cual se realiza la comunicación y, por último,
4. El contenido de ésta, que denominamos mensaje y que, en ocasiones, comprende en su significado los cuatro elementos mencionados.

Concluyendo el autor citado que “lo que el derecho protege es en su conjunto el proceso de comunicación...”.

3. ELEMENTOS CONCEPTUALES BÁSICOS DEL SECRETO

“La pretensión del hombre de conocer las comunicaciones de otra u otras personas, ya sea íntimo o no el mensaje, ha existido siempre”³⁴. Al *secreto* se ha hecho referencia expresa ya en el presente Trabajo al tratar la noción constitucional de *comunicaciones*, siendo objeto así también de innumerables estudios tanto a nivel doctrinal cuanto jurisprudencial sobre la materia, aunque bien es cierto que en mayor medida en el ámbito más específico de las comunicaciones telefónicas.

³³ REBOLLO DELGADO, I.: “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2.000, pág. 358.

³⁴ REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Ed. Dykinson, 2.000, pág. 199.

Rebollo Delgado³⁵ mantiene que "(...) de la significación que demos a la palabra secreto, depende de forma directa el concepto y fundamentación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones", erigiéndose así el *secreto*, por tanto y, para este autor, como elemento esencial del Derecho *Fundamental* contenido en el art. 18.3 CE.

Etimológicamente hablando, el vocablo *secreto* proviene del latín "secretus", participio pasado de "secernere", que quiere decir agregar. Esto es, pues y, de acuerdo a su origen lingüístico, *secreto* sería lo que permanece aparte. Por otro lado, la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) dice que *secreto* es "cosa que cuidadosamente se tiene reservada u oculta". Y, efectivamente, el uso o significado más común y coloquial de la palabra *secreto* hace alusión a aquello que se mantiene reservado o escondido. Asimismo, en el sentido jurídico-penal la reserva y/o el ocultamiento constituyen, por sí mismos, la característica esencial del término *secreto*. Además, el concepto de *secreto* es muy amplio, pues cabría distinguir *-al menos-* entre *secreto* público, privado y profesional, con sus correspondientes y respectivos contenidos, alcances y sujetos afectados.

No obstante ello, aquí vamos a centrarnos en el análisis de *secreto* en el contexto de las comunicaciones en general y, especial y particularmente, en las postales y telegráficas, materia objeto específico de nuestro estudio. Es decir, se va a proceder a realizar una descripción lo más ajustada y detallada posible de la interpretación hermenéutica relativa a la noción de *secreto* prevista y contenida en el art. 18.3 CE.

Y, en esta misma línea, vamos a intentar sintetizar la jurisprudencia del TC *-en su calidad de máximo intérprete del texto constitucional-*, que se pronunció al respecto en su fundamental Sentencia 114/1.984, de 29 de noviembre y, más concretamente, en su FJ 7, actuando como Ponente el Excmo. Sr. Díez Picazo y Ponce de León, donde se dispuso que el *secreto* "(...) 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"³⁶.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1.984, de 29 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1.984), tuvo la virtualidad práctica de introducir en nuestro sistema legal la prohibición de utilizar pruebas obtenidas vulnerando Derechos

³⁵ *Ibidem*, pág. 202.

³⁶ Doctrina reiterada en posteriores resoluciones, pues en idénticos términos se pronunciaron *-entre otras-* las SSTC 34/1.996, 2ª, de 11 de marzo, y 70/2.002, de 3 de abril.

Fundamentales, a través de una enmienda en el trámite de aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de la que a la postre resultó el artículo 11.1 de esta norma procesal básica, y que prohíbe expresamente la valoración de dichas pruebas, así como que puedan surtir efectos legales en el proceso y también, por último, que sirvan para basar en ellas una sentencia condenatoria.

Es en el FJ 7 de la Sentencia citada donde el TC basa su razonamiento jurídico sobre la interpretación correcta del contenido normativo del art. 18.3 CE. Y comienza señalando el Alto Tribunal a este respecto que “rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas”.

Según afirma Rebollo Delgado³⁷, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1.984 revitaliza la conexión entre el secreto de las comunicaciones y la libertad de comunicación”. Por otra parte y, como señala el máximo intérprete de nuestra Norma Fundamental” (...) no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien toma parte en la comunicación misma así protegida”.

Continúa diciendo que “el bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del “secreto”- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse 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 antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”. Así, pues y, a juicio del TC, el derecho al *secreto* y, salvo resolución judicial (ex art. 18.3 C.E.), implica y conlleva una doble prohibición:

- Tanto la interceptación (física del soporte del mensaje -*en su caso*- o captación por cualquier otro medio del proceso de comunicación -*con conocimiento o no del mismo, cuestión que aquí y a los efectos que nos ocupan, deviene completamente indiferente*-),
- Como el conocimiento de lo comunicado. Es decir, del contenido mismo del mensaje transmitido.

³⁷ Obra citada, pág. 202.

Y, en ambos supuestos, las actuaciones proscritas por el ordenamiento jurídico vigente a su más alto nivel, son las que tienen carácter y naturaleza antijurídicos.

En esta misma línea argumental y, siguiendo la STEDH³⁸ de 02.08.1984 (caso Malone contra el Reino Unido), sostiene la STC que “(...) el concepto de *secreto*, que aparece en el art. 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”. Esto es, la garantía y protección constitucional del Derecho *Fundamental* aquí estudiado, comprende no sólo el contenido propio de la comunicación, sino también otros ámbitos perimetrales de la misma (como la misma Sentencia trata de ejemplificar, cual es la identidad subjetiva de los comunicantes).

Se afirma también que “(...) sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de *comunicación*, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación a la misma”. Este Derecho *Fundamental* se configura, por tanto, con eficacia jurídica *erga omnes*.

Finalmente, conviene destacar y reiterar *-por su relevante trascendencia en la práctica jurisprudencial y doctrinal-*, que para el TC “(...) el concepto de *secreto* en el art. 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”. A criterio del TC, se deduce que no toda comunicación es necesariamente íntima, pero sí *secreta* y, por tanto, que la protección constitucional se extiende al propio proceso de comunicación en su conjunto considerado³⁹.

Para concluir el análisis de la STC 114/1.984 sobre el carácter *secreto* del Derecho *Fundamental* a las comunicaciones (ex art. 18.3 CE), el TC en dicha Sentencia manifiesta que “Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es *secreto*, en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional”. Presunción *iuris et de iure* (de hecho y de derecho) de que lo comunicado es *secreto*, según

³⁸ El TEDH se refería a la técnica del “comptage”, que consiste en la utilización de un artificio técnico que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de cada llamada, aunque no el contenido de la comunicación misma. El Alto Tribunal consideró que el empleo de dicha técnica por parte de la policía de Londres constituía una infracción del art. 8 del CEDH.

³⁹ Así lo entiende la doctrina mayoritaria y, entre otros autores, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Ed. Colex, 1.991, pág. 166.

el propio TC y que, en consecuencia, no admite prueba en contrario.

De toda la exposición anterior se desprende que, en el caso de las comunicaciones postales y telegráficas *-materia objeto central de esta investigación-*, se garantiza el *secreto* de la comunicación, así como de cualquier dato relativo al envío. Ahora bien y, tal y como señala la STC 281/2.006, de 6 de octubre, que ha sentado doctrina al respecto, el art. 18.3 CE no protege el secreto postal, sino el *secreto* de las comunicaciones postales. De manera que, dentro del ámbito de este Derecho *Fundamental*, no se incluyen todos los intercambios realizados mediante servicio postal, sino únicamente aquellos que supongan una forma concreta de comunicación, aspecto sobre el que insistiremos con mayor detalle en el Capítulo Tercero de este Trabajo, cuando abordemos el estudio pormenorizado de la STC anteriormente aludida.

Por su parte, los Operadores Postales deberán garantizar el *secreto* de las comunicaciones postales en la forma prevista en la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal *-Ley Postal-*, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre *-Reglamento de Prestación de los Servicios Postales-*.

En el ámbito penal, las garantías de la intervención, tanto por lo que se refiere a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (arts. 579 y 579 bis) como a las denominadas medidas de investigación tecnológica (artículo 588 bis), se señalan en la LOMLECrim. (13/2.015).

Al mismo tiempo, el propio TC señala que “en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo”⁴⁰.

4. CONTENIDO ESENCIAL, ALCANCE Y LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL

El contenido sustantivo del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones *-dado que el precepto constitucional es extremadamente conciso y que no existe ninguna Ley (Orgánica) que lo desarrolle-*, se ha ido perfilando ante todo doctrinal y

⁴⁰ STC 132/2.002, de 20 de mayo.

jurisprudencialmente, comprendiendo en sus aspectos más relevantes su configuración, alcance, límites, titulares, garantías y ámbito constitucionalmente protegido.

Hay que recordar, por una parte, el valor interpretativo de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (TC), según se desprende del Título Preliminar. “Del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional” de la Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ- (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1.985) que, en su art. 5.1, proclama: “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. De otro lado, hay que subrayar el carácter integrador de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), que se deriva asimismo del Real Decreto, de 24 de julio de 1.889, por el que se publica el Código Civil -Cc- (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1.889), Título Preliminar. “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, Capítulo I. “Fuentes del derecho”, donde el art. 1.6 dispone: “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Por lo que conviene advertir que las referencias que se hacen, tanto a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), en cuanto suponen la plasmación de criterios ya consolidados en esta materia, no son en modo alguno un mero elenco de citas.

Ha tenido lugar una notable evolución en la doctrina constitucional en la materia, ya que el TC consideraba inicialmente que la finalidad principal de este Derecho *Fundamental* era el respeto del ámbito privado de la vida personal y familiar, que debía quedar al amparo del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Más tarde y, aun reconociendo la estrecha relación entre intimidad y *secreto* de las comunicaciones, sostendrá que tiene sustantividad propia y no sólo protege las comunicaciones que tengan un contenido privado o íntimo, sino “el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público” (STC 114, 1.984, de 29 de noviembre), protegiéndose así la libertad de comunicación, el contenido del mensaje *-sea de la naturaleza que sea-*, así como la identidad de los interlocutores o de los corresponsales, y garantizando su

impenetrabilidad por terceros⁴¹.

Además de ello, Vegas Torres⁴² mantiene que basta un rápido repaso de antecedentes históricos y referencias internacionales y comparadas para comprender que no es sostenible una interpretación del art. 18.3 CE que extienda el *secreto* a toda clase de comunicaciones, sin limitación alguna. Y añade, en este mismo sentido, que tal interpretación sólo sería posible si se parte de la base de que los constituyentes de 1.978, apartándose de la tradición constitucional española, así como de los referentes internacionales y foráneos, hubieran querido establecer una nueva garantía *-hasta entonces inédita-*, más amplia y cualitativamente distinta del tradicional *secreto* de la correspondencia, y concluye diciendo que no existe ningún apoyo mínimamente sólido para defender que se pretendiera tal cosa en el actual art. 18.3 CE.

Por otra parte, Martínez de Pisón⁴³ señala que ya desde la Sentencia 114/1.984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional identificó claramente los caracteres esenciales del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones *-ubicado en el art. 18.3 CE junto con otros derechos, encabezados en su apartado primero por los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio (18.2) y, finalmente, la protección frente al uso de la informática (18.4)-*, pudiendo sintetizarse así básicamente en los siguientes:

- En primer lugar, diferenció como derecho autónomo y delimitó el ámbito de protección de este derecho en relación con el Derecho *Fundamental* a la intimidad personal (art. 18.1 CE), que sólo puede ser objeto de intervención por autorización de una resolución judicial mientras que, excepcionalmente, se admite la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyen una injerencia leve en la intimidad de las personas, respetando siempre las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.
- Asimismo, determinó que el concepto de “secreto” en el art. 18.3 tiene un

⁴¹ RIDAURA MARTÍNEZ, M^a.J.: “El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2.017, pág. 360.

⁴² VEGAS TORRES, J.: “Sobre el alcance del secreto de las comunicaciones”, publicado en C. HERMIDA y J.A. SANTOS (Coord.), *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Departamento de Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2.015, pág. 1.609-y ss. (hasta pág.1.626).

⁴³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *AFD*, 2.016 (XXXII), págs. 428-9.

carácter “formal”, de modo que el secreto constitucionalmente protegido se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre 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”.

Esta condición formal del derecho al *secreto* de las comunicaciones es una presunción *iuris et de iure*.

- Otro rasgo esencial que resalta el TC en relación a este derecho, es que su protección alcanza a cualquier forma de interceptación mientras dure el proceso mismo de comunicación, siempre que ésta sea apta para desvelar bien la existencia misma de la comunicación, bien los elementos externos del proceso de comunicación, bien su propio contenido.

- Y, finalmente, destaca que este derecho “se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma”.

Así, pues, la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

Sin embargo y, posteriormente, ha tenido lugar un progresivo y muy profundo recorrido jurisprudencial por parte del propio TC que, a partir de la Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, introdujo un importante matiz a la doctrina plenamente asentada anteriormente. De esta forma, el Tribunal Constitucional precisó con mayor detalle el contenido esencial del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, admitiendo y reconociendo expresamente que las resoluciones dictadas hasta la fecha por este Alto Tribunal referidas específicamente a las comunicaciones postales como objeto de protección constitucional y, salvo las relativas a internos en establecimientos penitenciarios, que tienen un régimen constitucional autónomo por aplicación del art. 25.2 CE, han sido “pocas” y, generalmente *obiter dicta* (ad exemplum, STC 137/2.002, de 3 de junio, FJ 3).

Las consideraciones más relevantes contenidas en esta Sentencia y relativas al concepto de comunicación postal, quedan reflejadas en los siguientes extractos de la misma:

- “La noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales”, pues ha de incorporar los elementos característicos comunes a toda clase de comunicación.

- “(...) De todo ello deriva que la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”.

Martínez de Pisón⁴⁴ al respecto matiza que “hacía falta precisar que el derecho al secreto de las comunicaciones no protege el intercambio de cualquier cosa. Sólo la comunicación tal y como hacen las personas...”. Añade este autor que “(...) al ser el mensaje una parte importante del contenido de este derecho, la protección se extiende a todas las formas de expresión, ya sea a través de palabras o de otro tipo de signos o señales que componen los tipos de lenguaje que utiliza el ser humano -cintas de cassette o de video, CD’s o DVD’s, etc-”.

Y, por último, el ATC 395/2.003, de 11 de septiembre de 2.003, señala que “... no se protege aquellos continentes que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías”.

Por su parte y, a nivel doctrinal, Belda Pérez-Pedrero⁴⁵ indica que la protección del *secreto* de las comunicaciones cubre toda relación en la que concurren todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- 1) Que sea realizada a través de un medio de comunicación en el que exista un emisor y un receptor que puedan intercambiar un mensaje, no siendo objeto de protección constitucional la comunicación en la que el receptor adopte una posición pasiva sin posible respuesta (televisión, por ejemplo).

- 2) Que se produzca entre sujetos que se encuentren físicamente separados, entre

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Revista Parlamento y Constitución*, Anuario Nº 2, Toledo, 1.998, pág. 174 y ss.

los que haya una “distancia”, entendida ésta como la imposibilidad racional de hablar en persona. Esto es, pues, para que exista “comunicación” en el sentido protegido por el art. 18.3 CE ha de haber un vehículo de transmisión del mensaje distinto a la palabra o diferente al gesto percibido directamente por los intervinientes.

3) Que se desarrolle de forma privada, no pública. Es decir, aquellos supuestos en los que se produce una comunicación entre dos o más personas y expresa o tácitamente se excluye al resto, si bien el “secreto” de toda comunicación se puede levantar de común acuerdo por el emisor y el receptor, por cuanto toda comunicación deja de estar protegida cuando los participantes así lo determinan.

Así, pues y, para que se produzca una vulneración del derecho al *secreto* de las comunicaciones protegido constitucionalmente por el art. 18.3 CE en los términos expuestos con anterioridad, siguiendo en esta cuestión a Belda Pérez-Pedrero, es necesario:

1) Que concurren uno o varios terceros ajenos al proceso de comunicación sin consentimiento de uno o de todos los comunicantes, pues la comunicación es “impenetrable” para quienes no sean emisor o receptor (STC 114/84, caso *Poveda Navarro*, FJ 8).

2) Que se pretenda conscientemente la intervención del proceso comunicativo y no sea fruto de un mero accidente o casualidad, porque cuando fortuitamente un tercero tiene acceso a una comunicación personal de otros ello deviene jurídicamente irrelevante, en tanto en cuanto no se difunda el contenido de lo captado y ello afecte a algún otro derecho igualmente protegido.

Además, la naturaleza formal del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones implica que el alcance de su protección se circunscribe solamente a los interlocutores frente a terceros, quedando al margen del ámbito del art. 18.3 CE la revelación entre intervinientes o interlocutores, que es susceptible de recibir protección constitucional por aplicación del art. 18.1 CE cuando afecte a la intimidad personal.

Según establece la STC 114/1.984, de 29 de noviembre, el *secreto* puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto (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 de lo comunicado.

Y, asimismo, abundando en ello, la STC 70/2.002, de 3 de abril, sostiene que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo pero, finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”.

En cuanto a los límites de este Derecho *Fundamental*, cabe decir que son excepcionales y siempre sujetos a normas de rango legal, cuya finalidad es la prevención y persecución del delito o la reparación del daño. Y, en determinadas circunstancias, también pueden concurrir razones de Estado o de seguridad pública que limiten su ejercicio. En todo caso, nuestra legislación exige siempre la preceptiva intervención judicial como garantía y tutela efectiva del mismo.

En este mismo sentido, Rebollo Delgado⁴⁶ apunta a “la injerencia como elemento delimitador de la inconstitucionalidad” respecto del Derecho *Fundamental* proclamado en el art. 18.3 CE.

Cabe concluir diciendo que el contenido del derecho al *secreto* de las comunicaciones queda afectado también en los supuestos de suspensión de garantías previstos en el artículo 55.1 de la CE (esto es, cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o sitio, en los términos que establece la propia Constitución).

Conviene poner de manifiesto que esta disposición constitucional se configura como un derecho público subjetivo que opera como una pretensión inmediatamente exigible frente a los poderes públicos, únicos sujetos a los que se dirige el inciso final del precepto (“salvo resolución judicial”). Se trata, en definitiva, de un auténtico derecho de defensa frente al Estado. Y esto significa únicamente que no nace para los particulares de modo directo deber jurídico coercible alguno, deber que sin embargo sí puede existir y, de hecho, existe efectivamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero partiendo ya de disposiciones infraconstitucionales, penales y civiles.

⁴⁶ Obra citada, págs. 205-208.

5. DERECHO AL SECRETO VERSUS DERECHO A LA INTIMIDAD

El Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) guarda una estrecha relación con el Derecho *Fundamental* a la intimidad (ex art. 18.1 CE). Sin embargo, tal y como comparte la mayor parte de la doctrina y manifiesta expresamente - *entre otros autores*- López Bárja⁴⁷, ambos Derechos *Fundamentales* son autónomos, por lo que resulta imprescindible realizar una clara distinción entre ellos.

Así, pues, en este apartado básico dentro de la caracterización jurídica general del Derecho *Fundamental* objeto principal de investigación y estudio, hay que partir de la premisa inicial de que la protección del derecho al *secreto* de las comunicaciones tiene una entidad propia, diferenciada de su vinculación con el derecho a la intimidad. Y ello por cuanto las comunicaciones deberán resultar protegidas y, por ende, garantizadas constitucionalmente, con independencia de su contenido. Esto es, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o no (es decir y, en definitiva, aunque sean de cualquier otra índole, naturaleza o género).

En la sinopsis⁴⁸ del art. 18 CE que consta en la pág. Web del Congreso de los Diputados de España, Elvira Perales señala que “el presente artículo tiene un contenido múltiple al contener la protección de varios derechos, que si bien parecen inspirados todos ellos en la protección de la intimidad, no obstante, ofrecen matices importantes”. Y, al analizar específicamente el apartado número 3 del art. 18 CE dedicado al *secreto* de las comunicaciones, sostiene esta autora que “la protección del derecho de las comunicaciones tiene una entidad propia, diferenciada de su vinculación con el derecho a la intimidad, ya que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido, esto es, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género”.

En efecto y, según ha destacado tanto la doctrina como la jurisprudencia, el art. 18.3 CE tiene un contenido puramente formal, protegiendo tanto de las intromisiones y/o injerencias de los poderes públicos como de los particulares (STC 114/1.984, de 29 de

⁴⁷ LÓPEZ BÁRJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Ed. Akal/lure, 1.989, pág. 154.

⁴⁸ Sinopsis del art. 18 CE, pág. Web Congreso de los Diputados, realizada por ELVIRA PERALES, A., diciembre de 2.003. Actualizada por la autora, en octubre de 2.006. Actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, A., en enero de 2.011.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

noviembre) dado que, por su propia naturaleza intrínseca, despliega efectos *erga omnes*.

Este carácter formal del derecho al *secreto* alcanza al proceso de comunicación cuando éste tiene lugar. Por el contrario, el derecho a la intimidad es de carácter sustantivo, cobrando relevancia y activándose su efectiva garantía jurídica únicamente si el contenido de lo comunicado se enmarca dentro de la esfera personal o íntima de la persona.

El derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un Derecho *Fundamental* estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁴⁹. En consecuencia, ha de subrayarse que la noción de intimidad constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico designa y otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos, esto es, pues, “(...) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad” (entre otras SSTC: 10/2.002, de 17 de enero, FJ 5; 144/1.999, de 22 de julio, FJ 8; 119/2.001, de 24 de mayo, FJ 5; 127/2.003, de 30 de junio, FJ 7; y 189/2.004, de 2 de noviembre, FJ 2).

El TC⁵⁰ ha afirmado también que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar ese espacio de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, aunque bien es cierto que dicho consentimiento puede ser revocado en cualquier momento⁵¹. En este contexto y, como señala el TC, una vez finalizado el acto de la comunicación, entrará en juego la protección brindada por el art. 18.1 CE, siempre que el contenido del mensaje recaiga en el ámbito de lo íntimo o reservado. Igual tesis es proclamada por la STC 123/2.002, de 20 de mayo, por cuanto finalizada la comunicación, la protección constitucional de la comunicación recibida escapa del ámbito del art. 18.3 CE y pasa a residenciarse en el esquema de protección constitucional del derecho a la intimidad (art.

⁴⁹ SSTC: 170/1.997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1.988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1.991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1.994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1.994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1.996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 202/1.999, de 8 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas.

⁵⁰ Entre otras muchas, SSTC: 83/2.002, de 22 de abril, FJ 5; y 196/2.006, de 3 de julio, FJ 5.

⁵¹ Por todas, STC 159/2.009, de 29 de junio, FJ 3.

18.1 CE)⁵².

En esta misma línea, la STC 56/2.003, de 24 de marzo, en su FJ 2, expresa que “(...) la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuado en esta Sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa *resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal*.” Añadiendo a continuación: “ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la Policía Judicial realice determinadas prácticas que constituyen una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1.989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1.996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2.002, de 3 de abril, FJ 10). Si bien finaliza afirmando que “la legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también al respecto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido -idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto -necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre -proporcionalidad estricta- (SSTC 207/1.996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2.002, de 3 de abril, FJ 10)”.

Por tanto, no podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar y brindar protección asimismo a otros Derechos *Fundamentales* u otros bienes jurídicos constitucionalmente amparados. A esto se refiere nuestra doctrina jurisprudencial⁵³ cuando alude al carácter no ilimitado o absoluto de aquéllos, de forma que el derecho a la intimidad personal *-como cualquier otro derecho-* puede verse sometido a restricciones.

Aunque el art. 18.1 CE prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo

⁵² Este criterio ha sido acogido asimismo y, entre otras, por las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 1.235/2.002, de 27 de junio; 1.647/2.002, de 1 de octubre; y 864/2.015, de 10 de diciembre.

⁵³ Por otras muchas, SSTC: 98/2.000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2.001, de 2 de julio, FJ 4; y 70/2.009, de 23 de marzo, FJ 3.

del derecho a la intimidad -a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como hemos comentado respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE-, su área de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información.

En cuanto se refiere a la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo que puede permitir la injerencia en el Derecho *Fundamental* a la intimidad, el propio TC⁵⁴ ha venido sosteniendo que reviste esta naturaleza “el interés público propio de la investigación de un delito, y más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”. En efecto, “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE”⁵⁵. También el TC⁵⁶ ha precisado que “reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo”.

De lo anterior, se deduce que el legislador ha de habilitar las potestades o instrumentos jurídicos que sean adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y valores constitucionales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cumplan con esta función de averiguación del delito. Así, en la STC 70/2.002, de 3 de abril, FJ 10, se dice: “por lo que respecta a la habilitación legal en virtud de la cual la Policía judicial puede practicar la injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, las normas aplicables son, en primer lugar el art. 282 LECrim, que establece como obligaciones de la Policía judicial la de *averiguar los delitos públicos que se cometieron en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial (...)*”.

⁵⁴ SSTC: 25/2.005, de 14 de febrero, FJ 6; y 206/2.007, de 24 de septiembre, FJ 6.

⁵⁵ Entre otras, SSTC: 127/2.000, de 16 de mayo, FJ 3 a); y 292/2.000, de 30 de noviembre, FJ 9.

⁵⁶ Por todas, STC 14/2.003, de 28 de enero, FJ 11.

En la misma línea, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁵⁷, establece como funciones de éstos (en su misión esencial de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana), entre otras, *f) prevenir la comisión de actos delictivos; g) investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.*

Por último, el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1.992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁵⁸, *-en su última modificación, de fecha 31 de marzo de 2.015-*, indica que las autoridades competentes podrán disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el art. 1.2 de dicha Ley, finalidades entre las que se encuentra la prevención de la comisión de delitos.

Y, según la STC citada (70/2.002, FJ 10) existe, por tanto, “una habilitación legal específica que faculta a la Policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre esas diligencias (que la Ley no enumera casuísticamente, pero que limita adjetivándolas y orientándolas a un fin) podrá encontrarse la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, y en concreto, de documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que -como exige el propio texto legal- ello sea necesario (estrictamente necesario, conforme al art. 14 de la Ley Orgánica 1/1.992), estricta necesidad que habrá de validarse atendidas las circunstancias del caso y que ha de entenderse como la exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad. Así interpretada la norma, puede afirmarse que la habilitación legal existente cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas”.

De manera significativa se resalta que “(...) la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforma a

⁵⁷ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1.986.

⁵⁸ BOE núm. 46, de 22 de febrero de 1.992.

criterios de proporcionalidad. De no existir éstos, los efectos intervenidos han de ponerse a disposición judicial, para que sea el Juez quien los examine. Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad” (FJ 10 b.3). Señala esta reveladora STC que “la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante* y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta de presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales” (FJ 10 b.5). Además, aceptando que *-sin duda alguna-* pueden apreciarse similitudes entre intimidad y *secreto*, conviene destacar que entre ambos términos no hay en absoluto una identidad significativa.

Así, Rebollo Delgado⁵⁹ entiende que “(...) el secreto es un medio, una utilización de la intimidad, pero no se agota en él. Estriba la diferencia, en que el secreto puede afectar tanto a un objeto material como a un sentimiento. La intimidad tiene una correlación directa con lo anímico, con lo espiritual, de la que adolece el secreto”. Y continúa diciendo este autor que “pese a todo, hemos de ver en ambos conceptos un elemento común, como es la intencionalidad del sujeto o sujetos de que algo permanezca ignorado o separado de la vista o del conocimiento de los demás”⁶⁰. Para acabar manifestando, en esta misma línea argumentativa, que “(...) lo íntimo posee una carga emocional, una pretensión anímica, tiene un contenido material que no posee lo secreto”⁶¹.

Además, la STC 34/1.996, de 11 de marzo, en su FJ 5, razona que es constitucionalmente irreprochable la decisión del legislador de “tipificar penalmente los comportamientos que atentan contra el secreto de las comunicaciones telefónicas sin distinguir el cauce tecnológico por el que se establecen, al objeto de dar la máxima protección a los derechos constitucionales al honor y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), para cuya efectividad el secreto de las comunicaciones es un instrumento

⁵⁹ REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Ed. Dykinson, 2.000, pág. 48.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 48.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 48.

constitucionalmente previsto (art. 18.3 CE)⁶².

Asimismo, atendiendo a este mismo discurso jurisprudencial de que el derecho al *secreto* de las comunicaciones cumple una función instrumental del derecho recogido en el art. 18.1 CE, el Tribunal Supremo (TS) indica que “la CE garantiza el secreto de las comunicaciones, como un factor decisivo para proteger el bien supremo de la intimidad de la persona que forma parte inseparable de su dignidad (...)”⁶³.

Por otra parte, el *secreto* de las comunicaciones garantiza la impenetrabilidad de terceros ajenos al proceso mismo de la comunicación, sin necesidad de que en la misma existan o no “secretos”. Sin embargo, si el contenido de lo comunicado cae dentro de la esfera íntima de alguno de los comunicantes, entonces existirá un “deber de reserva” sobre éstos, conculcándose así el artículo 18.1 CE en caso de difusión (STC 114/1.984, de 29 de noviembre).

Esta doctrina ha sido reiterada también en la STC 70/2.002, de 3 de abril, en cuyo FJ 9 se precisa que “el art. 18.3 contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente.”, y también *-como ya hemos referido en el apartado anterior-*, que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación⁶⁴.

Afirma el TC⁶⁵ que “quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera *íntima* del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución”.

⁶² ARAGÓN REYES, M.: “Intervenciones telefónicas y postales (examen de la jurisprudencia constitucional)”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, Madrid, 2.010, pág. 494.

⁶³ STS 227/1.999, de 20 de febrero.

⁶⁴ STC 56/2.003, de 24 de marzo, FJ 2.

⁶⁵ STC 114/1.984, de 29 de noviembre, FJ 7.

En este mismo sentido, mantiene el Alto Tribunal⁶⁶ que “quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”. Continuando su argumentación jurídica diciendo que “si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsales ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que *a contrario*, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo)”⁶⁷. Concluye advirtiendo que “los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana”⁶⁸. Es decir, en relación con los preceptos prescritos, la diferencia radica sobre quiénes recae y se proyecta cada una de estas protecciones constitucionales, dirigiéndose el derecho a la intimidad (ex art. 18.1 CE) a los propios comunicantes.

En cuanto al régimen de amparo constitucional se refiere, mientras la intervención de las comunicaciones requiere siempre una resolución judicial, la STC 281/2.006, de 9 de octubre, en su FJ 3, advierte que “no existe en la CE reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal (...)”, de modo que, excepcionalmente, se admitirá que la policía judicial lleve a cabo “determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (...)”, siempre y cuando se respeten las exigencias dimanantes del “juicio de proporcionalidad”⁶⁹. Esto es, pues, reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez competente, la Ley puede autorizar a la Policía Judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En su monografía, Rebollo Delgado⁷⁰, centrándose en la esencia del Derecho *Fundamental* a la intimidad, como derecho autónomo -*que contiene un concepto nuevo y*

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Que, en virtud de la STC 70/2.002, de 3 de abril, exige que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

⁷⁰ Obra citada, pág. 60.

más extenso, sostiene *-en contraposición a la inviolabilidad del domicilio y al derecho al secreto de las comunicaciones, respectivamente-* que “su fundamento no es la seguridad del individuo de forma genérica, o la libertad en su más amplio sentido, sino que por contra, lo que pretende este nuevo derecho, es garantizar un ámbito en el que la persona pueda desenvolverse sin la intromisión de los demás, es un entorno de soberanía personal (...)”.

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PROTECCIÓN

El ámbito de protección constitucionalmente aplicable al Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, ha venido delimitándose concretamente por la jurisprudencia, afectando principalmente a los medios, elementos y contenidos efectivamente tutelados.

Hay que empezar diciendo que “el secreto de las comunicaciones constituye una garantía objetiva, que protege cualquier comunicación con independencia de su contenido, es decir, tanto si se trata de una comunicación referida a aspectos íntimos, como si tiene por objeto cualquier otra cuestión, aunque sea intrascendente...”⁷¹.

Y no sólo protege el contenido de la comunicación, sino también el soporte de la misma, así como las circunstancias perimetrales que la rodean. Así y, según la STC 70/2.002, de 3 de abril, la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera que sea la técnica utilizada y quedando protegida también, en particular, la propia identidad subjetiva de los interlocutores, como asimismo defiende la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), de 2 de agosto de 1.984 *-caso Malone contra el reino Unido-*, y mantienen también las SSTC 114/1.984, de 29 de noviembre, y 123/2.002, de 20 de mayo).

Esto es y, como sostiene Díaz Revorio⁷², “(...) lo protegido por el derecho no es sólo el contenido de la comunicación, sino también el soporte de la misma, y las circunstancias que la rodean. La protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica utilizada (STC 70/2.002, de 3 de abril)”, manifestando finalmente dicho autor⁷³ que “lo que interesa destacar es que el secreto de las comunicaciones protege, como se ha dicho, una idea más amplia como es la *libertad de las*

⁷¹ DÍAZ REVORIO, F.J.: “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista Derecho PUCP*, núm. 59, 2.006, pág. 162.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

comunicaciones, que engloba el hecho de la comunicación en sí y sus diversas circunstancias, así como el contenido de la misma”.

La función y/o acción protectora del art. 18.3 de nuestra Norma Fundamental, según jurisprudencia reiterada del Alto Tribunal (TC) *-en su calidad de máximo intérprete de la misma-*, es la de garantizar que nadie ajeno al emisor y al receptor de la comunicación entre en su conocimiento (tanto del proceso de comunicación establecido en cuanto a sus elementos o aspectos externos se refiere *-por ejemplo, la propia identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales-*, como del contenido o mensaje concreto en que la comunicación se sustancia *-en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico-*), según se desprende de la STC 114/1.984, de 29 de noviembre, en su FJ 7.

Abundando en ello, cabe decir también que una vez que el proceso de comunicación ha concluido (llegando así al destinatario), deviene imposible la infracción del precepto constitucional que se considera. Así, el uso que pueda hacer el destinatario o un tercero *-en su caso-* de la comunicación recibida, finalizado ya el proceso comunicativo en que ésta se integra podrá, acaso, afectar a otro Derecho *Fundamental* (ex art. 18.1 CE), pero nunca al reconocido en el art. 18.3 de la Constitución. En consecuencia, todo esto significa que la garantía constitucional al *secreto* de las comunicaciones comprende y se extiende a todo el proceso mismo de comunicación en que se enmarca.

Por cuanto a los medios protegidos se refiere, la mayor parte de los textos internacionales que se han pronunciado hasta ahora sobre la materia (DUDH, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, PIDCP,...) hablan de *correspondencia*, mientras que la CE alude a *comunicaciones, en especial, las postales, telegráficas y telefónicas*, siendo ésta una enumeración meramente ejemplificativa, porque lo realmente protegido por la Constitución son todos los medios de comunicación conocidos entonces, así como los que han ido apareciendo con posterioridad a su aprobación o que puedan aparecer en el futuro.

En cualquier caso, este derecho no protege la comunicación directa entablada entre dos personas, siendo necesario así recurrir a algún medio técnico que active el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones. A este respecto, Díez-Picazo Giménez⁷⁴ mantiene que “sólo la comunicación indirecta que ha de valerse de algún medio técnico

⁷⁴ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Ed. Thomson Civitas, 2.005, pág. 311.

(postal, telefónico, informático, etc.) está cubierta por el art. 18.3 CE. No lo está, en cambio, la comunicación directa (verbal o no verbal), ya que aquí depende esencialmente de los comunicantes evitar la interferencia de terceros. Ni qué decir tiene que ello no obsta a la posible aplicabilidad del derecho a la intimidad (...).

Asimismo, el medio empleado ha de ser apto para permitir establecer una comunicación *secreta* entre varias personas, estando excluidos los medios de comunicación de masas (radio, televisión,...), incluyéndose no obstante ello en su ámbito de protección efectiva otros medios que sí posibilitan una conversación entre varias personas, aunque con carácter *cerrado* o con opción de aceptar nuevos intervinientes (multiconferencia, videoconferencia,...). Empero, deben apreciarse también las especificidades que presentan algunos medios de comunicación, por su carácter más abierto y que suscitan dudas de interpretación por diversas causas (tarjetas postales, envíos telegráficos, correos electrónicos,...).

Para finalizar y, en lo que atañe a los sujetos sometidos a la garantía del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, serían todos los ajenos a la comunicación, tanto si se trata del Estado o de agentes públicos, como de otros particulares, concluyendo claramente el TC⁷⁵ que el *secreto* no afecta a los propios partícipes de la comunicación.

7. ANÁLISIS DEL PROCESO DE COMUNICACIÓN AFECTADO

La STC 281/2.006, de 9 de octubre (BOE, núm. 274, de 16 de noviembre de 2.006), en su FJ 3, señala que “el objeto directo de protección es el secreto de la comunicación, de modo que el secreto, constitucionalmente protegido, se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre el contenido de la misma (...)”. Indica, además, esta relevante STC que “la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí prefijado”.

Así y, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la vulneración del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones requiere interferencia, injerencia y/o intromisión ilegítima en el proceso de comunicación establecido al efecto⁷⁶. De modo y manera que la protección constitucional se concentra sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada (STC 70/2.002, de 3 de abril).

⁷⁵ STC 114/1.984, de 29 de noviembre, FJ 7.

⁷⁶ Por todas, STC 123/2.002, de 20 de mayo, FFJJ 4 y 5.

Y, ello, con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir -conversaciones, datos, imágenes, votos, etc...- pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/1.984, de 29 de noviembre).

Asumiendo, por tanto, que el derecho al *secreto* de las comunicaciones se configura como un derecho formal, Rivero Sánchez-Covisa⁷⁷ comenta que “en consecuencia, a la hora de determinar qué comunicación queda sujeta al artículo 18.3 CE nunca se tendrá en cuenta el contenido de lo comunicado, sino el hecho mismo de la comunicación. Para que dicha comunicación quede sujeta a la protección constitucional del artículo 18.3, lo trascendente no es el contenido de la comunicación, ni aquello que haya sido pactado entre los interesados, sino el hecho mismo de la comunicación: la comunicación como fenómeno o proceso en unas condiciones específicas”. Señalando seguidamente que “la comunicación, aunque no sea bidireccional -como ocurre con los correos electrónicos-, debe ser cerrada, entendiendo ese carácter cerrado en el sentido de que el número de destinatarios o interlocutores está inicialmente determinado y sean identificables, aunque pueda ampliarse o ir variando en el curso de la comunicación, pero esos interlocutores, aunque sean variables, deben estar determinados”⁷⁸.

En su FJ 5, la STC 123/2.002, de 20 de mayo y, en relación al *secreto* de las comunicaciones, afirma que “el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación (...)”. Añadiendo el TC seguidamente que “(...) a través de la protección del proceso de comunicación se garantiza, a su vez, el carácter reservado de lo comunicado sin levantar su secreto, de forma que es objeto de este derecho la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado”.

Por tanto y, siguiendo la jurisprudencia constitucional, el art. 18.3 CE consagra la libertad de las comunicaciones y garantiza su *secreto -sea cual fuere la forma de interceptación-*, mientras dure el proceso de comunicación, en el marco de comunicaciones indirectas. Es decir, siempre y cuando se empleen medios técnicos y frente a terceros

⁷⁷ RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J.: *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2.017, pág. 13.

⁷⁸ *Ibidem*.

ajenos a la comunicación⁷⁹.

Esta opinión es generalizada también entre la doctrina y, así, Rodríguez Laínz⁸⁰ afirma que “esta idea es la que late en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, dando a entender que es esta intervención del tercero en el tránsito de la comunicación el elemento esencial que da lugar a la protección del art. 18.3 de la Constitución cualquiera que sea la evolución que experimenten las tecnologías de las comunicaciones, la que define el concepto estricto de comunicación protegido por el mencionado precepto”. Precizando a continuación que “la protección constitucional del secreto de las comunicaciones lo es tanto en cuanto el contenido de lo que comunicamos necesita la participación de un tercero para su transmisión, cualquiera que sea la técnica o naturaleza del soporte en que éste tenga lugar. Fuera, por tanto, de este estricto ámbito habremos de acudir a la protección que nos brindan otros preceptos de la Constitución, mas no su art. 18.3”⁸¹.

En este contexto, el *secreto* de la comunicación se vulnera no sólo con la interceptación de la misma, sino también con el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado. Además, el *secreto* cubre, tanto el contenido de la comunicación como la identidad subjetiva de los interlocutores (entre muchas otras, SSTC: 123/2.002; 56/2.003; y 230/2.007).

A este respecto, la propia STC 281/2.006, perfilando y precisando las características del derecho protegido en el art. 18.3 CE en cuanto afecta a las comunicaciones postales, en su FJ 3 advierte que “la existencia de la comunicación, la identidad de los corresponsales, el momento en que se produce, los lugares de remisión y destino, son todos ellos datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación, son secretos para cualquier persona ajena a la comunicación, de modo que su conocimiento por quien presta el servicio postal puede ser utilizado a los solos efectos de la prestación del servicio (*mutatis mutandis*, STC 123/2.002, de 20 de mayo, FFJJ 5 y 6)”.

En este mismo sentido, la STC mencionada establece que “finalmente, a los efectos de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones postales es indiferente quién preste el servicio postal, de modo que el derecho al secreto de las comunicaciones postales alcanza el proceso de comunicación tanto si se presta mediante servicios públicos como

⁷⁹ Entre otras, SSTC 114/1.984, 49/1.999, 70/2.002, 184/2.003, y 281/2.006.

⁸⁰ RODRÍGUEZ LAÍN Z, J.L.: *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer España, S.A., 2.011, pág. 206.

⁸¹ *Ibidem*.

privados, dado que la Ley 24/1.998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales ha procedido a su liberalización”. Esta STC indica, al mismo tiempo y, con carácter general, que la protección que garantiza el *secreto* a las comunicaciones “(...) alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso esté teniendo lugar (STC 137/2.002, de 3 de junio, FJ 3), siempre que sea apta para desvelar bien la existencia misma de la comunicación, bien los elementos externos del proceso de comunicación, bien su propio contenido (SSTC 114/1.984, de 29 de noviembre, FJ 7; 123/2.002, de 20 de mayo, FJ 5)”.

El TC ha afirmado también que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”⁸². Y, más adelante *-igualmente, en su FJ 3, pero en su apartado c-*), precisa que “por consiguiente, cualquier objeto -sobre, paquete, carta, cinta, etc,...- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado (STC 137/2.002, de 3 de junio, FJ 3); así, no constituyen objeto de este derecho cuando se portan por su propietario o terceros ajenos a los servicios postales, o viaja con ellos, o los mantienen a su disposición durante el viaje”. Para terminar diciendo que “estos objetos, máxime si de sus características externas se infiere su destino al transporte de enseres personales o se hace constar en su exterior su condición de objeto personal o íntimo, quedarán, no obstante, protegidos por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)”.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS)⁸³ también se hace referencia, mayoritariamente, a la finalización de la comunicación como criterio que excluye la aplicabilidad de la protección que garantiza el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones. No obstante, hay pronunciamiento aislados del TS⁸⁴ que se apartan de esta línea jurisprudencial y aprecian vulneración del *secreto* de las comunicaciones por el

⁸² SSTC 70/2.002, de 3 de abril; 123/2.002, de 20 de mayo; 56/2.003, de 24 de marzo.

⁸³ Así, cabe citar *-entre otras muchas-* las siguientes: STS 2ª, de 7 de octubre de 2.008 (recurso nº 10386/2.008); STS 2ª, de 25 de noviembre de 2.008 (recurso nº 227/2.008); STS, de 27 de febrero de 2.008 (recurso nº 46/2.006); STS 2ª, de 3 de marzo de 2.000 (recurso nº 4609/1.998); STS 2ª, de 18 de diciembre de 2.009 (recurso 1538/2.009); STS 2ª, de 31 de marzo de 2.010 (recurso nº 11143/2.009).

⁸⁴ Entre otras: STS 2ª, de 8 de abril de 2.008 (recurso nº 1574/2.007); STS 2ª, de 5 de febrero de 2.010 (recurso nº 1691/2.009); STS 2ª, de 11 de marzo de 2.010 (recurso nº 11238/2.009); STS 2ª, de 13 de mayo de 2.010 (recurso nº 10718/2.009).

acceso a mensajes o datos de comunicación en soportes en poder de los destinatarios, una vez finalizado ya el proceso de comunicación en sí mismo considerado.

En resumen y, en todo caso, el criterio válido para determinar si el *secreto* de las comunicaciones resulta o no vulnerado, es poder llegar a establecer sin lugar a dudas si los datos de la comunicación a que se accede han sido obtenidos con interferencia del proceso de comunicación afectado. En definitiva, pues, si la obtención de los datos se ha producido con interferencia del proceso de comunicación, el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones se verá lesionado, y ello aunque el acceso a los mismos se realice posteriormente a la finalización de la comunicación.

Siguiendo aquí a Vegas Torres⁸⁵ en la caracterización esencial de los tres sistemas de comunicación (postal, telegráfico y telefónico) que se mencionan expresamente en el art. 18.3 CE, podemos ordenar sintéticamente a modo de esquema básico los siguientes elementos comunes que presenta el proceso de comunicación garantizado por el Derecho *Fundamental* referido, al utilizar dichos medios de transmisión de mensajes entre personas determinadas:

A.- Intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación.- Es decir, el proceso de comunicación “se lleva a cabo por medio de un servicio interpuesto entre el emisor y el receptor, de manera que estos sujetos pierden el control sobre el mensaje mientras éste transita por el citado servicio”.

Y, en relación con la protección del *secreto* de las comunicaciones garantizada en el art.18.3 CE, sostiene Vegas Torres que “esta garantía, por tanto, no tiene ningún sentido si el mensaje llega directamente del emisor al receptor, de manera que los interlocutores puedan controlar directamente las posibilidades de que la comunicación sea captada por terceros y puedan obrar en consecuencia si desean evitarlo”. Profundiza detalladamente en esta argumentación, al matizar precisamente que “este es el rasgo diferencial que explica por qué el secreto de las comunicaciones protege a quienes se comunican por carta, telegrama, o teléfono frente a intromisiones subrepticias de terceros y no se extiende la protección a quienes conversan cara a cara frente a la posibilidad de que otras personas puedan escuchar la conversación: en el primer caso los comunicantes no controlan el medio por el que circula el mensaje y, salvo que renuncien a comunicarse por ese medio, no tienen la posibilidad de impedir que la comunicación sea interceptada en el camino; en el segundo

⁸⁵ Obra citada, págs.1609-1.626.

caso, en cambio, los comunicantes pueden percibir las posibilidades de que su comunicación sea captada por otros y, si no desean que eso ocurra, tomar las medidas apropiadas”.

B.- Comunicaciones cerradas entre personas determinadas.- Manifiesta el autor de referencia citado que, en segundo término, se trata de comunicaciones *cerradas* “en el sentido de que se dirigen a una o varias personas determinadas que el emisor del mensaje puede controlar, distinguiéndose de las comunicaciones *abiertas* que se dirigen a sujetos indeterminados sin que el emisor del mensaje pueda controlar *a priori* qué sujetos concretos lo recibirán”.

Apuntando Vegas Torres al respecto que “es el caso de los mensajes transmitidos por prensa, radio o televisión, o el de los expresados en lugares públicos (congresos, conferencias, mítines políticos), que no dejan de ser fenómenos de comunicación entre personas y que, sin embargo, pese a la amplitud de la fórmula general de -secreto de las comunicaciones- que preside el art. 18.3 de la Constitución, no pueden considerarse protegidos por la garantía constitucional que nos ocupa”.

C.- Utilización de un servicio especialmente concebido para la comunicación entre personas distantes.- Afirma Vegas Torres que “partiendo de la base de que el art. 18.3 de la Constitución no pretende innovar sino únicamente facilitar la adaptación de la tradicional garantía del secreto de la correspondencia a los nuevos sistemas de comunicación análogos a ella que puedan surgir con el progreso científico y tecnológico, cabe concluir que la garantía (...) sólo puede extenderse, más allá de los medios expresamente mencionados en el precepto constitucional, a aquellos nuevos que aparezcan con posterioridad siempre que, como el correo, el telégrafo y el teléfono, sean servicios concebidos con la finalidad de servir de cauce a la comunicación entre personas”.

Mantiene, asimismo, que “de manera indirecta, pero clara, la jurisprudencia constitucional avala la vinculación de la garantía constitucional de secreto a las comunicaciones que se sirven de medios especialmente concebidos para la transmisión de mensajes a distancia”. A este respecto, cita la STC 281/2.006, de 9 de octubre, “que contempla la hipótesis de que se envíen mensajes empleando medios no concebidos con tal finalidad, y rechaza que tales comunicaciones estén protegidas por la garantía constitucional de secreto”. Por otra parte, la propia STC 281/2.006, excluye de la aplicación de la garantía del *secreto* a los mensajes mientras éstos permanezcan en poder del

remitente.

Y aquí, según Vegas Torres⁸⁶ “lo realmente relevante a efectos de excluir la aplicación de la garantía de secreto es que el acceso al mensaje no se produce mediante la interceptación de la comunicación en algún punto de su recorrido, sino que la captación del mensaje o de los datos protegidos se produce a través de un soporte que está en poder del emisor del mensaje”.

Por otro lado, puede también decirse que quedan fuera del ámbito de protección del art. 18.3 CE los mensajes que ya están en poder del destinatario, por cuanto el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones protege a éstas únicamente de la interceptación del mensaje y datos igualmente salvaguardados mientras éstos circulan por el servicio de comunicación empleado al efecto. En este aspecto, Vegas Torres⁸⁷ asegura que “el acceso a las comunicaciones a través de soportes que ya están en poder del destinatario del mensaje no interfiere las comunicaciones en curso y, por tanto, no compromete el secreto de las comunicaciones”.

Aunque en el art. 18.3 CE se alude solamente a las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas y, dado el carácter abierto de su enunciado, cabe entender comprendidas también otro tipo de comunicaciones (como el correo electrónico, chats, u otros medios análogos), siempre que se efectúen mediante algún artificio instrumental o técnico, pues la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación deviene indispensable para configurar el ilícito constitucional del precepto. Y, en consecuencia, el levantamiento del *secreto* por uno de los intervinientes no se considerará violación del artículo 18.3 CE sino, en su caso, vulneración del Derecho *Fundamental* a la intimidad -*ex art. 18.1 CE*- (STC 114/1.984, de 29 de noviembre).

Por parte de la doctrina, Rodríguez Ruíz⁸⁸ afirma también que la referencia expresa a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas “no autoriza a ampliar la cobertura del derecho a cualquier tipo de comunicación, sino que se limita a actuar como fórmula de apertura de cara al desarrollo futuro de nuevas formas de comunicación a distancia por canal cerrado”.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Obra citada, pág. 67.

8. TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO

El art. 18.3 CE se circunscribe únicamente al reconocimiento expreso de la garantía del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, limitándose a proclamarlo pero sin detallar ni especificar quiénes son los titulares del mismo, aunque la doctrina jurisprudencial⁸⁹ es unánime al respecto, sentenciando que “son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeros, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad y su restricción se produce en un sentido de control y observación, no propiamente de impedimento a las comunicaciones, y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores”.

En principio, son titulares de este derecho (al *secreto* de las comunicaciones) los interlocutores (2 -*como mínimo*-, o más). Y, en el caso concreto de las comunicaciones postales y telegráficas, éstos son el remitente y el destinatario⁹⁰, cuyos conceptos vienen establecidos bajo la genérica denominación de “usuario” en el art. 3.14 de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal -*Ley Postal*-, conceptuando como tales a “la persona natural o jurídica o ente sin personalidad beneficiaria de la prestación de un servicio postal como remitente o destinatario y titular de los derechos a que se refiere el Título II de esta Ley”⁹¹. El art. 13 de la Ley Postal regula también la propiedad de los envíos postales, destacando que los mismos serán propiedad del remitente en tanto no lleguen a poder del destinatario, lo que resulta determinante a los efectos de una posible y/o hipotética investigación penal.

Hay un grupo de derechos constituidos por aquellos de los que el dato de la nacionalidad carece de trascendencia desde el punto de vista de su titularidad, pues al representar la propia dignidad de la persona, han sido enunciados en la CE con fórmulas genéricas como “todos”, “toda persona”, “nadie”, “se reconoce”, o “se garantiza”, como

⁸⁹ Entre otras, SSTS 246/1.995/8, de 20 de febrero; 711/1.996/1, de 19 de octubre; 160/1.997/2, de 4 de febrero; y STS de 22 de abril de 1.998 -RJ 3811-.

⁹⁰ Y, en este sentido, la doctrina italiana (entre otros, De CUPIS, A.: *Il diritti della personalità*, Milano, A. Giuffré, 1.982) sostiene que en la correspondencia epistolar, se distinguen 3 derechos: a) el derecho de la propiedad material, que corresponde al destinatario; b) el derecho de autor, que es propio del remitente, y; c) el derecho al secreto, que corresponde tanto al remitente como al destinatario.

⁹¹ El Título II de esta Ley, que comprende los artículos 5 a 19, además de hacer referencia al derecho al secreto de las comunicaciones, contiene otros derechos íntimamente relacionados con el mismo y que forman parte del núcleo esencial de este Derecho *Fundamental*, como son los relativos a la inviolabilidad de los envíos postales, la protección de datos, la propiedad de los envíos postales,... y otros que se encuentran asimismo en el ámbito de su ejercicio.

resulta ser también este caso en particular. Se trata, así pues, de Derechos *Fundamentales* como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y religiosa, al honor, la intimidad y la propia imagen,..., respecto de los que las diferencias en el desarrollo de su contenido y en la regulación de su ejercicio basadas en el criterio de la nacionalidad, no resultan posibles. Y ello explica que el TC haya considerado a los extranjeros titulares de derechos constitucionales de configuración legal y no de meros derechos legales, estableciendo en la STC 107/1.984, de 23 de noviembre, FJ 3, los criterios generales de reconocimiento de derechos y libertades de los mismos, porque son verdaderos derechos constitucionales para los extranjeros *-establecidos y fijados directamente por la propia Constitución-*, como así afirma la doctrina más autorizada en la materia y, en especial, Goig Martínez⁹².

De esta manera y, en principio, la determinación de la titularidad y el ejercicio de este derecho deben ser entendidos en un sentido amplio y flexible. Por esta misma razón, se extiende tanto a las personas físicas (mayores y menores de edad) como a las personas jurídicas (públicas y privadas), a los nacionales y a los extranjeros, puesto que el TC (STC 236/2.007, de 7 de noviembre, FJ 4) considera este derecho directamente fundamentado en el canon de la “dignidad humana” y, en consecuencia, es consustancial a ésta, recayendo así su titularidad en toda persona, con independencia de su nacionalidad y, por tanto, sin que tengan cabida alguna excepciones, privaciones o limitaciones específicas por su condición de extranjeros.

Otra cuestión que se planteaba polémica *a priori* era el reconocimiento de la titularidad de este derecho a las personas jurídicas y, al igual que ha ocurrido con otros derechos de la esfera privada de la persona, como la inviolabilidad del domicilio, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria coinciden en señalar que las personas jurídicas son titulares también del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, recogiendo aquí la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), para quien las nociones de “vida privada” y “correspondencia” del art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) han sido siempre una línea directriz básica que abarca a todo tipo de relaciones, extendiéndose así a toda clase de personas los efectos de su protección, e incluyendo tanto locales privados como particulares (STEDH, de 16 de febrero de 2.000, asunto Amann contra Suiza) e, igualmente reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE, de 18 de mayo de 1.982, A.M.S. *versus* Comisión).

⁹² GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Multiculturalidad, integración y derechos de los inmigrantes en España*, Madrid, Ed. Dykinson, 2.015, págs. 173-175.

Si bien es cierto, por otra parte, que nuestra Constitución carece de una norma como el art. 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 no contempla expresamente que las personas jurídicas o los sujetos colectivos sin personalidad jurídica puedan ser, con carácter general, titulares de derechos fundamentales, sí los menciona *-a unos y a otros-* respecto de ciertos derechos en concreto, como la libertad religiosa *-que garantiza no sólo de los individuos, sino también de las comunidades (art. 16.1 CE)-*, la libertad de creación de centros docentes *-garantizada a las personas físicas y jurídicas (art. 27.6 CE)-*, el derecho de los sindicatos a confederarse o a sindicarse internacionalmente (art. 28.1 CE) o, en suma, el derecho de petición *-no sólo individual, sino también colectivo (art. 29.1 CE)-*.

Un aspecto quizás más complejo a juicio, entre otros, de Belda Pérez-Pedrero⁹³, es el reconocimiento de la titularidad de este derecho constitucional a un Poder del Estado o a una Administración Pública respecto de las comunicaciones en las que interviene. Esto es, pues, “¿ante quién esgrime el derecho?”, pues según sostiene el autor de referencia “no se ha dado el caso, al menos en sede constitucional, que la Administración alegue una vulneración del secreto de las comunicaciones en base al art. 18.3”, siendo completamente distinto el caso de la comunicación entre dos Administraciones o poderes públicos cuando la misma tiene por emisor o destinatario a un administrado, sea persona física o jurídica, porque “entonces sí cabe hablar de una vulneración del derecho, ya que uno de los sujetos de la comunicación es indudable titular del mismo”. Sostiene este autor, asimismo, que no está claro que la Administración pueda alegar vulneración de este Derecho *Fundamental* (art. 18.3 CE), pues argumenta que la existencia de un tipo penal (art. 197.1 Código Penal) permite castigar a quien intercepte las comunicaciones, incluidas las de las Administraciones Públicas afirmando, además, que podría acudir en último extremo al amparo constitucional vía alegación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (es decir, derecho a obtener una resolución fundada en Derecho).

El alcance del derecho al *secreto* de las comunicaciones ha venido planteando también importantes problemas en el ámbito penitenciario, pues la relación de especial sujeción que supone este régimen puede tener incidencia directa sobre las comunicaciones de los internos en centros e instituciones penitenciarios, afectándose en este caso el art. 18.3 CE. Por esta razón, resulta absolutamente imperativo resaltar *-en cuanto se refiere a*

⁹³ Obra citada, págs. 173-174.

la situación de los internos en centros penitenciarios- que su marco normativo constitucional relativo al derecho al *secreto* de las comunicaciones se determinará no sólo por lo estipulado en el art. 18.3 CE sino, primordialmente, por lo previsto en el artículo 25.2 CE que, en su segundo inciso, proclama lo siguiente: “El condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

Entre las limitaciones señaladas para el ejercicio efectivo del derecho mencionado, se encuentran las expresamente contenidas de manera específica en la propia Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1.979 -*LOGP*-). Así, la Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) establece que “los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial”⁹⁴.

Y, por otro lado, determina que estas comunicaciones deberán celebrarse respetando al máximo la intimidad del penado y sin más restricciones *-en cuanto a las personas y al modo-* que las dispuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento (segundo inciso artículo 51.1 LOGP). Añade el art. 51 de la LOGP, en su apartado número dos, que “las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados (...)”. Finalmente, en su apartado número tres, este precepto legal admite que “en los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión (...)”.

Por lo tanto, el artículo 51 de la LOGP reconoce el derecho de todos los internos - *esto es, pues, ya sean condenados o penados, detenidos o presos-* y, salvo incomunicación judicial, a mantener comunicaciones con sus familiares, amigos, representantes acreditados de instituciones de cooperación penitenciaria, así como también con sus Abogados y Procuradores *-entre otros profesionales-*, conociéndose tales comunicaciones

⁹⁴ Artículo 51.1 Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

por la doctrina y por la jurisprudencia⁹⁵ como *generales o genéricas y específicas*, respectivamente. En consecuencia y, en principio, cabe decir que la persona reclusa en un establecimiento penitenciario *-y privado de libertad, obviamente-* goza del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, aunque también es cierto que éste puede verse afectado por las limitaciones impuestas por la normativa vigente y a que alude el art. 25.2 CE *-precisamente por la especial relación de sujeción que supone este régimen penitenciario-*, según reiterada jurisprudencia del TC⁹⁶.

El Alto Tribunal, como se ha indicado *-en algunos de sus pronunciamientos-* se refiere al reconocimiento que su doctrina hace de la titularidad de este derecho, de su ejercicio y de sus limitaciones (por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la ley penitenciaria), añadiendo al respecto que “este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere por ello suma importancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el art. 25.2 CE. Mediante la comunicación oral y escrita con otros sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad”⁹⁷.

Por otra parte, hay que advertir también que es posible retener la correspondencia de los concursados y quebrados, con el fin de asegurar el patrimonio que deberá responder a sus créditos. Ello se lleva a efecto mediante resolución judicial motivada *-esto es, pues, a través del auto que declare el concurso o la quiebra-* (ex art. 1.1.1 Ley Orgánica 8/2.003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal).

En resumen, pues y, como epílogo de este esencial apartado, es conveniente destacar que es titular de este Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones cualquier persona *-nacional o extranjera-*, que intervenga en la comunicación *-sean dos (como mínimo), o más-*, protegiendo con la misma intensidad constitucional a las personas físicas y jurídicas *-incluidos los menores, que ven tutelado su ejercicio por las personas de*

⁹⁵ STC 183/1.994, de 20 de junio, FJ 5: “Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la L.O.G.P., distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas -art. 51.1- y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2).”

⁹⁶ Entre otras muchas SSTC: 170/1.996, de 20 de octubre, FJ 5; 128/1.997, de 14 de julio, FJ 4; 175/1.997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1.997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2.000, de 26 de junio, FJ 3; 106/2.001, de 23 de abril, FJ 6; y 192/2.002, de 28 de octubre, FJ 5.

⁹⁷ Por todas ellas, STC 200/1.997, de 24 de noviembre, FJ 2.

las que dependen, aunque haya ciertos titulares del mismo que puedan ser objeto de consideración especial, en atención a ciertas situaciones y/o estados concretos en que se encuentren en un momento determinado (edad, capacidad, relaciones de especial sujeción *-internos en centros penitenciarios-*, concursados y quebrados,...). En cualquier caso, “la titularidad de los derechos sólo puede predicarse del individuo, por lo que su mutación histórica afecta únicamente a los presupuestos de su ejercicio”⁹⁸.

9. GARANTÍAS JURÍDICAS

El art. 18.3 CE exige de forma expresa que toda injerencia en el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones venga precedida por resolución judicial, pero es doctrina constante del TC⁹⁹ que “aunque la literalidad de dicho precepto *se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial* puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detallado de la cuestión pone de manifiesto lo contrario, ya que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa, además, una habilitación legal”.

Este Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones está reconocido en la Sección 1ª. “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, del Capítulo Segundo. “Derechos y libertades”, del Título I. “De los derechos y deberes fundamentales” de la Constitución Española de 1.978. Y, por ende, forma parte integrante esencial del bloque de derechos a los que esta Norma Fundamental de nuestro ordenamiento jurídico ofrece el máximo nivel legal de protección posible, que se plasma y materializa de forma práctica en las siguientes garantías jurídicas básicas:

1) Habilitación legal (o “reserva” legal).- Efectivamente, por cuanto esa misma doctrina jurisprudencial del TC citada anteriormente dispone que la reserva de ley constituye “el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica (...) de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, lo que “implica exigencias respecto del

⁹⁸ RODRÍGUEZ PALOP, Mª E.: “Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: La tercera generación de derechos humanos, Aranzadi, Navarra, 2.006, 315 pp.”, *Revista Derecho y Libertades*, núm. 16, Época II, Madrid, 2.007, pág. 282.

⁹⁹ Por todas, STC 49/1.999, de 5 de abril, FJ 3.

contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate” pero que, en todo caso, determinan que “el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica, esto es, “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC 49/1.999, de 5 de abril, FJ 4).

Profundizando en esta exigencia y, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, la STC 169/2.001, de 16 de julio, en su FJ 6, mantiene que “la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad”. Reserva de ley que *-según recuerda la STS 4.664/2.017, de 21 de diciembre-* también viene reflejada en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ya que dispone en el art. 8.1 que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, y añade en el mismo artículo mencionado, apartado segundo, que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. En suma, pues, esta “reserva de ley” 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 y, en definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico *-donde Jueces y Magistrados están sometidos únicamente al imperio de la Ley y no existe estrictamente hablando vinculación al precedente jurídico¹⁰⁰⁻*, constituye este principio de legalidad el único modo o medio efectivo de garantizar las exigencias de seguridad y certeza jurídica en el marco de los Derechos *Fundamentales* y las libertades públicas.

2) Respeto legal de su contenido esencial.- Asimismo, el art. 53.1 CE, en su

¹⁰⁰ SSTC 8/1.981, de 30 de marzo; 34/1.995, de 6 de febrero; 47/1.995, de 14 de febrero; y 96/1.996, de 30 de mayo, entre otras.

segundo inciso, prescribe que: “(...) Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos (...)”.

3) Amparo judicial genérico.- Así es, por cuanto este Derecho *Fundamental* debe estar protegido frente a su vulneración por el procedimiento preferente y sumario establecido en su momento por la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, pudiéndose plantear, además, reclamaciones de carácter penal, civil o administrativo.

El art. 1 de este texto legal, se refería expresamente al *secreto* de la correspondencia, y el resto de aspectos relativos a este derecho fueron incorporados a la norma protectora anteriormente citada por la vía del RD 342/1.979, de 20 de febrero. Y esto es así porque el art. 53.2 CE prescribe que: “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (...)”. Empero, esta Ley *-que estuvo vigente hasta el 28 de abril de 2.003-*, fue derogada por la Ley 38/2.002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

4) Amparo constitucional específico.- Una vez agotadas todas las instancias y recursos procedentes, la ausencia de reparación y/o satisfacción jurídica *-en su caso-* ante los Tribunales ordinarios, faculta y posibilita la interposición del correspondiente recurso de amparo constitucional, obligando a estos órganos jurisdiccionales a solventar las responsabilidades de todo orden que deban asumir los infractores cuando el pronunciamiento final del TC reconozca en amparo la vulneración efectiva del derecho.

5) Procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 168 CE).- En efecto, puesto que el art. 168.1 CE dispone que: “Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes”. Y continúa este artículo, en su segundo inciso, así: “Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras”.

Para finalizar el precepto transcrito de la siguiente manera: “Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

6) Tutela efectiva, a través del recurso (art. 161.1.a. CE) y la cuestión (art. 163 CE) de inconstitucionalidad.- Reconocida también en el art. 53.1 CE, en los siguientes términos: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (...) se tutelarán de acuerdo a lo previsto en el art. 161.1.a)”.

7) Defensa del derecho por el Defensor del Pueblo (art. 54 CE).- El Defensor del Pueblo se erige como el Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos constitucionales comprendidos en el Título I, entre los que se encuentra el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, pudiendo supervisar para llevar a cabo su función las actividades de la Administración.

Abundando en todo lo antedicho y, como parte integrante del sistema de Derechos *Fundamentales* establecido *-que debe presidir también la interpretación de todo el ordenamiento jurídico-*, las normas deben interpretarse siempre de la forma más favorable posible a su ejercicio. Y, en fin, más allá de la propia Constitución y, en particular, en el Código Penal, se contienen otras garantías específicas para este derecho:

- En el capítulo I (“Del descubrimiento y relación de secretos”), del Título X (“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”), del Libro II (“Delitos y sus penas”), se encuentran recogidos los siguientes delitos:

- Descubrimiento y revelación de secretos por particulares (art. 197 CP),
- Descubrimiento y revelación de secretos por autoridad o funcionario público (art. 198 CP).
- Revelación de secretos ajenos por personas físicas (art. 199 CP).
- Revelación de secretos en relación con las personas jurídicas (art. 200 CP).

- Por su parte, la Sección 2ª (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, del Capítulo

V (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”), del Título XXI (“Delitos contra la Constitución”), del Libro II (“Delitos y sus penas”):

- Responsabilidad penal del funcionario por intervención, divulgación y revelación de comunicaciones (arts. 535 y 536 CP).

Así, en el Código Penal (CP) de 1.995 (LO 10/1.995, de 23 de noviembre) tiene cabida la tipificación de la interceptación de comunicaciones por parte de particulares, personas físicas o jurídicas, citándose no sólo las postales *-incluidas las telegráficas, obviamente-* y las telefónicas, sino también el correo electrónico. Mención aparte merece la intervención efectuada por funcionario público o agente sin las garantías constitucionales o legales previstas, variando entonces la pena dependiendo de si se han divulgado o no los hechos¹⁰¹.

Por último y, en el ámbito civil, la Ley Orgánica 1/1.982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen (art. 7.1, y 2), entiende como intromisión ilegítima el emplazamiento de aparatos de escucha o de cualquier otro medio para grabar o conocer cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

10. DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

No existe un texto legal (Ley Orgánica, ex art. 81.1 CE) que cumpla las garantías de certeza, seguridad, abstracción y generalidad propias de un Estado de Derecho y que desarrolle de manera general el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones en España *-al menos en su dimensión sustantiva o material, aunque ahora ya sí existe regulación legal actualizada en su ámbito procesal-*, como así ocurre también en el caso de otros derechos constitucionales. Pese a ello y, por un lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) *-Real Decreto, de 14 de septiembre de 1.882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid, núm. 260, de 17 de septiembre de 1.882)-* trataba aquellas situaciones en las que la autoridad judicial puede acceder o permite el acceso a la existencia y contenido de las comunicaciones.

La LECrim, en su redacción original de 1.882, regulaba en sus arts. 579 a 588 la

¹⁰¹ STS 2ª, de 22 de marzo de 2.001.

intervención de la correspondencia escrita y telegráfica *-principal y, en general, única forma de comunicación a distancia existente en ese momento histórico-*. No obstante y, como consecuencia de la evolución constante en las formas de comunicación emergentes y, sobre todo, del impacto que han tenido en las sociedades modernas las nuevas tecnologías, esta Ley ha ido poniendo periódicamente de manifiesto su inadecuación para acometer satisfactoriamente la intervención de las comunicaciones en supuestos de investigaciones orientados a la persecución de nuevas formas y actividades delictivas.

Y, debido a esta situación, a través de la LO 4/1.988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se autorizó al Juez (ex art. 579.2) a que por resolución judicial motivada se procediese a la intervención de las comunicaciones, así como al establecimiento de la duración de las intervenciones. Esta Ley intentó resolver el problema de anomia legal descrito con la introducción de tres apartados en el art. 579 LECrim, regulando las intervenciones telefónicas, previsión que tampoco superó las exigencias del TEDH (STEDH de 18 de febrero de 2.003, caso Prado Bugallo contra España). A este respecto, la Circular 2/2.019, de 6 de marzo de 2.019, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas¹⁰², que contiene la doctrina de la Fiscalía General del Estado (FGE) en esta materia, constata que “tuvieron que ser nuestros tribunales los que generaran un cuerpo jurisprudencial con los estándares y exigencias mínimas para la legalidad de las intervenciones telefónicas, alcanzando con ello, esta vez sí, la aprobación del TEDH (en este sentido, la resolución de inadmisión de 25 de septiembre de 2.006, caso Abdulkadir Coban contra España)”.

Aunque ante las constantes exigencias doctrinales de modificación y reforma de la legislación procesal penal, éstas se han concretado ya en la aprobación de la LO 13/2.015, de 5 de octubre, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LOMLECrim), pues así se había manifestado también el TS reiteradamente, indicando que “(...) las nuevas normas legales sectoriales no complementan adecuadamente sus insuficiencias, que requieren imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica”¹⁰³. Y ello, como muy acertadamente señala el Preámbulo de esta norma legal, “por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la

¹⁰² Referencia: FIS-C-2.019-00002.

¹⁰³ STS 912/2.016, de 1 de diciembre (FD Segundo).

creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado”.

Se trata, en suma, de una regulación cuyo origen se encuentra *-como así se preocupa de recordar el mismo Preámbulo de la LO 13/2.015-*, en la copiosa y rica doctrina jurisprudencial elaborada en los últimos años tanto por el Tribunal Supremo (TS) como por el Tribunal Constitucional (TC). En consecuencia, las previsiones que recoge la Ley deberán ser interpretadas conforme al espíritu que preside esa doctrina jurisprudencial, inspirada, a su vez *-como ya advertimos-*, por la doctrina emanada del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Esta regulación legal será únicamente aplicable cuando, en la instrucción de las causas penales, se adopten medidas de investigación que limiten los derechos reconocidos en el art. 18.3 CE. En particular, deberán quedar fuera de tal previsión los supuestos contemplados en la LO 2/2.002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), así como también en la LO 4/1.981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio. En el caso de la jurisdicción militar, la regulación de la LOMLECrim resultará supletoriamente aplicable con las particularidades y en los términos previstos en la Disposición Adicional Primera de la LO 2/1.989, de 13 de abril, Procesal Militar.

Por otro lado y, como ya expusimos brevemente en el apartado anterior sobre garantías jurídicas, el Código Penal (Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal) contempla asimismo la protección del *secreto* de las comunicaciones. Así, actualmente la vulneración de este derecho se considera en el ámbito penal un delito contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, incluido en el Título X del Libro II del CP, concretamente este delito se denomina “descubrimiento y revelación de secretos”, regulado y desarrollado a partir del artículo 197 del Código mencionado. De esta manera, el apartado primero de dicho artículo condena tanto la vulneración de la intimidad de la comunicación intervenida como el descubrimiento y revelación de lo contenido en ella. En los siguientes apartados del art. 197 CP y en el resto de artículos que versan sobre la misma cuestión *-hasta el art. 201 incluido-*, se establecen distintas penas en función de las circunstancias y características del hecho y del autor, siendo la jurisdicción penal la competente para conocer de estos asuntos, al margen e independientemente de la posibilidad cierta del ejercicio de acciones civiles por reclamación

de daños y perjuicios.

Y, por último, el art. 201.3 CP señala que el perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal o la pena impuesta.

Es, sin embargo y, en ausencia de una Ley que desarrollara este Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, en sede jurisprudencial y a múltiples bandas - *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*, *Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)*, *Tribunal Constitucional (TC)* y *Tribunal Supremo (TS)*-, donde se ha producido en mayor medida el tratamiento e interpretación -*tanto de su contenido material cuanto de las exigencias y cautelas legales para su intervención*-, delimitando y configurando así su contorno jurídico, en orden a conseguir que su garantía sea real, plena y efectiva.

**CAPÍTULO II- TRATAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN
DE LAS COMUNICACIONES**

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La interceptación de las comunicaciones supone, en principio, una vulneración al Derecho *Fundamental* al secreto de las mismas, proclamado y garantizado en España por la CE. Este Derecho *Fundamental*, como se ha venido manifestando a lo largo de la presente exposición, protege la comunicación y el proceso comunicativo en su conjunto, independientemente de su contenido y frente a cualquiera que no participe en la misma.

Resulta evidente que la mayor incidencia jurisprudencial del derecho garantizado por el art. 18.3 CE la encontramos en las comunicaciones telefónicas, donde se plantean distintos grados de posible vulneración del *secreto*: intervención, grabación o recuento¹⁰⁴. Es decir, se admite la vulneración del Derecho *Fundamental* no sólo cuando se accede a lo comunicado, sino también cuando se conoce con quién o con qué número se comunica, e incluso la duración de la comunicación, según ha puesto de relieve el TEDH¹⁰⁵ o el propio Tribunal Constitucional que, no obstante, ha destacado “la menor intensidad de la injerencia cuando no se accede al contenido de la comunicación”¹⁰⁶.

Establece el TC¹⁰⁷, respecto de la intervención de las comunicaciones telefónicas y, por cuanto a la violación del *secreto* a las comunicaciones se refiere, que “lo que se sanciona es la *interceptación* o el empleo de artificios para la *escucha, transmisión, grabación o reproducción*, pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate”. Y, bajo esta premisa básica, la injerencia sólo es posible desde la posición de un tercero ajeno a la comunicación mantenida por emisor-receptor, a través de soportes técnicos más o menos complejos y sofisticados. Dicha intromisión y/o intervención externa se materializa con cualquier interceptación *-ya sea ésta llevada a cabo tanto por los poderes públicos cuanto por los particulares-* (STC 114/1.984, de 29 de noviembre).

Ahora bien y, dicho esto, el derecho al *secreto* de las comunicaciones, aunque sea un Derecho *Fundamental* y, tal y como ocurre también con cualquier otro de su mismo carácter *-a excepción hecha del derecho a la vida y a la integridad física y moral (ex art. 15 C.E.)-*, no es ilimitado, sino que puede ser objeto de injerencia o limitación “*legítima*” en su ejercicio, en garantía y preservación de intereses generales en ciertos supuestos concretos

¹⁰⁴ STC 217/1.989, de 21 de diciembre.

¹⁰⁵ STEDH, de 30 de julio de 1.998 (caso Valenzuela Contreras contra España).

¹⁰⁶ STC 123/2.002, de 20 de mayo.

¹⁰⁷ STC 114/1.984, de 29 de noviembre, FJ 7.

que, en el marco del proceso penal, se circunscriben a la investigación de una serie de delitos y a la determinación de los sujetos partícipes en los mismos. A su vez, dicha interceptación de las comunicaciones tiene 2 posibilidades de actuación:

a) De forma legal.- El sistema constitucional español vigente establece que “se garantiza el secreto de las comunicaciones (...), salvo resolución judicial” (ex art. 18.3 CE).

Y, por su parte, la jurisprudencia constitucional¹⁰⁸ sostiene que “(...) 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 ejecución (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”.

b) De manera “ilegítima”.- Siendo este modo una injerencia proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, suponiendo una vulneración del derecho al *secreto* de las comunicaciones que, a su vez, deriva en una serie de consecuencias expresamente previstas en el mismo como *-en su caso-*, la sanción penal para los responsables de la interceptación, en los términos recogidos en el Código Penal.

Así, pues y, en primer lugar, cabe mencionar el concepto de intervención telefónica esbozado por el TS¹⁰⁹, pues de su delimitación se puede extraer fácilmente qué es, quién, cuándo, cómo y para qué se lleva a término, respectivamente, acotando así su definición. Se trata de una limitación legal al ejercicio de este Derecho *Fundamental*, restricción derivada de una resolución judicial previamente adoptada, que puede tener lugar en la fase de instrucción o de sumario respecto del imputado y/o de otros, y que el objetivo de esta medida es la captación del contenido de conversaciones para poder investigar y obtener así elementos de prueba.

Sobre la interpretación de la validez de las pruebas, han sido importantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y, concretamente, la Sentencia 114/1.984 - *que consagra el principio de exclusión de las pruebas ilícitas y que dio lugar al artículo 11.1 LOPJ*, y la Sentencia 81/1.998, de 2 de abril (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1.998) que, en su FJ 4 y en relación a la conocida como “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (“fruit of the poisonous tree doctrine”) o del *efecto reflejo* (admisibilidad de una prueba lícita derivada de otra ilícita), mantiene que “al valorarse pruebas obtenidas con vulneración de

¹⁰⁸ Entre otras, STC 49/1.999, de 5 de abril.

¹⁰⁹ STS 246/1.995, de 20 de febrero.

derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia, además de recoger que no deben valorarse las pruebas que tengan una relación directa con la obtenida con violación de un derecho fundamental¹¹⁰.

Y, si bien es cierto que los 2 tipos de intervenciones más relevantes en materia de comunicaciones *-por el auge experimentado últimamente de las nuevas formas de comunicación interpersonal-* son las telefónicas y telemáticas (Internet: correo electrónico, redes sociales,...) y, dado también que son las que en mayor medida y grado de profundidad han sido estudiadas, analizadas y tratadas tanto por la doctrina especializada como por la jurisprudencia, vamos a centrarnos más específicamente desde esta parte del presente Trabajo y, en adelante, en las comunicaciones postales y telegráficas, objeto especial de este estudio.

En todo caso y, respecto de la correspondencia privada, el TEDH se ha encargado de señalar hasta 7 formas distintas de injerencia en la misma, que conviene distinguir y matizar:

- *Impedimento de iniciar la correspondencia* (caso Golder contra Reino Unido, STEDH, de 21 de febrero de 1.975: “un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar la correspondencia representa la forma más radical de inferencia en el ejercicio del derecho al respeto a la correspondencia”).
- *Apertura y lectura de la correspondencia* (caso Campbell contra Reino Unido, STEDH, de 25 de marzo de 1.992).
- *Intercepción, que supone el impedimento de remitir la correspondencia* (entre otros: casos Silver contra Reino Unido, STEDH, de 25 de marzo de 1.983; Boyle y Rice contra Reino Unido, STEDH, de 27 de abril de 1.988; McCallum contra Reino Unido, STEDH, de 30 de agosto de 1.990; y caso Herczegfalvy contra Austria, STEDH, de 24 de septiembre de 1.992).
- *Restricción, que supone la prohibición total durante un período de tiempo de remitir o recibir correspondencia* (Informe de la Comisión, relativo al caso McCallum,

¹¹⁰ COSTA TORNÉ, M. ^a C: “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, Madrid, 2.012, pág. 160.

precitado).

- Retraso en el envío o en la recepción de la correspondencia (caso Silver, ya citado).

- Aprehensión y examen tras un registro domiciliario de la correspondencia (casos Niemietz contra Alemania, STEDH, de 16 de diciembre de 1.992; casos Funke, Crémieux y Mialhe contra Francia, SSTEDH, de 25 de febrero de 1.993).

- Censura, que supone la eliminación de determinados pasajes de una carta (caso Pfeifer y Plankl contra Austria, STEDH, de 25 de febrero de 1.992).

Llegados a este extremo y, ahora, se trata de determinar si todas o solamente algunas de ellas están permitidas en nuestro ordenamiento jurídico, extremo que trataremos de aclarar y dirimir en el desarrollo de los siguientes apartados dedicados a esta cuestión.

2. PREVISIÓN LEGAL Y PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO

Aunque la CE no establece expresamente que sólo por Ley se pueden prever los supuestos de interceptación legítima de las comunicaciones y, partiendo de que según la propia Constitución sí es posible la intervención por resolución judicial cabe entender, no obstante y, de acuerdo con el art. 53.1 CE, que “sólo por ley” puede regularse el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el *secreto* de las comunicaciones.

Este requisito de previsión legal es más expreso en el Convenio de Roma (CEDH, 1.950), siendo detallado en todas sus exigencias por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), pues la STEDH, de 30 de julio de 1.998, caso Valenzuela Contreras contra España *-entre otras-*, ponía de relieve las deficiencias de la regulación española anterior a la LO 4/1.988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando dicho Tribunal que el ordenamiento jurídico español en su conjunto no permitía cumplir las condiciones derivadas del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) en cuanto a la “previsibilidad” de la Ley se refiere, al no preverse con detalle suficiente las garantías que precisan la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades.

Por su parte, como efecto del asunto Prado Bugallo contra España (18 de febrero de 2.003), donde el TEDH todavía señala insuficiencias en el ordenamiento jurídico español relativas a la regulación de las intervenciones telefónicas por no responder a todas las exigencias fijadas por la jurisprudencia (en particular, con las de los asuntos Kruslin y Huvig), el Tribunal Constitucional¹¹¹ reconoce las carencias del art. 579 LECrim en cuanto respecta al plazo máximo de duración de las intervenciones, naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse, al control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, a las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas.

Igualmente y, de acuerdo con doctrina del TC¹¹² las condiciones de legitimidad de la limitación del derecho al *secreto* de las comunicaciones afectan a las resoluciones de prórroga *-en su caso-*, de tal forma que no sólo necesitan también de motivación *-que no podrá ser en ningún caso mera reproducción de la primera-*, sino que se exige que el Juez conozca los resultados de la intervención acordada (utilidad para el proceso,...). Y, además, se produciría una vulneración del derecho al *secreto* referido desde el momento en que expirara la orden judicial sin ser renovada¹¹³.

Sin embargo y, pese a la reforma comentada, su insuficiencia condujo a nuevas condenas a España por incumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*-CEDH-*, Roma, 1.950), del Consejo de Europa, por no responder a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del TEDH para evitar “abusos”, y obligó a la jurisdicción¹¹⁴ ordinaria y constitucional a colmar las lagunas legislativas existentes, enjuiciando así los casos en atención a los requerimientos del TEDH.

Como venimos comentando y, en todo lo relativo específicamente a las comunicaciones telefónicas, ha sido clave la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), habiendo destacado la necesidad de que la medida de interceptación esté prevista mediante Ley, resultando de esta forma accesible al justiciable y predecible, que sea además necesaria en una sociedad democrática¹¹⁵, así

¹¹¹ STC 184/2.003, de 23 de octubre.

¹¹² SSTC 49/1.999, de 5 de abril; y 138/2.001, de 18 de junio.

¹¹³ STEDH de 20 de junio de 2.000 (caso Foxley contra el Reino Unido).

¹¹⁴ Por todas, SSTC 202/2.001, 49/1.999; y SSTS 610/2.007, 513/2.010.

¹¹⁵ Entre otras, SSTEDH: de 25 de marzo de 1.998 *-caso Kopp contra Suiza-*; y de 28 de septiembre de 2.000 *-caso Messina contra Italia-*.

como la exigencia de proporcionalidad (caso Foxley contra Reino Unido, de 20 de junio de 2.000). La atención del TEDH¹¹⁶ se ha centrado también en precisar que la vigilancia, injerencia y/o intervención de las comunicaciones puede sufrir un control en tres estadios o fases diferentes: cuando se ordena la medida, cuando ésta se lleva a cabo o cuando aquélla ha cesado; debiendo someterse todas ellas a supervisión por parte del poder judicial.

Por estas y otras razones, el Alto Tribunal concluye que la situación existente no se ajustaba a las exigencias de previsibilidad y certeza en el ámbito del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, por lo que instaba asimismo al legislador para que en el plazo más breve posible regulara con suficiente precisión esta materia. De esta forma y, siguiendo las directrices del TEDH¹¹⁷, el TC ha puesto de manifiesto que son 3 los presupuestos o exigencias que debe cumplir toda medida limitativa de este Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, cualquiera que sea el tipo de intervención del acto comunicativo de que se trate, que se detallan seguidamente:

1. Cobertura legal.- Esto es, pues, que la medida limitativa del derecho esté “prevista por la ley”, aunque entendida con un criterio muy flexible y en sentido material y no exclusivamente formal. Es un requisito expreso del TEDH (ex art. 8.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH-) que la injerencia en la esfera privada de las personas deba estar legalmente prevista. Es decir, contemplada por el Derecho Interno. Así, pues, lo que importa es que exista una norma de carácter general en el Ordenamiento Estatal que contemple, regule y establezca los límites y garantías para la adopción, ejecución y control de la medida. Sobre todo, que dicha norma interna alcance una “calidad”¹¹⁸ determinada que presupone, a su vez, la necesaria constatación de que la norma en cuestión cumpla los 3 requisitos básicos que a continuación se indican:

- En primer término, que sea “*accesible*” a todos los ciudadanos. Queriendo ello decir que los términos de la ley sean lo suficientemente claros para que aquéllos puedan

¹¹⁶ Por todas: STEDH, de 6 de septiembre de 1.978 -*caso Klass contra República Federal de Alemania*-.

¹¹⁷ Para un análisis detallado de la Jurisprudencia del TEDH respecto de las escuchas telefónicas, puede consultarse RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2.000, págs. 244 y ss.

¹¹⁸ En relación con España, la Decisión del TEDH, de 7 de septiembre de 2.010, [TEDH 2.010/92], ap. 9: “*las palabras -prevista por la ley- en el sentido del artículo 8.2 requieren que la medida inculpada tenga una base en derecho interno, pero hacen referencia también a la calidad de la Ley: exigen la accesibilidad de ésta a la persona afectada, que además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho*”.

comprender sin mayores dificultades los supuestos en que su derecho a la privacidad puede quedar limitado.

- En segundo lugar, que las consecuencias que puedan derivarse de las medidas limitativas del Derecho *Fundamental* sean “*previsibles*” para el sujeto afectado.

- Y, finalmente, que tales limitaciones o injerencias *-tal y como se prevén en la Ley-*, “*sean compatibles con la prestación del derecho*”. Esto es, que la norma establezca las garantías necesarias para controlar el ámbito y aplicación de la medida de intervención.

2. Fines legítimos.- Así engloba el art. 8.2 del CEDH un conjunto de finalidades que legitiman las injerencias de toda índole en el derecho al *secreto* de las comunicaciones. Y, en el marco del proceso penal, evidentemente la única razón que puede justificar la adopción de esta medida limitativa del Derecho *Fundamental* es la existencia de un fin constitucionalmente legítimo cual es el que representa el interés general que subyace en el descubrimiento del delito y en la determinación de sus partícipes. La LECrim, con las modificaciones introducidas por la LO 13/2.015, aspira también a cubrir esta exigencia, estableciendo por un lado una descripción y definición de los diferentes principios rectores que deben regir en el momento de acordar la medida limitativa del derecho (ex art. 588 bis a.) así como, por otro, la exigencia de que en la resolución judicial que autorice la práctica de la medida de intervención se incluyan los fines perseguidos con la interceptación que se vaya a realizar (ex art. 588 bis c., apartado 3. g).

3. Medida necesaria en una sociedad democrática.- En la STEDH, de 25 de marzo de 1.983, caso Silver contra el Reino Unido, el Tribunal señala un conjunto de principios a que se refiere la idea de “*necesidad*” recogida en el art. 8.2 CEDH. Son éstos:

- La expresión “*necesario en una sociedad democrática*” no es sinónimo de indispensable, ni tampoco tiene la flexibilidad de términos como admisible, normal, útil, razonable u oportuno.

- El CEDH permite a los Estados signatarios un cierto margen de apreciación, aunque limitado, a la hora de establecer restricciones al Derecho *Fundamental*, pero la resolución final sobre la compatibilidad y adecuación de las normativas internas de dichos Estados al Convenio corresponde al Tribunal.

- Los artículos del Convenio que establecen una excepción al derecho garantizado, deben ser interpretados restrictivamente.

- En todo caso, para que legalmente sea posible la injerencia en el Derecho *Fundamental*, tiene que ser posible su control.

- Y, por último, el principio que comprende a todos los anteriores: “*Necesario en una sociedad democrática*” significa que la intervención debe corresponder especialmente a una necesidad social imperiosa, y resultar proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

Por lo tanto y, en definitiva, el concepto de “*necesidad*” que utiliza el art. 8.2 del CEDH ha sido interpretado por el TEDH poniéndolo en relación con el “*criterio de la proporcionalidad*”, de tal modo que la autoridad pública que acuerde la medida restrictiva del Derecho *Fundamental* deberá adoptarla siempre que resulte proporcionado al sacrificio del derecho consagrado en el art. 8, esto es, la obtención del superior fin legítimo que, en el caso del proceso penal, será el interés general en la averiguación del delito y en la identificación de los autores. Así, las ideas de motivación y proporcionalidad aparecen conectadas entre sí, y corresponderá a la Autoridad Pública competente para adoptarla tomar una decisión fundada en los fines legítimos que postula el art. 8.2 del Convenio, con estricta observancia de estos requisitos, que son la base de la elaboración doctrinal del TC para la limitación del derecho al *secreto* de las comunicaciones.

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado cuatro pronunciamientos sobre el uso de las nuevas tecnologías en la empresa y su control por el empresario -*cobrando especial relevancia en particular el uso de Internet y el correo electrónico o los modernos sistemas de mensajería*-, que merecen especial consideración por los posibles cambios de criterios y/o avances que pueden suponer en la regulación de esta importantísima materia y que, por otra parte, afectan directamente al núcleo medular del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Son las siguientes Sentencias, emitidas todas ellas por el Tribunal de Estrasburgo:

- STEDH, de 12 de marzo de 2.016 (caso *Barbulescu* contra Rumanía, demanda 61496/2.008), conocida como “*Barbulescu I*”.

- STEDH (Gran Sala), de 5 de septiembre de 2.017, de 5 de septiembre de 2.017 (caso Barbulescu contra Rumanía), denominada “Barbulescu II”.

En ambas se juzga la petición de un ciudadano rumano (Sr. Bogdan Mihai Barbulescu), en calidad de demandante contra el Estado rumano, que fue despedido por haber hecho presuntamente uso personal del servicio de mensajería electrónica instalada en su ordenador con fines exclusivamente profesionales.

- STEDH, de 9 de enero de 2.018 (caso López Ribalda y otras contra España, demandas 1874/13 y 8567/13).

- Y, por último, STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2.019 (caso López Ribalda y otras contra España).

En esta ocasión, el origen de la controversia se encuentra en la acción planteada por 5 trabajadoras o demandantes (que ocupaban el puesto de trabajo de *cajeras*) de una cadena de supermercados, despedidas disciplinariamente en el año 2.009, tras constatarse la comisión de irregularidades laborales a través de cámaras de videovigilancia instaladas *ad hoc* por la empresa.

De cualquier forma y, teniendo en cuenta la repercusión de estos fallos y la entrada en vigor del trascendental Reglamento (UE) 2.016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales¹¹⁹, *-y de cuyo ámbito de aplicación personal y material no quedan excluidas las relaciones laborales, en atención a garantizar una mayor protección de los derechos y libertades fundamentales tanto de los ciudadanos en general como de los trabajadores en particular-*, el análisis jurídico de los mismos se retomará y realizará más detalladamente en este Trabajo con ocasión del tratamiento del apartado específico dedicado a la Protección de Datos (Capítulo Cuarto, epígrafe 2).

Empero y, dada la situación existente anteriormente descrita, que había generado gran inseguridad jurídica y, al mismo tiempo, una quiebra de las garantías procesales *-siendo muchas las cuestiones carentes de cobertura legal y sobre las que no procedía la*

¹¹⁹ Una aproximación al mismo desde el ámbito laboral puede consultarse en GOÑI SEIN, J.L.: “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del reglamento de Protección de datos de 2.016”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2.017, págs. 15 y ss.

aplicación del método de la analogía en base a la escasa regulación existente de la materia, la LO 13/2.015, de 5 de octubre (LOMLECrim), trata de recoger todo el acervo jurisprudencial sobre los requisitos que el TC y el TS fueron estableciendo en una reiterada jurisprudencia al respecto.

Es, así pues, una Ley Orgánica (LO 13/2.015, de 5 de octubre, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica -LOMLECrim-) la que regula actualmente en España en qué circunstancias o en qué condiciones se habilita al poder público para proceder lícitamente a intervenir las comunicaciones, lo que supone una necesaria adaptación de la normativa actual con respecto al surgimiento, avance y desarrollo incesante de las nuevas tecnologías en este ámbito de actuación.

La protección de este tipo de comunicaciones supone que no podrá interferirse o intervenir la comunicación de cualquier persona, salvo resolución judicial y con las garantías previstas. No obstante ello y, en virtud del medio de comunicación elegido, se presentan distintos matices. En este sentido, se ha distinguido en la nueva regulación procesal entre, por un lado, la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica¹²⁰ y, por otro, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas junto con los demás medios de investigación tecnológica.

En el caso de las comunicaciones postales, se garantiza el *secreto* de la comunicación así como de cualquier dato relativo al envío, revistiendo la intervención de las comunicaciones telegráficas un carácter similar a la del correo. Ahora bien, tal y como señala la ya mencionada STC 281/2.006, de 9 de octubre, el art. 18.3 CE no protege el *secreto* postal, sino el *secreto* de las comunicaciones postales de tal modo que, dentro del ámbito de este Derecho *Fundamental* no se incluyen todos los intercambios realizados mediante servicio postal (ya sea éste público o privado), sino sólo y únicamente aquéllos que supongan una forma concreta de comunicación, equivalente a *correspondencia -postal*

¹²⁰ Para ampliar información a este respecto, puede consultarse: RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.: “La detención y observación de la correspondencia escrita y telegráfica en la Ley Orgánica 13/2.015”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 8.792, 2.016, en cuyo resumen explica el autor citado que “La LO 13/2.015 ha dado pie a una auténtica revolución en la regulación de las medidas de investigación afectantes al secreto de las comunicaciones. Revolución que en el supuesto de las aparentemente vetustas comunicaciones postales y telegráficas ha dado lugar a un cambio radical en la forma de concebir la medida, hasta el punto de que por fin se abren las puertas a la posibilidad de ejecución de la medida con carácter discreto, sin previo conocimiento ni participación de la persona investigada”. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5552944>

y *telegráfica*. Además, Los Operadores postales deberán garantizar el *secreto* de las comunicaciones en la forma prevista en la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal y, en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre.

El actual art. 579 LECrim regula solamente la interceptación de la correspondencia escrita y telegráfica, comprendiendo la detención de la correspondencia privada *-postal y telegráfica-*, incluidos faxes, burofaxes, giros del investigado *-como emisor o como receptor-*, la apertura y la observación de las comunicaciones, no requiriéndose la presencia del afectado ni de su representante si el Juez hubiera acordado su examen *-a diferencia del antiguo art. 588 LECrim que así lo expresaba, aunque la realización del acto se podía llevar a cabo en todo caso-*. En orden a la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella, acota asimismo el ámbito material de actuación, de forma y manera que ahora este tipo de interceptaciones *-comunicaciones postales y telegráficas-* solamente podrá acordarse cuando hubiera indicios de obtener por este medio el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, y siempre que se investigue alguno de los siguientes delitos:

1. *Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, 3 años de prisión,*
2. *Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal,* y
3. *Delitos de terrorismo.*

Es decir, la nueva regulación procesal carece de un listado de delitos expreso sobre los que cabe realizar la investigación mediante este tipo de interceptaciones, por lo que se ha impuesto la exigencia de que concurra de forma no cumulativa alguno de los requisitos específicamente previstos en la norma.

La adopción de esta medida requiere orden judicial motivada que, con carácter general, será por un plazo de hasta 3 meses prorrogable por iguales o inferiores períodos, y hasta un máximo de dieciocho meses. Pero, igualmente que en la legislación anterior, en caso de urgencia y cuando la investigación esté dirigida a la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, se permite que la medida la ordene el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de

Seguridad, comunicándose inmediatamente al Juez competente en un plazo máximo de 24 horas, haciendo constar expresamente las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado final.

Y el Juez competente, por su parte y, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fuera ordenada la medida (ex art. 579.3 LOMLECrim). Esta misma previsión legal también se recoge para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Asimismo, este precepto excepciona o excluye la necesidad de previa autorización judicial *-en los mismos términos que se había previsto jurisprudencialmente-* en determinados supuestos de envíos postales:

a) Envíos postales que, por sus propias características externas no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.

b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envíos.

Así y, como se ha expuesto, la reforma de la LECrim en primer lugar actualiza el art. 579, añadiendo la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, delimitando su ámbito material de aplicación, así como los plazos de duración previstos de la medida de intervención, y las excepciones a la necesidad de autorización judicial para proceder a la investigación.

Adicionalmente, se crea un nuevo artículo 579 bis *-donde se regula un supuesto de hecho que con anterioridad no se preveía en la LECrim-*, que permite que el resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica pueda ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, estableciendo las condiciones para ello y, en particular, en cuanto al tratamiento de los denominados *"hallazgos casuales"* (ex art. 588 bis i) y a la continuación de la medida *-en aquel otro proceso, en su caso-*, para lo que se requerirá un nuevo auto judicial que convalide esta situación, que comprobará los requisitos previstos legalmente, así como la declaración de secreto. Esto es, pues, se trata

de la utilización de la información obtenida -*como medio de investigación y como medio probatorio*- en un procedimiento distinto, y también de la incorporación de los descubrimientos “*casuales*”.

Y, por otro lado y como ya anticipamos, se articula en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo IV, dedicado a los medios de investigación a través de las nuevas tecnologías. Este capítulo, a su vez, queda dividido en el tratamiento de las siguientes cuestiones:

- Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas;
- Captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos;
- Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes;
- Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información, y
- Registros remotos de equipos informáticos.

Culmina el Capítulo V del Título VIII, del Libro II, consagrado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, concluye con dos secciones que comprenden cuatro artículos (588 ter, j, hasta 588 ter, m). Por su parte, el art. 588 ter, j regula la incorporación al proceso de datos de tráfico o asociados que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, que requerirán siempre autorización judicial. Y los arts. 588 ter, k al 588 ter, m, abordan el acceso a determinados datos de identificación de usuarios o dispositivos, que no requieren autorización judicial.

Hay que destacar también la exigencia normativa de los principios básicos que rigen estas intervenciones para que el acto de intromisión en la comunicación sea válido, y que son los siguientes (ex art. 588, bis a.):

- Principio de especialidad.- Exige que la medida esté relacionada con la investigación de un concreto hecho delictivo. De esta manera, se concluye que no podrán autorizarse medidas de investigación cuya finalidad sea descubrir delitos sin una base

objetiva.

- Principio de idoneidad.- Esto es, pues, que la injerencia en las comunicaciones sea apta para lograr el fin perseguido.

- Principio de excepcionalidad.- Conforme a él, sólo podrá autorizarse la ejecución de la medida cuando no sea posible el empleo de otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado, e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho.

- Principio de necesidad.- Es decir, solamente podrá aprobarse la medida cuando se agrave la dificultad de la investigación del hecho delictivo en cuestión en caso de no recurrir a la misma, por lo que resulta indispensable.

- Principio de proporcionalidad.- Se refiere al equilibrio que debe existir entre el sacrificio de los derechos del investigado y el beneficio que implica la adopción de la medida de intervención con respecto al interés público y de terceros. Se debe realizar, por tanto, una ponderación de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta que el sacrificio de los derechos del investigado no podrá ser superior al beneficio que implicaría la adopción de la medida para el interés general¹²¹.

Conviene resaltar también que, gracias a la reforma operada en la LECrim, se le otorga sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que, anteriormente, no gozaban de regulación procesal alguna. De modo que las garantías jurídicas de la intervención de las comunicaciones se señalan en la LECrim.

Por la trascendencia práctica de la misma, vamos a destacar algunas de las consideraciones y conclusiones que realiza la Circular 2/2.019 de la Fiscalía General del Estado sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, anteriormente mencionada.

Así, al delimitar el “Alcance de la medida”, el apartado 2 de la misma constata que la previsión legal se extiende a las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Si bien advierte que “la distinción entre ambas clases de comunicación resulta, hoy en día,

¹²¹ VELASCO NUÑEZ, E.: “Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas”, *Jornadas de especialistas en criminalidad informática*, Centro de Estudios Jurídicos, CEJ, 2016, p. 3.

ciertamente difusa...”. Argumenta a este respecto que “el legislador, en lugar de regular la interceptación de telecomunicaciones, que incluiría *toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos* (apartado 39 del anexo II de la Ley 9/2.014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) ha optado por la limitación de la previsión legal a las comunicaciones que se realizan a través de dos medios concretos, que es a lo que alude la diferenciación establecida en la Ley”. Añade en esta misma línea que “si bien el concepto de comunicación telefónica no plantea muchos problemas, no ocurre lo mismo con las comunicaciones telemáticas. La telemática, según la RAE, es la *aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computerizada*; en consecuencia, pueden definirse las comunicaciones telemáticas como aquellas que emplean la informática para la transmisión de la información”. Cierra el tema afirmando que “en cualquier caso, al gozar ambos tipos de comunicación de una misma regulación, el problema de su distinción únicamente se proyecta sobre aquellas formas de comunicación que no tuvieran cabida en ninguna de estas dos, a las que les faltaría la previsión legal que posibilitara su intervención, lo que hoy en día no resulta imaginable aunque sí se plantea como una posibilidad de futuro”.

Comienza su punto 4. “Ámbito objetivo” afirmando que “el art. 588 ter b precisa que el ámbito objetivo de la interceptación de las comunicaciones puede extenderse al contenido de la comunicación en sí y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, a los que añade los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación...”. Inmediatamente prosigue diciendo que “este amplio ámbito objetivo, sin embargo, no será común para toda medida de interceptación de comunicaciones, sino que será necesario, en cada caso concreto, que el Juez determine el preciso alcance de la interceptación”. Señalando en este sentido que “se termina, de esta manera, con una práctica que se había venido generalizando con anterioridad a la reforma LECrim consistente en la inclusión sistemática, en las resoluciones que acordaban la intervención de comunicaciones, de todos los datos de tráfico o asociados que pudieran ser aportados por el operador telefónico y, todo ello, sin fundamentación alguna que lo justificara...”. Culmina esta relevante cuestión estableciendo que “deberá precisar el Juez si la intervención queda limitada a las comunicaciones orales que puedan sostenerse a través del terminal telefónico o se incluyen también los intercambios de mensajes cortos (SMS), correo electrónico o mensajes multimedia (MMS). Igualmente deberá precisarse si la intervención se extiende, además de al contenido de la comunicación, a los datos de tráfico o asociados, o a aquellos que se produzcan con

independencia del establecimiento de una comunicación...”.

En el capítulo 13, se condensan las conclusiones de la FGE en este ámbito, de las que seguidamente extractamos las más destacadas:

“(…)

-Como regla general no procederá la interceptación de comunicaciones cuando se trate de investigar delitos leves, aunque los mismos hayan sido cometidos en el seno de una organización delictiva o se trate de delitos cometidos a través de medios informáticos.

Excepcionalmente, la consideración de la especial gravedad del ámbito de producción del delito o de la menor intensidad de la intromisión en el derecho fundamental, permitirán el recurso a esta medida también en estos últimos casos, lo que deberá motivarse especialmente en la resolución que la acuerde.

(…)

-El control judicial de la interceptación de las comunicaciones forma parte del derecho fundamental, por lo que deberá asegurarse el efectivo seguimiento de la medida por parte del Juez que la haya acordado mediante la información que la Policía Judicial deberá remitirle en los períodos que hubieran sido fijados en la resolución judicial habilitante.

(…)

-La duración del plazo inicial de una medida de interceptación de las comunicaciones, así como de sus prórrogas, deberá estar justificada por la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de esa duración, debiendo reflejarse así en la resolución judicial por la que se acuerde la medida o su prórroga.

El cómputo del plazo total de duración se hará en relación con cada investigado cuyos derechos se vean limitados y no en relación con cada medio de comunicación intervenido o en relación con la duración total del procedimiento.

(…)

-La facultad del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial de obtener directamente, sin autorización judicial, la titularidad de cualquier medio de comunicación o, en sentido inverso, la identificación del medio de comunicación que utilice una persona determinada, se extiende a cualquier dato que facilite esa identificación sin estar vinculado a un proceso de comunicación.

Esta facultad podrá ejercitarse en relación con cualquier clase de comportamiento delictivo, siempre que los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad lo justifiquen.

-(...)"

Hemos de indicar que, además de la Circular 2/2.019 de la Fiscalía General del Estado (FGE) de la que enunciamos los aspectos más relevantes en orden a precisar el alcance de la actual regulación procesal de la investigación tecnológica de las comunicaciones, existen otras cuatro Circulares más dictadas en 2.019. Suman cinco¹²², pues, en total, y constituyen así un cuerpo normativo único que obliga a su consideración en conjunto que, a la par, recoge la doctrina de la Fiscalía General del Estado (FGE) en esta trascendental materia. Son las siguientes:

- Circular 1/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Circular 2/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.
- Circular 3/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.
- Circular 4/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización.

¹²² Han sido publicadas todas ellas en el BOE nº 70, de 22 de marzo de 2.019.

- Circular 5/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

Su objetivo esencial *-partiendo tanto de la experiencia adquirida en los últimos años como de las soluciones ya utilizadas por la doctrina jurisprudencial precedente-*, es elaborar unas pautas comunes de interpretación de las disposiciones relativas a la intervención de las comunicaciones recogidas sistemáticamente en el Libro II, Título VIII, de la LECrim, tras la modificación operada en virtud de la aprobación de la Ley Orgánica 13/2.015, de 5 de octubre (LOMLECrim).

La primera de ellas, Circular 1/2.019, se ocupa de las disposiciones comunes y de las medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica, encuadradas en los Capítulos IV y X, respectivamente, del Libro II, Título VIII de la LECrim, que resultan asimismo de aplicación general a los demás Capítulos del Título referido. Dentro del Título VIII, los Capítulos V a IX detallan, por su lado, las denominadas medidas de investigación tecnológica, realizándose un análisis particularizado de cada una de ellas en los otros cuatro documentos independientes emitidos por la Fiscalía General del Estado (FGE), con el fin práctico primordial de facilitar el manejo y estudio de cada una de las mismas.

A lo largo de la presente exposición se irá desarrollando su contenido fundamental en relación con el objeto de investigación que abordamos, continuando ahora con la Circular 1/2.019, en cuya “introducción” (apartado núm. 1) se asegura que “la reforma se inspira en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2.013 que, a su vez, recogía ya la consolidada doctrina jurisprudencial...”. Afirma también que “se regulan diferentes medios de investigación que, en mayor o menor medida, afectan al ámbito de los derechos fundamentales a la intimidad, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales, garantizados por el art. 18 de la Constitución Española...”.

En el apartado 2. “Disposiciones comunes” y, más concretamente, en el número 2.1 “Regulación legal” y refiriéndose a la LOMLECrim, sostiene que “la referencia expresa a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que hace el Preámbulo, debe interpretarse como voluntad legislativa deliberada de integrarla en el texto legal mediante su incorporación expresa o, en cualquier caso, como guía interpretativa de las nuevas disposiciones”. Sigue recordando y puntualizando que “(...) la norma tiene exclusivamente por objeto la adopción de diligencias de investigación tecnológica durante la instrucción de las causas o, en el caso de alguna de ellas, durante la fase de investigación

preprocesal...”. Para terminar subrayando que “en consecuencia, no será posible el recurso a estas medidas en momentos o con fines distintos, como sería el caso de adoptarse en la fase de ejecución de sentencia”.

Al analizar la “Resolución judicial habilitante”, apartado número 2.3 de la Circular comentada, en el subepígrafe de la misma 2.3.3.1 “Auto motivado, audiencia del Ministerio Fiscal y plazo para dictar la resolución”, manifiesta que “la resolución judicial autorizando la medida de investigación tecnológica requerirá, preceptivamente, la audiencia del Ministerio Fiscal...”. Aportando para ello, a modo ilustrativo, el dato de que “la Circular 1/2.013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas ya recogía diversas sentencias que venían propugnando el informe previo del Ministerio Fiscal como requisito de legalidad de la medida (SSTS nº 248/2.012, de 12 de abril y 722/2.012, de 2 de octubre)...”. Apostillando al respecto que “(...) a pesar de que el Anteproyecto no lo preveía, el informe del CGPJ insistió en su necesidad, incorporándose al texto finalmente aprobado”.

En relación con las “Medidas de aseguramiento”, en el apartado núm. 3, la Fiscalía General del Estado señala que “el Título VIII del Libro II de la LECrim concluye con un Capítulo X que, integrado únicamente por el art. 588 octies, regula la orden de conservación de datos...”. Añade que “se trata de una medida que, tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial, podrán emplear para asegurar la conservación de determinados datos que pueden ser incorporados al proceso en virtud de cualquiera de las medidas de investigación tecnológica que la Ley regula...”. Reconociendo al mismo tiempo que “(...) aunque la ley no lo prevé expresamente es obvio que el aseguramiento también podrá ser acordado de oficio por el Juez”. Y seguidamente dice que “el precepto tiene su precedente inmediato en el art. 16 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2.001 (BOE de 17 de septiembre de 2.010), que debe servir para interpretar alguna de las dudas que suscita su aplicación”.

En todo caso, las conclusiones principales a las que llega esta Circular inicial y fundamental de la Fiscalía General del Estado (FGE) -*además de todo lo mencionado ya con anterioridad sobre ella*-, se incluyen en el apartado número 5, que reproducimos parcialmente a continuación:

“(...)

-El cumplimiento del principio de especialidad exige que cualquier resolución judicial que acuerde la práctica de una diligencia de investigación tecnológica en un procedimiento deba indicar el delito concreto que se investiga y los sujetos sospechosos investigados, con expresión de los elementos identificadores de los que se disponga en ese momento, llevando a cabo una delimitación del objeto de la medida que excluya investigaciones prospectivas o genéricas.

-Toda resolución judicial que acuerde la adopción de una medida de investigación tecnológica deberá valorar expresamente su aptitud potencial para la obtención de resultados relevantes para la investigación, tanto en atención al objeto y sujeto investigado, como en atención a la duración de la medida, en su caso (principio de idoneidad).

-Los principios de excepcionalidad y necesidad exigen que la resolución judicial justifique expresamente que los resultados que se pretenden obtener con la medida de investigación no puedan ser recabados de otra forma menos gravosa para el derecho fundamental afectado, de manera que la adopción de la medida sea estrictamente imprescindible desde la perspectiva del caso concreto.

-La resolución judicial que acuerde la limitación de alguno de los derechos recogidos en el art. 18 CE deberá exteriorizar, conforme a los criterios de ponderación que recoge el apartado 5 del art. 588 bis a, los motivos por los que considera que la medida de investigación tecnológica que adopta aportará un beneficio para el interés público o los terceros que supera el sacrificio de los derechos e intereses afectados por la medida, esto es, su proporcionalidad.

-Únicamente el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial estarán legitimados para instar al Juez de Instrucción medidas de investigación tecnológica. Lo anterior no impide que la acusación particular o popular, a pesar de que la ley no les otorga legitimación, propongan al Juez alguna de estas medidas (...).

-Cuando las medidas de investigación tecnológicas sean instadas por el Ministerio Fiscal, la solicitud deberá proporcionar al Juez todos los datos indispensables para que la resolución que se dicte pueda justificar adecuadamente todos los extremos que se recogen en el art. 588 bis c, debiendo incluirse la calificación jurídica de los hechos investigados.

-La resolución judicial que autorice una medida de investigación tecnológica deberá

contener una descripción de los hechos que se investigan y su calificación jurídica. Igualmente, deberá exteriorizar indicios de la existencia de una actividad delictiva que la justifique, en los términos perfilados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, deberá reflejar la identidad tanto de los investigados como de cualquier otro afectado, siempre que fuera conocida. Cuando se desconozca, la resolución deberá precisar los datos de los que se tenga conocimiento que permitan la delimitación subjetiva.

-La resolución judicial que acuerde la medida deberá fijar un plazo inicial de duración de la misma, dentro de los límites legales, que resulte idóneo desde la perspectiva de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, debiendo exteriorizar la motivación que lo justifica. Igualmente indicará la periodicidad con la que el solicitante informará al Juez sobre los resultados de la medida.

-Los Sres. Fiscales deberán instar la fijación de plazos de ejecución de las medidas de investigación tecnológica acordes con las previsiones legales y con las necesidades del caso concreto y el cese de la medida cuando su mantenimiento no resulte ya necesario para el esclarecimiento de los hechos.

-La motivación de las resoluciones judiciales que acuerden la prórroga de medidas de investigación tecnológica deberá referirse a la subsistencia de las causas que motivaron la adopción de la medida y a la necesidad del mantenimiento de la misma para los fines de la investigación.

-El control judicial de las medidas de investigación tecnológica exige la dación de cuenta periódica acerca de su desarrollo por parte de la Policía Judicial al Juez.

-Podrán adoptarse medidas de investigación tecnológica que afecten a personas no investigadas, conforme a lo previsto legalmente para cada una de ellas.

-Los hallazgos casuales que se produzcan en la ejecución de cualquier medida de investigación tecnológica podrán ser utilizados para la persecución de los nuevos delitos de los que se tenga conocimiento, debiendo deducirse de las actuaciones los testimonios necesarios para comprobar la legalidad del hallazgo. Para el mantenimiento de medidas de investigación tecnológica en el nuevo procedimiento nacido del hallazgo casual será precisa una nueva resolución judicial que, además de valorar los principios y requisitos generales para su adopción, compruebe que el hallazgo casual no se ha obtenido fraudulentamente

(...).

-Los registros obtenidos con la ejecución de medidas de investigación tecnológica deberán ser destruidos al término del procedimiento, conforme a las previsiones del art. 588 bis k, debiendo los Sres. Fiscales instarlo de manera expresa en sus escritos de conclusiones provisionales. La excepcional conservación de estos registros requerirá una resolución judicial que pondere la afectación de los derechos fundamentales con los beneficios que resultarían en el caso concreto.

-Las órdenes de conservación de datos que, como medidas de aseguramiento, acuerde la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal no limitan derechos fundamentales, no exigiendo una especial motivación, al margen de justificar sucintamente la necesidad de la conservación de los datos para posibilitar la eficacia de una ulterior medida que se solicite. Además, se habrán de incluir los datos que ordena conservar, el plazo de conservación y el destinatario de la orden, así como las prevenciones oportunas que permitan la posterior exigencia de responsabilidad penal por delito de desobediencia en caso de no ser atendida.

-La orden de conservación no está sujeta a ningún tipo de control judicial. Por eso, aunque lo razonable debería ser que se alzara tan pronto como el Juez desestimara la solicitud de la correspondiente medida de investigación tecnológica, nada impide su mantenimiento si con ello se pretende continuar con la investigación a la búsqueda de nuevos indicios o evidencias que justifiquen volver a solicitar la incorporación de los datos preservados al proceso.

(...)”.

Consecuentemente con todo ello, la nueva regulación permite la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase realizadas mediante el teléfono o cualquier otro medio de comunicación telemática, lógica o visual, una actuación que, sin embargo, estará sometida a los principios generales sobre la materia recogidos legalmente.

Para concluir este apartado, cabe finalizar diciendo que la reforma de la LECrim de 2.015 introduce nuevos supuestos, haciéndose eco de las innovaciones tecnológicas surgidas en materia de comunicaciones, produciéndose una ampliación y actualización del espacio propio de la intervención en el ámbito de las comunicaciones.

3. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN E INSTRUCCIÓN PENAL

En ocasiones, la actividad instructora *-integrada en el proceso penal-* se dirige a la averiguación de los delitos e identificación de los autores de los mismos y puede exigir la realización de actuaciones que restrinjan Derechos *Fundamentales* del sospechoso o investigado. Así, la LECrim (LO 13/2.015), dentro de su Libro II. “Del sumario”, Título IV. “De la instrucción”, Capítulo I. “Del sumario y de las autoridades competentes para instruirlo”, nos ofrece el concepto de diligencias de investigación e instrucción en el art. 299, a tenor del cual “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

Campos Sánchez y Orenes Barquero¹²³ señalan que “existen tres posiciones en torno a los fines de la instrucción, a saber aquella que la conceptúa como preparación del juicio, la que la entiende como preparación de la acusación y una última que la concibe como determinante del enjuiciamiento...”. Afirmando seguidamente que “(...) es esta última la que, a nuestro criterio, ha de prevalecer ya que no ha de darse el juicio si no hay base racional para ello, de tal forma que, tanto ha de interesar que se someta a juicio quien aparece como presunto responsable de un delito como que no se someta aquella persona sobre la que no recaen indicios de criminalidad”. En opinión de Campos Sánchez y Orenes Barquero¹²⁴, “lo importante, en todo caso, es guardar el necesario equilibrio entre la función inquisitorial de la investigación y la garantía de los derechos de los ciudadanos en la adopción de medidas restrictivas de derechos”.

De esta forma, según se desprende del art. 299 LECrim citado y, para alcanzar la finalidad pretendida, debe procederse del siguiente modo:

- a) Mediante actuaciones de investigación, indagación, pesquisa o comprobación del hecho delictivo y todas las circunstancias útiles en él concurrentes;
- b) Por medio de una actividad de constancia y fijación de lo averiguado, consistente en la reunión o acopio del material probatorio, que una vez sometido a contraste

¹²³ CAMPOS SÁNCHEZ, M., y ORENES BARQUERO, M^a C.: “Las diligencias de investigación en el proceso penal: selección de jurisprudencia”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, N^o 29, 2.000, págs. 78-79.

¹²⁴ *Ibíd*em, pág. 79.

se convierte en medio de prueba; y

- c) A través de la adopción de medidas cautelares, preventivas o de aseguramiento de personas y cosas.

En la actualidad y, con carácter general (al margen de lo regulado en Procesos y/o en Leyes especiales como, por ejemplo: procedimiento contra autoridades y/o cargos públicos electos -ex arts. 57 y 73.3 LOPJ-; procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares -arts. 804 a 815 LECrim-; procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta el grabado u otro medio mecánico de publicación -arts. 816 a 823 bis LECrim-; procedimiento para la extradición -arts. 824 a 833 LECrim-; procedimiento contra reos ausentes -arts. 834 a 846 Ley Procesal Penal-; Proceso de Jurado -Ley Orgánica 5/1.995, de 22 de mayo; Proceso Penal contra Menores -Ley Orgánica 5/2.000, de 12 de enero; Proceso Penal Militar -Ley Orgánica 2/1.989, de 13 de abril,...), el sistema procesal penal español se articula sobre dos procedimientos esenciales, cuales son el sumario ordinario por delitos graves y el denominado procedimiento abreviado, a los que deben agregarse, básicamente, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, el procedimiento ante el Jurado (con restringido ámbito de actuación) ya aludido y el juicio por delitos leves (que, por su especial naturaleza, derivada del tipo de infracciones a cuyo enjuiciamiento atiende, carece de fases tan significativas como la instrucción o investigación oficial).

En todo caso, la fase de instrucción preliminar en el esquema de funcionamiento establecido en el proceso penal en España, responde *-como hemos anticipado-* a aquel conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional derivadas de la toma de conocimiento de la comisión de un delito (*notitia criminis*), y tienen por objeto el aseguramiento de posibles elementos de prueba y la adopción de medidas cautelares como la preparación del ulterior juicio oral. Esta fase inicial recibe el nombre de “sumario” en el proceso ordinario, y el de “diligencias previas” en el procedimiento abreviado. Su objeto (ex art. 299 LECrim) viene determinado por un conjunto heterogéneo de actuaciones, que van desde la pura investigación (entrada y registro en lugar cerrado, intervención de las comunicaciones telefónicas, detención y apertura de la *correspondencia*, etc.,...) hasta la previsión y prevención de eventuales responsabilidades civiles (fianzas, embargos,...), pasando por el aseguramiento de la persona del delincuente (detención, prisión provisional).

En su tramitación, predomina la forma escrita y el secreto, pues el art. 301 LECrim

dispone que “las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”. Asimismo, las diligencias practicadas durante la fase instructora carecen del valor de pruebas en sentido estricto y no poseen, por tanto, aptitud para desvirtuar o enervar la presunción de inocencia. No obstante, se exceptúan aquellos contados casos en que, por no poder ser reproducidas en el acto de la vista oral adquieren, previo el cumplimiento de los requisitos correspondientes, el carácter de pruebas anticipadas.

La fase intermedia se sitúa entre la instrucción y la celebración del juicio oral, y tiene un doble propósito: de una parte, la verificación de la corrección y plenitud de la fase instructora; de otra, la determinación de la procedencia de la apertura del juicio oral (o, caso contrario, del sobreseimiento de la causa). En el sumario ordinario, esta fase comienza a raíz de la firmeza del auto de conclusión del sumario dictado por el Juez instructor, en tanto que en el procedimiento abreviado se sitúa en el dictado del auto previsto en el art. 780. 1º LECrim. Cabe indicar que en el procedimiento ordinario la tramitación de la fase intermedia compete al mismo Tribunal ante el que se celebrará el juicio oral, mientras que en el procedimiento abreviado incumbe al órgano instructor.

Finalmente, el juicio oral constituye la verdadera esencia del proceso penal español, porque en él se sustancian las pretensiones de las partes (acusación y defensa), a través de la práctica de las pruebas pertinentes, y concluye con el dictado del fallo o sentencia donde el órgano decisor resolverá sobre la culpabilidad o inocencia y sobre otras pretensiones asociadas a la causa, por medio de principios jurisdiccionales como los de contradicción, audiencia, intermediación e igualdad de las partes.

Campos Sánchez y Orenes Barquero¹²⁵ sostienen que el Auto del Tribunal Supremo (ATS), Sala de lo Penal, de 18 de junio de 1.992 (recurso núm. 610/1.990), conocido como caso “Naseiro” o de los “Genoveses”, “(...) expresa con claridad meridiana los límites infranqueables de los derechos fundamentales en el curso de un proceso penal y las gravosas y a su vez radicales consecuencias de la inobservancia de los requisitos inexcusables que la práctica de las diligencias que afectan a tales derechos exigen”, relacionándose igualmente éstas “...con el derecho constitucional proclamado en el artículo 24 a no declarar contra sí mismo”. Y mantienen dichos autores¹²⁶ al respecto que los presupuestos necesarios que han de observarse con carácter previo a la adopción de

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 88.

¹²⁶ *Ibidem*.

diligencias de instrucción que afecten a Derechos *Fundamentales* y, por tanto, a su práctica, son los siguientes: ...En primer lugar (...), han de llevarse a cabo a través del Juez; En segundo lugar: la medida ha de estar motivada, en resolución judicial que, necesariamente ha de revestir la forma de auto; En tercer lugar, la medida ha de ser proporcionada con el fin perseguido, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad de descubrir el mismo por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y por último se habrán de valorar las concretas circunstancias que concurren; En cuarto lugar, su duración habrá de ser igualmente proporcionada con los factores expresados”.

4. AUTO TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2ª), DE 18 DE JUNIO DE 1.992

Pone de manifiesto González Blesa¹²⁷ que “el TS ya se había pronunciado respecto de la reforma normativa del año 1.988 por considerarla insuficiente, y ofreció una solución jurisprudencial efectuando una interpretación complementaria de la norma mediante el ATS de 18 de junio de 1.992, consistente en *llevar a cabo una especie de construcción* por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes...”.

Expone González Blesa¹²⁸ que el iter procesal en este Auto, en cuanto a su planteamiento fáctico respecta, “tiene su origen en noviembre del año 1.989, cuando el Jefe Superior de Policía de Valencia solicita a un Juzgado de Instrucción la intervención telefónica de un número relacionado con un presunto delito de tráfico de drogas, acordándose la intervención solicitada por plazo no superior a un mes, transcurrido el cual se solicita la correspondiente prórroga pues la investigación seguía su curso. Ello no pudo llevarse a cabo, toda vez que en ese período de tiempo, y de conformidad con la entrada en vigor de la Ley de Planta y Demarcación Judicial (Ley nº 38/1.988, de 28 de diciembre), el órgano instructor que había autorizado la intervención inicial pasó a convertirse en un juzgado de lo penal. Por dicho motivo, la autoridad policial se dirigió al juzgado de instrucción en funciones de guardia en ese momento, solicitando la intervención, si bien omitiendo que se trataba de una prórroga respecto de una autorización previamente llevada a cabo; tras la correspondiente autorización, y como consecuencia de las escuchas, pasa a tenerse noticia de la existencia de un posible delito de cohecho del cual serían

¹²⁷ GONZÁLEZ BLESA, F.J.: Tesis doctoral “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal: revisión de un debate”, Universidad Abad Oliba CEU, Barcelona, 2.017, pág. 82.

¹²⁸ *Ibidem*.

responsables, entre otras personas, el hermano de la persona cuyo teléfono estaba intervenido, así como un diputado”.

Y, asimismo, da cuenta el autor citado¹²⁹ del sentido de esta resolución, señalando que “una vez detenidas y sometidas a juicio las personas implicadas en el caso, se produjeron determinadas irregularidades de carácter grave que el Tribunal Supremo se encargó de poner de manifiesto -considerando que la intervención telefónica era nula de pleno derecho- toda vez que se había producido con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que se inadmitió la prueba obtenida de modo ilegal”. Además, en este Auto el TS constata que se daba una clara ausencia de control judicial en la ejecución de la medida de intervención acordada, así como del principio de proporcionalidad¹³⁰.

El Auto del Tribunal Supremo referido, en su FD primero, expresa: “una de las ideas fundamentales que es procedente destacar en la cabecera de las reflexiones jurídicas de esta resolución es que la verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparental, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento jurídico”, advirtiendo que “... no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la Ley”.

Así, pues, el TS deja patente que el límite a las actuaciones de investigación consiste en observar estrictamente la legislación vigente en defensa y salvaguarda del núcleo esencial de los Derechos *Fundamentales*. O, dicho en otras palabras, en el proceso penal el fin no justifica los medios. Continúa esta importante resolución argumentando que “por ello existe o debe existir un obligado correlato, una proporcionalidad, entre el reconocimiento de la plenitud de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de la persona que, en principio, son ilegítimas. Con toda evidencia estas intromisiones pueden ser, en ocasiones, conformes a Derecho, pero para ello han de tener una inequívoca legitimidad de origen, de desarrollo y, por último y en su caso, de presencia efectiva y real en el juicio oral. En este sentido y dentro del capítulo de restricciones cabe incluir las

¹²⁹ *Ibíd.*, pág. 83.

¹³⁰ Cfr. NOYA FERREIRO, M^a L.: “Comentario al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1.992”, *Revista Dereito n^o 1*, Volumen 2, Santiago de Compostela, 1.993, págs. 395 y ss.

intervenciones corporales, la entrada y registro de un domicilio y las escuchas telefónicas, entre otras medidas”. Y añade al respecto: “sólo la Ley y la decisión judicial expresa y motivada, salvo supuestos excepcionales (ver art. 55.2 de la Constitución Española), pueden invertir el signo del principio general”.

Precisa y desarrolla este Auto su fundamentación jurídica antecedente en los siguientes términos: “las excepciones a este principio traen causa directa e inmediata en la Constitución, y han de venir, por consiguiente, establecidas en la Ley. Han de llevarse a cabo a través del Juez, y han de responder a dos exigencias, sólo aparentemente formales, también básicas, una, la motivación de la medida y otra la existencia de proporcionalidad, inherente al valor justicia, entre la medida misma y su finalidad, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes”. En este sentido, afirma que “de acuerdo con una interpretación teleológica del Sistema, aunque la Ley de Enjuiciamiento no lo diga expresamente, como hacen otros Ordenamientos, hay que tener en cuenta que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y sólo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido (...). Y esto sólo lo puede llevar a cabo, en principio, un Juez”. Evidentemente, aquí el TS aludía a la situación legal preexistente en España colmada de carencias e insuficiencias de que adolecía la Ley Procesal Penal en ese momento (1.992), previa a la modificación de la misma operada por la LOMLECrim 13/2.015 y que, en buena medida, ha venido a subsanar afortunadamente la mayor parte de aquéllas, en base a la jurisprudencia consolidada *-tanto a nivel nacional (TS y TC) como internacional (TEDH, básicamente)-*.

En esta línea, el FD Segundo señala: “hay que tener en cuenta a este respecto y en este orden de cosas, que en las situaciones que ahora se contemplan está en juego uno de los derechos constitucionales más importantes, como ya se dijo: el derecho a la intimidad en uno de sus componentes más interesantes (...). Los derechos fundamentales, y el derecho a la intimidad lo es, son derechos de mayor valor [STC 66/1.985 (RTC 1.985/66)]. La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos”. Entiende, asimismo, que “si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios

constitucionales (Cfr. Casos Kruslin y Huvig del TEDH...) con obligada entrega de las cintas originales, y no de copias, al Juez. La intervención/observación ha de venir establecida para un determinado delito o varios y, en la medida en que se descubran otros, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, si procede extender la intervención/observación y lo demás que corresponda en Derecho”.

En su FD Tercero, mantiene el TS que “no caben tampoco, por consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo”. Y prosigue indicando que aunque no exista una imputación formal contra persona determinada “...cabe, sin duda, la interceptación siempre que se cumplan los requisitos que la propia Ley establece, interpretados de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico. Sólo el Juez, como ya se ha dicho, salvo supuestos excepcionales, previstos expresamente por la Constitución o la Ley, puede acordarla y su decisión ha de fundarse en indicios constatables en la causa, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la policía, ampliados o no según lo estime el Juez, y otros, y en todo caso, por él valorados en los términos ya examinados, sin que tampoco pueda ofrecer duda respecto del teléfono, que puede ser el del que corresponda como titular a la persona procesada, o contra la que existan indicios graves de criminalidad, o también en relación con el que, más o menos habitualmente, lo utilice”.

El FD Cuarto empieza reconociendo que “ante la insuficiencia de nuestro Ordenamiento respecto al problema que estamos examinando y teniendo en cuenta lo dispuesto en nuestra Constitución (...), se hace procedente de manera complementaria a fin de dibujar su exacto perfil, examinar en primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...), cuyo art. 8 consagra, dentro de una consideración al más alto rango, el derecho a la intimidad. En él la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, conforman la intimidad de las personas en sus distintas y plurales manifestaciones...”. Además, incide en los dos límites que fija el Convenio de Roma (1.950) al respecto: “la injerencia ha de estar prevista por la Ley y ha de constituir una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, etc., o para la prevención del delito”.

En cuanto a las escuchas telefónicas, manifiesta que “...aunque el citado art. 8 del Convenio Europeo no alude a ellas, su inclusión en él no planteó problemas especiales al TEDH. Así, en el Caso Klass y en el Caso Malone, porque en las comunicaciones telefónicas se incluyen los conceptos de vida privada y de correspondencia. No podía ser de otra manera. También en el Caso Huvig y en el Caso Kruslin: las escuchas y otras formas

de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave respecto de la vida privada y de la correspondencia...”. Y puntualiza: “(...) deben, por tanto, basarse en una Ley que ofrezca una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece, por consiguiente, indispensable. Si éstas no existen, no puede ofrecer duda que el sistema que, en cada caso, haya de aplicarse habrá de ser interpretado de la manera más acorde con la defensa del derecho fundamental.” El TS declara que “acaso, dentro de las invasiones al derecho a la reserva de nuestras vidas, la interceptación telefónica sea una de las injerencias más graves a la intimidad de la persona. La entrada y registro de un domicilio también lo es, pero en la correspondiente diligencia está o puede estar presente el interesado. En la interceptación de la correspondencia, en razón a la esencia misma de la intervención, no. Y a través del teléfono, libre de toda sospecha, se pueden decir cosas que afecten muy gravemente, en el terreno de la intimidad, a la persona cuya conversación se interviene...”, apostillando que “(...) por ello no cabe duda de que el legislador que reformó el art. 579, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ha pretendido en las interceptaciones telefónicas rebajar el nivel de garantías establecido en la intervención de la correspondencia”.

Por lo que atañe a situaciones de conflicto que pueden darse entre dos Derechos *Fundamentales* en liza, “(...) en este caso el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de infracción penal y el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad...”, el Auto determina que “en definitiva, será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta”. Complementa la necesidad de aplicar el mencionado principio de proporcionalidad en materia de interceptación de comunicaciones con lo dispuesto en el art. 8 del CEDH, que “(...) se refiere a las medidas de intervención, en general, estableciendo que las mismas han de ser, además, necesarias en una sociedad democrática porque, en principio, el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos no es tolerable, según el Convenio, más que en la medida necesaria para la salvaguarda de las mismas instituciones democráticas (Caso Klass, ya citado). Necesario significa que se corresponda con una exigencia social imperiosa, y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la injerencia”. Constata que “el TEDH exige también, para admitir la injerencia de la Autoridad pública, un control en el momento de ordenarse, en su desarrollo y en su cese”.

En relación con la motivación, el TS considera que “...significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el

razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados”.

En el FD Quinto, por su parte, el Auto de referencia contempla que “el Estado de Derecho se caracteriza precisamente porque todas las relaciones con relieve jurídico se han de ajustar ineludiblemente a un principio de legalidad que tiene una amplísima significación. El Derecho, lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, es equilibrio y armonía o racionalidad y proporcionalidad...”, desprendiéndose de ahí “(...) la prohibición de todo exceso...”. Estima el TS que “el proceso penal constituye, precisamente, el instrumento indispensable para la realización de la justicia penal por la vía de la legalidad. En el procedimiento de esta naturaleza, el ciudadano, la persona, en general, está sometida o puede estarlo a restricciones de la más variada índole: privación de libertad, injerencias en su vida privada, embargos, etc...”, declarando que “el papel del Derecho radica en que estas restricciones, sin duda necesarias en determinadas ocasiones, respondan siempre e inexcusablemente a un principio de justicia, de proporcionalidad y de seguridad jurídica. En nuestra Constitución, se ha dicho muy autorizadamente, al lado de la legitimación formal (necesaria) se exige también una legitimación material o sustancial (Cfr. Art. 1 de la misma). La Ley es precisamente la garantía de todos; ella ha de fijar los límites y las fronteras en el ejercicio de los correspondientes derechos y todos, jueces y justiciables, hemos de someternos a sus principios y mandatos”.

El FD Sexto resulta muy revelador en relación al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, por una u otra razón, expresando que “...la Sentencia del TEDH de 24-4-1.990 (Caso Kruslin) contempla una situación consistente en una escucha telefónica ordenada por el Juez de Instrucción, en Francia, en el marco de un proceso distinto, y se dice: Las escuchas, aunque fueron efectuadas sobre una determinada línea, condujeron a la policía judicial a interceptar y grabar varias conversaciones del demandante, una de ellas iniciadora de la apertura de diligencias en su contra. Las escuchas constituían, por tanto, se señala, una injerencia de la Autoridad pública en el ejercicio del derecho del interesado al respeto de su correspondencia y de su vida privada (...). Tal injerencia, concluye, viola el art. 8 del Convenio en el caso de que *prevista por la Ley* persiga uno o varios de los objetivos legítimos señalados en el párr. 2 y, además, sea necesaria en una sociedad democrática para conseguirla, y estas exigencias, cuando no se dan, suponen la violación del Convenio.” Considera el Auto en cuestión que “...esta exigencia no debe comportar en la práctica excesivas dificultades. Basta con que, en el supuesto de comprobar la Policía que el delito

presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente”, recordando a estos efectos que “los derechos fundamentales tienen un incuestionable poder de expansión. Ni el legislador ni la jurisprudencia pueden contribuir a hacerles perder su esencialidad. Antes, al contrario, ha de contribuirse a la plenitud de su vigencia”.

Por otro lado, en el FD Noveno de esta Resolución, el TS declara nula la prueba obtenida por medio de las intervenciones telefónicas que se llevaron a cabo en este procedimiento judicial “(...) con vulneración del derecho fundamental proclamado en el art. 18.3 de la Constitución, en relación con los arts. 24.2 y 117.3 de la misma Ley Fundamental, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, así el que no haya lugar a la práctica de prueba solicitada consistente en la audición de las cintas magnetofónicas soporte de las conversaciones intervenidas, ni a la práctica de la prueba pericial propuesta, que carece ya de objeto...”, dictaminando que “(...) tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusaciones, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensiones, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (arts. 11.1, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)”. Otro de los efectos de la declaración de nulidad radical de la prueba practicada en este caso (intervención de las comunicaciones telefónicas), es “...la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia”.

Y explica el Tribunal Supremo (TS) que “aunque no es posible una *restitutio in integrum*, en el sentido amplio de la expresión, es procedente tomar tales decisiones para evitar, en la medida de lo posible, los efectos nocivos y no queridos por la Ley de las pruebas declaradas nulas. El secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal en el sentido de predicarse de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1.984, de 29 de noviembre), resolviendo el TS que “(...) Tal secreto fue desconocido en estas actuaciones. Por otra parte, la autorización judicial, como ya se dijo, no fue típica en el

sentido de señalar, como debió, las características de la intervención, lo que supone falta de especificidad, es decir, carencia de fijar el diseño aunque provisional del delito en cada momento y de sus partícipes, sobre todo cuando el teléfono intervenido no pertenecía a la persona sobre la que recaían las sospechas y sobre todo, hay que insistir en ello, en no fijar de manera concreta el cambio sustancial que se produjo, bien pronto, en el curso de las investigaciones, pasando de referirse a un grupo de narcotraficantes de cocaína, al parecer en una operación de importación significativa, a un delito de cohecho, cuya gravedad y características, al menos a los efectos de la intervención, sólo el Juez podía y debía determinar”.

Finalmente, el Auto del TS de 18 de junio de 1.992 examinado, resume en su FD Undécimo las vulneraciones que determinan la nulidad de la prueba de intervención telefónica instruida y sus consecuencias derivadas, de la siguiente manera:

“I. VULNERACIONES.

- 1) *No exteriorización de indicios. Falta de motivación efectiva.*- La no exteriorización, formando parte de la motivación de los correspondientes Autos (...), de los indicios existentes, a juicio del Juez, que pudieran justificar una medida tan espacialmente restrictiva de Derechos Fundamentales, como lo es la interceptación telefónica, sin que la simple sospecha policial, que se ofrece, en principio, como cobertura de la resolución judicial, pueda ser suficiente.
- 2) *Ausencia de control.*- La carencia, prácticamente total, de cualquier tipo de control judicial respecto a la realización efectiva de la intervención del teléfono afectado, a través, por ejemplo, de un examen de las conversaciones grabadas en períodos razonables para comprobar la progresión de la investigación, en este caso policial, y siempre bajo la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad cuya existencia sólo se puede constatar a través, precisamente, de la motivación, decidiendo la necesidad o no, en los términos expuestos, de continuar sucesivamente, a través de prórrogas, la intervención/observación que ha de tener también un límite razonable en el tiempo, siguiendo los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 3) *Periodicidad del control. Efectos.*- Una vez grabadas en las correspondientes cintas las conversaciones, el Juez debe proceder periódicamente, en los términos que

prudencialmente fije, en función de las circunstancias concurrentes, a su examen en presencia del Secretario Judicial y decidir, oídas que hayan sido las voces transcritas, lo procedente, ordenando la continuación o no de la intervención y fijando, en su caso, las oportunas pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida.

Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo (...), para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle. Nada de esto se hizo.

(...).

4) *Disociación entre autorización e investigación.*- Como consecuencia de cuanto queda dicho en anteriores fundamentos jurídicos, hubo vulneración del derecho a la intimidad y, más sencillamente aún, al secreto de las comunicaciones, en general, y de las telefónicas, en particular, además de lo ya manifestado, es decir, una nueva vulneración cuando en el desarrollo de la interceptación, inicialmente acordada, aparece como posible un delito o unos posibles nuevos delitos, en cuyo momento, distanciada la investigación, en este supuesto concreto respecto del tráfico de drogas, y aproximada, en cambio, en relación con otro de cohecho o, en general, de determinadas corrupciones, la Policía debió, de manera inmediata, sin solución de continuidad, ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción autorizante/ordenador de la interceptación a los efectos consiguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable. No son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la nueva y expresa autorización del Juez, es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización (...).

5) *Entrega de copias, no de originales.*- También hay vulneración por no ajustarse la medida a una interpretación, de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean las originales, sino copias,

y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la Policía sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema. Actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones, muchas veces en relación de interdependencia (...).

6) *Constatación de la proporcionalidad. No la hubo.*- Sobre estas coordenadas hay que observar la proporción y la desproporción existente entre las medidas cautelares adoptadas y la finalidad perseguida. En este caso, uno y otro delito, el tráfico de drogas y el cohecho, objeto inicial el primero de la investigación, apareciendo después, todo bajo presunciones (no puede olvidarse jamás el principio constitucional) el segundo, eran graves y de trascendencia social evidente. Pero no se puede decir frente a ningún delito: todo está permitido. El Juez, garante esencial de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que la acompañan y decidir, valorando si los objetivos legítimos de la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena, merecen en ese concreto supuesto el sacrificio de otro bien jurídico, especialmente valioso como es la dignidad, la intimidad y la libertad de la persona, como esta Sala viene fijando en sus resoluciones en orden a la defensa siempre y para todos de estos valores esenciales (...).

7) *Determinación de la medida y sus límites.*- Se entienda o no que la observación telefónica es una intervención atenuada respecto de la intervención (el que puede lo más puede lo menos y el Juez, en vista de las circunstancias, puede ordenar un control reducido del teléfono a base de conocer sólo las llamadas que se realizan desde un teléfono o a ese mismo teléfono), debe la autoridad judicial precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada, evitando, en la medida de lo posible, la injerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a intervención (...).

II. CONSECUENCIAS.

1. Todo ello conduce a la declaración de nulidad de las pruebas y, como tal declaración arrastra la nulidad de aquellas otras que traen causa directa o indirecta de las mismas, en los términos ya establecidos en los anteriores razonamientos jurídicos (...).

2. Las restricciones de los Derechos Fundamentales. Así como la Constitución tiene valor normativo, al menos en materia de derechos fundamentales cuando los reconoce, perfilando su esfera de ejercicio, no cabe decir lo mismo, viene diciendo la más autorizada doctrina científica, respecto de sus posibles restricciones o fronterización, es decir, de sus contornos limitativos, dado que el texto constitucional no desciende, porque no puede hacerlo, teniendo en cuenta su naturaleza de Carta Magna, a una concreta y específica regulación de los casos en que las limitaciones pueden producirse y en la forma en que hayan de llevarse a cabo.

Pues bien, en sede de intervenciones telefónicas, las limitaciones, a las que acabamos de hacer referencia, vienen establecidas, desde luego insuficientemente, en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que condiciona la legitimidad de la intervención a la presencia de estos requisitos: a) Que sea el Juez quien la acuerde, b) Que lo haga mediante una resolución motivada en los términos ya vistos, es decir, exteriorizando de manera suficiente el proceso de reflexión interna que le lleva a tomar, en correspondencia con el principio de proporcionalidad, tan excepcional y grave medida, c) Unido a lo anterior, que haya indicios (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento), es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste, y d) Que aquél o ésta sean importantes en la causa, lo que impide, como ya se indicó, la interceptación prospectiva o en busca genérica de infracciones penales.

A su vez, todo ello ha de interpretarse dentro de la idea central de la profunda significación de los Derechos Fundamentales, cimiento del Estado de Derecho.

3. Todo cuanto queda dicho constituye, en resumen, el resultado del examen, en términos exclusivamente jurídicos, sin ninguna otra connotación, de lo que ante este Tribunal de Justicia se ha denunciado como práctica de una prueba ilegal examinada desde el punto de vista constitucional y, por consiguiente, la solución que en iguales términos procede, desde la perspectiva procesal, básica siempre y más, si cabe, en este sector jurídico-penal en el que desarrolla su actividad esta Sala (...).

Por ello, hay que insistir en que en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los Jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de

ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real.

El procedimiento, la forma, la manera de actuar, el camino seguido, es siempre parte esencial del contenido, del fin alcanzado.

La forma, se ha dicho, es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por ello, el Derecho privado concede una especial significación a la forma. Prolongando esta idea la Derecho procesal, podemos decir que sólo la legitimidad de la forma en el hallazgo de la realidad jurídica-penal sustantiva justifica la misma legitimidad respecto del correspondiente contenido punitivo.

Con esta decisión esta Sala no prejuzga nada. Únicamente afirma que la prueba de intervención o captación de conversaciones telefónicas es radicalmente nula por haberse realizado con vulneración de Derechos Fundamentales y, por tanto, sobre ella, y sobre aquellas que traen causa directa o indirecta de la misma, no puede construirse una condena”.

Subraya González Blesa¹³¹ que, si bien “...se podría extraer como conclusión que el ATS de 18 de junio de 1.992 constituye un cuerpo sólido y garante del cumplimiento de las exigencias que la jurisprudencia europea requiere en torno al art. 8.2 CEDH y, muy especialmente, con el requisito de la calidad de la ley (...), se ha negado al citado auto la eficacia vinculante que el TEDH ha reconocido a la jurisprudencia como norma no escrita para que pueda ser reconocida como complemento admisible de la ley, derivando dicha crítica del procedimiento mismo en el que la decisión se adoptó; esto es, de la resolución de una cuestión previa planteada en las sesiones de acto de juicio oral de un procedimiento abreviado, cuya competencia correspondía al TS dada la circunstancia de que algún acusado era aforado, por lo que no fue una decisión sobre el recurso de casación -el cual conceptualmente tiene reservada la misión de salvaguarda de la unidad de aplicación del orden jurídico a través de la resolución de recursos-, lo que llevaría a sostener que con gran dificultad podría admitirse que aquella decisión resultase vinculante a tribunales inferiores”.

¹³¹ *Ibidem*.

5. INTERVENCIÓN TELECOMUNICACIONES: SISTEMA SITEL

El FD Primero de la STS 250/2.009 (Sala 2ª, de lo Penal, Magistrado ponente Martín Pallín), de 13 de marzo (recurso 10.624/2.008), en su apartado 6. “Consideraciones previas sobre el sistema empleado por la policía, para la solicitud de la autorización judicial”, en su punto núm. 2, dice: “el programa SITEL es una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones”.

Se trata, por tanto, de la herramienta o dispositivo técnico empleado en España para realizar la interceptación legal de las telecomunicaciones. Así, pues, SITEL es el acrónimo del denominado Sistema Integrado de Interceptación Legal de las Telecomunicaciones.

López-Barajas Perea¹³² describe SITEL como “un sistema que utiliza un software o aplicación informática instalada en los proveedores de servicios de las redes de telecomunicaciones y, una vez introducidos los parámetros de interceptación, no se precisa de intervención humana para realizarla y transmitirla en tiempo real a un centro de interceptación...”. Y añade seguidamente que “(...) esta tecnología permite sustituir la presencia personal usada anteriormente con el magnetófono, por un sistema de grabación provisto de una serie de medidas de seguridad que a juicio de nuestro Tribunal Supremo impiden de manera fehaciente la manipulación de la información interceptada con mayores garantías que el sistema tradicional de cintas analógicas”.

Señala la autora referida¹³³ que la injerencia en el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones responde a la necesidad de acomodar debidamente las nuevas tecnologías y métodos de investigación ante los desafíos que supone enfrentarse a una criminalidad cada vez mejor organizada. Pero sostiene que todo ello debe producirse siempre dentro del respeto al contenido esencial de los Derechos *Fundamentales* de los ciudadanos, así como a los principios básicos del Derecho Penal y del proceso debido. Explica López-Barajas Perea¹³⁴ el antiguo modo manual de interceptación utilizado consistente en que, una vez obtenida la correspondiente autorización judicial, la línea telefónica intervenida era *pinchada* y se desviaba a un número facilitado por las autoridades

¹³² LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Ed. La Ley, Madrid, 2.011, pág. 203.

¹³³ Cfr. obra citada, pág. 204.

¹³⁴ *Ibíd.*

policiales que permitía el acceso a las conversaciones del titular del teléfono intervenido a través de la grabación en un disco CD (y, anteriormente, mediante un reproductor de casetes). Posteriormente, los agentes escuchaban el contenido de dichas cintas en las mismas instalaciones policiales tomando debida nota de las incidencias que se fueran produciendo en dichas conversaciones y, a continuación, la cinta era entregada a la autoridad judicial pertinente, quien decidía la parte que debía ser incluida en el procedimiento judicial en curso.

Afirma González Blesa¹³⁵ en relación con este mecanismo de intervención que “la primera noticia que tenemos al respecto la encontramos en una nota de prensa del Ministerio del Interior, de fecha 11 de octubre de 2.001, que hace referencia a un importante aumento presupuestario relacionado con la que iba a ser inminente Presidencia española de la Unión Europea, en virtud del cual la Secretaría de Estado iba a desarrollar, junto a otros que no vienen al caso, un proyecto de inversión denominado SITEL, siendo dicho Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones un sistema informático integrado de interceptación legal de telecomunicaciones de ámbito nacional y utilización conjunta por las Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, con dos centros de monitorización y sus redes asociadas y terminales remotos. Su plazo de ejecución era de tres años a partir de 2.002, y su dotación económica inicial fue de 300.000.000 pesetas (1.803.030 euros). (www.mir.es)”. Indica González Blesa¹³⁶, asimismo, que “(...) en la actualidad, también disponen del mismo las policías autonómicas”.

5.1. RÉGIMEN LEGAL

La STS 1.215/2.009 (Sala 2ª, de lo Penal), Magistrado ponente Martín Pallín), de 30 de diciembre (recurso 404/2.009), dedica el apartado A. “rango legal de los sistemas de escucha”, de su FD Primero, a realizar una valoración y análisis previo relativo a la adecuación a la legalidad de los sistemas técnicos de escuchas telefónicas.

En primer lugar, dice que la Resolución COM 96/C 329/01¹³⁷, de 17 de enero de 1.995, “estableció una serie de medidas exigibles para la interceptación legal de las telecomunicaciones...”, señalando que “(...) declara que la interceptación, legalmente

¹³⁵ Obra citada, pág. 184.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Diario Oficial nº C 329, de 04/11/1.996, págs. 0001-0006. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996G1104&from=ES>

autorizada, de las telecomunicaciones es un instrumento importante para proteger la seguridad nacional y para la investigación de los delitos graves...”, y recordando que “(...) la Resolución incluye un Anexo que contiene un glosario en el que se propugna que las autoridades competentes entre ellas, sin duda, las judiciales, pueden vigilar permanentemente, la interceptación de las comunicaciones en tiempo real”.

La propia Resolución del Consejo de la Unión Europea citada expresa que los requisitos anejos a la misma “constituyen una síntesis importante de las necesidades de las autoridades competentes para poner en práctica, desde un punto de vista técnico, la interceptación legal en los modernos sistemas de telecomunicación”. No obstante y, en cualquier caso, el Anexo advierte que “estos requisitos se entenderán sin perjuicio del derecho nacional y deberán interpretarse de acuerdo con las disposiciones nacionales aplicables”, de lo que se desprende que en esta materia goza siempre de prevalencia y primacía el Derecho interno de los Estados miembros.

La STS 1.215/2.009, en alusión a la Resolución de la UE mencionada, continúa explicando que “siguiendo estas directrices, España, a través del Ministerio del Interior, adoptó el Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones (S.I.T.E.L)...”, asegurando que “...se trata de una tecnología de intervención de teléfonos móviles, imprescindible técnicamente para su interceptación y escucha (...), debido a que los sistemas de captación de la telefonía fija no tienen capacidad técnica para realizar escuchas en el sistema de telefonía móvil”.

Además, da cuenta esta STS de la controversia jurídica suscitada ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo en relación con el rango de la regulación normativa de desarrollo del procedimiento establecido en el Título V. “Obligaciones de carácter público. Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales”, Capítulo II. “La interceptación legal de las comunicaciones”, del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2.005¹³⁸, de 15 de abril, en virtud de una demanda presentada en España por una asociación de internautas que solicitaban se regulase por Ley Orgánica. En este sentido, el TS expone que “la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2.008, examinó la impugnación del Reglamento, aprobado por el Real Decreto 424/2.005. Recuerda que el artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones se refiere expresamente a las

¹³⁸ BOE núm. 102, de 29 de abril de 2.005.

medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuesta en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica 2/2.002, de 6 de Mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, lo que implica, según la sentencia, la contemplación de un desarrollo reglamentario específico para ciertos aspectos secundarios ejecutivos que inevitablemente han de precisarse en un proceso complejo con obvias implicaciones técnicas”.

Esta STS se refiere también a la Ley 25/2.007¹³⁹, de 18 de octubre, de Conservación de los Datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que modificó la redacción del artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones y que se preocupa por la adopción de las medidas técnicas necesarias para salvaguardar el derecho constitucional al *secreto* de las comunicaciones, y constata que “su lectura pone de relieve que todo el complejo de posibilidades que ofrece el sistema S.I.T.E.L o cualquier otro semejante está plenamente previsto y legalizado por la citada ley, (General de Comunicaciones) que no hace más que incorporar el contenido del Reglamento impugnado...”, concluyendo que “(...) la Sala de lo Contencioso estima que la cobertura legal es suficiente...”, pues “...según expresa, es indiscutible que la regulación de cuándo y bajo qué condiciones es legítima la interceptación de las comunicaciones y por tanto la ruptura de su secreto están suficientemente cubiertas por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de control del Centro Nacional de Inteligencia, ambas de carácter orgánico...”.

Y la propia STS 1.215/2.009 sostiene que “compartimos con la sentencia que estamos comentando que, *la reserva de Ley orgánica sin embargo, no tiene por qué 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 interceptación*”. Refuerza su posición al establecer que “...los datos instrumentales de información asociada (...), siendo relevantes para las finalidades de interceptación, están dentro del marco de libertad de configuración normativa por considerarlos ajenos a la orden legal de interceptación”, describiendo que “el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tiene carácter de Ley orgánica por imperativo del artículo 81 de la Constitución, se limita a regular, de forma escueta, la decisión judicial, debidamente motivada, que puede autorizar la interceptación y escucha (...)”, y manifestando expresamente que esta disposición “(...) no tiene sentido introducir las

¹³⁹ BOE núm. 251, de 19/10/2.007.

características y posibilidades técnicas de un sistema de escuchas, porque se refiere a cuestiones operativas que, además, pueden cambiar con el tiempo...”.

Por su parte, el RD 424/2.005, en su Título V, Capítulo II, Sección 2ª. “Requisitos operacionales”, concretamente en su art. 97. “Secreto de las comunicaciones”, dispone: “Las comunicaciones y la información relativa a la interceptación sólo se facilitarán al agente facultado. Para ello, los sujetos a los que se refiere el artículo 85 pondrán todos los medios necesarios para impedir la manipulación de los mecanismos de interceptación, y para garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información obtenida con la interceptación”. A su vez, el art. 85 del mismo cuerpo normativo, intitulado “sujetos obligados y obligación de colaborar”, en su apartado número 1 determina que:

“Estarán obligados a seguir los procedimientos y adoptar las medidas a las que se refiere el artículo 83 los operadores que presten o estén en condiciones de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o de establecer o explotar redes públicas de comunicaciones en España, con independencia de la naturaleza, ámbito territorial y momento en que tuvo efecto su habilitación.

Los operadores a los que se refiere el apartado anterior estarán obligados a cumplir lo establecido en este capítulo, aun en el caso de que sólo presten en España acceso a una red pública de comunicaciones electrónicas, y todo aquel equipamiento susceptible de emplearse para realizar la interceptación se encuentre bajo la jurisdicción de otro Estado”.

Por último, el art. 83. “Objeto del reglamento”, advierte que “es objeto de este capítulo el establecimiento del procedimiento que debe seguirse y las medidas que deberán adoptar, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 32/2.003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, los operadores que presten o estén en condiciones de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o de establecer o explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas...”, prescribiendo en su segundo párrafo que “las únicas interceptaciones que estarán obligados a realizar los sujetos a los que se refiere el artículo 85 son las dispuestas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2.002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y en otras normas con rango de ley orgánica”.

Dos consideraciones cabe hacer respecto del contenido de esta regulación que estipula el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de

comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, y son las siguientes:

PRIMERA.- El art. 588 ter a. “Presupuestos”, del Capítulo V. “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, integrado en el Título VIII de la LECrim, determina que “la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas sólo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”.

Es decir, la adopción de la medida excepcional de intervención de las comunicaciones exige (ex art. 579.1 LECrim) la existencia de “...indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

1º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3º Delitos de terrorismo”.

En todo caso, pues y, salvo caso de urgencia (ex art. 579.3 LECrim), se requiere resolución judicial motivada *ex ante* y siempre circunscrita a la investigación de hechos delictivos graves y, entre ellos, aquellos que revisten la forma de crimen o delincuencia organizada.

SEGUNDA.- Toda referencia del Reglamento (RD 424/2.005) a la Ley 32/2.003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (actualmente derogada), hay que entenderla hecha a la vigente Ley 9/2.014¹⁴⁰, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que abroga expresamente la anteriormente citada y en cuyo Título III. “Obligaciones de servicio público y obligaciones y derechos de carácter público en la explotación de redes y en la protección de servicios de comunicaciones electrónicas”, Capítulo III. “Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, su artículo 39.

¹⁴⁰ BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2.014.

“Secreto de las comunicaciones”, contempla:

“1. Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

2. Los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2.002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia y en otras normas con rango de ley orgánica. Asimismo, deberán adoptar a su costa las medidas que se establecen en este artículo y en los reglamentos correspondientes.

3. La interceptación a que se refiere el apartado anterior deberá facilitarse para cualquier comunicación que tenga como origen o destino el punto de terminación de red o el terminal específico que se determine a partir de la orden de interceptación legal, incluso aunque esté destinada a dispositivo de almacenamiento o procesamiento de la información; asimismo, la interceptación podrá realizarse sobre un terminal conocido y con unos datos de ubicación temporal para comunicaciones desde locales públicos. Cuando no exista una vinculación fija entre el sujeto de la interceptación y el terminal utilizado, éste podrá ser determinado dinámicamente cuando el sujeto de la interceptación lo active para la comunicación mediante un código de identificación personal.

4. El acceso se facilitará para todo tipo de comunicaciones electrónicas, en particular, por su penetración y cobertura, para las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos, se trate de comunicaciones de vídeo, audio, intercambio de mensajes, ficheros o de la transmisión de facsímiles.

El acceso facilitado servirá tanto para la supervisión como para la transmisión a los centros de recepción de las interceptaciones de la comunicación electrónica interceptada y la información relativa a la interceptación, y permitirá obtener la señal con la que se realiza la comunicación.

(...)”.

Esto es, el art. 39 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2.014), en su apartado número 4, especifica que no solamente son objeto de investigación las comunicaciones telefónicas en forma de llamada de voz, sino todo tipo de comunicaciones electrónicas, particularmente “las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos” (vídeo, audio, intercambio de mensajes, ficheros o transmisión de fax, etc.). Y, por tanto están, asimismo, sujetas a interceptación *-con las debidas garantías legales y conforme a los procedimientos establecidos al efecto-*.

Hay que hacer mención especial también a la Orden ITC/110/2.009¹⁴¹, de 28 de enero, por la que se determinan los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del Capítulo II del Título V del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2.005, de 15 de abril.

Finalmente, la Circular 1/2.013, de la Fiscalía General del Estado (FGE), de 11 de enero, “sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas”, en su epígrafe número 10. “Sistema SITEL”, contiene las siguientes indicaciones:

“10.-1 Es ajustada a Derecho la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL.

10.-2 En tanto la doctrina jurisprudencial ya ha estimado que, con carácter general, el sistema SITEL ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y teniendo en cuenta que es el sistema de uso habitual en todos los procedimientos judiciales, resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema.

10.-3 Los Sres. Fiscales deberán velar para que se destruyan en ejecución de sentencia las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL”.

Este mismo documento de la FGE, en referencia a IMSI e IMEI y, en su apartado

¹⁴¹ BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2.009, págs. 11.262 a 11.280 (19 págs.).
<https://www.boe.es/eli/es/o/2009/01/28/itc110>

número 11, establece los siguientes criterios de actuación:

“11.-1 La información albergada en la serie IMSI e IMEI no puede catalogarse como dato externo integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones.

11.-2 La captación de IMSI e IMEI puede llevarse a cabo por la Policía Judicial sin necesidad de mandamiento judicial.

11.-3 Para que las operadoras puedan ceder datos sobre IMSI e IMEI es necesaria autorización judicial”.

5.2. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN E INFORMACIÓN APORTADA

En el capítulo del funcionamiento operativo de SITEL, el TS *-entre otras Sentencias emitidas por la Sala 2ª, de lo Penal-*, tanto en la Sentencia número 250/2.009, de 13 de marzo como en la Sentencia número 1.215/2.009, de 30 de diciembre, acomete la tarea de realizar una descripción bastante pormenorizada del mismo.

Así, en el FD Primero, apartado B. “Características técnicas del programa SITEL” de la segunda STS anteriormente mencionada (1.215/2.009), concretamente en su FJ número 2, se declara que “el sistema se articula en torno a tres principios de actuación:

A. Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en una sede central, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones de los distintos usuarios implicados.

B. Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior.

Existen dos ámbitos de seguridad:

* Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos. Desde el mismo se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar y distribuir la información.

* Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores para su empleo en los grupos

periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro.

Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese asunto, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.

C. Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento”.

La información obtenida y aportada por SITEL relativa a la intervención practicada, según recoge el FJ 3 de la STS 1.215/2.009, es la que se relaciona seguidamente:

- “1. Fecha, hora y duración de las llamadas.
2. Identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención.
3. Distribución de llamadas por día.
4. Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, etc.).
5. IMEIS correspondientes a los teléfonos intervinientes.
6. Identidad del titular de los teléfonos que interactúan aunque sean secretos”.

Por su parte, el FJ 4 de la Sentencia comentada, en referencia al contenido de la intervención de la comunicación y al ámbito de información aportada por el Sistema, explica que “se verifican los siguientes puntos:

1. Repetidor activado y mapa de situación del mismo.
2. Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información.
3. Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS)”.

5.3. SISTEMA DE TRABAJO

Éste, viene detallado en el FJ 5 del apartado B. “Características técnicas del sistema S.I.T.E.L”, del FD Primero de la STS 1.215/2.009, de la siguiente manera:

“Solicitada la intervención de la comunicación y autorizada por la Autoridad Judicial, la operadora afectada inicia el envío de información al Servidor Central donde se almacena a disposición de la Unidad encargada y solicitante de la investigación de los hechos, responsable de la intervención de la comunicación...”.

Es relevante destacar que “el acceso por parte del personal de esta Unidad se realiza mediante *código identificador de usuario y clave personal*”, como medida de seguridad incorporada por el programa SITEL. Sigue indicando esta STS que “(...) realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para la Autoridad Judicial...”, dejando patente al mismo tiempo que “... la evidencia legal del contenido de la intervención es aportada por el Servidor Central, responsable del volcado de todos los datos a formato DVD para entrega a la Autoridad Judicial competente”. Termina este punto referido al sistema de trabajo desarrollado por la aplicación informática SITEL expresando el TS que “...el espacio de almacenamiento tiene una gran capacidad, quedando su contenido a disposición de la Autoridad Judicial que será la competente para ordenar la eliminación del contenido de las grabaciones”.

A este respecto y, por otro lado, la STS 250/2.009, de 13 de marzo, en su FJ 6, apartado número 4. “Sistema de trabajo”, se manifiesta en los mismos términos ya expresados sobre la evidencia legal del contenido de la intervención, que es aportada igualmente por el Servidor Central *-responsable del volcado de todos los datos a formato DVD-* para su entrega a la Autoridad Judicial pertinente, aunque aquí enfatiza que esta evidencia legal constituye “...la única versión original”, para acabar asegurando que “de este modo el espacio de almacenamiento se reduce considerablemente facilitando su entrega por la Unidad de investigación a la Autoridad Judicial competente, verificándose que en sede central no queda vestigio de la información”.

En 2.005 y, coincidiendo con el inicio de la utilización del sistema SITEL, el Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de la Policía, puso en marcha unas Unidades policiales especializadas, denominadas GRECO (Grupo de Respuesta Especial al Crimen

Organizado). Su objetivo principal es la captación de información relativa a la composición y actividad de los grupos de criminalidad organizada. Y, para ello, estas dotaciones policiales investigarán los hechos delictivos cometidos por la delincuencia organizada, especialmente el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, secuestros y extorsiones, ajustes de cuentas, tráfico de armas, falsificación de medios de pago y tráfico ilícito de vehículos de alta gama. Los GRECO disponen de importantes recursos humanos y materiales para cumplir con la función encomendada, definiéndose por el propio Ministerio del Interior del siguiente modo: “las plantillas se dotarán de especialistas en investigación, captación de información y análisis criminal, vigilancias, seguimientos y sistemas técnicos-especiales independientes” especificando, asimismo, que “los grupos serán dotados de avanzados medios, destacando el material informático de última generación, equipos digitalizados de comunicación, equipos de seguimiento y vigilancia de alta tecnología...”, además de “...equipos SITEL propios”.

5.4. VALIDEZ PROBATORIA DATOS SITEL

La STS que nos sirve de referencia básica en el examen del sistema SITEL de intervención legal de las telecomunicaciones, en su apartado B. “Características técnicas...”, FJ número 6, asume que “una vez que los organismos policiales que llevan la investigación solicitan la interceptación de aparatos de telefonía móvil se sabe que el único método viable para establecer esta interceptación es el SITEL u otro de análogas características que se pueda adoptar en el futuro...”, sosteniendo que “(...) no obstante, y al ser un método avanzado, y extremadamente invasivo de la intimidad la petición policial debe explicar, aunque sea someramente, cuáles son los objetivos que se pretenden alcanzar y las consecuencias de la puesta en marcha del sistema...”, advirtiendo que “el Juez de Instrucción, en cada caso, debe valorar y razonar, como ya se venía exigiendo, la decisión, que habilita la interceptación”.

A su vez, la STS 250/2.009, de 13 de marzo, en su FJ número 8. “Fundamentación de la autorización” precisa, en cuanto a la preceptiva motivación de la resolución judicial habilitante, que “como recoge la STS de 18 de julio de 2.000, el respeto a la legalidad constitucional de la autorización judicial de intervención telefónica, exige la concurrencia de una resolución motivada por la Autoridad judicial, que es lo que la Constitución requiere expresamente en su artículo 18.3 y 120.3...”, incidiendo en que “(...) para que dicha resolución pueda calificarse de *motivada*, debe contener los elementos suficientes que permitan verificar que la decisión judicial no quebranta los principios que justifican el

sacrificio del derecho del ciudadano:

1. La proporcionalidad, en cuanto solamente la persecución de delitos de notoria gravedad pueden dar lugar a la perturbación o restricción del derecho fundamental de la persona.
2. La especialidad de la materia a investigar, porque no es admisible decretar la intervención telefónica para investigar actividades delictivas genéricas, lo que sería propio del sistema de inquisición general desterrado del moderno y civilizado derecho penal.
3. La existencia de sospechas fundadas que excluyan la posibilidad de que la injerencia en el ámbito de la intimidad del individuo obedezca a la mera arbitrariedad.
4. La necesidad, porque si no es probable que se obtengan datos relevantes del delito investigado, o si éstos se pueden alcanzar por medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención.
5. La justificación de la autorización, en cuanto necesidad de que el titular del derecho limitado pueda comprender las razones por las que se exige ese sacrificio”.

Y es en el apartado C. del FD Primero de la STS 1.215/2.009 donde el TS avala la validez probatoria de los datos obtenidos por medio del programa SITEL, argumentándolo así (FFJJ 10 a 18, a.i.):

“10. El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas.

11. (...) La autenticidad del contenido de los discos está fuera de discusión...”, declarando abiertamente que “(...) si en alguna ocasión, las partes personadas estiman que los discos depositarios de la grabación no responden a la realidad, deberán explicar suficientemente en qué basan su sospecha, en cuanto que están acusando de un hecho delictivo a los funcionarios que se encargan del control del sistema SITEL”.

Avanza el TS en esta misma línea de defensa del aplicativo informático SITEL, a

través del siguiente razonamiento:

“12. El Reglamento que desarrolla la Ley de Protección de Datos, publicado por Real Decreto 1.720/2.007, de 21 de diciembre, dedica especial atención a las medidas de seguridad de los sistemas informáticos que pueden almacenar datos, que clasifica según su mayor o menor intensidad. El Reglamento contempla medidas de seguridad de nivel alto que describe en el artículo 101 al disponer que la identificación de los soportes se deberá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permita a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido y que dificulten la identificación para el resto de las personas...”, admitiendo expresamente que “(...) estas medidas de seguridad están previstas y son parte de las garantías que ofrece SITEL”.

No obstante, esta STS, en el FJ número 13 reconoce que “en todo caso, no es absolutamente descartable una posible manipulación pero su demostración tiene que nacer de datos objetivables e irrefutables...”, para puntualizar a continuación (en el número 14 del mismo epígrafe): “se ha dicho que estos discos, dadas las características de la tecnología digital, pueden ser alterados mediante sofisticadas operaciones de laboratorio. Esta objeción no se descarta, ahora bien, así como en el antiguo sistema de manipulación, los cortes eran posibles sin saber de forma cierta quién los había realizado materialmente, en el sistema S.I.T.E.L se deja huella identificadora del manipulador ya que debe facilitar su clave de identificación para entrar en el disco duro. En este caso, nos encontraríamos ante un delito que de confirmarse su existencia *a posteriori* podría dar lugar a la revisión de la sentencia...”, estimado al respecto de dicha cuestión que “del mismo modo que hemos dicho que los análisis de los laboratorios oficiales gozan de una garantía de autenticidad y buenas prácticas, lo mismo se debe decir de este sistema, salvo prueba en contrario”.

En este sentido insiste el FJ número 16, incluido en el apartado C. del FD Primero de la STS 1.215/2.009, proclamando que “el contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario...”, aduciendo que “(...) se trata de documentos cuya fuerza probatoria es indiscutible y así se admite por la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette...”, manifestando en apoyo de tal aseveración que “la fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo cumplimentariamente a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes

digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (artículo 267 Ley Enjuiciamiento Civil)...”, confirmando que “(...) en estos casos la ley contempla la posibilidad de llevar a los autos el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios”.

Pero es en el FJ 17 de esta Sentencia donde el TS declara expresamente que “(...) El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fe pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas”.

Concluye su disertación el TS en torno al valor probatorio de los datos obtenidos vía SITEL aceptando en el punto número 18 de este epígrafe que “(...) Está abierta, sin restricciones, la posibilidad de negar la autenticidad de los contenidos del DVD...”, constatando que “(...) Si se impugna su veracidad, nos situamos, según se ha dicho, ante una pericia contradictoria que permite, con los actuales sistemas, realizar una auditoría informática que dadas las posibilidades y perfeccionamiento técnico permite supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones...”, manteniendo finalmente que “(...) Esto es aplicable a los puertos centrales del sistema SITEL y a todos los sistemas centralizados de cualquier otro organismo oficial...”.

Como sostiene Casanova Martí¹⁴², “respecto a la validez probatoria propiamente dicha, debemos afirmar, como hace el TS en diversas de sus resoluciones, que el contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, gozan de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario, como recuerda la reciente STS 659/2.013, de 9 de julio. Dicha fuerza probatoria se encuentra avalada por la Sala Penal del TS, además de estar acreditada legalmente por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos, en su art. 318¹⁴³, la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, lógicamente la posible impugnación de su autenticidad al amparo del art. 267 LEC¹⁴⁴. No obstante, como regla general el TS establece

¹⁴² CASANOVA MARTÍ, R.: Tesis doctoral “Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa” (Deposit legal: T 822-2.015), Universitat Rovira y Virgili, Barcelona, 2.015, pág. 200.

¹⁴³ De forma literal, el art. 318 LEC dice que: “Los documentos públicos tendrán la fuerza probatoria establecida en el art. 319 si se aportaren al proceso en original o por copia o certificación fehaciente o si, habiendo sido aportado por copia simple conforme a lo previsto en el art. 267, no se hubiere impugnado su autenticidad”.

¹⁴⁴ Por su parte, el art. 267 LEC señala, respecto a la forma de presentación de los documentos públicos, que: “Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo

que *el sistema de escuchas telefónicas que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fe pública judicial goza de valor probatorio*¹⁴⁵. Y añade la autora citada¹⁴⁶: “Pese a ello, está abierta, sin ningún tipo de restricción, la posibilidad de negar la autenticidad de los contenidos de los DVD, amparado legalmente por el art. 267 LEC. Así, si se impugna la veracidad por alguna de las partes nos situamos, como señala la jurisprudencia del TS, ante una técnica contradictoria que permite, gracias a los actuales sistemas, realizar una auditoría informática que permite supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones”.

En relación al valor probatorio de la información obtenida por medio de SITEL, Gallego Sánchez¹⁴⁷ recoge en su artículo (págs. 6 y 7) un extracto significativo de una resolución del propio Tribunal Supremo, en los siguientes términos: “Como bien concretaba el ponente de la STS Sala 2ª de 23 marzo 2.009, núm. 308/2.009, rec. 1.732/2.008 Pte.: Delgado García, Joaquín EDJ2009/31852. *Se dice que el sistema SITEL (...) no ofrece las garantías que, para la conservación y control de los datos obtenidos de las conversaciones intervenidas, nos ofrece el art. 24,2 EDL 1.978/3879 en relación con el art. 53,2 CE EDL 1.978/3879, por lo que es nula -y de prohibida valoración- la prueba de cargo consistente en la audición de las conversaciones telefónicas mantenidas (...). Lo que interesa para este proceso penal no es lo que pueda ocurrir con la conservación de las conversaciones telefónicas grabadas, esto es, si estas conversaciones quedan bajo el control del Ministerio del Interior o de la autoridad judicial. Una vez que el contenido de esas conversaciones ha quedado incorporado al proceso para que sea posible su utilización como medio de prueba... lo que en realidad importa para las responsabilidades penales ahora examinadas a los efectos del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24,2 CE EDL 1.978/3879, es si estas garantías se respetaron en el momento de su obtención y en el de su incorporación a las actuaciones”.*

Por su parte y, en 2.009, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) elaboró un Informe¹⁴⁸ sobre SITEL, del que pueden extraerse las siguientes conclusiones

dispuesto en el art. 265, podrán presentarse por copia simple y si se impugnare su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios”.

¹⁴⁵ STS 1.215/2.009, de 30 de diciembre [RJ 2.010/435], ponente Excmo. Sr. J. A. Martín Pallín, FD 1º.

¹⁴⁶ Obra citada, pág. 201.

¹⁴⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, Mª G.: “Sobre el secreto de las comunicaciones, el art. 579 LECrim y las intervenciones telefónicas”, *Revista de Jurisprudencia LEFEBVRE. EL DERECHO*, Tribuna, 30-07-2.010. www.elderecho.com

¹⁴⁸ Ver información completa en: 190110_np_conclusiones_sitel.pdf. www.agpd.es

principales:

-Se afirma que la incorporación de los datos de una línea telefónica a SITEL sólo es posible cuando la compañía operadora, “una vez recibida y analizada la información judicial, activa dicha inclusión”, por lo que las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado “no pueden, por sí mismas, introducir información en SITEL”.

-Se dice que el acceso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a la información “se efectúa exclusivamente en los términos previstos por la autoridad judicial y para la investigación concreta a la que se refiera dicha autorización de interceptación, pudiendo acceder al sistema los agentes facultados por ella designados”, añadiendo la AEPD que “por tanto, el tratamiento de datos en SITEL se produce siempre bajo el control de la autoridad judicial que ordena la interceptación”.

-Se señala que la finalidad de SITEL “es la de poner la información obtenida como consecuencia de la interceptación a disposición de la autoridad judicial” que la ordena, por lo que los agentes facultados “encuentran limitada su capacidad de acceso y uso a la información en los términos derivados” de esa autorización, quedando así la información contenida en SITEL bajo el control del Juez.

-Se concluye, finalmente, que los datos contenidos en SITEL “son objeto de bloqueo una vez concluida la investigación”, de modo que no se puede acceder a los mismos salvo requerimiento judicial.

Rodríguez Laínz¹⁴⁹ explica sobre esta materia que “partiendo de la base de que toda la información que se remite o recibe por el objeto de la interceptación es captada por SITEL, el acceso a tal información, dentro de los márgenes de la orden de interceptación - art. 588 ter d.2 LECrim-, no debería ofrecer especial problema. El art. 588 ter e sirve para imponer el deber de concreta colaboración de terceros y, a la vez, para legitimar a éstos como colaboradoras de la unidad policial actuante. Incluso el último de los preceptos citados permitiría facultar a la Policía Judicial para determinar la identidad y forma concreta de colaboración de estos terceros, en concreto prestadores de servicios de la sociedad de la

¹⁴⁹ RODRÍGUEZ LAÍNIZ, J.L.: “Intervención de las comunicaciones a través de servicios de la sociedad de la información”, *Editorial Jurídica Sepin*, 31-03-2.016, pág.2. Un estudio exhaustivo y adaptado a la reforma de la LECrim sobre este tema puede encontrarse en la monografía del mismo autor *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Las Rozas (Madrid), Ed. Sepin, 1ª Edición, 2.016.

información. Aun así, la Policía Judicial se encuentra dotada de determinadas herramientas tecnológicas que permiten el descifrado, por medios propios, de buena parte de las modalidades de mensajería existentes en el mercado; cual sucede, por poner un ejemplo, con el sistema empleado por la Guardia Civil conocido como Sistema de Interceptación Legal de las Telecomunicaciones -SILC DARS-, dando cobertura a la mayor parte de los programas o aplicaciones de correo electrónico, mensajería instantánea y buena parte de los prestadores que ofrecen cobertura a redes sociales”, y mantiene que “por tanto, el empleo de herramientas propias de descifrado, o la búsqueda de una colaboración directa, a través del soporte tecnológico, o la realización de la labor misma de descifrado, cuando la fuente original permanece garantizada en el centro de interceptación, no debería ofrecer la más mínima duda sobre su licitud más allá, obviamente, de las dudas que pudieran plantear las partes sobre la fiabilidad o nivel de corrección de los sistemas de descifrado empleados”.

5.5. VOTOS PARTICULARES SSTS 1.215/2.009 Y 316/2.011

Sin embargo, con la STS 1.215/2.009 se emitió un voto particular¹⁵⁰, evidenciando así un manifiesto desacuerdo con el criterio mayoritario adoptado por el TS, posición abiertamente discrepante acerca de las garantías de autenticidad exigibles a los DVDs puestos a disposición del Juez instructor por los agentes de policía y en los que se contienen las conversaciones telefónicas de los investigados, que se reprodujo en cierta medida también con motivo del fallo de la Sentencia (Sala 2º, de lo Penal) número 316/2.011¹⁵¹, de 6 de abril (recurso núm. 2.414/2.010, actuando como ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), aunque en esta ocasión poniendo de relieve a juicio del mismo Magistrado que formuló nuevamente dicho voto un entendimiento excesivamente convencional del derecho al *secreto* de las comunicaciones proclamado por el art. 18.3 de la CE en atención a los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la injerencia en el ámbito del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones¹⁵².

¹⁵⁰ Voto particular que formula el Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez, en la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 404/2.009, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

¹⁵¹ Voto particular concurrente que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez a la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 2.414/2.010.

¹⁵² Para ampliar información al respecto, puede consultarse al hilo del voto particular a la STS 316/2.011, el siguiente artículo: RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.: “SITEL y el principio de proporcionalidad en la intervención de comunicaciones electrónicas”, *Diario la Ley*, Nº 7.689 (ISSN 1.989-6.913), Las Rozas (Madrid), 2.011, donde “se realiza un análisis pormenorizado de las repercusiones jurídicas de la implicación de los principios de proporcionalidad, necesidad y utilidad de intervención judicial de comunicaciones electrónicas, en función de la incidencia real que puede tener sobre el secreto de las comunicaciones y la privacidad de las personas afectadas el acceso a información sobre

A continuación, vamos a examinar el contenido de las principales alegaciones esgrimidas por el Magistrado del TS que se mostró contrario al sentir general de la Sala Segunda en la Sentencia 1.215/2.009, de 30 de diciembre, y no lo hizo en el sentido de que los DVDs ofrecidos por los agentes de policía constituyan auténticas pruebas electrónicas que, según manifiesta en el apartado I del voto particular, “está fuera de dudas”, sino que la controversia surge en razón de que pueda considerarse a estos soportes de carácter electrónico pruebas sujetas a un régimen procesal privilegiado y que, en opinión de la postura disidente, “(...) lo que resulta incuestionable es que su valoración probatoria ha de ajustarse a las reglas generales”.

Inicia su argumentación jurídica en defensa de esta tesis aludiendo al art. 230 LOPJ, “(...) con arreglo al cual, los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, añadiendo que...*los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales*”, afirmando que “sin embargo, desde la perspectiva de los soportes electrónicos actuales, cuando la impugnación se refiere, no a la atribuibilidad de las voces recogidas en la grabación, sino al procedimiento técnico llamado a asegurar la integridad y autenticidad de tales soportes, la necesidad de despejar cualquier duda sobre las garantías de sellado de los archivos de vox, adquiere un significado especial”. Es decir, de esta forma se pone en duda la pretendida presunción de autenticidad de la prueba electrónica obtenida en base a la reiterada fiabilidad ofrecida por el sistema SITEL y se hace hincapié en las innumerables oportunidades que concurren en este complejo ámbito tecnológico susceptibles de posibilitar o provocar que la información almacenada en este soporte pueda ser manipulado y/o alterada.

En esta línea, señala que “anticipamos nuestro criterio de que no existen razones jurídicas que justifiquen que el resultado de los actos de investigación encomendados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se sustraigan a las reglas generales sobre la valoración de la autenticidad de un documento electrónico...”, reflejando de manera rotunda e inequívoca que “(...) en nuestra opinión, los DVDs aportados a un proceso penal por agentes de policía no pueden aspirar a un régimen privilegiado frente a la autenticidad afirmable de esos mismos soportes electrónicos cuando tienen distinto origen”, y lo confirma

contenidos y datos relativos a las comunicaciones que pueden hacerse accesibles gracias a las expansivas potencialidades del sistema SITEL”.

inmediatamente así: ““(…) Dicho en otras palabras, el DVD aportado por los agentes no puede gozar de una autenticidad irrazonablemente aventajada, frente al DVD en el que se contienen, por ejemplo, escrituras públicas y está custodiado por un Notario...”, expresando que “...la garantía que proporciona la firma electrónica sólo alcanza a algunos de los aspectos ligados a la incolumidad y a la identificación del firmante que está en el origen de los archivos incorporados al soporte electrónico (art. 3 de la Ley 59/2.003, de 19 de diciembre)...”. Y cierra este apartado I diciendo que “(…) precisamente por ello, en el apartado IV de este voto particular razonamos acerca de los presupuestos indispensables para que aquellos soportes probatorios, más allá de la garantía que aporta la firma electrónica, superen el verdadero test de admisibilidad...”.

En el apartado II, plantea que “el establecimiento de un sistema que garantice, cuando menos, la integridad de cualquier documento electrónico, constituye un *prius* para la atribución al mismo de plena eficacia probatoria...”, observando que “así lo ha entendido el legislador español -en sintonía con un imparable proceso de unificación en el ámbito de la Unión Europea-, requiriendo esas garantías incluso cuando el documento emana de un fedatario público”.

El apartado III de su exposición, citando la Orden ITC/110/2.009, de 28 de enero, que fija los requerimientos técnicos exigibles para la ejecución de la orden judicial de intervención, “(…) pone de manifiesto que todas las garantías y reservas que el sistema incorpora, sólo mira a la relación entre los agentes de policía facultados y a las operadoras de telefonía...”, apreciando que “el problema radica en que todo ese sistema de controles y garantías se arrincona cuando los agentes facultados vuelcan en un DVD las conversaciones que estiman más relevantes y se presentan ante el Juzgado, mediante una comparecencia personal, aportando un soporte electrónico con vocación de originalidad” y, en suma, desvelando que “(…) éste es el problema de origen que nos impide avalar el funcionamiento del sistema integrado (SITEL) que, si bien se mira, no lleva su vocación integradora hasta sus últimas consecuencias, pues se olvida de integrar a los órganos jurisdiccionales en el esquema que define su funcionamiento”. Advierte en este punto que “la interceptación de las comunicaciones telefónicas con arreglo a las sofisticadas posibilidades que ofrece cualquier sistema integrado, no debería haber prescindido de una idea tan elemental como la existencia de tres sujetos funcionales distintos: a) las operadoras de telefonía -sujetos obligados-; b) los funcionarios de policía -agentes facultados-; c) los Jueces de Instrucción que autorizan la interceptación y que se convierten en destinatarios últimos del resultado de las escuchas”, considerando que “...las normas reguladoras del

SITEL han diseñado un sistema de garantías en las relaciones entre dos de aquellos sujetos, operadoras y policía. Y lo han hecho cuidando, en ese exclusivo ámbito bidireccional, el espacio que es propio de la intimidad y protección de datos...”, aseverando que “sin embargo, todo ello se desmorona de forma incomprensible en el momento de la incorporación de las pruebas electrónicas generadas al proceso penal. En ese instante, los canales seguros y las interfaces que la Orden ITC/110/2.009 impone a operadoras y agentes facultados, dejan paso a un incontrolado volcado de datos que, lejos de ser transmitidos por vía telemática, se presentan ante el Juzgado de instrucción por un agente de policía que afirma haber seleccionado aquellos fragmentos que considera relevantes para la investigación”.

Llegados a este extremo, opina que “el SITEL, en fin, convierte a los Juzgados y Tribunales en un punto débil, en una tierra de nadie en la que las garantías de seguridad e integridad del documento electrónico se degradan de forma insalvable. Los Jueces de instrucción se transforman así en meros receptores de unos soportes electrónicos cuyo contenido no puede apoyarse en otra garantía que la confianza acrítica en la profesionalidad de los agentes que se los proporcionan”, manifestando al respecto que “(...) tal sistema de operar provoca que el Secretario judicial, en su condición de fedatario, se vea obligado a suscribir un acto de adveración a ciegas. No puede dar fe de que el contenido de esos DVDs coincide con un original al que no tiene acceso, pues la oficina judicial ha sido excluida de cualquier interfaz que permita el seguimiento de las interceptaciones. No puede garantizar que no se han eliminado erróneamente fragmentos de conversaciones de indudable trascendencia jurídica y que, sin embargo, han podido ser excluidos en el momento del volcado al soporte electrónico. Dicho de otra forma bien gráfica, el Secretario sólo podrá adverar que el DVD presentado por la Policía es efectivamente el que presenta la Policía...”, afirmando al final de este apartado III que “(...) De ahí que no podamos compartir el criterio mayoritario, expresado en el FJ 17 de nuestra sentencia, cuando sostiene que... *el sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado por la fe pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas*”.

Finalmente y, como ya anticipaba, en el apartado IV del voto particular emitido, dice: “En nuestra opinión, los soportes digitales aportados por los agentes, como toda prueba electrónica, han de pasar por un test de admisibilidad. Y éste comprende el análisis de su integridad, esto es, que el soporte no ha sido alterado; de su autenticidad, o sea, la

identificación del sujeto al que se atribuyen las conversaciones y del contenido que éstas reflejan; por último, de su licitud, es decir, de que han sido obtenidos con respeto a los derechos y libertades fundamentales”, resaltando en este aspecto que “...la valoración jurisdiccional de un documento electrónico -en este caso, varios DVDs en los que se incorporan archivos digitales de sonido- exige, a nuestro juicio, dos niveles de autenticidad. Primero, el que garantiza que, una vez grabada la conversación en el terminal custodiado por los agentes de policía, el fichero así generado no ha sido abierto con posterioridad y, en consecuencia, no ha sido expuesto a ningún tipo de modificación...”, razonando que “(...) El Tribunal que ha de valorar esa fuente probatoria ha de tener asegurado, en el plano tecnológico, que no se han suprimido fragmentos relevantes para conocer el alcance de los hechos o que no han sido excluidas conversaciones que el agente responsable considera intrascendentes jurídicamente y que, sin embargo, pueden no serlo. En definitiva, resulta indispensable que el sistema garantice que después de cada conversación interceptada por los agentes facultados se procede al sellado tecnológico del archivo de sonido, con el fin de salvaguardar su integridad, excluyendo cualquier riesgo de manipulación” y objetando, además, que “(...) no basta con la garantía de que los archivos custodiados en el terminal central no han sido abiertos y, en consecuencia, expuestos a su alteración...Se impone (...) un segundo nivel de exigencia, que ahora afecta al soporte en el que se incorpora la copia de los archivos originales...”, considerando que resulta indispensable que “(...) inmediatamente después de efectuado el proceso de grabación, se active una certificación que garantice: a) que desde el momento en que culminó el proceso de transferencia de archivos hasta su recepción por el Juzgado, ese DVD no ha sido abierto; b) que, en consecuencia, no ha existido riesgo de manipulación; y c) que quien garantiza la integridad del documento es el funcionario responsable del tratamiento y, por tanto, el único con capacidad de autenticación”.

Mantiene su discrepancia en relación con la opinión mayoritaria defendiendo que “una cosa es el funcionamiento de SITEL desde la perspectiva de las garantías generales impuestas por nuestro sistema jurídico para la confidencialidad y la protección de datos (...), y otra bien distinta la autenticidad de un soporte informático cuya integridad no ha sido acreditada mediante los medios que el ordenamiento jurídico exige con carácter general...”, poniendo de relieve que es precisamente “(...) esta segunda cuestión la que constituye el objeto del presente recurso”.

Por lo que atañe al voto particular concurrente formulado también por el Magistrado Manuel Marchena Gómez con ocasión de la Sentencia del TS número 316/2.011, de 6 de

abril, cabe extraer varios pasajes del mismo, contenidos en sus apartados III y IV, y que sintetizan de forma resumida su sentido, donde se pone de manifiesto las graves implicaciones derivadas de la ponderación de los principios jurídicos de proporcionalidad, necesidad y utilidad de la intervención de las comunicaciones electrónicas por parte de la resolución judicial motivada que autorice la adopción de dicha medida extrema de injerencia sobre el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones mediante un sistema tan sofisticado y potencialmente invasivo como es SITEL.

Así, en el apartado III se señala que “(...) Ni el oficio policial ni el auto habilitante contiene mención alguna referida a la necesidad de sacrificar además de la privacidad de las conversaciones telefónicas, aquellos otros aspectos ligados al contenido material del derecho fundamental restringido...”, expresando que “no es fácil seleccionar qué datos electrónicos de los enumerados en el oficio policial, cuya cesión fue autorizada sin motivación alguna por el órgano jurisdiccional, forman parte del núcleo del derecho al secreto de las comunicaciones y cuáles, por el contrario, quedarían fuera de ese concepto. Pero con independencia de que buena parte de los datos generados a raíz de una comunicación telefónica intervenida se integren en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones o merezcan un tratamiento jurídico más adecuado en el ámbito general del derecho a la intimidad persona, lo cierto es que, salvando las excepciones proclamadas por la jurisprudencia constitucional, su cesión requiere un acto jurisdiccional que pondere y balancee las razones que legitiman y justifican el sacrificio de ese derecho fundamental...”, incidiendo en que “(...) De lo que se trata es de constatar que la investigación penal de un delito grave no tiene por qué conllevar, siempre y en todo caso, la máxima intensidad en el sacrificio de los derechos fundamentales que convergen en el momento de cualquier comunicación telefónica o telemática...”. Prosigue indicando que “(...) Es al Juez y sólo al juez a quien corresponde delimitar, con arreglo a los principios de necesidad y proporcionalidad, el alcance de la injerencia”, y que “...la restricción de los derechos fundamentales no puede producirse por ministerio de la ley, esto es, porque el art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones asocia a la interceptación judicial de las conversaciones, el sacrificio complementario de otros contenidos íntimamente ligados a la inviolabilidad constitucionalmente garantizada. Sólo una resolución judicial motivada conforme al canon constitucional exigido por nuestra jurisprudencia, puede fijar los términos de la interferencia estatal en el espacio de privacidad garantizado por el art. 18.3 de la CE”.

No obstante, es en el apartado IV de este voto particular donde el magistrado del Tribunal Supremo alude implícitamente al programa SITEL, y lo hace del siguiente modo:

“...me resulta obligado rechazar como supuesta fuente legitimadora de inmotivados actos de injerencia, las posibles singularidades del *software* utilizado en la interceptación. En efecto, no puedo compartir la idea de que el hecho de que todas las comunicaciones utilicen como vehículo el teléfono móvil, haría explicable que la intromisión del Estado abarcara a todo aquello que puede transmitirse por ese medio (...), no tengo duda alguna de que la investigación penal de hechos delictivos graves puede imponer esa invasión integral en todas las comunicaciones verificadas por el teléfono móvil. Pero en tales casos, esa necesidad ha de ser justificada por la policía y validada, con la suficiente motivación, por el órgano jurisdiccional”. Continúa en esta misma línea, sosteniendo que “primar las singularidades técnicas del medio de comunicación empleado por los interlocutores o del *software* llamado a hacer posible su interceptación, encierra un riesgo evidente para la vigencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Y es que no existe un horizonte cerrado de avances tecnológicos en materia de telefonía móvil. Admitir que, autorizada judicialmente la intervención de las conversaciones telefónicas, todas las formas de comunicación posibles e imaginables por este medio no serían sino aspectos accesorios, secundarios y, como tales, sacrificables implícitamente o sin necesidad de motivación explicativa acerca de su necesidad y proporcionalidad, nos situaría en una concepción francamente restrictiva en materia de derechos fundamentales”. Y sustenta firme su postura hasta el final entendiendo y reconociendo que “(...) los nuevos medios de comunicación telefónica y telemática, en permanente y constante avance, nos obligan a un renovado entendimiento de las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales habilitantes de todo acto de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones...” y, de acuerdo con esta idea, subraya que “(...) el deber de motivación ha de proyectarse en una doble dirección. De una parte, el Juez de instrucción -como venimos sosteniendo en una jurisprudencia ya consolidada- ha de ponderar la suficiencia de los datos fácticos ofrecidos por la policía para respaldar el acto de injerencia...” remarcando, sin embargo, que “(...) el control judicial también ha de extenderse, mediante la oportuna motivación *ad hoc*, al grado e intensidad del sacrificio que se solicita, seleccionando, de entre todos los que proporciona el *software*, el flujo de datos electrónicos de necesaria y proporcionada cesión por las operadoras de telefonía a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

6. OTROS MECANISMOS DE GEOLOCALIZACIÓN (GOLF, SILC, VERINT 12)

El art. 39.4 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 9/2014, de 9 de mayo), dispone, en cuanto se refiere a las interceptaciones de telecomunicaciones autorizadas, que los sujetos obligados (esto es, los operadores que exploten redes públicas de

comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público) facilitarán el acceso “...para todo tipo de comunicaciones electrónicas, en particular, por su penetración y cobertura, para las que se realicen mediante cualquier modalidad de los servicios de telefonía y de transmisión de datos, se trate de comunicaciones de vídeo, audio, intercambio de mensajes, ficheros o de la transmisión de facsímiles”.

Así, pues, resulta necesario ir introduciendo periódicamente mejoras operativas progresivas en el sistema de vigilancia legal implantado de toda esta amplia gama de comunicaciones existentes vía dispositivos electrónicos (SMS, correo electrónico, mensajes a través de redes sociales, archivos, faxes, etc.,...) y susceptible de ser investigada por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado habilitados en España para cumplir esta función en el ámbito procesal penal (Policía Judicial, Policía Nacional, Guardia Civil, Policías Autonómicas, CNI,...). Y, ello, fundamentalmente por dos razones básicas:

- Primero, porque se pretende mitigar el efecto negativo del cifrado de las comunicaciones de Internet legalmente interceptadas, a la vista de la incorporación incesante de las nuevas tecnologías utilizadas por delincuentes y elementos terroristas para cifrarlas encriptándolas y, de este modo, burlar la vigilancia policial desplegada; y
- En segundo lugar y, tan importante o más que el anterior si cabe, con la finalidad de actualizar SITEL adaptándolo a los requisitos legales que impuso la reforma operada en 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LOMLECrim), puesto que esta modificación legislativa fijó entonces las garantías procesales para llevar a término la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier modalidad o tipo efectuadas mediante el teléfono u otro medio de comunicación telemática, y estableció un sistema de sellado o firma electrónica que salvaguardase la autenticidad e integridad de la información recabada cuando se pusiera a disposición judicial.

En todo caso, han ido surgiendo paulatinamente nuevas herramientas o artificios técnicos que posibilitan *-entre otras muchas funcionalidades-* acceso a información en tiempo real de los sujetos vigilados, localización y movimientos geográficos de éstos, etc.

Entre otros mecanismos de geolocalización como medida de investigación en el

proceso penal, Cabello Gil¹⁵³ afirma que “GOLF¹⁵⁴ surgió como un sistema de interceptación de las comunicaciones de voz. En el año 2.000 se adquiere el primer modelo GOLF 7.9 datando sus primeras interceptaciones en el mes de septiembre del año 2.001. Sin embargo, con el paso de los años y debido a las crecientes necesidades del servicio, el sistema se fue mejorando y ya en el año 2.006 comienzan a interceptarse Internet (paquetes de datos) y líneas RDSI, dando el salto a la comunicación digital”, y señala que “es en el año 2.008 cuando se produce el cambio más trascendental del sistema, con la llegada de GOLF 10.1 que permitió desde entonces integrar las sondas tácticas de interceptación al sistema”. Indica esta autora¹⁵⁵ que “actualmente, el sistema GOLF permite la interceptación de telefonía móvil (GSM, GPRS, UMTS), fija, paquetes de datos de Internet, mensajería instantánea como el WhatsApp¹⁵⁶, fax, e intervenciones especiales (sondas tácticas)” confirmando, asimismo, que “GOLF comparte red con el sistema SITEL, de modo que utiliza el mismo puesto de telecomunicaciones que es usado para la intervención de las comunicaciones mediante SITEL, pero no interfiere en el funcionamiento del mismo”, manifestando finalmente que “ambos sistemas pueden coexistir al mismo tiempo sin que se vea afectado el trabajo de los operadores”.

De otra parte, SILC es una subplataforma de SITEL, creada en 2.008 para que la monitorización de las comunicaciones incluyera no sólo las tradicionales llamadas de voz, sino también aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, Telegram o Signal, entre otras muchas. Se trataba, en suma, de reforzar, ampliar y actualizar el equipamiento y el software necesarios para dotar de capacidades avanzadas a una de las herramientas del Sistema de Interceptación Legal de las Telecomunicaciones (SITEL).

Desde comienzos de 2.017, el Ministerio del Interior inició en fase de pruebas la incorporación de un nuevo sistema de escuchas telefónicas, llamado VERINT 12, que incluye avances técnicos significativos que suponen una evolución respecto a SITEL, pues comprende la grabación, búsqueda, reproducción y almacenamiento multimedia digital con gran calidad. Además, realiza la investigación y análisis de incidentes, más analítica del habla, y dispone de capacidad para prever cargas de trabajo y programar las necesidades de personal. Permite capturar, analizar y actuar sobre grandes volúmenes de información

¹⁵³ CABELLO GIL, L. M^a: Tesis doctoral “Datos de geolocalización como medida de investigación. Avances en el sistema jurídico procesal penal”, UNED, Madrid, 2.017, pág. 194.

¹⁵⁴ El nombre completo del programa es GOLF RELIANT debido a la empresa que lo fabricó VERINT RELIANT, aunque comúnmente se denomina simplemente GOLF.

¹⁵⁵ Obra citada, págs. 194-195.

¹⁵⁶ A partir de la versión 2.8.3. de WhatsApp, esta aplicación de mensajería, aunque puede ser interceptada, no muestra los datos en claro debido al cifrado de sus mensajes.

de múltiples fuentes abiertas y complejas, incluso con texto no estructurado. Y, asimismo, entre las utilidades más novedosas, destacan la detección de amenazas y la prevención de delitos.

De cualquier manera, respecto las nuevas herramientas o dispositivos tecnológicos mencionados en materia de interceptación de telecomunicaciones y, en las propias palabras de Cabello Gil¹⁵⁷ “a la vista de la configuración técnica, entendemos que a este sistema también le sería de aplicación todo lo expuesto en torno a la legalidad del SITEL”.

7. DISTINCIÓN ENTRE CORRESPONDENCIA Y OTROS ENVÍOS POSTALES

El TC¹⁵⁸ había elaborado con anterioridad una doctrina muy consolidada ya sobre el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE (siendo la STC 114/1.984, de 29 de noviembre, referente paradigmático de consulta imprescindible en la materia).

Empero y, respecto a una de las formas o manifestación más típica y tradicional de comunicación entre personas determinadas -*expresamente protegida y enunciada también en dicho precepto constitucional*-, cual es la comunicación postal, no existía pronunciamiento jurisprudencial específico que recogiera una delimitación suficientemente precisa de sus perfiles, contornos y garantías jurídicas.

Es la STC 281/2.006, de 9 de octubre (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 2.006), la que viene a caracterizar genéricamente los rasgos esenciales que se proyectan igualmente sobre la protección constitucional de este tipo concreto de comunicaciones y que, seguidamente, procedemos a extractar, transcribir, comentar y analizar. Así, esta Sentencia, en su FJ 3, apartado b), comienza expresando que “la delimitación del objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE ha de partir de su propio tenor literal y del de los textos y convenios sobre derechos humanos en los que España es parte, que, de conformidad con el art. 10.2 CE, sirven de pauta en la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

Inicia el análisis de esta crucial cuestión el Alto Tribunal diciendo que “varias

¹⁵⁷ Obra citada, pág. 195.

¹⁵⁸ Entre las más destacadas y, únicamente a modo de muestra representativa -*si bien en el apéndice jurisprudencial de este Trabajo viene una relación más extensa y prolija de las mismas*-, se citan las siguientes SSTC: 114/1.984, de 29 de noviembre; 70/2.002, de 3 de abril; y 123/2.002, de 20 de mayo.

circunstancias derivan de dicho tenor literal: que el art. 18.3 CE no alude al secreto postal sino al secreto de las comunicaciones postales y que identifica de forma individualizada las comunicaciones postales diferenciándolas de las telegráficas”. En este sentido, añade que “no todo envío o intercambio de objetos o señales que pueda realizarse mediante los servicios postales es una comunicación postal pues, de un lado, no se refiere al secreto postal y, de otro, también las comunicaciones telegráficas se mencionan expresamente en este precepto constitucional, siendo el servicio de telégrafos uno de los servicios prestados por los propios servicios postales”.

Queda evidenciado, pues, que lo primero que hace el TC -*en su calidad de máximo intérprete constitucional*- es dejar bien patente con absoluta y meridiana claridad, que el art. 18.3 CE no garantiza en modo alguno el *secreto* postal sino, muy por el contrario, protege esencialmente el *secreto* de las comunicaciones y, entre ellas e, identificándolas de manera expresa y directa, tanto las postales como las telegráficas, distinguiendo unas de otras individualizadamente como, por otra parte, asevera que efectivamente hace y de forma literal el propio texto constitucional aludido. Al mismo tiempo, afirma que “el término *comunicaciones* al que se refiere el art. 18.3 CE, sirve para denotar el objeto de protección de este derecho constitucional sea cual sea el medio a través del cual la comunicación tiene lugar -postal, telegráfico, telefónico...-; de modo que la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación”. Es decir, el objeto de protección del Derecho *Fundamental* al secreto son las *comunicaciones*, independientemente del medio y la forma que éstas adopten, si bien puntualiza el TC que el significado constitucional de *comunicación* debe reunir aspectos básicos comunes a cualquier tipo de que se trate, para desplegar los efectos y las garantías jurídicas que la Constitución proyecta sobre las mismas.

Más adelante, indica esta STC que “las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”. Por tanto y, en todo caso, las *comunicaciones* a las que se extiende el Derecho *Fundamental* al *secreto* reconocido en el art. 18.3 CE, son las enabladas entre personas a través de la transmisión de mensajes y por medio del establecimiento de un proceso comunicativo.

Por otra parte, se señala también que “los convenios internacionales sobre derechos

humanos tampoco protegen el secreto de toda comunicación postal ni su inviolabilidad. Así, de un lado, el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos establece que *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*. Y el art. 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos prevé que *1.nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación*". A partir de todo ello, establece el TC que "la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas". Y, en consecuencia, postula que "el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos".

Llegando a continuación el TC a la reveladora y trascendental conclusión de que "la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia". Además y, enlazado con la anterior afirmación, esta STC (281/2.006, de 9 de octubre), a los precisos efectos de ofrecer una delimitación lo más nítida posible de la noción constitucional de comunicación postal entendida en el sentido equivalente a *correspondencia* ya antedicho, realiza las siguientes consideraciones aclaratorias:

- "(...) en la medida en que los mensajes pueden expresarse no sólo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otra clase de lenguajes, y dado que los mensajes pueden plasmarse no sólo en papel escrito, sino también en otros soportes que los incorporan –cintas de cassette o de video, CD's o DVD's, etc.- la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional".

- "(...) se ha de estar a la delimitación que la regulación legal sobre el servicio postal universal establece, que al efecto atiende a ciertas características externas y físicas -tamaño- del objeto del envío -sobre, paquete-, en cuyo interior se introducen los soportes físicos de los mensajes -papeles, cintas, CD's...".

- "(...) no gozan de protección constitucional aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2.003, de 11 de diciembre, FJ 3), de modo que la introducción en ellos de mensajes no modificará su régimen de protección constitucional".

- “(...) tampoco gozan de la protección constitucional del art. 18.3 CE aquellos objetos que pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo”.

- “(...) si lo que se protege es el secreto de la comunicación postal quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así ocurre cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido”.

De esta conceptualización jurisprudencial *-ciertamente ya mucho más restringida-* de la noción constitucional de comunicaciones postales que, según interpreta el TC, equivale a *correspondencia* y resulta sumamente esclarecedora a la hora de la aplicación práctica de la garantía y protección constitucional dimanante de este Derecho *Fundamental* al *secreto*, se extraen varias consecuencias en la Sentencia citada, concretamente en su FJ 3, apartado c):

- Primera.- “Que el envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tiene como función el transporte de enseres personales -maletas, maletines, neceseres, bolsas de viaje, baúles, etc.- por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término”.

- Segunda.- “Que el art. 18.3 CE no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que éstos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas -destinatario y remitente-. Por consiguiente, cualquier objeto -sobre, paquete, carta, cinta, etc.- que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado (STC 137/2.002, de 3 de junio, FJ 3)”.

En este sentido, precisa que “no constituyen objeto de este derecho cuando se

portan por su propietario o terceros ajenos a los servicios postales, o viaja con ellos, o los mantienen a su disposición durante el viaje”. Concluyendo que “por consiguiente, de conformidad con nuestra jurisprudencia constitucional, la ley podrá autorizar a la autoridad administrativa para su apertura o para proceder a inspeccionar y controlar su contenido por cualquier procedimiento”. Eso sí, a continuación y en relación a la intervención administrativa de envíos postales que no constituyen correspondencia y, por ende, no conllevan la protección constitucional del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones postales (ex art. 18.3 CE), el TC advierte “siendo requisito de la constitucionalidad de tal control o inspección su sujeción a las máximas derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, idónea para alcanzarlo y que la concreta forma de control o inspección reporte en el caso menos sacrificios en el derecho individual que beneficios en los intereses generales”.

Pero es en el apartado d) del FJ 3 de la STC¹⁵⁹ referida, que nos sirve de modelo y paradigma imprescindible e ineludible para acotar válidamente los límites específicos del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones *postales -proclamado enfáticamente en el art. 18.3 CE-* donde esto se produce de manera expresa, al señalar que “la delimitación del ámbito de protección constitucional de las comunicaciones postales tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de los envíos postales y de los envíos de correspondencia establecido tanto en la legislación internacional como interna”. De este modo, el TC fundamenta también en buena medida la distinción plasmada entre envíos postales *-por una parte-* y envíos de correspondencia *-por otra-*, para dar soporte y basamento sustancial al contenido nuclear del Derecho *Fundamental* que conforma el art. 18.3 CE en el ámbito de las comunicaciones *postales*, en la constatación fáctica, objetiva e incontrovertible de la existencia real de su diferente regulación jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. Sustenta esta justificación en que “de un lado, en las normas internacionales de la Unión Postal Universal -Actas del Congreso de Beijing de 1.999, cuya ratificación fue publicada en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2.005- se incluyen dos reglamentaciones diferentes, el Reglamento relativo a los envíos de correspondencia y el Reglamento relativo a encomiendas postales -anexo al BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2.005-. De otro, también reconoce dicha diferencia la normativa de la Unión Europea, cuya Directiva comunitaria 97/67/CE, relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1.997, distingue entre el envío postal -art.2.6- y el envío de correspondencia -art.2.7-. Finalmente,

¹⁵⁹ STC 281/2.006, de 9 de octubre.

regulan de forma separada ambas clases de envíos la Ley 24/1.998, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales -art. 15.2.B, a) y b)- y el Real Decreto 1.819/1.999, de 3 de diciembre, por el que aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de la Ley 24/1.998 -art. 13.2-”.

Por otro lado y, ya en el FJ 4 de la STC 281/2.006, se advierte que “el envío postal (...) interceptado (...) y sometido a entrega vigilada hasta su destino en España no constituía el objeto de una comunicación postal o correspondencia a los efectos del art. 18.3 CE”: Procediendo después el TC a explicar descriptivamente el razonamiento que le lleva a dicha conclusión en el caso concreto, objeto de la Sentencia mencionada, indicando así que “el paquete postal en el que se halló la droga no es, de conformidad con lo razonado, el instrumento o soporte de una comunicación postal protegida en el art. 18.3 CE, pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes: una caja de cartón con un peso aproximado de mil quinientos gramos, en la que no consta que contuviera correspondencia, ni signo alguno que lo evidencie”. Termina su argumentación el TC sosteniendo que “por consiguiente, ninguna vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales del art. 18.3 CE se ha producido porque las autoridades británicas accedieran a conocer el contenido del paquete y trasladaran dicha información a las autoridades españolas”.

En orden a confirmar y contrastar nuevamente su posición al respecto con la legislación vigente sobre la materia, a nivel internacional y nacional, respectivamente, el máximo garante constitucional alude a que “de un lado, la normativa internacional -Actas del Congreso de la Unión Postal Universal de Beijing de 1.999, en vigor para España desde su publicación en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2.005-, así como la legislación interna -la Ley 24/1.998- autorizan a las autoridades administrativas y aduaneras para proceder a la inspección de los paquetes postales a los efectos de determinar que no contienen sustancias u objetos cuyo envío, traslado o comercio está prohibido, como por ejemplo las drogas. De otro lado, en cuanto al juicio de proporcionalidad, hemos de afirmar que las medidas de control e inspección de los paquetes postales persiguen un fin legítimo, cual es la prevención de la comisión de delitos, y son idóneas para alcanzarlo”.

En último término, y refiriéndose al requisito exigido finalmente para la aplicación del preceptivo *juicio de proporcionalidad* en el procedimiento de intervención del paquete postal interceptado, la STC 281/2.006, de 9 de octubre analizada, mantiene que “además, en la

valoración de la proporcionalidad estricta del sacrificio individual que estas medidas comportan en relación con el beneficio de los intereses generales se ha de ponderar, de un lado que, como ya hemos señalado, al contratar el servicio de envío el titular formula una aceptación tácita de las condiciones en que éste se presta; igualmente se ha de ponderar la escasa entidad de los perjuicios provocados por la injerencia en el derecho fundamental derivada de las distintas formas en que es posible acceder al conocimiento del contenido de los paquetes y del poco tiempo de interrupción del envío que su ejecución requiere”.

Al final y, en definitiva, el TC establece que “la inspección del paquete postal, el conocimiento del contenido del mismo, así como de los datos relativos a destinatario y remitente, no vulneraría tampoco el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en caso de que el paquete postal en las circunstancias del caso contuviera un objeto de carácter personal o íntimo”.

En todo caso y, después del detallado análisis efectuado a la reveladora y fundamental STC 281/2.006, de 9 de octubre, resulta evidente una idea central que se erige en la clave de bóveda que da soporte, significado y contenido específico a la prioritaria tarea que consiste básicamente en la esencial delimitación jurídica básica en sus justos términos de los contornos que perfila el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones en España (ex art. 18.3 CE) *-y, en especial, de las postales que, como ya ha quedado suficientemente acreditado, equivalen a correspondencia-*, cual es: la trascendental distinción que, a efectos jurídico-constitucionales y eminentemente prácticos también, deviene obligado establecer nítidamente entre, por una parte envíos postales calificados como *correspondencia* y, por otra, el resto de envíos postales que carecen de los atributos y rasgos propios de aquélla y que, por añadidura, adolecen y no gozan de la amplia protección real que les otorga la CE de 1.978, al no ser portadores de verdaderas comunicaciones interpersonales y, por tanto, no merecer así en definitiva un amparo constitucional sustancial *-por no ser considerados comunicaciones postales en pleno sentido constitucional-*.

En primer lugar, hay que concluir de ello que todo envío de *correspondencia -de cualquier tipo y/o modalidad que sea-* es, en sí misma considerada y, siempre, una forma concreta y determinada de envío postal.

Empero, no ocurre lo mismo en sentido inverso con cualquier tipo de envío postal, pues no todo envío postal constituye un envío de *correspondencia*. Así que *-siguiendo,*

como no podría ser de otro modo, la pauta jurisprudencial asentada y consolidada por el TC en la Sentencia referida-, debemos concluir que, a nivel práctico y a la hora de proyectar la garantía constitucional que subyace en el derecho al *secreto* de las comunicaciones postales (ex art. 18. 3 CE), ésta únicamente despliega su máxima protección cuando se trata de envíos de *correspondencia*, porque equivale así a la comunicación postal efectivamente tutelada por la Carta Magna de nuestro ordenamiento jurídico.

En esta misma línea, como indica a este respecto el propio TC¹⁶⁰, la normativa sectorial en la materia *-tanto en el ámbito nacional como internacional-* contempla una regulación completamente diferente para los productos y servicios postales, en función principalmente de sus propias características externas o físicas (tamaño o formato, dimensiones o medidas, peso, acondicionamiento,...) y, muy especialmente, de su contenido (documentos, mercancías,...). Y, aunque se entrará *-como es lógico y natural-* en el detalle pormenorizado de la misma al acometer en este Trabajo el desarrollo de los Capítulos Cuarto y, particularmente Quinto, parece necesario avanzar aquí algunos conceptos postales básicos que sirvan cuanto menos para alcanzar a distinguir entre un envío de correspondencia (acreador, como ya hemos justificado, de la máxima cobertura legal *-incluso, a nivel constitucional-*) de cualquier otro tipo de envío postal de carácter general o genérico (que, por su parte, no goza de otra garantía jurídica más allá de la ordinaria derivada propiamente de su específico régimen convencional y/o contractual *-de índole infraconstitucional, en cualquier caso-*).

En relación con la normativa internacional, hay que tomar como referencia directamente aplicable en la materia sendos Reglamentos sobre los envíos postales (uno relativo a envíos de *Correspondencia* y otro dedicado a la regulación de las *Encomiendas* o Paquetes Postales de ámbito trasnacional), aprobados ambos por la Unión Postal Universal (UPU) en los correspondientes Congresos celebrados por esta Organización Internacional de la que España forma parte integrante como Estado miembro de pleno derecho desde su fundación el 9 de octubre (Día Internacional del Correo) de 1.874. Cabe señalar en este aspecto que el Convenio de la UPU sobre Paquetes Postales (*Encomiendas*, en terminología postal internacional) se aprobó en Washington (EE.UU) en 1.989 *-que fue también ratificado por España-*, y en su Reglamento de aplicación se prohíbe expresamente incluir en las *Encomiendas* documentos de cualquier naturaleza que tengan carácter de *correspondencia* personal. El propio Convenio UPU actualmente vigente, aprobado en el Congreso celebrado en Estambul en octubre de 2.016 (en vigor desde el 1

¹⁶⁰ STC 281/2.006, de 9 de octubre, FJ 3 b).

de enero de 2.018), contiene en el Reglamento sobre Envíos de *Correspondencia* un artículo (18) relativo a “Envíos no admitidos. Prohibiciones” que, en su apartado 5. “Inclusión de correspondencia en las encomiendas”, dispone lo siguiente:

“5.1 Se prohíbe incluir en las encomiendas postales los objetos indicados a continuación:

5.1.1 La correspondencia, con excepción de los materiales de archivo, intercambiados entre personas que no sean el expedidor y el destinatario o personas que convivan con ellos”.

Por su parte, en el ámbito europeo hay que traer a colación en este mismo sentido por su relativa novedad y relevancia -*que requiere un tratamiento específico*- el Reglamento (UE) 2.018/644, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de abril de 2.018, sobre los servicios de paquetería transfronterizos. En primer lugar y, para situarnos adecuadamente en el contexto que regula, vamos a extractar algunos de los 36 Considerandos que contiene esta norma comunitaria:

“(2) El artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) destaca el lugar que ocupan los servicios de interés económico general, como los servicios postales, en los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. Establece, asimismo, que debe velarse porque dichos servicios operen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir sus funciones.

(...)

(3) El Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general, anejo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al TFUE, hace hincapié asimismo en que los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE incluyen la disparidad de necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales, y un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

(...)

(6) Habida cuenta del carácter internacional del sector postal y de paquetería, es importante que se sigan elaborando normas técnicas europeas e internacionales, para beneficio de los consumidores y el medio ambiente, y para ampliar las oportunidades de mercado de las empresas. Además, los usuarios dan cuenta a menudo de problemas de calidad del servicio al enviar, recibir o devolver paquetes transfronterizos. Por consiguiente, es igualmente necesario continuar mejorando tanto las normas de calidad de los servicios como la interoperabilidad en los servicios de paquetería transfronterizos. Se debe seguir dando prioridad a ambos extremos, de conformidad con la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por medio del Comité Europeo de Normalización (CEN) y por otros medios. Es necesario, asimismo, realizar mayores progresos en la eficiencia de los servicios, de forma que se atienda especialmente a los intereses de los usuarios.

(...)

(10) Los servicios de paquetería por unidades forman parte del servicio universal de cada Estado miembro y son, además, los servicios utilizados con mayor frecuencia por los particulares y las pequeñas empresas. Para continuar el desarrollo del comercio electrónico, es necesario mejorar la transparencia y la asequibilidad de las tarifas por unidad.

(...)

(15) Se calcula que el 80% de los paquetes generados actualmente por el comercio electrónico pesan menos de dos kilos y a menudo se tramitan a través de la cadena de correspondencia postal. Hay una carencia de información sobre el peso de los paquetes enviados por otros medios. Es importante que estos envíos más ligeros estén sujetos al presente Reglamento”.

Pero, de todos ellos, el que capta en mayor medida nuestra atención a los efectos pretendidos por este Estudio de Investigación que ahora nos ocupa es, sin ninguna duda, el Considerando número 16, que indica:

“(16) Para fines de aplicación del presente Reglamento, es importante ofrecer definiciones claras de paquete, servicios de paquetería y prestador de servicios de paquetería, así como especificar los envíos postales que están cubiertos por estas definiciones. Se presume que los envíos postales de un grosor superior a 20 mm contienen objetos distintos de la

correspondencia, sean despachados o no por el prestador universal de servicios. Los envíos postales que contienen únicamente correspondencia no deben estar comprendidos en el ámbito de los servicios de paquetería. Por tanto, el presente Reglamento debe cubrir, conforme a una práctica constante, los paquetes que contengan bienes, con o sin valor comercial de hasta 31,5 kg, puesto que los envíos más pesados no pueden ser manejados por un solo individuo sin ayuda de dispositivos mecánicos y esta actividad forma parte de los sectores del transporte de mercancías y la logística”.

Del mismo, se desprenden varias valoraciones iniciales fundamentales:

-El segundo inciso, dispone: “se presume que los envíos postales de un grosor superior a 20 mm contienen objetos distintos de la correspondencia, sean despachados o no, por el prestador universal de servicios.” Se trata, evidentemente *-y, como no podría ser de otra manera-*, de una presunción *iuris tantum*. Esto es, pues, admite prueba en contrario, lógicamente. Y ello, porque es plenamente corroborado por una copiosa jurisprudencia existente al respecto, además del tratamiento en dicha línea que con carácter general recoge también la normativa sectorial nacional vigente en la materia y que, asimismo, encuentra apoyo pragmático *-entre muchas otras, que podrían servirnos igualmente como ejemplo ilustrativo en este caso-* en la Circular 3/2.015, de 6 de octubre, sobre buenas prácticas en la investigación penal¹⁶¹, elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia que, en referencia directa a la diligencia de intervención de la *correspondencia* y, concretamente en cuanto afecta a la detención y apertura de Paquetes postales, manifiesta que: “puede tratarse de envíos cuyo objeto sea la transmisión de mensajes personales -por escrito o en otro soporte- o envíos cuyo objeto sea simplemente la remisión de objetos o mercancías.” De cualquier forma y, como constata tanto el propio Considerando analizado cuanto la Circular¹⁶² mencionada, los envíos de los Paquetes postales se pueden realizar a través del Servicio Público correspondiente (en España, por medio del Grupo Correos), o bien mediante empresas de transporte privadas.

-Seguidamente, se afirma que “los envíos postales que contiene únicamente correspondencia no deben estar comprendidos en el ámbito de los servicios de paquetería”. Para proceder a extraer las consecuencias prácticas que esta consideración implica, hay que tomar en cuenta también *-en paralelo y de manera complementaria-*, la prescripción contenida, a su vez, en el Capítulo I. “Disposiciones Generales”, artículo 2. “Definiciones”,

¹⁶¹ Exp. Gubernativo 42/2.015, página código: 4151006011197.

¹⁶² *Ibidem*.

del Reglamento aludido, que señala:

“A efectos del presente Reglamento, se aplican las definiciones del artículo 2 de la Directiva 97/67/CE y del artículo 2, puntos 1, 2 y 5, de la Directiva 2.011/83/UE. Además, se entenderá por:

1) *paquete*: un envío postal que contenga bienes con o sin valor comercial, distintos de la correspondencia, con un peso máximo de 31,5 kg;

(...)”.

Por tanto y, en consecuencia, cabe entender que hay que distinguir entre:

- Por una parte, envíos postales que “únicamente” contienen *correspondencia*. Éstos, en ningún caso, deben estar comprendidos en el ámbito de los servicios de paquetería, como sostiene el Considerando número 16 del Reglamento.

- Por otro lado, el resto de envíos postales que, además *-si acaso-* de *correspondencia* incorporen otros objetos (mercancías *-con o sin valor comercial-*, por ejemplo), sí podrían estar comprendidos en este ámbito postal en cuestión (Paquetería).

Sin embargo, de la lectura atenta del artículo 2 transcrito, se deduce sin lugar a duda razonable alguna que, por el contrario, la definición dada de “Paquete” excluye por completo a la correspondencia como posible contenido del mismo, al limitarlo a “bienes (...) distintos de la correspondencia.” Se observa, así pues, cierta discrepancia o, al menos, aparente contradicción interna, entre lo dispuesto por el Considerando referido (número 16) y lo prescrito por el propio art. 2 del Reglamento, cerrando este último cualquier resquicio *-por mínimo que éste fuera-* a la posibilidad de inclusión de *correspondencia* (de ningún tipo ni tampoco en modo alguno *-ni siquiera acompañando y/o complementando al bien u objeto principal del mismo-*) en el envío postal par que goce del tratamiento legal dispensado en la Unión Europea (UE) en calidad de “paquetería transfronteriza”.

-Finaliza el último inciso del Considerando apenas examinado, indicando que: “por tanto, el presente Reglamento debe cubrir, conforme a una práctica constante, los paquetes que contengan bienes, con o sin valor comercial de hasta 31,5 kg, puesto que los envíos más pesados no pueden ser manejados por un solo individuo sin ayuda de dispositivos

mecánicos y esta actividad forma parte de los sectores del transporte de mercancías y la logística”. Aquí se dispone como parámetro distintivo de este tipo de envío postal un límite de peso máximo, que se sitúa en 31,5 kg, justificándolo en una *práctica constante* y en su manejabilidad, dejando al margen de la presente regulación aquellos envíos que sobrepasen dicho peso y que, entonces, formarían parte del Sector del Transporte de Mercancías y de la Logística.

Por último, conviene aclarar que este Reglamento (UE) está plenamente vigente desde el 22 de mayo de 2018, teniendo efecto y siendo directamente aplicable en sus Estados miembros (España no ha formulado reserva al mismo), y su art. 1. "Objeto y fines", expresa:

“El presente Reglamento establece disposiciones específicas dirigidas a fomentar unos mejores servicios de paquetería transfronterizos, que se suman a las disposiciones de la Directiva 97/67/CE, por lo que se refiere a:

- 1) La supervisión reglamentaria en relación con los servicios de paquetería;
- 2) La transparencia de las tarifas y la evaluación de las tarifas para determinados servicios de paquetería transfronterizos, a fin de detectar aquellas tarifas que sean excesivamente elevadas;
- 3) La información para los consumidores comunicada por los comerciantes, relativa a los servicios de paquetería transfronterizos”.

En el contexto nacional, esto es, en el ordenamiento interno, la regulación jurídica que rige actualmente en el Sector Postal en España es, por una parte, la Ley Postal (43/2010) que, en su art. 3 y refiriéndose al término *envío postal* dice: (...) además de los envíos de correspondencia incluirá la publicidad directa, los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y los paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que sea su peso.” De ello y, a *sensu contrario*, se deduce de manera absolutamente cristalina -y *que no deja, por tanto, lugar a dudas*- que todos los envíos de *correspondencia* son envíos postales, pero no todos los envíos postales (publicidad directa, libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y paquetes postales) son envíos de *correspondencia*, distinguiendo así nítidamente ambas categorías de envíos.

A su vez y, por otra parte, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999) contempla en su art. 13 de forma más completa y detallada la definición de *carta* (producto postal tradicional básico que ejemplifica y reúne en sí misma como ningún otro los rasgos y atributos propios característicos de la *correspondencia* postal) y de *paquete postal*, del siguiente modo:

-“Carta”.- Todo envío cerrado cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse, así como toda comunicación materializada en forma escrita sobre soporte físico de cualquier naturaleza, que tenga carácter actual y personal y toda aquella que (...) cumpla los restantes que establece el presente Reglamento para su admisión con arreglo a esta modalidad”.

-“Paquete postal”.- Los envíos que contengan cualquier objeto, producto o materia, con o sin valor comercial, cuya circulación por la red postal no esté prohibida (...). Cuando estos envíos contengan objetos de carácter actual y personal, deberá manifestarse expresamente en su cubierta, dicha circunstancia”.

Finalmente, esta misma norma señala que no podrán integrar Paquetes postales “los lotes o agrupaciones de las cartas o cualquier otra clase de correspondencia actual y personal”.

Varias conclusiones iniciales, aunque *-a pesar de ello-*, ya definitivas, pueden derivarse de los conceptos postales fundamentales que acaban de considerarse aquí de forma genérica, a saber:

1.- La *Carta* es el producto postal básico por excelencia, toda *Carta* constituye siempre un envío postal susceptible de ser considerado como *correspondencia* y, por ende, comunicación postal a efectos constitucionales (ex art. 18.3 CE).

2.- Los atributos, rasgos y/o características principales, esenciales y definitorios de la *Carta* (que equivale siempre a *correspondencia*), son éstos:

- Envío cerrado;

- Comunicación en forma escrita materializada en soporte físico de cualquier naturaleza (CD, DVD, cinta, cassette, audio, video,...); y

- Carácter actual y personal.

3.- Si no presenta los requisitos exigidos anteriormente mencionados, para su admisión como envío postal modalidad *Carta* (con lo que ello lleva implícito en cuanto al conjunto de garantías, prestaciones y demás consideraciones, tanto a nivel funcional-operativo como de naturaleza legal), debe cumplir las estipulaciones establecida al respecto en el Reglamento Postal.

4.- Los *Paquetes postales* son envíos que contienen objetos, productos o materias (con o sin valor comercial), cuya circulación y tránsito esté permitida que, en principio y, con carácter general, no portan comunicaciones ni objetos de carácter actual y personal, sino mercancías que, en ningún caso y bajo ningún concepto, constituyen envíos de *correspondencia* ni, por lo tanto, comunicación postal alguna.

5.- Al referirse al *Paquete postal*, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre) en ningún momento habla de su posible contenido en el sentido de “comunicación”, sino de “objeto, producto o materia” -como sí hace de forma expresa e inequívoca en el caso de la *Carta*-, aunque admite que estos envíos puedan contener -*en su caso*- “objetos de carácter actual y personal”, si bien a condición de su previa identificación y preceptiva señalización exterior específica.

6.- Por ello y, de manera taxativa, se prohíbe la inclusión en los *Paquetes postales* de:

- Lotes o agrupaciones de *Cartas*; y
- Cualquier otra clase de *correspondencia* actual y personal.

La reflexión a la que llegamos no es otra que la *Carta -como un tipo específico de envío postal-* equivale siempre a *correspondencia* postal siendo, a la par, su modalidad de expresión y manifestación más propia y genuina. De este modo, equivale asimismo a comunicación postal en el sentido y bajo la perspectiva constitucional (ex art. 18.3 CE) que interpreta el propio TC en su aludida Sentencia 281/2.006. Sin embargo, aplicando al *Paquete postal* el mismo esquema básico de razonamiento propuesto en el análisis llevado a cabo respecto de la consideración postal de la *Carta*, el resultado al que arribamos es completamente distinto, por cuanto aquél no puede considerarse en modo alguno envío de

correspondencia y, en consecuencia, tampoco equivale a comunicación postal, careciendo así de las garantías constitucionales dimanantes del Derecho *Fundamental* al secreto (ex art. 18.3 CE).

Hay que señalar que la delimitación del ámbito de protección constitucional de las comunicaciones postales tiene también en cuenta el diferente régimen jurídico de los envíos postales y de los envíos de *correspondencia*, establecido al efecto tanto en la legislación sectorial internacional como interna.

De un lado, están las normas internacionales de la Unión Postal Universal (UPU) y sus posteriores modificaciones -*Actas del Congreso de Beijing de 1.999, cuya ratificación por España fue publicada en el BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2.005*-, donde se incluyen en forma de anexo dos reglamentaciones diferentes:

- Por una parte, el Reglamento relativo a los Envíos de Correspondencia, y
- Por otra, el Reglamento relativo a Encomiendas Postales. Las Encomiendas Postales -*denominación característica, específica y propia de este tipo de envíos en el ámbito internacional*-, equivalen a “paquetes o bultos”, generalmente para el intercambio y/o circulación de mercancías de carácter comercial.

De otro, también reconoce dicha diferencia regulatoria la normativa propia de la Unión Europea (UE), cuya Directiva comunitaria (97/67/CE), relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1.997, distingue entre:

- el “envío postal” -*ex art. 2.6.*- “El envío con destinatario presentado en la forma definitiva en que deba ser transportado por el proveedor del servicio postal. Aparte de los envíos de correspondencia, incluye, por ejemplo, los libros, catálogos, diarios de prensa y publicaciones periódicas y los paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial”.
- y el “envío de correspondencia” -*ex art. 2.7.*- “La comunicación materializada en forma escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza, que se transportará y entregará en la dirección indicada por el remitente sobre el propio envío o sobre su envoltorio. Los libros, catálogos, diarios y publicaciones periódicas no tendrán la

consideración de envíos de correspondencia”.

Finalmente, se tratan de forma separada ambas clases de envíos (postales *-en general-*, y de correspondencia *-en particular-*), asimismo, en la normativa interna española actualmente vigente en la materia:

-Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal *-Ley Postal-*.

-Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la Prestación de los Servicios Postales *-Reglamento Postal-*.

Por lo que atañe al concepto genérico de “Paquete”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) *-en su vigésimo tercera edición, Madrid, 2.014-* y, referido al ámbito postal, lo describe indicando que es “el que se ajusta a determinados requisitos y se envía por correo”.

8. DETENCIÓN Y APERTURA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA

El Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones postales y telegráficas se reconoce en el artículo 18.3 CE que, según arroja la jurisprudencia constitucional (STC 281/2.006, de 9 de octubre *-tratada y comentada en detalle en el epígrafe anterior-*), “sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”.

Sin embargo, respetando un conjunto de garantías y requerimientos legales, es posible retener y abrir la *correspondencia* (concepto equivalente y asimilable, como ha quedado ya suficientemente acreditado por la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal al respecto, a “comunicación postal” *-y telegráfica-*, añadimos nuevamente), por orden judicial. Y es precisamente en la distinción existente entre “*envíos de correspondencia*” y otros “*envíos postales*” donde radica la principal dificultad y se suscita controversia en la práctica para la aplicación o no del régimen de protección dimanante del art. 18.3 CE.

La comunicación postal *-y telegráfica-* (equivalente por interpretación jurisprudencial a *correspondencia*) a que alude la CE y la LOMLECrim (Ley 13/2.015) *-siendo un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas-* comprende todos aquellos

envíos que, atendiendo a sus características externas y físicas -tamaño-del objeto de envío- sobre-paquete- sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual (susceptible de contener mensajes escritos o grabados en cualquier tipo de soporte: cintas de cassette, de video, CD's, DVD's, etc,...), o en cuyo exterior no se haga constar su contenido. Dentro de la esfera de tutela de este Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones postales -y telegráficas, volvemos a resaltar aquí, pues expresamente así se mencionan también en el precepto constitucional de referencia-, debe incluirse no sólo a las cartas (objeto de *correspondencia* tradicional convencional) sino al resto de *correspondencia* postal y, naturalmente también, telegráfica.

Por extensión, este derecho al *secreto* alcanza a los envíos de *correspondencia* (postal y telegráfica) efectuados no solamente a través del Servicio Público de Correos sino también por medio de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, así como a la correspondencia soportada telemática (burofax -entre otros muchos productos y servicios de telecomunicación actualmente existentes en el mercado-,...) y/o electrónicamente (giro -ejemplo emblemático de producto histórico y tradicional postal que, al albur de los nuevos tiempos, avances tecnológicos y demanda, convive con su renovado diseño y transmisión electrónica,...) , y siempre que la misma esté revestida de las connotaciones personalísimas que caracterizan a este tipo de comunicaciones, igualmente garantizadas y protegidas constitucionalmente.

Es relevante recordar aquí y ahora alguna consideración esencial del TC¹⁶³ al respecto de la extensión de la garantía constitucional que se proyecta sobre este Derecho *Fundamental*, que dice: "(...) la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos". Igual tesis es proclamada por la STC 123/2.002, de 20 de mayo, entre otras. Esto supone que, finalizada la comunicación, la protección constitucional dimanante del art. 18.3 de la comunicación recibida (en este ámbito, *correspondencia -postal y telegráfica-*), escapa del mismo y pasa a residenciarse -en su caso- en el esquema de protección del Derecho *Fundamental* a la intimidad (ex art. 18.1 CE)¹⁶⁴.

¹⁶³ STC 70/2.002, de 3 de abril.

¹⁶⁴ Este criterio ha sido acogido, entre otras, en las siguientes SSTs: 1.235/2.002, de 27 de junio; 1.647/2.002, de 1 de octubre; y 864/2.015, de 10 de diciembre.

8.1. ARTÍCULO 579 LECrim

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LOMLECrim) modifica la LECrim en su Libro II. “Del Sumario”, Título VIII. “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, Capítulo III. “De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”, quedando redactado el artículo 579 actualmente del siguiente modo:

“Artículo 579. De la correspondencia escrita y telegráfica.

1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:

1º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3º Delitos de terrorismo.

2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de su fines delictivos.

3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones

que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.

b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.

c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

5. La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”.

En primer lugar, cabe decir que la LOMLECrim (13/2.015), además de transponer al ordenamiento interno la Directiva 2.013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2.013, “sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad” (a través de la modificación de los artículos 118, 509, 520 y 527 de la LECrim, y nuevo art. 520 ter), principalmente adapta la legislación procesal penal a las formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías. Esto se ha producido por medio de la modificación del art. 579 LECrim e introducción de un nuevo artículo -579 bis- y, sobre todo, mediante la incorporación de nuevas medidas de investigación tecnológica: Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la LECrim Modificada.

El propio Preámbulo de esta norma, en su apartado IV reconoce abiertamente algo que era ya un clamor general a modo de demanda urgente, tanto por parte de la doctrina

como desde la propia jurisprudencia (nacional e internacional -*TEDH*), al decir que “la ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos”.

Hay que destacar aquí y ahora, ante todo *-aunque sin dejar de insistir haciendo hincapié reiteradamente en este aspecto nuclear de la cuestión al mismo tiempo por la trascendental relevancia que ello tiene en el análisis sistemático de la materia abordada-* que la regulación jurídica que contempla la intervención (detención, apertura, examen, observación) de la *correspondencia*, comprende tanto la de naturaleza postal como la correspondiente al ámbito telegráfico (Telegrama, Burofax,...) aunque, en relación con la telegráfica y *-por razones meramente técnicas del sistema de transmisión utilizado al efecto-*, este tipo o modalidad de *correspondencia* circula a través de la red siempre con carácter abierto.

En cualquier caso y, por lo que se refiere a la detención y apertura de la *correspondencia* escrita y telegráfica, su regulación se actualiza en un nuevo art. 579 (LOMLECrim), donde también se acota su ámbito de aplicación, a la par que se fijan y modulan los plazos máximos de duración de la medida de intervención, así como las excepciones a la necesidad de autorización judicial. Si bien, esta modificación procesal se ha llevado a término *-en defecto de una inoperativa y deficiente regulación legal-*, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial imperante del TC¹⁶⁵, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y la enseñanza de la experiencia acumulada durante muchos años, recogida, descendida y plasmada a nivel de un texto legal vigente renovado.

Hecho que se confirma completamente en el apartado IV de la exposición de motivos de la LO 13/2.015 (LOMLECrim), cuando dice: “la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica se actualiza en un nuevo artículo 579, donde se acota su ámbito material de aplicación, al tiempo que se regulan los plazos máximos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial”. Continúa exponiendo que “(...) en particular y en cuanto al primero de los aspectos destacados, la reforma opta, frente a otros modelos comparados que

¹⁶⁵ Las insuficiencias de nuestro antiguo marco legal en esta materia, habían sido puestas de manifiesto reiteradamente también por el propio TC. Así, SSTC: 49/1.999, de 5 de abril; 184/2.003, de 23 de octubre; y 26/2.006, de 30 de enero, entre muchas otras.

acogen una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación, por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que se definen en el apartado 1 de este artículo y servirán de referencia para fijar el ámbito de aplicación de otras medidas de investigación. El primero de ellos opera como una limitación genérica, de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión. Junto a este presupuesto se añaden otros dos: que se esté en presencia de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, o que se trate de delitos de terrorismo”. Por tanto y, como ya advertimos, la remozada Ley ha recogido un ámbito material de aplicación (art. 579.1) y unos tiempos máximos de duración de tan excepcional medida (art. 579.2) para adaptarse así a las exigencias demandadas tanto por el TEDH¹⁶⁶ como por el TC.

Además, en el apartado 4 de este artículo se recoge también la jurisprudencia que limita el ámbito de aplicación del derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE). En todo caso, el art. 579 y concordantes de la LECrim confiere al Juez la facultad de acordar la detención de la *correspondencia* privada, postal y telegráfica, sin hacer distinción alguna respecto del objeto. Ahora bien y, dicho esto, si la *correspondencia* se encuentra abierta y/o se puede leer sin necesidad de proceder a articular y desplegar operación alguna para ello, no tiene lugar la protección constitucional establecida y, entonces puede utilizarse la misma en el proceso sin ninguna objeción *-tal y como constata en este punto reiteradamente la Jurisprudencia-*.

Sin embargo, las diligencias de detención, apertura o examen *-en su caso-* de este tipo especial de comunicaciones (*correspondencia* postal y telegráfica), no resultan admisibles en cualquier investigación penal o criminal, sino únicamente en aquellos específicos previstos en la propia Ley procesal penal *-como son los tipos delictivos que ésta señala expresamente-* y, naturalmente, siempre y cuando a través de la autorización y adopción jurisdiccional de esta medida extrema por su gravedad “hubiera indicios de obtener (...) el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa”.

El derecho al *secreto* de las comunicaciones, como sabemos, se reconoce en el art. 18.3 CE y, en el caso concreto de la *correspondencia*, protege el intercambio de objetos a

¹⁶⁶ El TEDH había venido exigiendo en este sentido una previsión legal sobre “la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida”. Así, entre otras SSTEDH: de 30 de julio de 1.998 -caso Valenzuela Contreras contra España-; y de 18 de febrero de 2.003 -caso Prado Bugallo contra España-.

través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos. La *correspondencia* postal a la que alude la LECrim y cuyo derecho al *secreto* proclama la CE, comprende todos aquellos envíos que, por sus características externas, sean susceptibles de contener mensajes escritos o grabados en cualquier tipo de soporte -*cintas de cassette, video, CD's o DVD's, etc.*-, por lo que se protegerá a su través no sólo la *correspondencia* postal convencional -*entendiéndose por tal la epistolar (carta y/o misiva)*-, sino también y, en principio (salvo excepciones, que iremos detallaremos seguidamente), todo envío que -*por su naturaleza*- pueda contener aquél tipo de mensajes de carácter actual y personal. Si bien, dicho esto y, respetando un conjunto de garantías y requisitos legales, es posible retener y abrir la *correspondencia*, por orden judicial, como asimismo dispone expresamente la propia CE.

La detención de la *correspondencia* comporta la interrupción del curso normal del envío, desde el remitente (inicio de la comunicación) hasta el destinatario (punto final del proceso de comunicación). Y, aunque puede producirse en cualquier momento, lo normal es que se ordene, bien en la Oficina o establecimiento del Operador postal (servicio público de Correos o cualquier empresa privada de transporte) en la que se deposita el envío previamente por parte del remitente (propietario del mismo), bien en la Oficina o dependencia donde se recibe el envío para su distribución y posterior entrega al destinatario del mismo. En cuanto a la “detención” de la *correspondencia* (postal y telegráfica) se refiere, ha de entenderse la simple retención de la misma, para su ulterior examen por las autoridades que determina la Ley en este sentido.

Es importante señalar que solamente se podrá intervenir la *correspondencia* privada (postal y telegráfica) del *investigado*. Cabe hacer aquí mención de la sustitución del término imputado por *investigado*, a partir de la modificación de la LECrim por la LO 13/2.015 (LOMLECrim) que, en su artículo único -*apartado veintiuno.2*-, establece: “en los artículos 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544 ter, 764, 765, 766, y 773, el sustantivo *imputado* se sustituye por *investigado* o *encausado*, en singular o plural según corresponda”. Empero, la restricción de este Derecho *Fundamental* puede afectar al interesado como destinatario o remitente de la *correspondencia* del *investigado*, así como a las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos - *pudiendo incluir “faxes, burofaxes y giros-*, que el *investigado* remita o reciba”.

Respecto del modo en que el Juez podrá acordar la detención de la *correspondencia*, en nuestro ordenamiento jurídico la principal garantía para la validez

constitucional de la práctica de una interceptación de las comunicaciones es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, circunstancia ésta que acentúa más si cabe el papel del Juez instructor en nuestro sistema legal como auténtico Juez de garantías¹⁶⁷ ya que, lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado *investigado*, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental rol de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los Derechos *Fundamentales* de los ciudadanos.

Puede decirse en este sentido que, en ámbitos similares -sirva aquí de ejemplo el supuesto paradigmático típico de las comunicaciones telefónicas-, el Tribunal Constitucional¹⁶⁸ ha reiterado que la motivación de una resolución que acuerde una intervención telefónica es una exigencia legal que deviene inexcusable. Y ello es así, porque sólo por medio de la motivación puede el afectado, siquiera sea a *posteriori*, conocer las razones esgrimidas por el órgano judicial competente para adoptar su decisión, así como -si ha lugar y/o lo estima oportuno y conveniente a sus intereses procesales- ejercitar el legítimo derecho de defensa que le asiste y, en fin, verificar asimismo el juicio de proporcionalidad efectuado en la resolución jurisdiccional de la medida limitativa de Derechos *Fundamentales*. El principio esencial del que parte esta doctrina constitucional, es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior pero, obviamente, la atribución por la Constitución de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez al que constitucionalmente se asigna la competencia.

De cualquier forma, la autorización judicial ha de ser también específica. Esto es, debe atender a las circunstancias concretas del caso y, por supuesto, tiene que ser razonada (SSTS 256/2.019, de 22 de mayo; y 366/2.019, de 17 de julio, entre muchas otras). En palabras de Fernández Villazala¹⁶⁹: "(...) esto es, sobre qué modalidad va a recaer la medida de intervención, dónde, durante cuánto tiempo y quién o quiénes son las personas objeto de la investigación".

En lo relativo al juicio de proporcionalidad exigido, éste debe evaluarse desde la

¹⁶⁷ STS 1.514/2.019, de 28 de marzo.

¹⁶⁸ Por todas ellas, STC 253/2.006, de 11 de septiembre.

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., y GARCÍA BORREGO, J.A.: *El Derecho Procesal para la Policía Judicial*, Madrid, Ed. Dykinson, 2ª Edición, 2.015, pág. 216.

observación de tres requisitos concluyentes:

a) La idoneidad o adecuación de la medida para la consecución de los fines que se pretendan;

b) Su necesidad. Esto es, que la intromisión resulte imprescindible para cumplir el éxito de la investigación pretendida y no se ofrezcan otros instrumentos que, siendo igualmente operativos, resulten menos intrusivos en el núcleo esencial del derecho individual que se limita; y

c) Su proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, que el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia tenga una relación razonable con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

Al mismo tiempo y, para poder realizar este juicio de proporcionalidad requerido, el Juez deberá valorar el Oficio policial mediante el que se solicite la adopción de la medida de intervención, como pone de manifiesto la STC 167/2.002, de 18 de septiembre, de tal forma que “las sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1.978 -caso Klass, y de 15 de junio de 1.992 -caso Lüdi-)”.

O, como sostiene la jurisprudencia del TS¹⁷⁰: “indicios de responsabilidad criminal”. En todo caso y, para que sea constitucionalmente legítimo el levantamiento del derecho al *secreto* de las comunicaciones, el Juez competente ha de verificar la presencia indubitada de indicios constatables por un tercero. También afirma el TS¹⁷¹ que “(...) no bastan afirmaciones apodícticas de sospecha rubricadas por la Policía, pues el órgano judicial ha de valorar la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende investigar y la necesidad de la injerencia en un derecho fundamental, siendo imprescindible que efectúe anteriormente un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas...”.

El propio Tribunal Supremo, en alguna de sus resoluciones¹⁷² describe cómo debe

¹⁷⁰ STS Sala de lo Penal, Sección 1ª, nº 1.511/2.019, de 12 de marzo.

¹⁷¹ SSTs: 345/2.014, de 24 de abril; y 704/2.016, de 14 de septiembre, entre muchas otras.

¹⁷² Sirva de ejemplo, STS 139/2.009, de 24 de febrero.

ser el Oficio policial, indicando asimismo los datos que debe recoger como basamento para que el Juez pueda acordar con garantías suficientes la medida de intervención de las comunicaciones. Resolución judicial acordando una medida de intervención *-lesiva para el Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones-* que debe justificar en todo caso la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la misma. En suma, pues, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. En definitiva, como reitera de manera constante el TS en materia de intervenciones telefónicas *-que es donde mayor jurisprudencia existe hasta la fecha sobre interceptación de comunicaciones-*, se requiere “indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento”.

Por su parte, el TC¹⁷³ considera que esta exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del Derecho *Fundamental*, pues “(...) si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido”. En esta línea argumentativa, continúa el Alto Tribunal (por todas, STC 49/1.999, de 5 de abril, FJ 8) cuando advierte que “...no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional”.

En términos similares se expresa el actual art. 579.1 LECrim: “...indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa (...)”.

Igualmente, la doctrina ha manifestado mayoritariamente que la motivación es esencial para la validez de la medida de intervención adoptada en el proceso penal, ya que supone una triple garantía, necesaria en todo ordenamiento jurídico de carácter democrático y propio de un Estado de Derecho como es España en pleno s. XXI:

¹⁷³ STC 49/1.999, de 5 de abril, FJ 8. En el mismo sentido y, entre otras SSTC: 299/2.000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2.001, de 18 de junio, FJ 3; 184/2.003, de 23 de octubre, FJ 11; 261/2.005, de 24 de octubre, FJ 2; y 220/2.006, de 3 de julio, FJ 3.

1º- Garantía jurídica para el investigado que, en calidad de principal interesado y afectado directamente, conocerá así los motivos y las razones por las que está siendo objeto de una medida que limita y/o restringe gravemente alguno o algunos de los Derechos *Fundamentales* de los que es titular y, en consecuencia, ejercitar *-aunque sea ex post-* como mejor convenga a sus intereses el legítimo derecho de defensa que le asiste.

2º- Garantía y certeza jurídica para el conjunto de los Operadores del Sistema Jurídico. En particular, para los Jueces y Tribunales, que de esta manera tendrán constancia efectiva *de* las causas y de los hechos por los que se ha autorizado la intervención de las comunicaciones y, por tanto, podrán proceder al análisis de su corrección.

3º- Garantía y seguridad jurídica para la Sociedad en general, porque todos los ciudadanos en su conjunto considerado tienen, asimismo, derecho a saber los motivos y los presupuestos jurídicos que permiten limitar el libre ejercicio de los Derechos *Fundamentales* reconocidos en el art. 18.3 CE.

Y, todo ello, sin duda alguna, constituye una triple garantía preventiva para que estos Derechos no se restrinjan por parte de las autoridades públicas al margen de las excepciones previstas en la Ley y con las salvaguardas, cautelas y procedimientos formalmente establecidos al efecto. Por tanto, podemos afirmar que la motivación del auto judicial deviene un requisito esencial de alcance constitucional que entronca directamente con el Derecho *Fundamental* a la Tutela Judicial Efectiva (ex art. 24.1 CE).

Además, son numerosas también las Sentencias del TC¹⁷⁴ que establecen que la necesidad de motivación de los autos judiciales se desprende del artículo 120.3 CE¹⁷⁵ ya que, aunque se refiere expresamente a las “Sentencias”, debe hacerse extensivo a los autos que afectan a los Derechos *Fundamentales* o que son decisorios para las cuestiones que directa indirectamente afectan al derecho a la tutela efectiva en el ejercicio de derechos e intereses legítimos que eviten que pueda producirse indefensión (ex art. 24.1 CE). La fundamentación debe ser formal *-esto es, en forma de auto-* y material, es decir, teniendo en cuenta el juicio de necesidad de la intervención, el juicio de idoneidad y el juicio de proporcionalidad¹⁷⁶.

¹⁷⁴ SSTC, entre otras: 147/1.999, de 4 de agosto; y 112/1.996, de 24 de junio.

¹⁷⁵ “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

¹⁷⁶ SSTC: 299/2.000, de 11 de diciembre; 167/2.002, de 18 de septiembre; 184/2.003, de 23 de octubre; y 261/2.005, de 24 de octubre, entre otras.

La orden emitida en forma de auto motivado, en que se exteriorizan las razones por las que se justifique la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la adopción de la medida de intromisión en la esfera reservada y *secreta* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) - *materializada en forma de correspondencia postal y telegráfica*-, deberá establecer cuanto menos de manera precisa y concreta:

- el sujeto destinatario o de origen de la *correspondencia* intervenida;
- el tipo de *correspondencia* (postal y/o telegráfica) que se verá afectada: y
- el ámbito temporal dentro del cual se llevará a cabo la medida de intervención.

En definitiva, cabe concluir diciendo que no se trata de una exigencia de legalidad ordinaria que pueda ser subsanada de algún modo sino, muy por el contrario, su falta o ausencia conlleva e implica indefectiblemente la anulación de lo actuado. La detención y, en su caso, apertura o examen de la *correspondencia* (postal y telegráfica) sin auto judicial o, resultando éste inmotivado, vulnera el Derecho *Fundamental* del *investigado* al secreto de las comunicaciones. Y, amparándose en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), “(...) no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Sin embargo, otro tipo de irregularidades solo implicarán la nulidad de pleno derecho si se tratara de alguno de los siguientes supuestos que contempla el art. 238 “De la nulidad de los actos judiciales”) de la LOPJ:

“1º Cuando se produzcan por o ante tribunal por falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3ª Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4ª Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

5º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del letrado de la Administración

de Justicia.

6º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”.

Siguiendo con el análisis de este fundamental art. de la LECrim, en su apartado 1.1º se incluyen de forma expresa los “delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal” que, frente a las críticas doctrinales que han cuestionado esta figura por considerar que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir ofrecían ya la clave para el adecuado castigo penal de estos fenómenos, la Sala Segunda del TS¹⁷⁷ ha señalado que es perfectamente posible explicar su desvalor autónomo. Un desvalor jurídico que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente así al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Actuación que en las propias palabras del TS¹⁷⁸ “(...) en no pocos casos estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia”.

La nueva regulación del Código Penal (CP), tras la reforma llevada a cabo por la LO 5/2.010¹⁷⁹ contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal. Así, el art. 570 bis CP define a la organización criminal como “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Se excluyen por tanto, los casos de transitoriedad. El art. 570 ter *in fine* CP, a su vez, describe el grupo criminal como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

De manera, que la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero, mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de forma concertada y

¹⁷⁷ Entre otras, SSTS: 289/2.014, de 8 de abril; y 336/2.017, de 11 de mayo.

¹⁷⁸ STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª nº 3.108/2.018, de 12 de septiembre, por todas ellas.

¹⁷⁹ Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal *-por el contrario-* puede apreciarse cuando no concorra ninguna de estas dos exigencias, o cuando concorra una sola de ellas individualmente considerada. En esencia, la nueva definición de grupo criminal es acorde con la línea jurisprudencial mayoritaria (por todas, STS 749/2.009, de 3 de julio), en el sentido de exigir que “los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos aumentando, al mismo tiempo, el daño posible causado”.

A este respecto, el TS¹⁸⁰ ha expresado que “la tipificación autónoma del grupo criminal tiene por objeto la persecución de comportamientos cada vez más frecuentes que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales menores que desarrollan una modalidad de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable. Estos grupos criminales son útiles para la comisión reiterada de pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, e incluso operaciones de tráfico de drogas de entidad media. Esta figura permite diferenciar este fenómeno de las estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red transnacional dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuridicidad y, de este modo, permite respetar la debida proporcionalidad punitiva...”. Y concluye diciendo “(...) en consecuencia, la diferencia entre organización criminal y grupo criminal reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales. Si falta la vocación de permanencia, la estructura estable o ambas, nos encontramos ante un Grupo Criminal”.

Con respecto al segundo apartado del artículo 579 LECrim: “el Juez podrá acordar (...) por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado...” y, según doctrina constante del TC¹⁸¹, el plazo de inicio de la medida de interceptación de las comunicaciones empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuándo comience a hacerse

¹⁸⁰ STS 719/2.013, de 9 de octubre, por todas.

¹⁸¹ Entre muchas otras, SSTC: 205/2.005, de 18 de julio; y 68/2.010, de 18 de octubre.

efectiva realmente.

En cuanto a las posibles prórrogas de dicha medida de intromisión, se producirá una vulneración del derecho al *secreto* de la *correspondencia* desde el preciso momento en que expirara la preceptiva orden judicial sin ser ésta renovada en sede judicial (STEDH, de 20 de junio de 2.000, caso Foxley contra reino Unido). Las exigencias de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y en las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo además el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y, asimismo, explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida, según se desprende de la jurisprudencia del Alto Tribunal¹⁸².

Ha de tenerse en cuenta que la legitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención *-en su caso-* contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC 171/1.999, de 27 de septiembre, FJ 8 c); 299/2.000, de 11 de diciembre, FJ 6; 184/2.003, de 23 de octubre, FJ 11; 165/2.005, de 20 de junio, FJ 6; 253/2.006, de 11 de septiembre, FJ 5; y 197/2.009, de 28 de septiembre, FJ 4). En este mismo sentido se pronuncia la STC 49/1.999, de 5 de abril, en su FJ 11, al señalar que el control judicial de la ejecución de la medida de intervención se integra en el contenido esencial del derecho ex art. 18.3 CE, "(...) en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad".

Por último *-en relación con medidas de intervención de comunicaciones telefónicas-*, la STC 167/2.002, de 18 de septiembre, afirma que "(...) ese control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación temporal de los períodos en que deba darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la Policía, e igualmente queda afectada la constitucionalidad de la medida, si por otras razones el Juez que la autorizó no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la

¹⁸² SSTC: 49/1.999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1.999, de 27 de septiembre, FJ 8 c); 202/2.001, de 15 de octubre, FJ 6; y 261/2.005, de 24 de octubre, FJ 4, por muchas más.

investigación”.

En este apartado del art. 579 LECrim, se realiza una contraposición entre, por una parte, “la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado” y, por otra, las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos”. Contraposición de la que, gramaticalmente, se deduce que las segundas son comunicaciones en las que no intervienen, al menos directamente, los sospechosos en la investigación penal en curso. Se autoriza, así pues, la “observación” tanto de las comunicaciones *-correspondencia postal y telegráfica-* en que haya tenido intervención el sujeto pasivo de la investigación (esto es, el propio *investigado*), como de aquellas otras “de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos” y que, aun habiéndose producido entre otros sujetos, sean asimismo relevantes a los efectos del esclarecimiento de la causa.

En el apartado tercero del art. 579 LECrim se introduce una excepción a la regla general que, de acuerdo con el precepto constitucional que protege el derecho al *secreto* de las comunicaciones (art. 18.3 CE), exige la necesaria resolución judicial para proceder a la intervención de las mismas con las máximas garantías posibles. El legislador establece que “en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad (...)”. Las peticiones que por dichas razones de urgencia (ex art. 579.3 LECrim) sean dirigidas a las citadas Autoridades (el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad), deberán ser formuladas por el Jefe de la Unidad actuante, motivadas lo más ampliamente posible y a través de la Unidad Especial de Policía Judicial para Delitos de Terrorismo (TEPOL)¹⁸³.

Y, de acuerdo con la Constitución Española de 1.978, esta regulación que incorpora el Código Procesal Penal español presenta, cuanto menos, una razonable duda de inconstitucionalidad. Ya con ocasión de la elaboración del Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas *-que ampliaba dicha medida de interceptación y extendía*

¹⁸³ Conforme determina la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad, Dirección de la Seguridad del Estado, de fecha 13 de junio de 1.988.

asimismo su ámbito de aplicación , tanto el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) como el Consejo Fiscal (órgano consultivo de la Fiscalía General del Estado), manifestaron en sus respectivos Informes sus reparos y objeciones en este mismo sentido que acabamos de apuntar. Así, el Informe emitido por el Consejo Fiscal¹⁸⁴ en fecha 23 de enero de 2.015, expresaba al respecto lo siguiente:

“El art. 55.2 CE prevé la posibilidad de suspensión de esta garantía en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Por tanto, constitucionalmente es admisible la derogación de la garantía de que sólo mediante resolución judicial cabe acordar intervenciones telefónicas cuando se trata de investigar *bandas armadas o elementos terroristas*.

El texto proyectado amplía esta posibilidad a investigaciones en averiguación de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos contra menores o personas con discapacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de especial gravedad.

La Exposición de Motivos guarda silencio respecto a la justificación y fundamento de tal ampliación. Entendemos que la misma no se ajusta a la Constitución y que por tanto, debe eliminarse del texto prelegislativo.

La justificación que, por analogía con el art. 55.2 CE, realiza el Consejo Fiscal en este Informe sobre la admisibilidad constitucional de acordar intervenciones de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) “...cuando se trata de investigar *bandas armadas o elementos terroristas*”, parece olvidar el insignificante y nimio detalle de que cuando este artículo -*incluido en el Título I. “De los derechos y deberes fundamentales”, Capítulo quinto. “De la suspensión de los derechos y libertades”, de nuestra Carta Magna*- prevé la posibilidad de “suspensión” -entre otros Derechos *Fundamentales*- del *secreto* de las comunicaciones, lo hace en conexión directa e íntimamente ligada por inescindible con el apartado primero del mismo precepto constitucional, que circunscribe la posibilidad de adopción de dicha medida extrema única y exclusivamente para situaciones extraordinarias por su excepcionalidad: “(...) cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o

¹⁸⁴ Epígrafe 5.12, pág. 52.

de sitio en los términos previstos en la Constitución...”.

Si bien es cierto también que aquí se trata de la “observación” de la *correspondencia* escrita y telegráfica -*esto es, pues, intervención, interceptación, injerencia, intromisión...*- (que no implica en absoluto “suspensión” ex art. 55.2 CE, amparada ésta constitucionalmente única y exclusivamente -*en su caso*- cuando se acuerde mediante Ley Orgánica la declaración del estado de excepción o de sitio, como ya ha quedado previamente advertido), precisamente para que a su través se pueda obtener “el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa” (ex art. 579.1 LECrim).

A su vez, el Informe evacuado por el CGPJ¹⁸⁵ -*tras Acuerdo adoptado en el Pleno del mismo, con fecha 12 de enero de 2.015*-, observa que “(...) una regulación más en consonancia con los dictados constitucionales aconseja plasmar positivamente el principio de proporcionalidad y establecer con precisión los delitos que pueden justificar la injerencia. Dicha falta de precisión compromete el principio de proporcionalidad y el programa de condiciones legitimadoras de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones que reclama el TEDH. Al mismo tiempo, es preciso plasmar también el principio de proporcionalidad en la forma de llevar a cabo el control o la inspección en aquellos casos en los que no sea precisa la autorización judicial. Y, en fin, como medio para controlar la proporcionalidad de la medida se impone la necesidad de establecer de forma expresa el deber de motivar las resoluciones por las que se adopte”.

Haciéndose eco, en cierta medida, de las apreciaciones trasladadas en sede judicial por estos Órganos consultivos y demás críticas vertidas por la doctrina, el legislativo trasladó al Proyecto de Ley Orgánica¹⁸⁶ una nueva y a la postre definitiva redacción, que resultó aprobada posteriormente tras su pertinente tramitación parlamentaria por el Congreso de los Diputados en los términos indicados.

En su segundo inciso, el apartado tercero del art. 579 LECrim dispone que “(...) esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado...”. Que remata finalmente diciendo: (...) el juez competente, también de forma motivada, revocará

¹⁸⁵ Apartado V. Examen sobre el contenido, III.1, pág. 83.

¹⁸⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG), núm. 139-1, de 20 de marzo de 2.015, pág. 11.
pág. 178

o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida”. Es decir, se trata de una resolución judicial *-convalidando o revocando la previa decisión gubernativa-* diferida, *ex post*.

Sin duda, cabe partir del hecho de que no se trata de algo novedoso en países de nuestro entorno jurídico más cercano ya que, a modo de ejemplo, en Francia y, en determinadas circunstancias, corresponde a la Policía Judicial o al Ministerio Fiscal la decisión *-en su caso-* de restringir los Derechos *Fundamentales* del interesado en un proceso penal. Y, asimismo, en Italia *-con quien España comparte múltiples paralelismos jurídicos-* aparece una regulación similar. Así, se ha establecido también una excepción en lo referente a la autorización judicial, aunque cabe recordar que la Constitución italiana (1.947), en su art. 15, proclama el derecho al *secreto* de la siguiente manera: “la libertad y el secreto de la correspondencia, o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley”. Así, pues y, a tenor de este precepto constitucional, observamos que las comunicaciones (incluida la *correspondencia*, enunciada en este texto legal de manera expresa, preferente y principal) solamente se podrán limitar en base a una motivación emitida por parte de la autoridad judicial.

Sin embargo, el Código Procesal Penal italiano ha establecido asimismo una excepción, señalando en su art. 267.2 que “en caso de urgencia y cuando haya motivo fundado para considerar que del retraso pudieran derivarse graves perjuicios para las investigaciones, el Ministerio Público dispondrá la interceptación mediante decreto motivado, que será inmediatamente comunicado y en cualquier caso en no más de veinticuatro horas al juez que dentro de las cuarenta y ocho horas desde que se dictó la resolución, decidirá sobre la convalidación con decreto motivado...”. Aunque, seguidamente, dispone que:“(...) si el decreto del Ministerio Fiscal no resulta convalidado en el término establecido, la interceptación no puede ser perseguida y los resultados de la misma no podrán ser utilizados. El decreto del Ministerio Público que disponga las interceptaciones indicará las modalidades y la duración de las operaciones. Aquélla no podrá superar los quince días pero podrá ser prorrogada por el juez mediante decreto motivado”.

Al igual que ocurre con la actual versión de la LECrim española, este precepto del ordenamiento jurídico italiano podría adolecer de un vicio de inconstitucionalidad, pues no se aprecia en la configuración que la propia Constitución italiana efectúa de este Derecho

Fundamental que deje margen tampoco para que alguien ajeno a la autoridad judicial proceda a ordenar la medida de intervención de las comunicaciones. No obstante, cabría -*si acaso*- un mínimo resquicio en el inciso que aquélla hace remitiéndose a la Ley -“(...) *con las garantías establecidas por la Ley*”-, de considerarse suficiente que alguien distinto a la autoridad judicial autorice en primer término la intervención y siempre que dicha decisión sea posterior e inmediatamente convalidada por la correspondiente autoridad judicial competente.

Empero, así y todo, llevando al extremo esta interpretación, el caso español reviste una especial singularidad y gravedad al respecto, pues no cabe interpretación alguna posible en dicho sentido, porque como el adagio latino aplicable aquí sostiene *in claris non fit interpretatio*, dado que nuestra Norma Fundamental (ex art. 18.3) afirma de forma particularmente expeditiva y explícita: “(...), salvo resolución judicial”, sin más añadidos ni coletillas que puedan favorecer una interpretación matizada de la misma. Y ello por mayor que resulte la tentación legislativa de aprovechar la coyuntura política del momento como oportunidad brindada para flexibilizar una firme exigencia constitucional de carácter esencial en favor de la autoridad gubernativa y, en consecuencia, privando de las máximas garantías jurisdiccionales al legítimo ejercicio por parte de la ciudadanía de un Derecho *Fundamental*.

Es verdad que el ámbito material de este supuesto excepcional de autorización de la medida de intervención de la *correspondencia* (postal y telegráfica) por parte del Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, tiene un límite que se fija y ciñe únicamente a “...caso de urgencia (...)” y se acota, además, al cumplimiento de una condición necesaria para su efectiva adopción, esto es, que “...existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores...”. Pero, pese a su definido contorno y, sobre todo, porque aun así destaca sobremanera su marcado perfil de extralimitación de las atribuciones ordinarias conferidas al Poder Ejecutivo, afectando inevitablemente al núcleo esencial del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones de todos cuantos actúen en calidad de remitentes y/o destinatarios de correspondencia intercambiada con el *investigado* en el ámbito agravado de “las investigaciones que se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas” -*cuando ni siquiera aquél se halla en situación procesal de encausado y rige, por tanto, asimismo, con todo su vigor el art. 24.2 CE: “...todos tienen derecho...a la presunción de inocencia”*)-, considero procedente *de lege ferenda* y bajo mi modesta opinión trasladar una constructiva propuesta por cuanto

la legislación procesal penal actualmente vigente no cumple estrictamente con las preceptivas garantías constitucionales ni *-en este caso concreto-* tampoco con una escrupulosa separación de poderes, propias ambas de una sociedad democrática *-como corresponde a España en pleno s. XXI-*.

Por otra parte y, como mantiene Ramírez Martínez¹⁸⁷, hay que tener presente que “la averiguación de cualquier hecho delictivo no puede llevarse a cabo a cualquier precio, y menos vulnerando los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y el Estado democrático”, no pudiendo saltarse las reglas establecidas en la Constitución ni siquiera por el afán en apariencia legítimo de averiguar un hipotético delito.

Evidentemente, si el Juez competente convalida *ex post* la medida tomada por la Autoridad gubernativa y, aunque con ello de ninguna manera se justifica la regulación actualmente existente, los efectos negativos derivados de la misma serían los mínimos asumibles y/o tolerables. Ahora bien, el verdadero problema surge en aquella situación en la que el Juez competente considera *a posteriori* que la medida adoptada y *-no olvidemos-* ya materializada, no debía haberse llevado a cabo. En este caso, la vulneración del derecho al *secreto* ya se habría producido, con independencia de que *-como no podría ser de otra manera, lógicamente-*, los datos obtenidos en la intervención de las comunicaciones practicada no puedan ser utilizados en el proceso por vicio de nulidad. En este sentido, cabe señalar que el propio TC¹⁸⁸ ha admitido que la intervención sea autorizada por un Juez diferente al que lleva la Instrucción, con las debidas y oportunas garantías jurídicas.

En síntesis, destacar que en este supuesto excepcional de autorización de la medida de intervención de la *correspondencia*, controlada siempre *a posteriori* por el Juez competente en razón de su pretendida “urgencia”, hurtando así la actuación del Poder Judicial *ex ante* y obviando igualmente la existencia del Juez de Instrucción de guardia -*figura central de nuestro sistema judicial, que se erige a estos efectos prácticos en auténtico Juez de garantías-*, quizás sí cumpliría ciertamente con todas las exigencias constitucionales y, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad exigido y, en virtud de su experiencia en el ejercicio profesional de la ponderación, podría evitar seguramente en mayor medida si cabe posibles vulneraciones del derecho al *secreto* de las comunicaciones constitucionalmente proclamado que causen grave afectación y/o lesión del mismo en otros

¹⁸⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ, A.: *Las intervenciones telefónicas en el derecho penal boliviano*, Primera Edición, Cochabamba-Bolivia, 2.014, pág. 35.

¹⁸⁸ Por todas, STC 126/2.000, de 16 de mayo, FJ 5.

individuos o ciudadanos al margen del *investigado*, de forma *ex post* ya *-acaso-* posiblemente irreparable.

No obstante todo lo antedicho, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁸⁹ el Ministerio Fiscal asume, bajo control judicial, la dirección de la investigación, señalando que “como ocurre en la práctica totalidad de los Estados democráticos, la investigación del delito se encomienda al Ministerio Fiscal (art. 55.2), del que dependerá la policía judicial (art. 433)”, y se justifica dicha propuesta de reforma legislativa afirmando a continuación que “de este modo, se salvaguarda la independencia del juez y se evita que su implicación en la investigación pueda contaminar su imparcialidad y su posición de garante de los derechos de las partes, incluidos los derechos y libertades de las personas que están siendo investigadas”.

En cualquier caso, la regulación procesal penal actual (ex art. 579. 3 LECrim) establece en su segundo inciso que exclusivamente “en caso de urgencia” *-insistimos nuevamente-*, debe comunicarse inmediatamente al Juez competente la decisión adoptada de intervención de las comunicaciones postales y telegráficas “...y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas (...)”. Esta comunicación de la autoridad gubernativa al Juez, debe hacer constar necesariamente *- para su oportuna valoración por parte de éste-*, las siguientes circunstancias:

- Las razones que justificaron la adopción de la medida;
- La actuación realizada;
- La forma en que se ha efectuado; y
- Su resultado.

En última instancia *-como no podría ser de otra manera y, por imperativo mandato constitucional (ex art. 18.3 CE)-*, compete únicamente al Juez revocar o confirmar tal actuación del Ejecutivo, “(...) en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida”. La revocación *-en su caso-* por parte del Juez competente y, *a posteriori*, de la medida de interceptación de las comunicaciones (en este caso, postales y

¹⁸⁹ <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/220711-enlacecriminal.aspx>

telegráficas) -por no reunir las garantías jurídicas exigidas y haber vulnerado así el derecho constitucional al secreto de las mismas-, supone a todos los efectos la inevitable afectación y lesión de un Derecho *Fundamental*. Es precisamente por la gravedad implícita de las consecuencias derivadas que tales medidas deben siempre adoptarse con carácter excepcional y en supuestos tasados legalmente, que exigen por parte de los responsables máxima cautela y adecuada ponderación en su decisión.

Existen también algunos supuestos -*además de la excepción contemplada en el apartado tercero de este mismo artículo: "en caso de urgencia"*- en los que no se requiere autorización judicial (regla general) para llevar a cabo la intervención de envíos postales -*en general*- y de otras formas de envío de *correspondencia*. Así, el apartado cuarto del art. 579 LECrim dice que "no se requerirá autorización judicial en los siguientes casos:

- a) envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.
- b) aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección.
- c) cuando la inspección se lleve de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envíos".

Esto conlleva e implica con carácter general que -*en estas situaciones y, este tipo de envíos postales en particular*-, pueden ser inspeccionados por las autoridades administrativas competentes en cada caso, sin necesidad de solicitar autorización judicial previa para proceder a su intervención arreglo a las formalidades legales exigidas en cada caso.

A estas alturas de la exposición y, tras el planteamiento inicial de la situación actual, donde se ha constatado que las medidas limitativas y restrictivas del Derecho *Fundamental* reconocido en el art. 18.3 CE -*en cuanto afecta a la correspondencia escrita y telegráfica*- vienen reguladas en el nuevo art.579 de la LECrim (modificado por la Ley 13/2.015 - LOMLECrim-), podemos concluir que los envíos postales pueden ser inspeccionados también. Ello se produce a través de la utilización de diversas técnicas, que combinan

procedimientos tradicionales o convencionales (empleo de perros especialmente adiestrados y entrenados para la búsqueda y detección de determinadas sustancias prohibidas *-psicotrópicos, estupefacientes, materias tóxicas,...*-, métodos de incisión, taladro, punción y/o punzamiento, catas,...) con actuaciones mucho más sofisticadas que usan sistemas modernos por medio de aparatos y dispositivos electrónicos (rayos X, escáneres,...), que captan la imagen o el contenido del interior de los envíos sin necesidad alguna de proceder en ningún momento *-salvo sospechas y evidencias fundadas que requieran entonces la adopción de otras medidas intrusivas con mayores exigencias legales-* a su manipulación, detención y/o apertura.

En este aspecto, “inspeccionar” *-según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su vigésimo tercera edición, Madrid, 2.014-* significa o equivale en su acepción más usual a “examinar, reconocer atentamente una cosa”. Sin embargo, previamente a su “inspección” y/o “control” *-si ha lugar a ello-*, los envíos postales entran en el denominado en *argot* postal “Circuito general de la correspondencia” que comprende, a su vez, las sucesivas fases de admisión, recogida, tratamiento, clasificación, curso, transporte, distribución y entrega de los mismos, haciéndose cargo el Operador postal correspondiente.

El acceso al servicio postal tiene lugar *-normal y generalmente-* por medio de la utilización de la Red Postal Pública (RPP) aunque, tras la liberalización completa del Sector Postal llevada a cabo en España en virtud de la entrada en vigor de la Ley 43/2.010 citada *-Ley Postal-*, los Operadores postales privados (que, en la mayoría de los casos, disponen de su propia Red Postal particular) pueden usarla *-en todo o en parte-* o no, según se desprenda de los términos del preceptivo Acuerdo de Acceso que hayan convenido con el Operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) *-que actualmente y, por mandato expreso de la Disposición adicional primera de la Ley Postal, es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.-*, al que se le ha encomendado también la gestión de la misma.

El Real Decreto 1.819/1.999 *-Reglamento Postal-*, en su Título II. “Obligaciones de servicio público”, Capítulo II. “Obligaciones de servicio público del Operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal”, Sección 4ª. “Red postal pública”, art. 48. Red postal pública”, establece: “1. (...) se entiende por red postal pública el conjunto de los medios de todo orden empleados por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal, que permiten:

a) la recogida, la admisión y la clasificación de los envíos postales amparados por una obligación de servicio universal, a partir de los puntos de acceso en todo el territorio del Estado.

(...)

A efectos de lo previsto en el párrafo a) de este apartado, se considerarán puntos de acceso a la red postal pública las instalaciones físicas donde los usuarios puedan depositar sus envíos postales para su circulación por ella...”. De igual forma, en Capítulo II aludido, Sección 1ª. “Prestación del servicio postal universal”, se contempla la admisión de los envíos postales a través de la Red Postal Pública (RPP) de la siguiente manera:

-“Artículo 29. Admisión. Normas generales.

1. El operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal estará obligado, respecto de los servicios que conforman este ámbito, a admitir todo envío postal, cuyo depósito se efectúe en la forma que se determina en los artículos siguientes y siempre que se satisfaga la tarifa o precio correspondiente (...).”.

-“Artículo 30. Depósito en buzones.

Podrán ser depositados en los buzones los envíos postales que no necesiten expedición de recibo justificativo de su admisión, siempre que sus dimensiones lo permitan y hayan sido previamente franqueados (...).”.

Así, pues y, una vez admitidos por los distintos servicios postales operativos existentes *-de un modo u otro, como se ha visto y, siempre que cumplan los requisitos exigidos-*, al margen de la supervisión básica inicial propia realizada en origen por dichos Operadores en función de las peculiaridades y características de cada uno de los envíos (dimensiones, peso, formato, origen, destino, contenido,..), éstos también están sometidos a lo prevenido por la Ley Orgánica 12/1.995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando¹⁹⁰ que, en su Título II. “Infracciones administrativas de contrabando”, comprende el artículo 16 intitulado “Competencias en materia de reconocimiento y registro de los servicios de aduanas”, cuyo apartado número 1 dispone: “en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, los servicios de aduanas podrán efectuar el reconocimiento

¹⁹⁰ BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1.995.

y registro de cualquier vehículo o medio de transporte, caravana, paquete o bulto”.

Adviértase, no obstante, que dicho precepto señala expresamente “...reconocimiento y registro de cualquier (...) paquete o bulto”, sin incluir ni mencionar en absoluto la alocución *correspondencia* que, como concluimos, por haberlo interpretado así la STC 281/2.006, de 9 de octubre -*concretamente, en su FJ 3 b*)-, desde la perspectiva constitucional y, *mutatis mutandis*, equivale a comunicación postal, especial y directamente garantizada y protegida por el Derecho *Fundamental* al secreto (ex art. 18.3 CE). Conviene señalar que un “paquete o bulto” suele contener normalmente algún tipo de mercancía. Y, en este sentido, el art. 1.1 de la Ley Orgánica de Represión del Contrabando citada entiende por *mercancía*: “todo bien corporal susceptible de ser objeto de comercio”. Dispone, además, en el mismo art. 1 mencionado, apartado número 4, letra c): “el sometimiento a vigilancia aduanera de las mercancías comunitarias declaradas (...), desde el momento de la admisión de la correspondiente declaración de aduanas, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 450/2.008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2.008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), o de cualquier otra operación prevista en la normativa aduanera comunitaria”.

Efectivamente, este Reglamento (CE) que regula actualmente el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), contiene en su Título IV. “Mercancías introducidas en el territorio aduanero Comunitario”, Capítulo 3. “Comprobación y levante de las mercancías”, Sección 1. “Comprobación”, 2 artículos que ilustran perfectamente la competencia de las autoridades aduaneras comunitarias en relación con la inspección, supervisión, vigilancia y control de las mercancías que transitan y circulan por el territorio de su demarcación. Así:

-“Artículo 117. Comprobación de una declaración en aduana.

Las autoridades aduaneras, a efectos de comprobar la exactitud de los datos contenidos en una declaración de aduana que han admitido, podrán:

- a) examinar la declaración y todos los documentos justificantes;
- b) exigir al declarante que presente otros documentos;

- c) examinar las mercancías;
- d) tomar muestras para análisis o para un examen pormenorizado de las mercancías”.

-“Artículo 118. Examen y extracción de muestras.

(...)

2. El declarante tendrá el derecho de estar presente o representado en el momento en que las mercancías sean examinadas y en el momento en que se tomen las muestras. Cuando las autoridades aduaneras tengan motivos razonables para ello, podrán exigir del declarante que esté presente o sea representado al ser examinadas las mercancías o al ser tomadas las muestras, o que les proporcione la asistencia necesaria para facilitar dicho examen o toma de muestras”.

Por su parte, en el vigente Convenio¹⁹¹ de la Unión Postal Universal (UPU), en el Volumen I. “Reglamentación en común”, Sección V. “Prohibiciones y cuestiones aduaneras”, incluye el apartado 20. Control aduanero. Derechos de aduana y otros derechos” que, en su apartado número 1 establece, asimismo, que “el operador designado del país de origen y el del país de destino estarán autorizados a someter los envíos a control aduanero, según la legislación de estos países”. En relación con ello, Montero La Rubia¹⁹² afirma que “los paquetes postales son, como medio para el tráfico ilícito de sustancias tóxicas, una de las materias que hacen necesaria la adopción por los diferentes Estados de Tratados internacionales para combatir dicho tráfico con la imprescindible cooperación entre policías, autoridades aduaneras y órganos judiciales”. Y añade este autor¹⁹³ seguidamente: “dicha cooperación internacional resulta inexcusable en el ámbito Europeo ante la facilidad que proporciona la libre circulación de personas y mercancías para los traficantes”.

El TS¹⁹⁴, sobre la distinción entre Paquete postal y transporte de mercancías, afirma: “(...) pero es que, además, en los casos como el que estamos examinando, también los funcionarios de aduanas y de la policía de fronteras españolas podrían haber actuado sin

¹⁹¹ Estambul, 2.016.

¹⁹² MONTERO LA RUBIA, F.J.: “Paquetes postales y tráfico de drogas”, *Boletín del Ministerio de Justicia (Estudios doctrinales)*, Año 57, núm. 1.949, Madrid, 2.003, pág. 3091.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ STS 488/2.003, de 7 de abril.

necesidad de autorización judicial alguna para la aprehensión de la droga que se hubiera detectado en el cumplimiento de los deberes que por sus cargos les hubieran correspondido al examinar las mercancías que, como en el caso presente, venían a bordo de un barco de procedencia extranjera en el interior de un contenedor. En estos supuestos no cabe hablar de derecho fundamental alguno que pudiera resultar afectado por la inspección de unos bidones llenos de chatarra que en un doble fondo llevaban oculta la droga...”. Señalando a continuación que “(...) hay que distinguir, a estos efectos, el transporte de mercancías y el de los llamados paquetes postales, claramente diferenciados, al menos con relación al caso aquí examinado, por el gran tamaño y peso de los mencionados bidones. A partir de una reunión de pleno no jurisprudencial de esta sala de 4-4-95, venimos equiparando los paquetes postales a la llamada *correspondencia* en nuestra ley procesal (artículos 583 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esta última se encuentra amparada por estas normas procesales que exigen una autorización y un procedimiento para su apertura por hallarse en juego el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución Española...”. Y concluye indicando de manera tajante: “(...) evidentemente no cabe hablar en el presente caso de comunicación postal alguna”.

Asimismo, la jurisprudencia declara que en modo alguno, ni siquiera por analogía, puede aplicarse la tutela del artículo 18.3 de la Constitución a una maleta o bolsa de viaje (esto es, pues, el conocido comúnmente como “equipaje de viaje”) destinados a transportar mercancía varia o efectos de uso personal, que en absoluto pueden transformarse en *correspondencia*. En esta línea, se considera que las bolsas registradas constituyen simples objetos de investigación excluidos, por tanto, de las normas contenidas en el Título VIII del Libro II de la LECrim, por lo que la actuación judicial sobre ellos *-en cumplimiento de sus propias funciones de averiguación del delito-*, en nada afecta a la esfera de la persona y sólo está sujeta a las normas procesales atinentes.

También el TS¹⁹⁵ expresa que: “(...) en efecto esta Sala, con relación por ejemplo al derecho a la intimidad -el que más próximo queda del interés afectado por la apertura del equipaje- tiene dicho en su reciente Sentencia de 17 de abril de 2.000 que el ámbito tutelador derivado de la intimidad y, en suma, de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución no alcanza a objetos o bienes distintos de los que en dicho precepto constitucional se citan (el domicilio y la correspondencia postal, telegráfica o telefónica)...”. Para terminar afirmando de forma rotunda: “(...) y es de todo punto evidente que una maleta integrante del equipaje de un viajero no puede considerarse equiparable a un *paquete*

¹⁹⁵ STS 1.002/2.004, de 16 de septiembre, FD 1º.

postal.

Insistiendo en ello, el mismo TS¹⁹⁶ confirma que “(...) los equipajes de los viajeros - *maletas, bolsas, mochilas, etc.*- no pueden ser equiparables a las comunicaciones postales (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1.994) a los efectos de protección frente a las injerencias de los Agentes de la Autoridad y, aunque resulta indudable que en el interior (...) se puedan contener efectos que pertenezcan al ámbito de la más estricta intimidad personal, su apertura y registro por parte de aquellos agentes en momentos puntuales están justificados por el deber que les incumbe, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo -artículo 11.1.f)- de *prevenir la comisión de hechos delictivos e investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables...*”.

Tampoco se considera amparado por el Derecho *Fundamental* al secreto el envío de paquetería según la modalidad conocida como “Etiqueta Verde”¹⁹⁷, que permite su apertura y control en los puestos aduaneros. A efectos postales, se entiende por “Etiqueta Verde” todo objeto dotado de un cerramiento expreso para su apertura que permita la inspección, con indicación exterior (en la cubierta del mismo envío, se entiende) del contenido que incorpora.

En línea con el contenido temático de este apartado, el Reglamento Postal, en su Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo II. “Garantías de los usuarios de los servicios postales y límites de las mismas”, Sección 2ª. “Limitaciones a las garantías de los usuarios”, incluye el artículo 12. “Intervención de los envíos postales”, que dispone:

“1. Salvo los derechos reconocidos al remitente en el artículo 9, los envíos postales sólo podrán ser detenidos o interceptados por resolución motivada de la autoridad judicial, conforme a lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Los funcionarios de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento y los funcionarios de los servicios aduaneros podrán intervenir los envíos postales para cumplir su específico contenido.

El alcance de esta intervención no afectará, en ningún caso, al secreto e inviolabilidad de

¹⁹⁶ STS, Sala Segunda (recurso nº 401/1.998), de 12 de noviembre de 1.998.

¹⁹⁷ Artículo 117 Reglamento Ejecución Encomiendas Postales (Convenio Postal Universal) - Congreso de Washington, 1.989-; publicado en BOE núm. 235, de 30 de septiembre de 1.992.

los mismos, limitándose al reconocimiento externo, tanto de los envíos como de la documentación que los acompañe.

3. Ni los funcionarios de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento ni los de los servicios aduaneros podrán conocer el contenido de los envíos postales, debiendo respetar el derecho al secreto, la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia. Se excepcionan los envíos que no contengan documentos de carácter actual y personal como la publicidad directa, los libros, los catálogos, las publicaciones periódicas, así como los paquetes postales en los que proceda su inspección por motivos de seguridad pública u orden público y no se haya puesto de manifiesto expresamente que contienen objetos de carácter personal.

A estos efectos, deberán acondicionarse dichos envíos, de tal forma que sea posible su apertura y cierre para facilitar la inspección de su contenido.

No se procederá al examen del contenido de los envíos postales cuando de su forma o simple examen exterior se deduzca con exactitud la naturaleza de su contenido.

4. (...)

Los paquetes a los que se refiere este apartado deberán acondicionarse de forma tal que se facilite a los servicios de inspección postal la comprobación de su contenido, sin necesidad de la extracción del objeto.

5. Para realizar las funciones que a la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento confiere el presente artículo, serán competentes los servicios de la Inspección Postal de aquella, dependientes.

6. Los operadores postales someterán a la fiscalización de los Servicios Aduaneros los envíos de importación y exportación prohibidos, así como los que se hallen sujetos al pago de derechos ya la observancia de formalidades de entrada o salida.

Cuando por cualquier operador postal que intervenga en la manipulación o curso de los envíos, se observe la presencia de alguno procedente del extranjero o de puntos situados en puertos francos sometidos a un régimen aduanero distinto del de la Península y que, según las disposiciones vigentes, deba ser objeto de reconocimiento previo a su entrega al

destinatario, se consignará por la administración de aduanas en la cubierta de aquél, de modo bien visible, la indicación: Intervenido. A reconocer por el Servicio Aduanero”.

Procede realizar un análisis del contenido de este ilustrativo precepto reglamentario, en los términos que se expresan a continuación. En primer lugar, en él se remite al artículo 9 de este texto normativo, incardinado en el mismo Título I, pero en la Sección 1ª. “Garantías de los usuarios”, que versa sobre “Derecho de recuperación de envíos y modificación de dirección postal por el remitente” y que, a su vez, hay que ponerlo en relación directa con el artículo 8. “Propiedad de los envíos postales”, que establece:

“los envíos postales, en tanto no lleguen a poder del destinatario, serán propiedad del remitente, quien podrá, mediante el pago de las tarifas o precios correspondientes, recuperarlos o modificar su dirección, siempre que las operaciones necesarias para localizarlos no perturben la marcha regular de la prestación del servicio postal”.

Hay una excepción a este derecho reconocido con carácter general a los propietarios de los envíos postales, que afecta a los envíos que contienen materias explosivas, inflamables y otras peligrosas, salvo las biológicas perecederas intercambiadas entre laboratorios oficialmente reconocidos, y las radiactivas depositadas por expedidores debidamente autorizados. Viene regulado todo ello en el mismo cuerpo legal -*Reglamento Postal*, Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo III. “Envíos y servicios postales”, Sección 2ª. “Objetos prohibidos como envíos postales”, por motivos de seguridad, de sanidad pública, utilidad general y protección del Servicio Postal Universal (SPU).

No obstante, cuando por diversas causas ni el remitente ni el destinatario de los mismos se hace cargo de los envíos postales, se articula en el propio Título I descrito, Capítulo IV. “Procedimientos de depósito y destrucción de envíos postales”, un sistema que funciona a modo de mecanismo o protocolo interno de actuación por parte de los diferentes Operadores postales que se detalla en el artículo 25:

“1. Los operadores postales mantendrán en depósito aquellos envíos que, por las causas previstas en el artículo anterior, hayan sido considerados como sobrantes.

Con carácter general, los envíos postales declarados sobrantes permanecerán en depósito durante un plazo máximo de seis meses, a contar desde dicha declaración, pudiendo el remitente, el destinatario o aquellos que se subroguen en sus derechos recuperar dichos

envíos, previa comprobación de sus identidad y abono de los derechos de almacenaje que correspondan, en su caso.

Pasado este plazo, se considerarán caducados.

2. Procederá la destrucción de aquellos envíos sin valor declarado que hayan sido considerados caducados, garantizando, en todo caso, el secreto de las comunicaciones, de conformidad con lo establecido en este Reglamento y bajo la supervisión de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento.

3. Los envíos postales con valor declarado que no pudieran devolverse se conservarán durante tres años a disposición de las personas que se consideren con derecho a ellos y, pasado este plazo, serán enajenados.

Su producto se destinará a cubrir los gastos del depósito de dichos envíos, sometiéndose el resto a lo establecido en el Código Civil y en la Ley de Patrimonio del Estado para los bienes muebles abandonados.

En todo caso, se garantizará el secreto de las comunicaciones”.

Obsérvese que, ya sea procediéndose a su destrucción, o bien a su enajenación - *según determinen las circunstancias concurrentes en cada caso concreto*-, el precepto transcrito advierte que debe garantizarse siempre, en todo momento y actuación, el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).

Seguidamente y, más allá de la especial consideración que sin duda merecen los Servicios de Inspección de Aduanas -*a los que ya se ha hecho alguna referencia en este Estudio*-, que realizan una verdadera función de inspección, supervisión, control y, en definitiva, a quienes compete la fiscalización de los envíos postales susceptibles de someterse y sujetarse a la aplicación de su normativa específica, es oportuno referirse ahora -*aunque sea brevemente*- a las tareas encomendadas a los citados “funcionarios de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento”. Cabe decir inicialmente que, cuanto afecta al mencionado Ministerio de Fomento, hay que entenderlo actualmente referido al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana¹⁹⁸.

¹⁹⁸ En virtud del Real Decreto 2/2.020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2.020).

Además, la Ley 3/2.013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha agrupado en este único organismo regulador las funciones supervisoras relativas a los distintos sectores productivos, con el objetivo de velar por un correcto funcionamiento de los mercados y la libre concurrencia en los mismos. En materia postal, esta Ley ha distribuido las competencias regulatorias entre la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y el Ministerio de Fomento (actualmente, como ha quedado ya dicho, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) que, asimismo, las ejerce a través de la Subdirección General de Régimen Postal. Y, de conformidad con lo establecido en la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre (Ley Postal) y en la Ley 3/2.013, de 4 de junio, referida, el Real Decreto 452/2.012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento (actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, reiteramos nuevamente), incluye entre las funciones de la Subdirección General de Régimen Postal, “el ejercicio de la potestad de inspección y sanción en materia de su competencia”.

Es muy importante recordar y destacar que el alcance de la intervención administrativa de los envíos postales (ya sea ésta realizada por funcionarios del Servicio de Aduanas, o llevada a efecto por funcionarios de la propia Subdirección General de Régimen Postal), “(...) no afectará, en ningún caso, al secreto e inviolabilidad de los mismos, limitándose al reconocimiento externo, tanto de los envíos como de la documentación que los acompañe”.

La ausencia de regulación legal anterior a la Modificación de la LECrim por medio de la LO 13/2.015 (LOMLECrim) dificultaba enormemente la actuación de investigación propia de la Policía Judicial y del resto de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya que correspondía a las mismas realizar las primeras diligencias de investigación que, posteriormente, eran remitidas al Juez competente, que debían hacerlo sin que existiera una clara metodología a seguir al respecto. Esta circunstancia, absolutamente anómala, se agravaba muy especialmente en materia de actuación policial relativa a medidas limitativas de Derechos *Fundamentales* afectados (por ejemplo, intervenciones telefónicas, entradas y registros domiciliarios, intervenciones corporales, intervención de la correspondencia, entrega vigilada de drogas -*ex art. 263 LECrim*-, o el agente encubierto -*ex art. 282 LECrim*-, entre otras).

Viene a colación citar aquí a Montero La Rubia¹⁹⁹ cuando dice: “...como pone de

¹⁹⁹ Obra citada, pág. 3091.

manifiesto la diversidad y contradicción que ha generado en la Jurisprudencia su interpretación, la vieja LECrim es manifiestamente insuficiente para la resolución de los problemas a que da lugar el conflicto entre el secreto de las comunicaciones como derecho fundamental y la investigación policial de los envíos postales en el marco de la lucha contra el tráfico de estupefacientes”. Apostillando inmediatamente este autor al respecto: “(...) a lo que hay que añadir que el tema de las intervenciones postales no ha merecido el mismo interés en la doctrina que el otorgado a las telefónicas que cuenta con una copiosa bibliografía”.

Por todo ello, la LO 13/2.015 (LOMLECrim) modificó sustancialmente los preceptos de la LECrim para crear un auténtico cuerpo procesal (Código Procesal Penal) que ha habilitado y secuenciado el modo y la forma en la que en la adopción de cada medida limitativa de Derechos *Fundamentales* deben proceder la Policía Judicial y/o, en su caso, las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado. Se trata, en líneas generales, de la aplicación de principios procesales que siempre han estado vigentes en la España democrática reciente y que, tras la reforma operada por la citada LOMLECrim, se plasman de manera efectiva en la Ley procesal penal, sirviéndonos de referencia interpretativa inexcusable en la medida en que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las enseñanzas de la experiencia acumulada durante muchos años²⁰⁰.

Sabido es que el sistema constitucional español se asienta *-como no podría ser de otra manera, en un sistema democrático moderno-* sobre un delicado equilibrio de Libertades y Derechos *Fundamentales* que exige ciertamente limitar la interceptación de las comunicaciones a los delitos de mayor entidad y gravedad. En este sentido, es oportuno insistir en que el requisito de la proporcionalidad es exigido igualmente con insistencia y rigor por la jurisprudencia del TEDH²⁰¹.

La Ley 43/2.010²⁰², de 30 de noviembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley Postal, actualmente vigente), en su Título II. “Derechos de los usuarios de los servicios postales”, artículo 6. “Inviolabilidad de los envíos postales”, prescribe en su apartado segundo que “sin perjuicio del derecho a la

²⁰⁰ STS 2.586/2.019, de 17 de julio, entre otras.

²⁰¹ Entre otras, SSTEDH: de 19 de abril de 2.001 *-caso Peers contra Grecia-*; 24 de julio de 2.001 *-caso Valainas contra Lituania-*; 11 de diciembre de 2.003 *-caso Basani contra Italia-*; y 24 de febrero de 2.005 *-caso Jaskauskas contra Lituania-*.

²⁰² BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2.010.

propiedad de los envíos postales reconocido en el artículo 13, los envíos postales sólo podrán ser detenidos o interceptados y, en su caso, abiertos por resolución motivada de la autoridad judicial conforme a la ley”.

En cuanto atañe al modo en que el Juez podrá acordar la detención de la correspondencia *-escrita y telegráfica-*, en nuestro ordenamiento jurídico la primera garantía para la validez constitucional de una medida de intervención de las comunicaciones es, por disposición expresa de nuestra Norma Suprema, la exclusividad jurisdiccional de su adopción y/o autorización lo que, como venimos reiterando, acentúa aún más si cabe el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que en lugar de actuar en esta sensible materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado individuo, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental rol de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los Derechos *Fundamentales* de los ciudadanos²⁰³.

El apartado 5 del artículo 579 LECrim, dice así: “la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa”. En relación con esta cuestión, resulta evidente que para que la diligencia de intervención sea eficaz ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones, como único medio de soslayar el derecho de todo investigado desde el principio a intervenir y ejercer el derecho de defensa, como concede el art. 118 LECrim²⁰⁴.

8.2. HALLAZGOS CASUALES

Proseguimos, pues, con el art. 579 bis. “Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales”, que dispone:

“1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal.

2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el

²⁰³ Por todas, STS 1.514/2.019, de 28 de marzo.

²⁰⁴ STS 182/2.004, de 23 de abril, entre otras.

procedimiento de origen.

3. la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

Por tanto, el resultado de la apertura de la *correspondencia* escrita y telegráfica (ex art. 579 bis LECrim) podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, deduciéndose testimonio del cumplimiento de los requisitos legales para la validez de la injerencia practicada. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del Juez competente, evaluando asimismo el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento.

El problema de los hallazgos casuales que trata el art. 579 bis LECrim, hay que abordarlo partiendo de 2 premisas básicas:

-En primer lugar y, conforme al principio de especialidad, decretar una intervención de las comunicaciones para tratar de descubrir en general actos delictivos, sin la debida precisión, a modo de una autorización prácticamente extendida en blanco, es inadmisibile. Como sostiene el TS²⁰⁵, resulta necesario a este respecto concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado.

-En segundo término, es fundamental también reparar en que, ante indicios de delito hallados casualmente por parte de los investigadores y comprendidos al margen de la autorización oficial que les habilite, la Constitución en modo alguno pide que se cierre los ojos a dicha apariencia delictiva. Obviamente, siempre y cuando ello no sea utilizado fraudulentamente para burlar las garantías de los Derechos *Fundamentales*²⁰⁶.

La STS 1.424/1.993, de 18 de junio, considera que de no obrar de esta forma, en

²⁰⁵ SSTS, entre otras: 818/2.011, de 21 de julio; y 372/2.010, de 29 de abril.

²⁰⁶ Por todas, SSTC: 41/1.998, de 24 de febrero; y 49/1.996, de 26 de marzo.

cualquier otro caso, la autorización inicial se transforma en una especie de persecución del comportamiento genérico de una o varias personas, lo cual es totalmente inaceptable.

Simultáneamente a tener todo esto en la exigida y debida consideración, cabe también constatar que no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque *-como prevé expresamente el precepto anteriormente citado-* ello precisa una nueva autorización judicial específica de la que aquella sea mero punto de partida. Es decir, los hallazgos convalidados son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial²⁰⁷.

8.3. INTERCEPTACIÓN CORRESPONDENCIA

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) *-en su vigésimo tercera edición, Madrid, 2.014-*, *Interceptación* es “acción y efecto de interceptar”. Y, por su parte, *interceptar*, que proviene del latín *interceptus -participio pasado de intercipere-*, según el Diccionario RAE, tiene 3 acepciones:

1. Apoderarse de algo antes de que llegue a su camino;
2. Detener algo en su camino; e
3. Interrumpir, obstruir una vía de comunicación.

El concepto de *interceptación* es muy similar al de *detención* y tiene una mayor amplitud que el de *apertura*, porque puede darse una interceptación o detención de la *correspondencia* sin necesidad de que se haya abierto la misma y haya sido conocido su contenido. Con todo, lo más frecuente será que la interceptación o detención de la *correspondencia* privada se haga con la finalidad de examinar y conocer su contenido, por lo que a la interceptación de la comunicación postal seguirá, muy probablemente, su apertura, toda vez que esto se realiza en el marco de la investigación llevada a cabo en una causa penal.

Vamos a proceder ahora, después de haber dedicado parte de este epígrafe a los artículos 579 y 579 bis LECrim, a la revisión de aquellos preceptos contenidos en el Libro

²⁰⁷ STS 740/2.012, de 10 de octubre, entre otras muchas.

II. “Del sumario”, Título VIII. “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, Capítulo III. “De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica” que regulan la interceptación de la *correspondencia* postal y telegráfica (arts. 580 a 583, a.i.) de la LECrim. Siguiendo con la revisión detallada del articulado de este Capítulo de la LECrim particularmente dedicado a la detención de la *correspondencia* escrita y telegráfica, el art. 580, dice:

“Es aplicable a la detención de la correspondencia lo dispuesto en los artículos 563 y 564.

Podrá también encomendarse la práctica de esta operación al Administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la oficina en que la correspondencia deba hallarse”.

Así, pues, el primer párrafo del mismo remite, a su vez, a sendos artículos contenidos en el Capítulo I. “De la entrada y registro en lugar cerrado” del mismo Título VIII. “De las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución” de la LECrim, que a continuación reproducimos:

“Art. 563.

Si el edificio o lugar cerrado estuviese en el territorio propio del Juez instructor, podrá encomendar la entrada y el registro al Juez municipal del territorio en que el edificio o lugar cerrado radiquen, o a cualquier Autoridad o agente de Policía judicial. Si el que lo hubiese ordenado fuere el Juez municipal, podrá encomendarlo también a dichas Autoridades o agentes de Policía judicial.

Cuando el edificio o lugar cerrado estuviere fuera del territorio del Juez, encomendará éste la práctica de las operaciones al Juez de su propia categoría del territorio en que aquéllos radiquen, el cual, a su vez, podrá encomendarlas a las Autoridades o agentes de Policía judicial”.

En este artículo, nos hallamos ante una manifestación típica del deber que tienen los Jueces y Tribunales de auxiliarse mutuamente para la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias en la sustanciación de las causas criminales (ex art. 177 LECrim). Es decir, en principio (salvo casos de urgencia y para determinados delitos) la medida de interceptación de las comunicaciones solamente puede decretarla el Juez de Instrucción competente. Ahora bien, su realización física puede encomendarse a otra Autoridad

jurisdiccional, al Juez de Paz del término municipal correspondiente, a la Policía Judicial, al Administrador de Correos y Telégrafos, al Jefe de la Oficina, etc..., donde la *correspondencia* objeto de dicha medida acordada pueda hallarse en cada momento.

“Art. 564.

Si se tratare de un edificio o lugar público comprendido en los números 1º y 3º del artículo 547, el Juez oficiará a la Autoridad o Jefe de que aquéllos dependan en la misma población.

Si éste no contestare en el término que se fije en el oficio, se notificará el auto en que se disponga la entrada y registro al encargado de la conservación o custodia del edificio o lugar en que se hubiere de entrar y registrar.

Si se tratare de buques del Estado, las comunicaciones se dirigirán a los Comandantes respectivos”.

Este deber de cooperación jurisdiccional también lo encontramos en el art. 273 y ss. LECrim.

Por otra parte, el art. 581 LECrim, establece:

“El empleado que haga la detención remitirá inmediatamente la correspondencia detenida al Juez instructor de la causa”.

Esto es consecuencia directa también del deber de *secreto* de las comunicaciones que proclama también el art. 5 de la Ley 43/2.010 (Ley Postal), por el que los Operadores postales deberán realizar la prestación de los servicios con plenas garantías, de conformidad con lo determinado en los artículos 18.3 y 55.2 de la CE y, asimismo, arreglo a lo que prescribe el propio art. 579 LECrim. Y, por esta misma razón, el único con legitimidad y capacidad legal suficientes para descubrir *-en su caso-* el contenido del mensaje de la *correspondencia* interceptada, es el Juez instructor competente.

En este mismo sentido, el art. 582 de la Ley procesal penal señala que “podrá asimismo el Juez ordenar que por cualquier Administración de Telégrafos se le faciliten copias de los telegramas por ella transmitidos, si pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos de la causa”. He aquí el ejemplo práctico de la relevancia que las

comunicaciones telegráficas y, dentro de ellas, el telegrama como modelo arquetípico especialmente representativo de las mismas, ha tenido históricamente y, en cierta medida, sigue conservando actualmente en orden a la intervención de este tipo o modalidad de comunicación, expresamente reconocida en nuestro vigente texto constitucional (ex art. 18.3 CE). Si bien *-como establece en este sentido el propio art. 579.1 LECrim-* y, además de la *correspondencia* privada, postal y telegráfica (con el telegrama erigido en principal producto dentro de este tipo específico de *correspondencia*), se incluyen de forma explícita, asimismo, “faxes, burofaxes y giros”.

Seguidamente, el art. 583 LECrim establece que “el auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia o la entrega de copias de telegramas transmitidos determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieran expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas”. Menciona “auto motivado”, por cuanto la resolución judicial que acuerde la adopción de esta medida de intervención (detención y registro *-en su caso-*) de la *correspondencia -postal o telegráfica-*, de carácter excepcional, exige preservar al máximo posible el derecho al *secreto* de las comunicaciones.

Por esta razón primordial se requiere motivación, para justificar por una parte las circunstancias particulares concurrentes que demandan tal decisión jurisdiccional y, por otra y, al mismo tiempo, para poder determinar específicamente el alcance concreto de la misma. A la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales que decretan la intervención de las comunicaciones (en su inmensa mayoría relativas a interceptaciones telefónicas), hacen referencia múltiples Sentencias de la sala Segunda (de lo Penal) del TS²⁰⁸ y del TC²⁰⁹. Todas ellas en la línea de exigencia de un auto judicial suficientemente expresivo y razonante, sin que por ser escueto *-en su caso-* pierda fuerza, si está bien razonado y evidencia la razón de la necesidad de la intervención. Lo esencial, es que con ello se pueda desterrar la arbitrariedad²¹⁰.

8.4. APERTURA CORRESPONDENCIA

Este apartado comprende, a su vez, la revisión de los arts. 584 a 588 (a.i.) de la

²⁰⁸ Entre ellas, SSTS: de 17 de octubre de 1.992; 3 de diciembre de 1.993; 23 de diciembre de 1.994; y 18 de junio de 1.995.

²⁰⁹ SSTC: 85/1.994, de 14 de marzo; 86/1.995, de 6 de junio; y 49/1.996, de 26 de marzo, entre otras.

²¹⁰ STC 238/1.989, de 13 de diciembre.

LECrim. Avanza de este modo en la prescripción legal del procedimiento de intervención a seguir el art. 584 LECrim, al afirmar que:

“Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado.

Éste o la persona que designe podrá presenciar la operación”.

Para realizar la exégesis de este precepto, que plantea algunos problemas de carácter práctico, vamos a seguir a Vegas Torres²¹¹.

Así, en primer lugar este autor indica que: “en términos generales, *interesados* en un envío postal son el remitente y el destinatario. Ahora bien, parece evidente que el art. 584 no impone la citación de ambos sujetos. Supuesto que la detención se puede producir (...) tanto en la oficina o establecimiento en que se deposita el envío por el remitente, como en la oficina o dependencia en que se recibe el envío para ser recogido por el destinatario, parece lógico que, en el primer supuesto la citación se entienda con el remitente y, en el segundo, con el destinatario”. Esto es, pues, “interesado” en la apertura y registro de la *correspondencia* es, sentido estricto, quien figura como remitente o destinatario de la misma en el propio envío postal. Cabe señalar al respecto que la garantía del *secreto* no ampara (o no debe amparar) a quienes se hacen llegar envíos postales utilizando el nombre y señas de otra persona, real o ficticia²¹².

Es conveniente recordar a este respecto que, según dispone el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999) en su art. 8 “los envíos postales, en tanto no lleguen a poder del destinatario, serán propiedad del remitente (...)”. Llama también la atención el dato de que tanto el art. 584 como el 586 de la LECrim utilizan la expresión genérica “interesado”, que podría considerarse referida al sujeto cuyas comunicaciones constituyen el objeto de la diligencia, tenga o no la condición de *investigado*. Sin embargo, los arts. 585 y 587 del Código procesal penal emplean el término “procesado”.

Vegas Torres²¹³ mantiene que “...hay que aclarar, aunque la cuestión es discutida, que el término *procesado* no se utiliza aquí en sentido estricto, como persona contra la que,

²¹¹ VEGAS TORRES, J.: Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, *Tribunales de Justicia*, núm. 8/9, Madrid, 1.997, págs. 849-864.

²¹² A este respecto, puede consultarse -*entre otras*- la Sentencia de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1.995.

²¹³ Obra citada, págs. 849-864.

en un sumario, se ha dictado auto de procesamiento, sino en el sentido amplio de persona contra la que se dirige la investigación, incluso aunque no haya sido todavía formalmente notificado de esta circunstancia”. Afirma seguidamente que “lo anterior se ve aún con mayor claridad en la hipótesis a mi entender como ya he dicho, posible- de que el *interesado* (remitente o destinatario) y el imputado no sean la misma persona. En tal caso, la persona a citar según el art. 584 sería el *interesado* y, si hubiera que citar también al imputado sería en virtud de la disposición general del art. 302 L.e.cr. y no por imposición de ninguno de los preceptos relativos a la diligencia de apertura de la correspondencia postal...”.

En esta hipótesis que defiende, añade: “suponiendo que el imputado fuera citado y acudiera efectivamente a la práctica de la diligencia, sería del todo improcedente que el juez le permitiera examinar la correspondencia intervenida y más improcedente aún que se le hiciera entrega de la que no fuera relevante para la causa. Otra cosa es que, después de efectuada la selección e incorporada a la causa la correspondencia que el juez haya considerado relevante, el imputado pueda tener acceso a dicha correspondencia en virtud de lo dispuesto por el art. 302 y salvo que el Juez hubiera acordado el secreto de las actuaciones para las partes personadas”. Concluye este análisis, diciendo que “(...) la citación prevista por el art. 584 ha de hacerse al remitente o destinatario del paquete postal detenido, tenga éste o no la condición de imputado en la causa. Si no se cita al *interesado*, en el sentido indicado, aunque sí se cite al imputado, la diligencia quedaría viciada por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, con los efectos previstos por el art. 11.1 LOPJ...”. Afirmando inmediatamente después: “(...) ahora bien, citado el *interesado*, la no citación del imputado podría constituir, todo lo más, una infracción del art. 302 de la L.e.cr. cuya relevancia, en este caso, sería muy discutible ya que la ausencia del imputado en una diligencia -la selección de la correspondencia de interés para la investigación- en la que prácticamente no puede tener ninguna intervención es muy dudoso que pueda considerarse vicio procesal causante de indefensión, siempre y cuando, claro está, se permita al imputado tomar conocimiento de la correspondencia separada como relevante para la causa, lo que puede hacerse en cualquier momento posterior a la práctica de la diligencia que nos ocupa”.

Cuando se habla de “imputado”, hay que entenderlo referido actualmente a “investigado”, por modificación de la terminología procesal provocada por la reforma de la LECrim mediante la LO 13/2.015 (LOMLECrim).

Por su parte, el art. 585 LECrim dispone: “si el procesado estuviere en rebeldía, o

si citado para la apertura no quisiere presenciarse ni nombrar persona para que lo haga en su nombre, el Juez instructor procederá, sin embargo, a la apertura de dicha correspondencia”. Se recoge así la excepción a la norma general contenida en el art. 584 LECrim.

El art. 586 LECrim, señala:

“La operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia, y después de leerla para sí apartará la que haga referencia a los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria.

Los sobres y hojas de esta correspondencia, después de haber tomado el mismo Juez las notas necesarias para la práctica de otras diligencias de investigación a que la correspondencia diere motivo, se rubricarán por el Secretario judicial y se sellarán con el sello del Juzgado, encerrándolo todo después en otro sobre, al que se pondrá el rótulo necesario, conservándose durante el sumario, también bajo responsabilidad del Secretario judicial.

Este pliego podrá abrirse cuantas veces el Juez lo considere preciso, citando previamente al interesado”.

Siguiendo con la descripción del procedimiento de apertura de la *correspondencia*, el art. 587 LECrim, añade:

“La correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante.

Si aquél estuviere en rebeldía, se entregará cerrada a un individuo de su familia mayor de edad.

Si no fuere conocido ningún pariente del procesado, se conservará dicho pliego cerrado bajo la responsabilidad del Secretario judicial hasta que haya persona a quien entregarlo, según lo dispuesto en este artículo”.

En relación con los arts. 586 y 587 LECrim, Vegas Torres²¹⁴ explica que “el Juez

²¹⁴ *Ibidem*.

examina reservadamente toda la correspondencia detenida (la abre *por sí mismo* y la lee *para sí*) y separa lo que considera relevante de lo que no lo es. La correspondencia no relevante se devuelve de inmediato al procesado o a su representante (art. 587.1), pero no, evidentemente, por su condición de procesado (en caso de que lo sea), sino por ser el titular de esa correspondencia...”. A continuación, añade: “(...) nótese que la *inmediatez* entre el examen del Juez y la entrega al interesado excluye que la correspondencia en cuestión pueda ser examinada por cualquier otro sujeto que estuviera presente, incluidos el Secretario y el Fiscal; sólo el Juez ha tenido acceso a ella, de forma que el sacrificio del secreto de las comunicaciones ha quedado reducido al mínimo...”. Para seguir afirmando: (...) si no estuviera presente el procesado-interesado, la correspondencia no relevante para la causa se introduce en un pliego cerrado, para posteriormente entregarla a un pariente o conservarla así en el Juzgado hasta que haya persona a quien entregarla. Parece evidente también que lo que se pretende es garantizar que nadie más que el Juez pueda examinar esa correspondencia *sobrante*, pues en otro caso no tendría sentido la cautela de ordenar su introducción en pliego cerrado”.

Defiende que “se trata (...) de garantizar que la correspondencia no relevante para la causa sea conocida exclusivamente por el Juez y por nadie más, antes de que llegue a su destinatario...”. Subraya, además, que “en este esquema, la actividad procesal de selección de la correspondencia relevante para la causa no sólo no es contradictoria, sino que no debe serlo ya que, si se diera intervención en ella a cualquier persona distinta del Juez y del *interesado* la diligencia quedaría viciada por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones...”. Apuntando a renglón seguido que “esto sería aplicable incluso respecto del imputado que no tuviera la condición de remitente o destinatario de las cartas o paquetes detenidos, porque el secreto de la correspondencia es un derecho del que son titulares los sujetos que participan en ella y ese secreto debe ser preservado, en el marco de la diligencia que nos ocupa, también frente a los imputados que no hayan participado en la comunicación.” Acaba sosteniendo este autor que “en definitiva, la diligencia de apertura de la correspondencia regulada por los arts. 586 y 587 L.e.cr. es una diligencia de carácter instrumental cuyo objeto es incorporar a la causa documentos u objetos que puedan arrojar luz sobre los hechos delictivos (...) de la investigación”.

En todo caso y, según se desprende de los arts. 586 y 587 LECrim, la apertura y examen de la *correspondencia* se practica solamente por el Juez de instrucción competente, único habilitado legalmente para realizarla, y en presencia del Letrado de la Administración de Justicia y el interesado o persona que éste designe en su representación.

Por último, el art. 588 LECrim, prescribe:

“La apertura de la correspondencia se hará constar por diligencia, en la que se referirá cuanto en aquélla hubiese ocurrido.

Esta diligencia será firmada por el Juez instructor, el Secretario y demás asistentes”.

Cabe recordar que, en el Libro V. “De los Letrados de la Administración de Justicia y de la Oficina Judicial”, Título II. “Del cuerpo de los Letrados de la Administración de Justicia”, Capítulo II. “De las funciones de los Letrados de la Administración de Justicia” y, de acuerdo al art. 453 de la LOPJ, apartado primero, se dispone que los Secretarios judiciales tienen asignada en exclusividad y plenitud el ejercicio de la fe pública judicial en los siguientes términos: “corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública procesal. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias”.

La STS de 5 de febrero de 1.997 establece que “sostiene asimismo el motivo que el concepto de abrir y de apertura es más amplio que el aplicado por la sentencia de instancia, que estima que el pequeño taladro realizado no es más que un acto de investigación que no supone en modo alguno una apertura del paquete. Por abrir, para el motivo, debe entenderse cualquier procedimiento a través del cual se pueda ver directamente, sin otros medios que la propia vista, o se pueda tocar o tomar muestras del contenido de algo que está cerrado. Así cualquier procedimiento por medio del cual se pueda averiguar el contenido del paquete, mediante manipulación externa debe ser conceptuado como apertura. Mediante el taladro se pudieron tomar muestras del paquete y se supo su contenido. Esta Sala tan sólo acepta el punto de partida del motivo, como no podía ser de otro modo, porque se apoya en determinadas resoluciones de este Tribunal de casación relativas a la equiparación entre correspondencia común y paquetes postales. Podrían aducirse, además de las citadas por la parte recurrente, la 724/1.995, de 3 de junio, 1.248/1.995, de 20 de marzo de 1.996 y 472/1.996, de 23 de mayo...”. Indicando después que: “(...) donde no está de acuerdo con la argumentación del motivo es en el concepto que utiliza de *abrir* y de *apertura* que la impugnante pretende una extensión amplísima y favorable a su tesis, al entender que no supone en modo alguno abrir el paquete (sic), sino que debe extenderse a cualquier procedimiento a través del cual se pueda ver directamente

o tocar o tomar muestras del contenido de algo cerrado. Esta disconformidad con la tesis de la acusada se apoya en diversas razones. En primer lugar, porque una interpretación gramatical -primer estadio de toda hermenéutica- no autoriza tal conclusión, ya que abrir, derivado del verbo latino *aperire*, y éste a su vez de *parire* (alumbrar, parir) viene a significar *hacer en una cosa algo por lo que su interior queda al descubierto o se puede entrar en él* y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *tratándose de cartas, paquetes, sobres, cubiertas o cosas semejantes, desplegarlas o romperlas para ver o sacar lo que contengan* y según dicho Diccionario, apertura es equivalente a abrir. Por tanto, el concepto choca con el amplio que presenta el recurso, en que la introducción de una aguja en un sobre cerrado para detectar algo de polvo o suciedad en su interior, estaría incurso en la apertura de correspondencia, cuando no se ha descubierto ningún mensaje, o comunicación de éste”.

A este respecto, Uriarte Valiente y Fario Piay²¹⁵ señalan que “esta doctrina es asimilable a los casos como el empleo por parte de la Policía de un escáner o aparato de rayos X para identificar paquetes sospechosos, como es práctica habitual en los aeropuertos, y en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1.999”. Añaden que “se equiparan, asimismo, los casos de punción, como es el que recoge la sentencia del Tribunal Supremo 969/1.998, de 23 de julio, cuando afirma que *no hubo apertura del paquete por los servicios de aduanas a pesar de que estaban autorizados para hacerlo, ya que se limitaron a practicar una punción como consta debidamente acreditado en la causa. Tiene declarada esta Sala la diferencia existente entre apertura y mera práctica de una punción. Así, en la Sentencia de 5 de febrero de 1.997 -se niega que la introducción de una aguja en un sobre cerrado suponga su apertura porque ni el interior ha quedado al descubierto, ni permite siquiera su conocimiento, porque la pequeña incisión tuvo lugar sobre el continente o receptáculo de lo remitido desde Colombia a Madrid-. Y añade dicha Sentencia que -esta interpretación encuentra asimismo su apoyo en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 586 dice que el Juez abre para sí mismo la correspondencia (...) lo que supone la extracción para poder conocer su contenido-. No se ha producido infracción postal alguna ni vulneración del secreto de las comunicaciones postales que viene garantizado por el artículo 18.3 de la Constitución”.*

Y, por lo que a la ausencia del Juez en el acto de apertura de la *correspondencia*,

²¹⁵ URIARTE VALIENTE, L.M., y FARIO PIAY, T.: *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, Madrid, Ed. La Ley, 1ª Edición, 2.007, págs. 303-304.

estos autores²¹⁶ indican que “aunque supone una irregularidad formal, al vulnerar lo preceptuado en el artículo 586 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de diciembre de 2.002, rechazó la nulidad de la diligencia, considerándola como una mera irregularidad procesal, señalando que siendo cierto que el Juez de Instrucción, al no personalizar la apertura del paquete, como era su obligación, se apartó de las pautas legales a las que debería haberse ajustado la diligencia. Ahora bien, la misma se llevó a cabo a presencia del interesado y bajo la fe del Secretario judicial y no existe constancia de que el inculcado en ese momento y en cualquier otro de la causa se haya visto privado en modo alguno de su derecho a hacer las manifestaciones que hubiera considerado pertinentes para su defensa”.

En definitiva y, por tanto, cabe concluir este esencial aspecto dedicado al análisis de la medida de intervención de la *correspondencia -escrita y telegráfica-*, estableciendo a modo de resumen que hay que distinguir entre varios regímenes legales a la hora de proceder a la intervención y *-en su caso-*, apertura de la misma, que sintetizamos a continuación:

1) Envíos de *correspondencia* (esto es, transmisión de mensajes *-por escrito o en otro soporte-*) y otros envíos postales susceptibles de contener también *correspondencia* (en cualquiera de sus formas y/o modalidades e incluidos también, en principio, aquellos Paquetes postales que así lo indiquen externamente de alguna forma). Respecto de estos envíos de *correspondencia* y/o asimilados, el ordenamiento jurídico vigente en España proyecta su máxima protección (a nivel constitucional, ex art. 18. 3 CE) y, en consecuencia, despliega de forma correlativa el más amplio elenco de garantías jurídicas. Así:

- Su intervención precisa previa autorización judicial motivada (ex art. 579.1 LECrim);
- La diligencia de apertura *-si ha lugar a ello-*, se practica por el propio Juez competente; y
- Se requiere presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que desista de este derecho que le asiste o estuviera en rebeldía (ex arts. 584 y

²¹⁶ *Ibidem*, pág. 305.

585 LECrim).

2) Envíos postales (normalmente, Paquetes y otros productos propios de tratamiento conforme a Paquetería, por formato, dimensiones, peso, tamaño,...) considerados en el ámbito de la circulación y/o entrega vigilada en actuaciones encaminadas a descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de un presunto delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas (precursores), ex art. 263 bis LECrim. En este supuesto específico contemplado en la actual regulación procesal penal, el procedimiento de apertura - *llegado ese extremo*- de los envíos postales objeto de investigación, es el siguiente:

- Autorización inicial de la medida (circulación y/o entrega vigilada) adoptada por el Juez de Instrucción competente, por el Ministerio Fiscal, así como por parte de los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial -*centrales o de ámbito provincial*-, y sus mandos superiores (ex art. 263 bis 1. LECrim);
- La garantía judicial se satisface con la intervención del Juzgado en las actuaciones (ya sea ésta *ab initio* o posteriormente) y, siempre, para la resolución de la diligencia de apertura; y
- Apertura por el Juez competente del envío postal afectado en el curso del procedimiento judicial abierto, aunque se exceptiona expresamente lo previsto en el art. 584 LECrim (citación y presencia del interesado o en quien designe (ex arts. 263 bis 4 y 586 LECrim).

3) Envíos postales contemplados en el art. 579.4 LECrim:

-Aquellos que por sus propias características externas no sean usualmente utilizados para contener *correspondencia* individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido (art. 579.4.a);

-Otras formas de envío de la *correspondencia* bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección (art. 579.4. b); y

-Que sean susceptibles de inspección, de acuerdo con la normativa aduanera o

proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío (art. 579.4 c).

Se trata, normalmente, de envíos postales que circulan abiertos, bajo el régimen de “etiqueta verde” o, en general, cuyo simple examen exterior permite deducir con exactitud la naturaleza del objeto o mercancía que contienen. En todos estos supuestos se produce una exclusión de la protección constitucional, al no quedar amparados por la garantía del *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) y, por ende:

- Como prescribe el propio art. 579.4 LECrim, “no se requerirá autorización judicial” alguna para su intervención.
- Si bien es cierto también que, en todo momento, se debe proceder de acuerdo a las formalidades prevenidas en la normativa sectorial respectiva (aduanera, postal,...).

Conviene señalar, asimismo, que resulta igualmente innecesaria autorización judicial para proceder al examen de maleta, baúl o “bolsa de viaje” destinada a transportar enseres y objetos de uso personal.

Indica González-Montes²¹⁷ al respecto: “una de las novedades principales que introduce el nuevo art. 579 PLECRim es la identificación de los supuestos en los que no se requiere autorización judicial para la adopción de la medida. Supone nuevamente una traslación de la jurisprudencia constitucional y del TS al texto de la norma, así no será necesaria la autorización judicial para aquellos envíos postales que no puedan considerarse tales, esto es, cuya finalidad sea el transporte de mercancías o aquellas que supongan una comunicación abierta, es decir, paquetes en los que se hace constar su contenido (SSTS 404/2.004, de 30 de marzo, 699/2.004, de 24 de mayo, 1.104/2.005, de 23 de septiembre o 323/2.006, de 22 de marzo)”.

²¹⁷ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.J.: “Reflexiones sobre el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 17-06 (2.015), pág. 24 -<http://criminet.ugr.es/recpc>- ISSN 1695-0194.

8.5. SUPUESTOS DE “ENTREGA VIGILADA” DE ENVÍOS POSTALES

En este singular apartado de las intervenciones de las comunicaciones postales, adquieren también especial importancia los supuestos de entregas controladas. Particularmente, las SSTS 273/2.011, de 8 de abril y 115/2.014, de 25 de febrero, recuerdan en este aspecto que la Conferencia Internacional sobre el “Uso indebido y el Tráfico ilícito de drogas” fue convocada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y se celebró en Viena en 1.988 con la participación de 138 Estados representados y una amplia gama de Organizaciones internacionales y casi 200 organizaciones no gubernamentales.

Indican ambas SSTS, anteriormente referidas, que dicha Conferencia²¹⁸-*a iniciativa de la ONU*- aprobó por unanimidad un “Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras”, cuyo Capítulo III denominado “supresión del tráfico ilícito” y, más concretamente, su art. 18, subrayaba la eficacia de la “entrega vigilada” como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final. Prosigue la STS 115/2.014, de 25 de febrero, en su FD Segundo, en línea con lo antedicho por la STS 273/2.011, de 8 de abril, afirmando que esta Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1.988 -*verdadero corpus iuris de la Comunidad Internacional en materia de narcotráfico*-, consagra definitivamente la técnica de la llamada “entrega vigilada”, que define en el art. 1, letra g, como aquella consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a dicha Convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriores, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el consentimiento y supervisión de las autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º de la Convención.

La consecuencia de toda esta normativa de carácter internacional en nuestro derecho interno fue la introducción del art. 263 bis en el Título I del Libro II de la LECrim por la LO 8/1.992²¹⁹, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, como reflejo de la grave preocupación que en todos los Estados provocaba el incremento del tráfico ilegal de drogas

²¹⁸ Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1.988 -BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1.990, páginas 33.062 a 33.074 (13 págs.).

²¹⁹ BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1.992, páginas 43.861 a 43.863 (3 págs.).

en general, evidenciada y puesta de manifiesto en la citada Convención de Naciones Unidas de Viena de 1.988 y también en la línea descrita por el art. 73 del Convenio de Schengen a nivel de la Unión Europea (UE).

Este nuevo art. (263 bis LECrim), tras señalar en el apartado primero qué personas pueden autorizar la “entrega vigilada” (Juez de instrucción competente, Ministerio Fiscal y Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial -*centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores*-) entiende, en su apartado segundo, por circulación o *entrega vigilada* “la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.

No obstante ello y, de conformidad con la tesis mantenida por las SSTS de 20 de marzo de 1.996, 13 de marzo de 1.995 y 8 de julio de 1.994 -*consecuencia y antecedentes, respectivamente, del criterio adoptado por unanimidad en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 1.996*-, el supuesto de utilización del art. 263 bis LECrim (“entrega vigilada de drogas”) -*que significaría la sustitución de la droga por otra sustancia no tóxica sin que de ello tuviese conocimiento el interesado y, por tanto, sin concurrir a la diligencia de apertura*- no era aplicable a los Paquetes postales, ya que en éstos siempre figura, de algún modo, quién es el destinatario -*aunque sea falso*-, por lo que basta con vigilar el curso postal del envío, con las debidas precauciones, para llegar al mismo, a través de la técnica de “entrega vigilada” de los mismos, pues siempre hay un destinatario más o menos identificado. Y, así pues, en estos casos, se consideraba que dicha diligencia no era necesaria para descubrir a los traficantes.

Posteriormente, la LO 5/1.999²²⁰ modificó este artículo justificándolo en la alarmante

²²⁰ Ley Orgánica 5/1.999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves -BOE núm. 12, de 14 de enero de 1.999-.

dimensión que había adquirido la criminalidad organizada tanto por su importancia como por el *modus operandi* con que ésta actúa previendo, en el apartado cuarto del artículo 263 bis LECrim que “la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiera en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584” de la LECrim, que exige que para la apertura y registro de la *correspondencia* postal será citado el interesado, y éste o la persona que designe podrá presenciar la apertura. Es decir, en este caso (“entrega vigilada”, envío susceptible de contener estupefacientes) y, siguiendo la práctica jurisprudencial imperante en España, desde la reforma de la Ley procesal penal por la LO 5/1.999, tampoco es ya requisito legal necesario la presencia del interesado.

Se ha de tener presente la obligatoriedad *-como regla general-* (ex art. 584 LECrim) de la presencia del interesado en el acto de apertura del envío de *correspondencia* postal, aunque éste se encuentre deteriorado o incluso abierto, excepto en la interceptación y apertura de envíos sospechosos de contener estupefacientes, para su circulación como “entrega vigilada”.

A este respecto, Núñez Paz y Guillén López²²¹ mantienen que “hoy en día, los procedimientos tradicionales de investigación policial se muestran ineficaces para enfrentar con hecho delictivo previo de tráfico ilícito que ha concurrido, o que se está llevando a cabo, en otro territorio o país susceptible de ser perseguido y enjuiciado por la jurisdicción española y del que las autoridades encargadas tienen conocimiento, pero éstas, lejos de interrumpir su ejecución, permiten el desplazamiento de tales mercancías prohibidas bajo su vigilancia y control hasta el Estado de destino, con el fin de identificar, descubrir y detener a los sujetos que, en concierto con los encargados de su envío, están comprometidos para su recepción y ulterior colocación en el mercado”. Afirmando estos autores²²² a continuación que “aquí cabe señalar que los destinatarios y, en su caso los remitentes, de los citados paquetes suelen ser de tres tipos: falsos por ser inexistentes, bien miembros de baja jerarquía dentro de la organización criminal, bien personas desvinculadas que, a cambio de una compensación económica, aceptar pasar destinatarios-remitentes, e incluso ir a recoger al remesa. Por lo que es difícil que mediante esta técnica se pueda detener -por lo menos en un primer momento- a los jefes de la organización criminal que trafica con las

²²¹ NÚÑEZ PAZ, M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G.: “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)”, *ADPCP*, VOL. LXI, Madrid, 2.008, págs. 99-100.

²²² *Ibidem*.

sustancias que contienen tales envíos. Junto con lo anterior, hay que tomar en cuenta que el sólo hecho de que una persona aparezca como destinataria de una remesa o acuda a recoger el paquete, no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que puede alegar -en determinado momento- que desconocía el contenido del envío, por lo que su probable culpabilidad quedaría sometida a la prueba de indicios. Vid. VEGA TORRES, Jaime, *Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de la entrega vigilada*, en *TJ*, núm. 8-9, agosto-septiembre, 1.997, pp. 860 y 861”.

Por otro lado, la puesta en marcha de este mecanismo de investigación (“entrega vigilada”), según pone de manifiesto Gómez de Liaño Fonseca-Herrero²²³, no tiene como función la averiguación de un delito -*ya que el delito constituye su presupuesto*-, sino la pesquisa de pruebas para imputar a sus partícipes. Y, por tal motivo, sostiene la autora citada²²⁴, la circulación y entrega controlada difiere sustancialmente de las actividades policiales de seguimiento simple, orientadas sólo a la constatación de las sospechas de un delito y a la detención, en su caso, de los responsables. Así, la circulación vigilada no incide sobre un envío ilícitamente sospechoso, sino que necesita de la confirmación absoluta de la naturaleza ilícita de la sustancia oculta en su interior. Es decir, la transformación de las sospechas racionales en certezas conforma un elemento integrador, a la par que el punto de partida en el avance material de las operaciones de circulación y entrega vigilada.

Como ejemplo que puede servirnos de referencia para ilustrar prácticamente la evolución legal y jurisprudencial habida en España respecto de la técnica descrita de “entrega vigilada” y, en relación directa también con la diligencia de apertura de paquetes postales, vamos a exponer a continuación las principales conclusiones a las que llega Gascón Inchausti²²⁵ en su *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.998* (recurso nº 2.794/1.997) que, a su vez, remite al excelente artículo de Vegas Torres (“Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”) y que, asimismo, venimos siguiendo a lo largo de la presente exposición de este apartado.

²²³ Cfr., GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, Ed. Colex, 2.004, pág. 286.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Entrega vigilada de droga y apertura de paquetes postales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.998”, *Tribunales de Justicia*, Madrid, 1.999-6, págs. 592-597.

Inicia su *Comentario* diciendo:

“1. La presente Sentencia aborda un problema que se ha planteado con relativa frecuencia durante los últimos años y cuyos efectos prácticos resultan indudablemente muy delicados (y discutidos): el de la compatibilidad de las operaciones de circulación y entrega vigilada de drogas, previstas por el art. 263-bis LECrim, con el respeto a las garantías que, de cara a la apertura de los paquetes postales, se desprenden de los arts. 579 y sigs. -en especial del art. 584-, tal y como han sido interpretados por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (...).”

Sigue planteando los términos que suscitan el debate en torno a esta STS:

“2. De un lado, resulta evidente que la propia naturaleza de las operaciones de entrega vigilada de drogas exige que las personas objeto de investigación no tengan conocimiento de su desarrollo, de forma análoga a lo que sucede con la intervención de las comunicaciones telefónicas.

De otro, cuando las sustancias estupefacientes están circulando por el territorio nacional a través del sistema de Correos (o a través de entidades privadas que se dedican a actividades análogas), hay que tener presentes las previsiones de la LECrim en cuanto a la detención y apertura de la correspondencia, en la medida en que estas operaciones puedan afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). A estos efectos, y aunque resulta muy discutible (...), y tras algunos titubeos y vacilaciones, el Tribunal Supremo, por acuerdo expreso de su Sala Segunda de 4 de abril de 1.995, llegó a la conclusión de que los paquetes postales han de recibir en el plano procesal penal el mismo tratamiento que la correspondencia postal, pues pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial (criterio éste referido y asumido por la Sentencia que comentamos). En consecuencia, su apertura está condicionada a los requisitos de los arts. 581 y sig., especialmente: a) auto judicial motivado acordando la detención y registro de la correspondencia; b) inmediata remisión de la correspondencia al Juez Instructor; c) apertura por el Juez y en *presencia del interesado* o de la persona que designe, salvo que no hiciera uso de este derecho o estuviera en rebeldía...”

Afirmando después que “de modo expreso, se ha rechazado por el TS que las operaciones de circulación y entrega vigilada constituyan, a estos efectos, una excepción a la regla general (vid. STS de 20 de marzo de 1.996, RAJ 1.986)...”. Precisa en este sentido

Gascón Inchausti²²⁶ que “la única excepción se plantea respecto de los paquetes abiertos, de aquéllos cuyo contenido se puede apreciar por el simple examen exterior y de los que ostentan la llamada *etiqueta verde* (que según VEGAS TORRES constituye un modelo simplificado o reducido de declaración de aduanas): este tipo de envíos, como ha reconocido de modo también expreso la Sala Segunda, quedan fuera del ámbito de protección del art. 18.3 CE, lo que permite proceder a su apertura sin las formalidades enumeradas...”.

Finaliza este segundo apartado de su valoración, diciendo que “resulta evidente que la contradicción entre ambos bloques normativos se plantea en relación con la necesidad de que se cite y esté presente el interesado durante la apertura (normalmente, el *interesado* es el destinatario del envío, sea o no el imputado): y es que su presencia conduce a la inoperancia de la figura de la circulación y entrega vigilada de drogas cuando tenga soporte postal (lo que sucederá en buen número de ocasiones); su ausencia, en cambio, si se aplican de modo estricto las exigencias del art. 584 LECrim, puede ocasionar la nulidad de la actuación y la ilicitud de las pruebas obtenidas, con el consiguiente fracaso de la investigación y, en definitiva, de todo el proceso penal”.

La Sentencia del TS (Sala Segunda), de 20 de marzo de 1.996, dictada a raíz del Pleno aludido anteriormente por Gascón del propio Tribunal Supremo (de 17 de enero de 1.996), completó los argumentos a favor del paquete postal como comunicación postal objeto de protección del art. 18.3 CE, al afirmar:

“Consideramos que los paquetes postales son actos de comunicación cuyo secreto queda amparado por el art. 18.3 de la CE y cuya apertura judicial aparece regulada en los artículos 579 y ss., de la LECrim. Y ello por las razones siguientes:

1. Los amplios términos en que aparece redactado el citado art. 18.3 de la CE, que garantiza el secreto, entre otras, de las comunicaciones postales, salvo resolución judicial, sin hacer distinción alguna en cuanto al contenido de aquello que es objeto de una comunicación de esta clase.

(...)

4. Sabido es, como ya ha quedado apuntado, que el fundamento de la protección

²²⁶ *Ibidem*, pág. 594.

constitucional (del secreto de las comunicaciones en sus distintas clases se halla en la necesidad de garantizar el respeto del ámbito privado de la vida personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado, como dijo la STC 110/1.984, de 26 de noviembre. Tal fundamento habría de servir para excluir los paquetes postales de la mencionada protección constitucional si realmente se pudiera aseverar, sin riesgo alguno a equivocarse, que tales paquetes no pueden contener otra cosa que mercancías. Pero tal circunstancia nunca puede asegurarse pues cabe remitir por correo en tal clase de envíos, por ejemplo, fotografías, cintas magnetofónicas o de vídeo, películas, etc. que por su contenido pueden incorporar datos relativos a la intimidad personal o familiar, posibilidad que nos obliga a adoptar la mencionada postura amplia respecto del objeto de protección constitucional en cuanto se refiere a las garantías del secreto de las comunicaciones postales, que ha de abarcar también, en consecuencia, a los paquetes postales cuando éstos se envían cerrados y sin etiqueta verde”.

En esta línea, en su estudio sobre “Paquetes postales y tráfico de drogas”, Montero La Rubia²²⁷ sostiene que “esta protección Constitucional implica la aplicación de la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha desarrollado el artículo 18 de la Carta Magna, en concreto de la sentencia 114/1.984 de 29 de noviembre que determina que el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal en el sentido 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. Por ello como afirma Martín Morales el secreto de las comunicaciones siempre implica la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es secreto en un sentido sustancial. Ello supone que cualquier indicio que pueda dar a entender el carácter aparentemente ajeno a la intimidad del paquete como contener propaganda electoral o comercial no excluye la protección constitucional de que goza”. Añadiendo, asimismo, que “dicha presunción supone también que gozan de la protección que brinda la Constitución los paquetes remitidos por medio de empresas privadas de mensajería lo que en su momento fue objeto de debate en la Doctrina, cabe, por el contrario, entender que la correspondencia oficial no se beneficia de esta protección”.

Señala también Montero La Rubia²²⁸ que “es evidente y así ha sido mantenido por la Jurisprudencia sin excepción que las personas jurídicas gozan de la protección

²²⁷ Obra citada, pág. 3094.

²²⁸ *Ibidem*.

constitucional del secreto de sus comunicaciones”.

Volviendo al Comentario que realiza Gascón Inchausti²²⁹ a la STS de referencia, confirma el criterio jurisprudencial establecido hasta entonces por el Tribunal Supremo, indicando que:

“3. La Sala Segunda del tribunal Supremo decidió por acuerdo de su Pleno (alcanzado el 17 de enero de 1.996) ratificar lo que venía siendo doctrina mayoritaria de sus resoluciones, y sancionó la inexcusable exigencia de que en todo caso la apertura de un paquete postal sea presenciada por el interesado (art. 584 LECrim), salvo en caso de renuncia o rebeldía. En consecuencia, serán nulas todas las operaciones de circulación o entrega vigilada de droga en que se haya procedido a la apertura de un paquete postal sin la oportuna citación al destinatario. Las repercusiones de esta opinión sobre el art. 263-bis LECrim no son ignoradas por la Sala: al contrario, de modo expreso se señala que el precepto en cuestión carece de sentido *-rectius*, resulta innecesario- cuando se trata de droga que circula a través de correspondencia y paquetes postales: en efecto, según se desprende del propio tenor literal del precepto, la finalidad de la diligencia consiste en *descubrir o identificar a las personas involucradas*, y esto es a juicio de la jurisprudencia innecesario cuando se trata de paquetes postales *pues en éstos figura, de algún modo, quién es el destinatario, aunque sea falso* (F.J. 4º de la Sentencia comentada). La Sala llega incluso a proponer el modo *correcto* de actuar en supuestos como éstos: *es posible, cuando existen sospechas de contenido fraudulento, no interrumpir el curso postal y a través de un bien organizado sistema de vigilancia del destinatario en el momento de su recogida en la oficina de Correos o de entrega en el domicilio conseguir los mismos fines* (STS de 8 de julio de 1.994, RAJ 5882)”.

Aborda *-en el apartado nº 4 de este Comentario a la STS (Sala Segunda) de 13 de octubre de 1.998-* la cuestión central surgida tras la modificación legislativa de la LECrim, observando que:

“4. Diverso ha debido ser el criterio del legislador, pues uno de los objetivos de la reciente reforma de la LECrim, operada por la L.O. 5/1.999, de 13 de enero, ha consistido precisamente en dejar sin efecto esta doctrina jurisprudencial. En efecto, la L.O. 5/1.999, cuya rúbrica es esclarecedora en este punto (*perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras sustancias ilícitas graves*), no renuncia a

²²⁹ Obra citada, pág. 594.

que las operaciones de circulación y entrega vigilada de drogas se proyecten sobre la actividad postal: como señala VEGAS TORRES, *no vale decir frente a esto que cabe la entrega vigilada sin abrir el paquete y sustituir la droga, porque no siempre será razonable asumir los riesgos que la operación comporta si no puede realizarse la correspondiente sustitución y, estando prevista expresamente por la Ley la sustitución no es lógico que una discutible opción jurisprudencial vacíe absolutamente de sentido dicha previsión legal y obligue, bien a asumir más riesgos de los que, con estricta aplicación de la Ley se debería asumir, bien a renunciar a una operación de entrega vigilada, por resultar excesivos los riesgos de su realización sin sustitución de la droga, cuando dicha operación, en estricta aplicación de las previsiones legales, podría haberse realizado* (ob. cit., pág. 863)".

Entiende así Gascón Inchausti²³⁰ la repercusión de la modificación legislativa producida por la Ley 5/1.999:

"En concreto, el nuevo art. 263-bis LECrim encierra un apartado 4, inexistente en la redacción anterior (...). Resulta indiscutible que esta norma deja por completo sin efecto la doctrina del Tribunal Supremo (de la que es exponente la Sentencia que comentamos), poniendo de relieve lo insatisfactorio del hipergarantismo de aquél a la hora de alcanzar objetivos político-criminales en la lucha contra el tráfico de drogas. Más aún, aunque reacciona frente a una jurisprudencia cuya principal *ratio* ha sido la salvaguarda de los derechos fundamentales, cabe entender que el nuevo precepto no deja en absoluto desprotegidos los derechos del interesado, pues se mantienen las restantes garantías: existencia de resolución judicial motivada y apertura por parte del Juez (garantías que, *mutatis mutandis*, han servido para legitimar las escuchas telefónicas). Se trata, por tanto, de un precepto plenamente constitucional, cuya utilización será lícita siempre que se respeten las exigencias propias derivadas del principio de proporcionalidad.

En cualquier caso hay que entender que, aunque el precepto se refiere de modo expreso sólo a la inaplicación del art. 584 LECrim, lo que pretende es excluir la intervención del interesado; por ello, aunque no aparezcan mencionados, también se verán afectadas en la medida de lo necesario las previsiones de los arts. 585 (Instrumentales para lograr la efectividad del anterior), 586 (sobre el modo de proceder una vez abierta la correspondencia) y 587 (que prevé la entrega inmediata al interesado de la correspondencia que no guarde relación con la causa)...".

²³⁰ *Ibidem*, pág. 595.

Da cuenta, asimismo, de otras incorporaciones a las técnicas de investigación en el proceso penal introducidas por la reforma llevada a cabo:

“Junto a ésta son otras las novedades de la L.O. 5/1.999: de un lado, la extensión de esta técnica de investigación fuera de los límites de los delitos relacionados con el tráfico de drogas *stricto sensu* (en concreto, se declara aplicable la circulación vigilada al denominado *tráfico de precursores* -elementos para el cultivo y producción de sustancia prohibidas, en especial, las *drogas sintéticas*-, al *blanqueo de capitales*, al tráfico ilícito de especies vegetales y animales protegidas, a la falsificación de monedas y al tráfico internacional de armas); de otro, es también aportación de la reforma legal la introducción del *agente encubierto*, que se lleva a cabo mediante la determinación del ámbito de su actuación y, sobre todo, de los límites al ejercicio de su labor investigadora...”.

En la última aportación a su *Comentario* de la STS mencionada, constata el diferente tratamiento dado por la nueva regulación legal -*siguiendo la propia Sentencia, en función de la preceptiva presencia o no del interesado*-, a la diligencia de apertura del Paquete postal, señalando que:

“5. De haber estado en vigor el nuevo texto del art. 263-bis LECrim en el momento de producirse las actuaciones, resulta evidente que la apertura del paquete y la sustitución de su contenido sin contar con la presencia del interesado habría sido perfectamente válida. No obstante, no era éste el único vicio detectado por el T.S. en la presente Sentencia: también se considera lesiva del derecho al secreto de las comunicaciones la *cata* practicada sobre el Servicio de Vigilancia Aduanera. En efecto, y aunque el T.S. no lo señala de modo explícito, la actuación de los funcionarios de Aduanas -sin el concurso de la autoridad judicial- no goza de la cobertura de los arts. 30 y 31 del Reglamento de Servicios de Correos, que sólo la permite sobre objetos abiertos o que ostenten la etiqueta verde (vid., entre otras, la STS de 13 de marzo de 1.995, RAJ 1838).

Lo que no resulta tan evidente a nuestro juicio es que, por sí sola, esta infracción invalide la investigación y las pruebas que se hayan obtenido; desde luego, en la Sentencia que nos ocupa este argumento no goza de autonomía, sino que, al contrario, se menciona sin hacer excesivo hincapié en su significación particular (todo el esfuerzo dialéctico de la Sentencia se centra, en realidad, en la ausencia del interesado durante la apertura del paquete postal)...”.

Reitera una vez más este autor la necesaria autorización judicial para proceder a la intervención del Paquete postal y, por otra parte, advierte que la técnica de la *cata* practicada por el Servicio de Aduanas en el desempeño de las funciones que tiene encomendadas no entraña la apertura del Paquete:

“Parece razonable entender que debe conducir a la ilicitud de la investigación toda actuación llevada a cabo sobre el paquete sin la autorización y la presencia judicial, de la que se podría deducir una sospecha de manipulación. En tales casos, el imputado puede siempre poner en duda que se haya producido una alteración ilícita del contenido del paquete; la razón es así la misma que explica por qué el registro domiciliario debe realizarse, como regla, en presencia judicial y del titular (o de testigos). Tratándose de las *catas* practicadas por funcionarios de Aduanas la cuestión no dejará de ser, cuando menos, discutible: al fin y al cabo, como se deduce del relato de hechos probados contenido en la Sentencia de la Audiencia, la *cata* no supuso apertura del paquete: y, personalmente, nos parece difícil imaginar que, sin abrirlo, pudieran haberse introducido en él fraudulentamente cuatro envases con 773 gramos de cocaína dentro de dos cintas de vídeo. Es, en todo caso, una cuestión de índole primordialmente pericial (y de los autos no se deduce cuál fue en concreto la forma de practicarse la *cata*)...”.

Acaba Gascón Inchausti²³¹ su *Comentario* apuntando que “de cualquier manera, y de modo general, debe sostenerse la licitud (siempre dentro de los límites señalados) de determinadas técnicas policiales y aduaneras que recaen sobre paquetes postales *sospechosos* (no sólo las *catas*, también, v.g., la utilización de rayos X, o de perros policía), por mucho que aquéllos se asimilen jurisprudencialmente a la correspondencia; son actuaciones útiles a la hora de confirmar o excluir las sospechas que recaigan sobre los paquetes, que permiten restringir el recurso a la diligencia del art. 263-bis LECrim -con sus costes de tiempo, esfuerzo y personal- a aquellos casos en que se dé una verdadera apariencia delictiva”.

En cuanto a las modalidades de “entrega vigilada” o “circulación controlada” se refiere, Delgado Martín²³² distingue *-a efectos puramente doctrinales-* entre:

1.- La “circulación controlada” positiva o activa, por la que entiende aquella en la que

²³¹ *Ibíd.*, pág. 597.

²³² DELGADO MARTÍN, J.: “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, *La Ley*, Nº 5, Madrid, 2.000, págs. 1.854-5.

la sustancia o elemento ilícito es puesto en circulación por el propio Estado a través de la Policía. Esta técnica no está amparada por el art. 263 bis LECrim, dado que la “entrega vigilada” que se contempla en el precepto abarca aquellos supuestos en los cuales aquel elemento ilícito ha sido remitido por una persona ajena a la estructura estatal a otro destinatario, limitándose la Policía a permitir su circulación estableciendo la correspondiente vigilancia, con la sola posibilidad de sustituir su contenido por otro inocuo.

2.- La “circulación controlada” que se realiza con sustitución de la sustancia ilícita por otra inocua, que constituye una mera posibilidad, no siendo tal sustitución un elemento esencial de la “entrega vigilada”.

3.- La “entrega vigilada” internacional, que se produce cuando en la operación se ven implicados los poderes punitivos de varios Estados, modalidad que cada vez es más frecuente por el fenómeno de la internacionalización de la delincuencia organizada. Esta modalidad, conforme determina el último inciso del párrafo primero del art. 263 bis LECrim, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales.

Además, la técnica de la “entrega vigilada” origina con frecuencia cuestiones de competencia, ya que es habitual que las primeras diligencias judiciales de autorización de esta técnica de investigación procesal penal o de apertura del paquete se realicen por un órgano judicial distinto a aquel en cuyo partido se detiene al destinatario del mismo, cuando lo recoge o se le realiza la entrega.

Según defiende Delgado Martín²³³ y, como quiera que la Ley no resuelve expresamente qué concreto órgano judicial debe conocer de entre los varios territorialmente competentes, esa figura deberá ser integrada mediante la aplicación analógica del artículo 18.2 LECrim, siéndolo por ello el que hubiera realizado la primera actuación procesal (*fórum praeventionis*).

Igualmente se pronuncia Montero La Rubia²³⁴, para quien “este criterio es más acorde con la naturaleza del delito de tráfico de drogas, como infracción de peligro abstracto o de mera actividad, que atribuir la competencia territorial al órgano judicial en que se haya intervenido la sustancia tóxica, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, dado que el delito se consuma en cualquiera de los lugares donde se haya realizado alguna de las

²³³ *Ibidem*, págs. 1.853-1.868.

²³⁴ Obra citada, pág. 3097.

concretas actuaciones de la operación de narcotráfico de que se trate”.

Por otro lado, la LO (5/1.999), en su Exposición de Motivos, explica que “las reformas que se incorporan parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra la criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores...”. Si bien, inmediatamente señala que “todas estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales...”. Teniendo presente esta premisa, concluye diciendo “por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los aludidos principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático”.

A juicio de Ruiz Bosch²³⁵, “la preocupación de la sociedad actual por el fenómeno de la criminalidad organizada ha llevado al Legislador español, en consecuencia con la legislación internacional en la materia, a incorporar nuevas técnicas de investigación de los delitos...”. Y, con esta finalidad, afirma que “el artículo 263 (...) regula una técnica de investigación policial tendente al descubrimiento e identificación de las personas involucradas en la comisión de los delitos penales a que se refiere el precepto, y de prestar auxilio a las autoridades extranjeras en esos mismos fines”.

Considera Ruiz Bosch²³⁶ que “el hecho de que esta decisión pueda ser adoptada no

²³⁵ RUIZ BOSCH, S.: “La circulación o entrega vigilada o controlada de drogas y otras sustancias y efectos prohibidos”, *Diario la Ley*, Nº 8.589, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Madrid, 23 de julio de 2.015, Ref. D-296, pág.1.

²³⁶ *Ibidem*, pág. 6.

sólo por el Juez de instrucción, sino también por el Ministerio Fiscal o por los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, así como por sus mandos superiores, refleja bien a las claras que no son la intimidad del imputado ni el derecho al secreto de las comunicaciones (excepción hecha, claro está, de los casos a los que se refiere el art. 263 bis. 4 LECrim) los que tratan de preservarse con la requerida autorización...”. Señalando al respecto que “(...) esta resolución habilitante busca evitar espacios incontrolados en el marco de una investigación policial, pero no constituye presupuesto de legitimidad para la injerencia en ningún derecho fundamental (STS 723/2.013, de 2 de octubre)”.

Indica, asimismo, que la resolución judicial debe revestir la forma de auto y la resolución del Ministerio Fiscal por su parte -y, *en su caso*-, la forma de decreto. Sobre la necesidad de convalidación de la resolución adoptada por el Ministerio Fiscal, esta autora²³⁷ cita la STS 1.412/2.003, de 31 de octubre, que “estableció que no es necesario un auto judicial para convalidar la actuación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal conforme al apartado primero del art. 263 bis LECrim, y así se desprende del párrafo 2º del apartado tercero, que ordena a los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones otorgadas y, si existiera procedimiento judicial abierto, al Juez de instrucción competente. De manera que la garantía judicial se satisface con la intervención posterior del Juzgado en las actuaciones, y específicamente en la diligencia de apertura”. Advierte también que el apartado 3 del precepto referido (art. 263 bis LECrim) exige que la “entrega” o “circulación” se realice caso por caso, de manera que quedan prohibidas autorizaciones genéricas o meramente indagatorias.

En cualquier caso, una vez acordada la medida, los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial o sus mandos superiores habrán de dar cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal y, si estuviera abierto un procedimiento judicial penal, al Juez de Instrucción competente. En palabras de Molina Mansilla²³⁸, de esta manera “...se asegura la supervisión judicial de las actividades policiales desarrolladas”.

Otra cuestión relevante, es determinar si los Tribunales españoles tienen o no competencia para verificar si las diligencias policiales o judiciales practicadas en el

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ MOLINA MANSILLA, M^a C.: “Mecanismos de lucha contra el tráfico de drogas extramuros del Código Penal”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N^o 36, Madrid, 2.007, pág. 93.

extranjero se han realizado cumpliendo las garantías necesarias para que sean tenidas como prueba lícita en nuestro ordenamiento jurídico *-en los casos en que el Paquete se remite desde el exterior y se interviene antes de llegar al país de destino, donde se acaba juzgando al implicado-*.

A este respecto, el TS, en Sentencia de 12 de enero de 2.001, manifestó que no es exigible que los funcionarios de otros países cuando actúen en el suyo deban someterse a la interpretación que ha hecho la Sala 2ª de equiparar determinados Paquetes a *correspondencia -a efectos de las garantías que deban adoptarse-*, pues ello no viene requerido por los Acuerdos y Tratados Internacionales suscritos por España.

Ruiz Bosch²³⁹ recuerda que “las SSTS 317/2.002, de 25 de febrero, y 2.080/2.002, de 1 de abril, señalan las normas internacionales a tener en cuenta cuando coincide la actuación de varios Estados en el registro de Paquetes postales y en la investigación de posibles delitos de tráfico de drogas:

a) El art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1.959, que dispone que es la legislación del país en que se practican y obtienen las pruebas la que debe regir respecto del modo de practicarlas.

b) El Convenio Schengen, de 19 de junio de 1.990, que en su art. 73 autoriza a las partes a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección o control de las actuaciones en su territorio.

c) La Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1.988, que consagra la técnica de la entrega vigilada que, como hemos visto, dio lugar a la redacción del art. 263 bis LECrim.

d) El Convenio sobre Paquetes Postales, de 14 de diciembre de 1.989, en el que se prohíbe incluir en los Paquetes documentos que contengan carácter de correspondencia personal.”

Por último, hay que mencionar el Auto del tribunal Supremo (ATS), de 23 de junio de 2.000, según el cual la competencia para el conocimiento de la causa corresponde al

²³⁹ Obra citada, pág. 9.

Juzgado donde haya tenido lugar la apertura del Paquete.

Esta reforma se concretó, además y, fundamentalmente *-de acuerdo con la obligación impuesta a los Estados parte en el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancia psicotrópicas-* en extender el ámbito de aplicación del precepto que, además del tráfico de drogas, alcanzó así a otras formas de criminalidad organizada no relacionadas con aquéllas con la mayor eficacia posible.

Finalmente, la LO 5/2.010, de 22 de junio, modificó nuevamente el precepto referido, ampliando la habilitación para la utilización del recurso a la circulación o entrega vigilada respecto de los bienes contemplados en el art. 399 bis del Código Penal, que versa sobre falsificación de tarjetas de crédito y débito, y cheques de viaje.

Por tanto, el fundamento de esta técnica de investigación es, según reiterada jurisprudencia²⁴⁰ al respecto, permitir descubrir o identificar a las personas involucradas. Así se expresa también la STS 2.114/2.002, de 18 de diciembre, cuando dice: (...) para permitir de esta forma la correcta identificación del verdadero destinatario de la misma y la determinación previa a su entrega, del contenido del envío...”.

Se trata, obviamente, de una medida de carácter excepcional, que ha de guardar proporcionalidad con la infracción penal investigada. Dicho esto, como excepción a la regla general, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 584 LECrim en caso de apertura de *correspondencia* postal sin la presencia del interesado o la persona que éste designe en su defecto, supondrá la nulidad de la prueba. También deben considerarse infracciones de alcance constitucional la ausencia de motivación, la infracción del principio de proporcionalidad, la total indeterminación del tipo delictivo que motiva la intervención y la indefinición del tiempo de duración de la medida. Y, en este supuesto de nulidad de la prueba, habrá que tener en consideración la conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitas y las reflejas, y su alcance concreto.

Así, en STC 28/2.002, de 11 de febrero, FJ 4, el Alto Tribunal manifestó que: “desde la STC 114/1.984, de 29 de noviembre, hemos de sostener que, aunque la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una

²⁴⁰ STS 973/2.011, de 27 de septiembre, entre otras muchas.

ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de *proceso justo*, debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1.984, de 29 de noviembre, FJ 5)...”. Para terminar expresando: “(...) tal prohibición atañe no sólo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a *cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios* (STC 49/1.996, de 26 de marzo, FJ 3), aunque derive indirectamente de aquélla (SSTC 85/1.994, de 14 de marzo, FJ 4; 86/1.995, de 6 de junio, FJ 3; 181/1.995, de 11 de diciembre, FJ 4; 54/1.996, de 26 de marzo, FJ 8)”.

De modo que la llamada *regla de exclusión* (the exclusionary rule), derivada de la doctrina del *fruit of the poisonous tree* del Derecho estadounidense fue asumida por la STC 114/1.984, de 29 de noviembre. La *Teoría de los frutos del árbol envenenado* se incorporó con posterioridad al art. 11.1 LOPJ, conforme al que *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*. Se establece, por tanto, una sanción a la injerencia ilícita en los Derechos *Fundamentales* de la persona. En este sentido, ha de tenerse en cuenta la idea de que no es únicamente la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino que debe darse también la conexión de antijuridicidad²⁴¹. O, dicho de otra forma, la prohibición de valoración de pruebas originales no afectará a las derivadas si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural; o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC 299/2.000, de 11 de diciembre; y 167/2.002, de 18 de septiembre, entre muchas otras).

En esta misma línea, la doctrina ha aportado tres parámetros interesantes para ponderar si concurre la denominada *conexión de antijuridicidad*:

1) doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*).- Supone analizar si la prueba procede de una fuente probatoria distinta de aquella otra que vulnera un Derecho *Fundamental*.

2) doctrina de la conexión atenuada (*attenuated connection doctrine*).- Implica valorar si, pese a la relación causal entre la prueba originaria y la derivada, se aprecia alguna circunstancia que la atenúe, como el transcurso de un período de tiempo suficiente

²⁴¹ Entre otras, STS 740/2.012, de 10 de octubre.

o la concurrencia de actos libres interpuestos.

3) doctrina del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*). Que analiza si la prueba obtenida con infracción de algún derecho constitucional hubiere sido, en todo caso, descubierta, de manera que el resultado de la prueba ilícita fuese irrelevante.

Cuando la prueba tachada de ilícitamente obtenida hubiera llegado a la causa, en todo caso, porque el Juez de instrucción de todos modos hubiera tenido que decretar la diligencia cuestionada, surge la doctrina del *inevitable discovery exception*, que es una corrección, a su vez, del *fruit of the poisonous tree doctrine* (Teoría del fruto del árbol envenenado). Es decir, si la experiencia indica que las circunstancias hubiesen llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada *conexión de antijuridicidad* que, en realidad presupone, en dichos supuestos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, esto es, la relación causal de la primera con la segunda. O, dicho con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido, no es el resultado de esa condición (SSTS 468/2.012, de 11 de junio; y 885/2.002, de 21 de mayo).

Finalmente, relacionado con el envío de droga por Paquete postal, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS expresada, entre otras, en la Sentencia 523/2.017, de 7 de julio, proclama que: “en los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, puesto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga implica una colaboración que facilita la comisión del delito.” Y, más adelante, se precisaba que la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Se trata, pues, del supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Ruiz Bosch²⁴² dice que “en la Sentencia 1.567/1.994, de 12 de septiembre, el Tribunal Supremo pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del

²⁴² Obra citada, pág. 13.

estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico”.

En relación con los envíos provenientes del extranjero, explica la autora citada²⁴³ - *en alusión a resoluciones del TS*- que “las Sentencias 835/2.001, de 12 de mayo; 794/2.002, de 30 de abril, y 2.104/2.002, de 9 de diciembre, enseñan que en los casos de envío de droga desde un país extranjero, por correo u otro medio de transporte, respecto a la persona que recoge la mercancía, se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado (SAP Tarragona 527/2.013, de 27 de noviembre)”.

8.6. JURISPRUDENCIA: REQUISITOS INTERVENCIÓN

La abundante jurisprudencia de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo (TS)²⁴⁴ al respecto de la medida de intervención de las comunicaciones, ha configurado en torno a ella la siguiente doctrina:

a) Como regla general (salvo caso de urgencia en supuestos tasados -*ex art. 579.3 LECrim*-) La exclusividad jurisdiccional de la intervención, en el sentido de que únicamente por la Autoridad judicial competente se pueden establecer tales restricciones al derecho constitucional al *secreto* de las comunicaciones.

b) Excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Por todas, STS 268/1.997 (recurso. nº 684/1.996), de 4 de marzo que, a su vez, en su FD Segundo resume la doctrina constante contenida en la STS 425/1.995, de 15 de marzo, estableciendo los principios rectores que deben presidir la misma.

medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daño sobre los Derechos y Libertades *Fundamentales* del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el *secreto* de las comunicaciones.

c) Proporcionalidad en la medida, que solamente habrá de pedirse y adoptarse *-en su caso-* para supuestos de delitos graves y cuya especificidad viene actualmente recogida legalmente en el art. 579.1 LECrim.

d) Limitación temporal de la medida interceptora de las comunicaciones postales, fijando el art. 579.2 LECrim períodos prorrogables, sin que dicha intervención pueda prolongarse de manera indefinida o excesiva, porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal. Y, por esta misma razón, la *prórroga/s -de adoptarse-*, también deberá ser motivada.

e) Concreción del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención postal para tratar de descubrir de manera general o indiscriminada actos delictivos. Ni tampoco para realizar prospecciones abstractas de conductas indeterminadas.

f) Existencia previa imprescindible de indicios suficientes de la comisión del presunto delito, y no de meras sospechas y/o conjeturas.

g) Exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de investigación que implica la injerencia en la *correspondencia* escrita y telegráfica.

h) Apertura de la *correspondencia* por el Juez y en presencia del Letrado de la Administración de Justicia y del interesado o persona designada por éste, salvo que no se haga uso de este derecho o estuviera el mismo en rebeldía (excepto en los casos de “entrega vigilada” de Paquetes postales, por cuanto el art. 263 bis LECrim excluye en este supuestos concretos la aplicación del art. 584 LECrim).

i) La modalidad de envío postal (Paquete postal) según distintivo exterior *etiqueta verde*, posibilita su apertura y control aduanero, sin la preceptiva autorización judicial o la presencia del destinatario, sin que tales operaciones violen el derecho constitucional (ex art. 18.3 CE) al *secreto* de las comunicaciones.

De esta forma y, según la doctrina jurisprudencial mayoritaria, por *intercepción* de comunicaciones puede entenderse todo acto de investigación, limitativo del Derecho

Fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de instrucción competente, en relación con un hecho concreto punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal decide, mediante auto especialmente motivado, que por la Policía Judicial se proceda a la observación y, en su caso, se practique su detención, apertura y examen (personalmente por el propio Juez) de la *correspondencia* escrita y telegráfica del investigado o de otros con quienes mantenga relación, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y determinar así la participación de su autor.

En resumen, puede decirse que los presupuestos habilitantes para proceder legalmente a la intervención de la *correspondencia* escrita y telegráfica, son los siguientes:

1. En primer lugar, que se trate de *correspondencia* postal o telegráfica que el investigado reciba y/o remita, o de otros con quienes aquél se comunique;
2. Que haya indicios verosímiles de obtener por estos medios el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa penal objeto de investigación; y, actuando como auténtica *conditio sine que non* (regla general, salvo caso de urgencia ex art. 579.3 LECrim);
3. Que exista un auto motivado del Juez que determine, por la designación de nombres de remitentes o destinatarios u otros datos concretos, la *correspondencia* que deba ser detenida o los telegramas (o *correspondencia* telegráfica) de los que haya de entregar asimismo copia.

La *detención* es simplemente la retención de la *correspondencia*, para su posterior apertura y examen. La practica el Juez de instrucción, pero admite delegación mediante auto motivado (y suele recaer en el Administrador de Correos y Telégrafos o Jefe/encargado de Oficina Postal correspondiente).

En cuanto a la *apertura y examen* de la *correspondencia* se refiere, hay que distinguir por una parte entre el sujeto facultado para abrir y examinar el contenido -*que será única y exclusivamente el Juez de instrucción competente*- y, por otra, sujetos obligados a presenciar y levantar testimonio del acto -*el Letrado de la Administración de Justicia*-, o facultados y autorizados para asistir al mismo -*el interesado o en quien éste delegue*-.

Normalmente, la adopción de la medida de intervención de la *correspondencia* escrita y telegráfica se solicitará mediante oficio motivado al Juez competente, justificando razonadamente todas las sospechas e indicios que originen tal petición, al objeto de que la Autoridad judicial expida Auto de detención y registro de la misma, dirigido al Administrador de Correos o similar de la empresa postal privada correspondiente.

El incumplimiento por parte del funcionario policial de los requisitos legales y jurisprudenciales reseñados anteriormente, puede dar lugar a la nulidad de las actuaciones por vulneración de los Derechos *Fundamentales*, así como a la comisión de un delito tipificado en Libro II. “Delitos y sus penas”, Título XX. “Delitos contra la Constitución”, Capítulo V. “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, artículo 535, que prescribe:

“La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa, de seis a dieciocho meses”.

Por el contrario, en caso positivo y, habiendo cumplido todas las exigencias legales establecidas al efecto, esta medida cuenta con la fuerza probatoria de ser una diligencia extrínseca y carente de subjetividad. En definitiva, pues, se trata de una diligencia de prueba preconstituida.

9. SUPUESTOS ESPECIALES DE INTERVENCIÓN

Además de la regulación de la intervención de las comunicaciones llevada a cabo por la LO 13/2015, de 5 de octubre (LOMLECRim), incluido algún aspecto concreto contenido en su propio articulado y que, de igual modo, mencionamos en este apartado específico, hay que destacar *-aunque sin ánimo de exhaustividad, excepción hecha de la intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, por razón de su especial singularidad-*, los supuestos particulares de intervención de las comunicaciones, debidamente amparados y autorizados o no *-en su caso-* por el ordenamiento jurídico español en su conjunto, que son principalmente los siguientes:

- La intervención de las comunicaciones por el CNI (Centro Nacional de Inteligencia).- La LO 2/2.002²⁴⁵, de 6 de mayo, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, en su artículo único prescribe que el Secretario de Estado (Director del Centro Nacional de Inteligencia) deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la LOPJ, autorización para la adopción de medidas que afecten al *secreto* de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro. Y continúa el precepto señalado indicando que la solicitud deberá contener *-entre otros extremos-* justificación de las medidas que se solicitan, los hechos que la apoyan, los fines que la motivan, y las razones que aconsejan la adopción de las mismas, y su duración *-que no podrá exceder de tres meses prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad-*.

- La intervención de las comunicaciones en casos de bandas armadas o elementos terroristas (ex art. 579.3 LECrim).- En cumplimiento y desarrollo del art. 55.2 CE, que prescribe: “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.

En este supuesto en concreto (afectación del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, ex art. 18.3 CE) y, según dispone el art. 579.3 LECrim, la medida de intervención de las mismas *-“en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida (...)”-* podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, comunicándolo inmediatamente (y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas) por escrito motivado al Juez competente *-haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado-* quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada tal observación²⁴⁶. De

²⁴⁵ BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2.002, págs. 16.439 a 16.440 (2 págs.).
<https://www.boe.es/boe/dias/2002/05/07/pdfs/A16439-16440.pdf>

²⁴⁶ En este sentido, como señalado antecedente jurisprudencial al respecto y, entre muchas otras: STC 71/1.994, de 3 de marzo.

cualquier forma y, como señalara en su momento también el propio TEDH²⁴⁷, habrán de conciliarse los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y la salvaguarda de los derechos individuales.

Hay que destacar en este punto las graves consecuencias legales que conlleva el incumplimiento de todas y cada una de las exigencias establecidas al efecto *-ya sea por defecto de garantías, o bien por exceso de intervención-* para la lícita adopción de la medida excepcional de intervención de las comunicaciones (que entraña, por otra parte y, como no puede ser de otra manera, el correlativo sacrificio de un Derecho *Fundamental*), contenidas en el segundo párrafo del art. 55.2 CE: “La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

Sin ánimo de realizar una retrospectiva histórica completa ni exhaustiva de la evolución legislativa operada en España en este ámbito de actuación, sí resulta cuanto menos interesante hacer mención a este respecto del contenido básico del artículo de VÍRGALA FORURIA²⁴⁸ sobre esta materia específica, donde sostiene²⁴⁹ que “al igual que sucede con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el artículo 55.2 CE permite la suspensión del art. 18.3 CE, es decir, del derecho al secreto de las comunicaciones, entendida como la posible autorización, establecida mediante Ley Orgánica, a la autoridad gubernativa, en determinados supuestos excepcionales, para intervenir las comunicaciones sin autorización judicial previa, aunque en este caso, al poder prolongarse la intervención en el tiempo, el juez puede revocar la autorización gubernativa”.

En la línea referida, expone dicho autor²⁵⁰ que “en un primer momento, tras la Constitución, la observación de las comunicaciones podía ordenarse por la autoridad gubernativa sin condiciones, dando cuenta inmediata al juez, que podía revocar la observación en setenta y dos horas:

El Ministro del Interior podrá ordenar, por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación postal, telegráfica y telefónica para aquellas personas de las que se estime racionalmente puedan estar relacionadas o integradas en los grupos organizados

²⁴⁷ STEDH, de 6 de septiembre de 1.978 -*caso Klass contra República Federal de Alemania*-.

²⁴⁸ VÍRGALA FORURIA, E.: “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 40, Enero-Abril 1.994, págs. 61-132.

²⁴⁹ *Ibíd*em, pág. 114.

²⁵⁰ *Ibíd*em, págs. 114-115.

a que se refiere el artículo primero de esta Ley. Al tiempo de ejercitar esta facultad comunicará por escrito tal decisión al Juez competente, fundando la adopción de la medida; la autoridad judicial, en las diligencias que al efecto incoe y también con expresión de los motivos, deberá confirmar o revocar total o parcialmente lo acordado por el Ministro del Interior en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación. La autoridad judicial podrá revocar total o parcialmente en cualquier momento, la autorización concedida. En el supuesto de revocación, deberá ejecutarse inmediatamente la resolución. La sucesiva o sucesivas prórrogas en la observación se someterán a los trámites previstos en el párrafo anterior (art. 4 Ley 56/1.978)...”.

Explica Virgala Foruria²⁵¹ que “(...) posteriormente, se exigió el requisito de la urgencia:

2. En caso de urgencia, esta medida [la observación de las comunicaciones por plazo de tres meses para aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos armados a que se refiere el artículo 1º (LO 11/1.980) o para aquellas personas en las que, de las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas, rebeldes o elementos terroristas, a que se refiere esta Ley, resulten indicios de responsabilidad criminal o de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos (LO 9/1.984)] podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quién, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

3. En todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al Juez competente, quien podrá revocar lo acordado en cualquier momento, total o parcialmente. En el supuesto de revocación deberá ejecutarse inmediatamente la resolución.

4. La sucesiva o sucesivas prórrogas se someterán a los mismos trámites (arts. 5 LO 11/1.980 y 17 LO 9/1.984)”.

Al hilo de lo comentado hasta ahora por el autor de referencia (que retomaremos seguidamente) y, como ejemplo ilustrativo a nivel estadístico de la incidencia y/o relevancia en España durante esta época de la práctica efectiva de la medida de interceptación de las comunicaciones -*en este caso concreto, únicamente telefónicas y postales*-, ofrecemos a

²⁵¹ *Ibíd*em, pág. 115.

continuación los datos correspondientes a dos períodos suficientemente documentados extraídos de la comparecencia del Ministro del Interior ante la Comisión de Interior²⁵² del Congreso de los Diputados (29 de octubre de 1.981), en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 11/1.980, de 1 de diciembre, en la que se acordaba la asistencia periódica del mismo para informar a la Comisión respecto al tema de terrorismo.

En este aspecto, la información facilitada por el Ministro del Interior²⁵³ (Sr. Rosón Pérez) y correspondiente al período comprendido entre el 1 de junio y el 27 de octubre de 1.981, es la siguiente:

“Se han practicado 502 observaciones telefónicas, de las cuales están ya concluidas 266, están en vigor aún 236 y no hay ninguna de ellas revocada por la autoridad judicial.

Se han practicado, asimismo, tres observaciones postales, de las cuales una está concluida y dos se hallan aún en vigor”.

Además y, como elemento comparativo de la progresión experimentada en la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones, el propio Ministro del Interior señala²⁵⁴ a este respecto que “han aumentado a lo largo del año 1.981 (...) de 328 a 502 las observaciones telefónicas, y de ninguna a tres las observaciones postales”. El resumen de estos datos aparece ordenado en la Tabla²⁵⁵ que presentamos a continuación:

CUADRO-RESUMEN INTERVENCIÓN COMUNICACIONES: TERRORISMO (1Junio/27Octubre-1.980/1.981)						
AÑO/%/TOTAL	1.980: 6/10	%/Subtotal	1.981: 6/10	%/Subtotal	SUMA TOT	% TOTAL
OBS. TELEFÓNICAS	328	100	502	99,4	830	99,64
OBS. POSTALES	0	0	3	0,60	3	0,36
TOTAL	328	100	505	100	833	100

Y llama poderosamente la atención la absoluta preeminencia de las interceptaciones telefónicas (99, 64% en el conjunto de la muestra considerada; esto es, pues, un total absoluto de 830) frente a las comunicaciones postales intervenidas en el mismo ámbito temporal (apenas un inapreciable 0,36% del total; es decir, 3 de un universo global de 833

²⁵² Boletín Oficial de las Cortes Generales Núm. 33, Año 1.981, Sesiones informativas de Comisiones, Acta taquigráfica de la sesión celebrada por la COMISIÓN DE INTERIOR el jueves, día 29 de octubre de 1.981, I Legislatura. http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/CO/CI_033.PDF

²⁵³ Ibídem, pág. 4.

²⁵⁴ Ibídem, pág. 5.

²⁵⁵ Elaboración propia, a partir de la información aportada por el Ministro del Interior en su comparecencia ante la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados (29 de octubre de 1.981).

injerencias producidas en materia antiterrorista).

En este sentido, el Ministro del Interior²⁵⁶ comenta que “la ley, sobre cuyo uso y aplicación hoy informo a Sus Señorías, destaca no solamente por los efectos, evidentemente represivos, sino también por las posibilidades que ofrece al poder ejecutivo de realizar actuaciones de prevención...” precisando al mismo tiempo que “(...) por esta razón, como Sus Señorías habrán notado, esta labor de prevención se manifiesta en los datos estadísticos por la vía de observaciones telefónicas y por la vía de observaciones postales, así como la de registros domiciliarios”, admitiendo finalmente que “el Gobierno no es ajeno, ni por consiguiente el Ministro del Interior, de que ésta es una ley de carácter excepcional y que, por lo tanto, exige esos tres niveles de control: el gubernativo, que se procura realizar mediante el análisis de las condiciones o causas por las cuales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado solicitan la aplicación de la ley; el judicial, que se viene realizando progresivamente con mayor rigor mediante la presencia, en los casos de detención, del Ministerio Fiscal y de los jueces; y el parlamentario, que (...) se refiere al cumplimiento que el Ministerio del Interior tiene de la rendición de cuentas por esos períodos trimestrales o anteriores, cuando uno o dos de los Grupos de cualquiera de las dos Cámaras lo soliciten”.

Volviendo ahora al planteamiento defendido por Virgala Foruria²⁵⁷ manifiesta éste, asimismo, que “la LO 4/1.988, en este sentido, ha autorizado la suspensión del secreto de las comunicaciones *en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo* [la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos]...” sosteniendo que “aunque el art. 579.4 LECr para identificar el objeto de la observación se remite al apartado tercero del propio artículo, que utiliza la expresión de *comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas*, ha de entenderse, de acuerdo al art. 18.3 CE, que cabe la observación también de cualquier otra comunicación (como puede ser el correo electrónico a través de ordenador)”.

Añade a este respecto dicho autor²⁵⁸ que “la resolución gubernativa ha de fundarse

²⁵⁶ Fuente ya citada, pág. 5

²⁵⁷ Obra citada, págs. 114-115.

²⁵⁸ *Ibidem*, pág. 116.

en la urgencia, es decir, en la obtención de información fidedigna por la policía de que una persona sobre la que existen indicios de responsabilidad criminal por terrorismo va a realizar una comunicación con un tercero en relación con su actividad delictiva y que tal comunicación se va a producir de forma inmediata sin que exista posibilidad temporal de obtener una resolución judicial autorizando la observación de dicha comunicación, es decir, como indica la STC 199/1.987 (...) *las razones de urgencia han de ser interpretadas restrictivamente* (FJ 10º), y mantiene²⁵⁹ también que “la comunicación de la autoridad gubernativa al juez de que se ha producido la observación ha de ser motivada, lo que afectará tanto a los motivos de interceptación como a los de urgencia, y debe contener la petición de confirmación. Dicha comunicación, por otra parte, ha de ser inmediata, es decir, nada más producirse la interceptación y teniendo en cuenta que a las setenta y dos horas de la misma, el juez ha tenido ya que decidir. El juez puede revocar la medida, confirmarla y, también, aunque no se señala expresamente, modificar sus términos, en cuanto al plazo, forma, etc. Para Rojas (1.990: 526; en un sentido similar: La Marca, 1.985: 422-423, en su análisis del precepto correspondiente de la LO 9/1.984), el juez termina su función con la confirmación o revocación, pasando a competencia gubernativa la custodia de la correspondencia, el dar instrucciones a las oficinas postales y telefónicas, etc., no existiendo obligación de llamar al interesado en la apertura de cartas. Para López Garrido (1.987: 85; en el mismo sentido, Rojas: 1.990: 502), la intervención judicial quedaría muy mediatizada por la previa intervención policial, lo que debe relativizarse pues el juez puede decidir en cualquier sentido, confirmando o revocando, sin estar sujeto a la previa decisión policial”.

Termina Vírjala Foruria²⁶⁰ este apartado de su artículo señalando que “de acuerdo a la información proporcionada por el ministro del Interior a las Cortes, del 3 de diciembre de 1.982 a abril de 1.988 se produjeron 123 observaciones postales y 4.801 telefónicas, de las que el 4 por 100 lo fueron por iniciativa directa del Ministerio del Interior (comparecencia del ministro del Interior, señor Barrionuevo, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso: *DSC-Comisiones*, III Legislatura, núm. 264, de 20 de abril de 1.988, pág. 9.168). De lo anterior, parece deducirse que la suspensión del art. 18.3 CE sólo se produce en la práctica en las comunicaciones telefónicas...” concluyendo que “(...) junto a ello hay que destacar que el ministro no indica cuántas de las observaciones ordenadas por su Ministerio arrojaron un resultado positivo”.

²⁵⁹ *Ibidem*, pág. 117.

²⁶⁰ *Ibidem*, págs. 117-118.

Así, pues, cabe decir que entre diciembre de 1.982 y abril de 1.988, del total de intervenciones realizadas para combatir el terrorismo en España (4.924, según los datos aportados por el Ministerio del Interior), el 97,50% de ellas (esto es, 4.801) fueron observaciones telefónicas, siendo residual el número de interceptaciones postales producidas (123), lo que supone un exiguo 2,50% del total.

- Intervención en el marco de la LO 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.- En otro orden de cosas, se constata cómo los privados de libertad ven reducido su derecho al *secreto* de las comunicaciones.

En primer lugar, de forma general, en virtud de las limitaciones a las comunicaciones telefónicas que impone la legislación penitenciaria (ex art. 47.1.3 del Reglamento Penitenciario, RD 190/1.996, de 9 de febrero). En segundo lugar, una mayor incidencia en este Derecho *Fundamental* se deriva de los arts. 46 y 51 de la Ley Orgánica 1/1.979²⁶¹, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP), que permite *-como a continuación se expone-* que las comunicaciones puedan ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, quien dará cuenta a la autoridad judicial competente²⁶².

Estas limitaciones derivarían de la situación de sujeción especial de los internos, en conexión con el art. 25.2 CE²⁶³.

Centrándonos primero en las denominadas comunicaciones *generales o genéricas* (ex art. 51.1 LOGP: "(...) con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial"), es preciso concluir *-a la luz, a su vez, de lo previsto en el art. 51.5 de la LOGP-* que podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario "por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento", según postula el art. 51.1 LOGP. Y, debido a que tal restricción al derecho al *secreto* de las comunicaciones se lleva a cabo por una autoridad administrativa, esta primera clase de comunicaciones *-generales o genéricas-* viene sometida al régimen general del art. 51.5 de la LOGP, siendo necesario dar cuenta y comunicar tal medida a la autoridad judicial competente en cada caso (Juez de Vigilancia Penitenciaria,...), al objeto

²⁶¹ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1.979. Referencia: BOE-A-1979-23708.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1/con>

²⁶² Entre otras, SSTC: 106/2.001, de 23 de abril; y 192, 193 y 194/2.002, de 28 de octubre.

²⁶³ Por todas ellas, STC 58/1.998, de 16 de marzo.

de llevar a efecto un control jurisdiccional completo y, de esta forma, garantizar al máximo posible que no se conculca el Derecho *Fundamental* del interno.

Atendiendo a ello y, en desarrollo de la LOGP, el Real Decreto 190/1.996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1.996), en su Título II. “De la organización general”, Capítulo IV. “Relaciones con el exterior”, Sección 1ª. “Comunicaciones y visitas”, artículo 46. “Comunicaciones escritas”, dispone que “La correspondencia de los internos se ajustará a las siguientes normas:

5ª. En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados (...).”

En este contexto, como queda patente, el Reglamento Penitenciario prevé expresamente que, en caso de acordarse la intervención de las comunicaciones del interno, se le deberá notificar a este último tal medida. En este sentido, el TC²⁶⁴ ha advertido claramente de manera explícita que “(...) la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas (...).

Por otro lado y, en el caso de las comunicaciones llamadas *específicas* (es decir, aquellas mantenidas entre el interno y sus Abogados o Procuradores en relación con asuntos penales), hay que señalar que están sujetas al régimen especial regulado por el art. 51.2 de la LOGP “(...) cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria, que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario”, según sostiene la STC 183/1.994, de 20 de junio, FJ 5. De ello se desprende claramente que estas comunicaciones *específicas* (con Abogados defensores y/o Procuradores, insistimos nuevamente) “(...) no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo” (ex art. 51.2 LOGP).

Dicho esto, conviene analizar brevemente la evolución jurisprudencial que ha tenido lugar en relación a la interpretación de las exigencias contenidas en el precepto citado. Así

²⁶⁴ STC 200/1.997, de 24 de noviembre, FJ 4.

y, en un primer momento, el TC consideró que los requisitos exigidos por el art. 51.2 LOGP para la intervención de las comunicaciones de los internos con sus Abogados debían concebirse de forma *separada* o *alternativa*. De este modo, la injerencia de tales comunicaciones podría tener lugar por orden judicial con carácter general, o bien, por el Director del establecimiento penitenciario en los supuestos de terrorismo, debiéndose informar en estos últimos supuestos a la autoridad judicial competente.

En esta línea, la STC 73/1.983, de 30 de julio, en su FJ 7 afirma: “(...) la interpretación de este precepto -51.2- ha de hacerse en conexión con la regla quinta del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, *dando cuenta a la autoridad judicial competente*. La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho artículo -que en cuanto afecta a un derecho fundamental puede hacer este TC- conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el núm. 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo además podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

Empero, esta doctrina jurisprudencial fue completamente superada y abandonada ulteriormente por medio de la STC 183/1.994, de 20 de junio *-ya mencionada-* que, en su FJ 5 se manifiesta así: “según disponen los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual proyectado a las comunicaciones del interno en un establecimiento penitenciario (...) significa que es presupuesto habilitante inexorable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el art. 25.2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio de Roma”.

Refiriéndose a continuación al art. 51.5 de la LOGP, esta STC, en su FJ 5, señala: “(...) este precepto autoriza al Director del Establecimiento a suspender o intervenir las comunicaciones orales y escritas previstas en el mismo artículo, en cuyo núm. 2 se incluyen las comunicaciones de los internos con su Abogado, y se permite que sean suspendidas o intervenidas por *orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*; frase esta última, que les conduce a entender que el Director del Establecimiento puede extender su facultad de suspensión a esta específica clase de comunicaciones, en los supuestos de terrorismo”. Puntualizando seguidamente que “esta interpretación, aunque se haya hecho

referencia a ella en la STC 78/1.983, en una declaración accidental o de *obiter dictum*, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al art. 51 de la L.O.G.P., y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados”.

Matizando finalmente para zanjar definitivamente la cuestión planteada *-lo que supone efectivamente un cambio de postura del TC en la materia-* que: “Esta diferenciación esencial que existe entre el art. 51.5 -régimen general cuya única remisión válida es el art. 51.1- y el art. 51.2 pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de *orden de la autoridad judicial y supuestos de terrorismo*, que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben por el contrario, considerarse acumulativas y, en consecuencia, llegarse a la conclusión que el art. 51.2 de la L.O.G.P. autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado sin que se autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones”.

De forma y manera que el TC concluye estimando que las dos tipologías de comunicaciones aludidas *-generales o genéricas, y específicas-* tienen una naturaleza divergente y, por ende, están sometidas a un régimen jurídico totalmente diferente. Por ello, los requisitos previstos en el art. 51.2 de la LOGP *-a saber, “orden de la autoridad judicial” y “en los supuestos de terrorismo”-* no pueden interpretarse como exigencias alternativas, sino acumulativas, debido “(...) a la trascendente incidencia del derecho fundamental a la defensa”, como igualmente confirma el propio TC²⁶⁵.

En atención a todas estas circunstancias, las comunicaciones entre los internos y sus letrados en ningún caso *-como ha quedado suficientemente fundamentado-* podrán ser intervenidas a través de una autorización y/o decisión emitida por la autoridad penitenciaria (de carácter administrativo, en cualquier caso), siendo estrictamente necesaria la existencia de una orden judicial debidamente motivada *-dictada por la autoridad jurisdiccional*

²⁶⁵ STC 58/1.998, de 16 de marzo, FJ 5.

competente y, única y exclusivamente, en los supuestos de terrorismo.

Consolida esta doctrina el Alto Tribunal²⁶⁶ manteniendo al respecto que: “el art. 51 LOGP reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones, diferenciando el propio precepto, en cuanto al ejercicio de tal derecho, entre varias modalidades de comunicaciones, que son de muy diferente naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Por lo que se refiere a las limitaciones que pueden experimentar las denominadas comunicaciones genéricas que regulan los arts. 51.1 LOGP y concordantes RP de 1.996, esto es, las que los internos pueden celebrar con sus familiares, amigos y representantes de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria (...), el citado art. 51.1 LOGP, además de mencionar los casos de incomunicación judicial, impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad, pero autoriza que sean restringidas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento. Por su parte, el art. 51.5 LOGP permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

Asimismo, esta misma STC -106/2.001, de 23 de abril, en su FJ 6- contiene un resumen sistemático de esta doctrina: “(...) en cuanto a los requisitos que deben de cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el art. 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los arts. 43.1 y 46.5 RP de 1.996, este Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención”.

Y, en este mismo pronunciamiento, pero en su FJ 7, el TC sostiene que: “constitucionalmente debe entenderse que el sistema de garantías reforzadas para la intervención del art. 51.2 LOGP comprende las comunicaciones escritas, del tipo que sean, entre preso y Abogado y que la alusión de dicho apartado a la *celebración en departamentos apropiados* no supone una exclusión de las comunicaciones escritas sino una mera especificación del modo en el que deben celebrarse las orales”.

Por otra parte y, como indica Aragón Reyes²⁶⁷, “la decisión de la Administración Penitenciaria de intervenir la correspondencia del interno dirigida al Ministerio Fiscal o a los

²⁶⁶ STC 106/2.001, de 23 de abril, FJ 6.

²⁶⁷ Obra citada, pág. 493.

órganos judiciales, con independencia de que el escrito se entregue para su curso en sobreabierto o cerrado, supone una clara vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del interno (STC 175/2.000, de 26 de junio, FJ 4)". Añade este autor²⁶⁸ que "la valoración como prueba de cargo para sancionar disciplinariamente al interno de elementos probatorios obtenidos como consecuencia de esa ilícita intervención de la correspondencia supone la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), lo que determina la nulidad del acuerdo sancionador del centro penitenciario y de las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria que lo confirmaron (SSTC 127/1.996, de 9 de julio, FJ 3; 175/2.000, de 26 de junio, FFJJ 4 a 6; 169/2.003, de 29 de septiembre, FJ 5)".

Hay que reseñar también en este apartado dedicado al ámbito penitenciario, por su innegable conexión inmediata, que la técnica de investigación consistente en grabar (a través de micrófonos ambientales,...) conversaciones que los detenidos mantienen en las dependencias policiales (calabozos, celdas,...) y que había sido empleada profusamente en los últimos tiempos -*sobre todo en el caso de investigaciones especialmente complejas*-, se venía considerando asimismo como una modalidad de intervención de las comunicaciones amparada en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), únicamente sujeta además a la correspondiente autorización judicial debidamente motivada²⁶⁹.

Así lo asumió también la Circular 1/2.013²⁷⁰ de la Fiscalía General del Estado, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas que, no obstante reconocer que la medida carecía de regulación específica en nuestra LECrim, propugnaba su utilización restringida en los supuestos en los que fuese imprescindible la práctica de la diligencia por carecerse de otras posibilidades y cuando, adicionalmente, los hechos que motivasen las pesquisas fuesen considerados graves.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁷¹ advertía, sin embargo, que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de

²⁶⁸ *Ibidem*, pág. 494.

²⁶⁹ En este sentido y, entre otras: SSTS 173/1.998, de 10 de febrero; 354/2.003, de 13 de marzo; 419/2.013, de 14 de mayo; y 793/2.013, de 28 de octubre.

²⁷⁰ Referencia: FIS-C-2013-00001.

²⁷¹ Entre otras SSTEDH: 12 de mayo de 2.000 -*caso Khan contra Reino Unido*-; 25 de septiembre de 2.001 -*caso P.G. y J.H. contra Reino Unido*-; 5 de noviembre de 2.002 -*caso Allan contra Reino Unido*-; 27 de abril de 2.004 -*caso Doerga contra Holanda*-; y 20 de diciembre de 2.005 -*caso Wisse contra Francia*-.

aparatos de grabación de audio y video entraba directamente en el campo de aplicación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

De esta forma, su encuadramiento sistemático en el art. 8 de la CEDH obedecía a la consideración de que una medida de investigación como ésta, que supone una grave intromisión en la vida privada, debería siempre resultar amparada por una Ley dotada de una especial precisión que estableciera reglas claras y detalladas sobre cuándo y bajo qué circunstancias podría adoptarse (STEDH, de 31 de mayo de 2.005, caso Vetter contra Francia).

Esta situación de falta de regulación específica de la medida que ponía de manifiesto el TEDH por cuanto afectaba al art. 8 del Convenio de Roma, devino en el fundamento principal que originó la STC 145/2.014, de 22 de septiembre, que declaró la nulidad de las grabaciones obtenidas mediante la colocación de unos micrófonos en una celda de una Comisaría de Policía por vulnerar el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) y que, por otra parte, constituye el antecedente inmediato y directo también de la actual regulación contenida en los arts. 588 quater a., a 588 quater e. de la LOMLECrim.

Efectivamente, como así justifica la Circular 3/2.019²⁷², de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, “la necesidad de otorgar cobertura legal a esta diligencia de investigación, cuyo uso se había incrementado de manera notable en los últimos años, constituyó una de las circunstancias que contribuyeron de manera decisiva a impulsar la reforma de la LECrim que se hizo efectiva con la LO 13/2.015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”.

Y, como afirma Rosales Leal²⁷³, “la garantía del derecho a la esfera privada de la persona es uno de los grandes desafíos de los ordenamientos jurídicos actuales y, por ende, también de nuestro proceso penal. Por eso, a medida que la tecnología evoluciona hacia una mayor sofisticación, son precisos nuevos instrumentos de garantía”.

²⁷² BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2.019, Secc. III, pág. 30122.

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/22/pdfs/BOE-A-2019-4242.pdf>

²⁷³ ROSALES LEAL, M.Á.: “Captación y grabación de comunicaciones orales directas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo -Internet y Democracia-*, ISSN 1697-7890, Nº 30, Julio-Diciembre 2.018, pág.2. https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/05_ROSALES.htm

La medida de investigación consistente en la grabación directa de conversaciones orales carecía de regulación específica en España hasta la aprobación de la modificación en 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, los Capítulos IV y V del Título VIII de la vigente LECrim contienen las disposiciones comunes para una serie de medidas de intromisión tecnológica que enumera, entre las que se encuentra ésta -*arts. 588 bis a) a 588 bis k)*. Y, asimismo, la reforma comentada ha introducido un Capítulo VI, dentro del Título VIII del Libro II que, a lo largo de cinco artículos -*arts. 588 quater a) hasta el art. 588 quater e)*, establece la cobertura legal necesaria para que el empleo de esta técnica de investigación pueda desarrollarse con pleno respeto a las exigencias demandadas por el TEDH.

Según el Preámbulo de la propia Ley 13/2.015 (LOMLECrim), su adopción se asienta sobre dos ideas clave: “La primera, la exigencia de que sea el juez de instrucción el que legitime el acto de injerencia; la segunda, la necesidad de que los principios rectores de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida”.

El alcance de estos principios, además de otras previsiones de carácter general aplicables a todas las medidas de investigación tecnológica, aparece regulado en el Capítulo IV del mismo Título referido de la LOMLECrim, y ha sido ya sucintamente expuesto con anterioridad.

Finalmente, señala Rosales Leal²⁷⁴ que “en relación con esta cuestión cabe recordar la controversia surgida en su momento a la hora de identificar los derechos fundamentales afectados. Siguiendo a Casanova Martí habría que distinguir, en relación al alcance que se dé al término comunicación, entre aquellos que entienden que el art. 18.3 CE protege todo tipo de comunicación independientemente del medio empleado y de la distancia existente entre los interlocutores, de manera que también quedaría protegida por el art. 18.3 CE la comunicación directa cara a cara; y aquellos que consideran que este precepto protege sólo las comunicaciones que se realizan a través de algún medio técnico mediando una cierta distancia entre los sujetos, quedando por tanto fuera de su alcance las simples conversaciones orales, por no considerarse comunicación propiamente dicha o en sentido estricto, si bien éstas seguirían estando protegidas por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE”.

²⁷⁴ *Ibíd.*, pág. 5.

- Ley Orgánica 8/2.003²⁷⁵, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.- Por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y que contempla, en su artículo primero 1.1ª la intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del *secreto* de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso. Esto es, pues, el ordenamiento también prevé un supuesto de intervención de carácter civil, el relativo a las garantías que se imponen a concursados y quebrados para salvaguardar la masa de la quiebra (ex art. 1 LO 8/2.003).

- Ley 9/2.014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.- Regula las exigencias en la intervención de las comunicaciones de los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

Además, cabe señalar que el 11 de septiembre de 2.020 ha sido presentado a período de audiencia pública *-hasta el día 13 de octubre-* por parte del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el Anteproyecto²⁷⁶ de la Ley General de Telecomunicaciones y, aunque sujeto todavía a variaciones previas y a su posterior tramitación parlamentaria, prevé en su Título I. “Disposiciones generales”, artículo 4. “Servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional, la seguridad pública, la seguridad vial y la protección civil”, apartado número 6, párrafo primero:

“El Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa o la intervención de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en determinados supuestos excepcionales que puedan afectar al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional. En concreto, esta facultad excepcional y transitoria de gestión directa o intervención podrá afectar a cualquier infraestructura, recurso asociado o elemento o nivel de la red o del servicio que resulte necesario para preservar o restablecer el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional (...)”.

En realidad y, hasta aquí, su redacción es idéntica a la modificación operada en este artículo de la Ley General de Telecomunicaciones por el Real Decreto-ley 14/2.019²⁷⁷,

²⁷⁵ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2.003, págs. 26.901 a 26.905 (5 págs.). Referencia: BOE-A-2003-13812. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/07/09/8>

²⁷⁶ [file:///C:/Users/c002380/Downloads/Texto%20del%20Anteproyecto%20de%20Ley%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/c002380/Downloads/Texto%20del%20Anteproyecto%20de%20Ley%20(2).pdf)

²⁷⁷ BOE núm. 266, de 05/11/2.019. Referencia: BOE-A-2019-15790.

<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/10/31/14/con>

de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. Sin embargo, el último inciso de este párrafo, dispone ahora:

“(…) Esta facultad sólo se podrá ejercitar respecto de los proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración cuando tengan asignada la obligación de transmitir alertas públicas en caso de grandes catástrofes o emergencias inminentes o en curso”.

Es precisamente el matiz introducido en el Anteproyecto referido a “servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración”, el que permitiría (hipotéticamente hablando y si, finalmente, resultara aprobado en estos mismos términos o similares por las Cortes) al Estado intervenir *-para emitir alertas-* aplicaciones utilizadas en Redes Sociales o Internet como WhatsApp, Telegram, Facebook, Gmail, Instagram, Tik Tok,..., entre otras muchas. En cualquier caso y, llegado el momento, el Gobierno solamente podría enviar mensajes a través de estos medios cuando tuviera expresamente asignada dicha obligación ante catástrofes o emergencias inminentes.

- LO 2/1.989²⁷⁸, de 13 de abril, Procesal Militar.- En su art. 188 prevé la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. Dicha intervención *-en su caso-* corresponde acordarla al Juez Togado mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico-Militar, determinando con precisión la modalidad o la forma de la intervención.

- Ley Orgánica 4/1.981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio.- Por su parte, la declaración de los estados de Excepción y Sitio *-si así lo prevé el Decreto que declare los mismos-*, también permite la suspensión del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones (ex arts. 55 y 116 CE). Así, dentro del Título I CE: “De los derechos y deberes fundamentales”, en su Capítulo Quinto: “De la suspensión de los derechos y libertades”, el art. 55.1 señala: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2,

²⁷⁸ BOE núm. 92, de 18 de abril de 1.989, págs. 11.118 a 11.157 (40 págs.). Referencia: BOE-A-1989-8712. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1989/04/13/2/con>

y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución (...). Y, asimismo, la Ley Orgánica 4/1.981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1.981), en su artículo 18, regula la adopción de la medida de suspensión referida de la siguiente manera:

“Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, tres, de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales y telegráficas.

Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.

Dos. La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente”.

10. RESOLUCIÓN Y CONTROL JUDICIAL

El art. 18.3 CE garantiza el *secreto* de las comunicaciones “salvo resolución judicial”, atribuyendo así el levantamiento del *secreto* de las mismas a Juzgados y Tribunales, siendo ésta una medida que -“a priori” y con carácter general- escapa al control de las autoridades administrativas del Estado y a sus potestades públicas. Es decir, resulta una auténtica *conditio sine qua non* que -en principio- exista una autorización expresa por parte de la autoridad judicial para proceder a la intervención de las comunicaciones. De este modo, se incorpora la idea presente también en el constitucionalismo contemporáneo de “legitimación exclusiva del Poder Judicial para autorizar las intervenciones en los derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde a todos los ciudadanos”²⁷⁹. Por tanto, corresponde al Juez en cada caso concreto analizar y constatar que se cumplen los requisitos exigidos legalmente para proceder a la autorización de la interceptación de la comunicación y, en consecuencia, facilitar así el procedimiento de investigación criminal.

Y, por su parte, dicha resolución judicial tiene que reunir una serie de condiciones en cuanto se refiere a la intervención de las comunicaciones que vienen expresadas de

²⁷⁹ DÍAZ REVORIO, F.J.: “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, *Derechos Humanos México*, año 1, nº 2, 2.006, págs. 139-140. También en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 2.006.

forma genérica en los arts. 579 (con respecto a la interceptación de la correspondencia escrita y telegráfica) y 588 bis c) 3 (en relación a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas), y que fueron establecidas ya con anterioridad en sede jurisprudencial vía TEDH, TS y TC, que podemos sintetizar de la siguiente manera:

1) Motivación de la resolución judicial.- Si bien y, como expone Jiménez Campo²⁸⁰, en la CE la exigencia de motivación de la resolución judicial (solución que siempre fue adoptada en nuestro constitucionalismo histórico), no fue aquí un olvido de los constituyentes, sino que a lo largo del proceso de elaboración y discusión fue objeto de controversia también, justificando el rechazo a su inclusión expresa en el texto constitucional en el hecho 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-* siempre susceptible de recurso”.

No obstante ello, la motivación de la resolución judicial en materia de intervención de comunicaciones deviene en un requisito imprescindible, que adopta la forma de auto²⁸¹ *-y que siempre es una resolución judicial motivada-*, que no puede entenderse cumplido por su mera existencia formal sino que, como sostiene en este punto Díaz Revorio, es necesario que en su fundamentación “esa motivación incorpore determinadas exigencias y cumpla a su vez con ciertos parámetros”, señalados en su mayor parte ya con anterioridad por la jurisprudencia.

Ahora, tras su entrada en vigor, el art. 588 bis c) 3 de la LOMLECrim especifica los aspectos concretos que debe precisar el Juez, y que reproducimos textualmente a continuación:

“- El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.

- La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser

²⁸⁰ JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, 1.987, pág. 65.

²⁸¹ RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 2.010, pág. 164.

conocido.

- La extensión de la medida de inferencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.

- La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

- La duración de la medida.

- La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al Juez sobre los resultados de la medida.

- La finalidad perseguida con la medida.

- El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia”.

2) Establecimiento de un plazo.- Se fija un plazo máximo de intervención de tres meses, prorrogable por períodos de igual duración y hasta un máximo de dieciocho meses, que empezará a contar desde la aprobación del auto judicial, no desde su ejecución y efectiva intervención (STC 205/2.005, de 18 de julio).

Actualmente, la duración (ex art. 588 bis e) y las prórrogas a que haya lugar *-en su caso-* (ex art. 588 bis f) de la medida, vienen reguladas en la LO 13/2.015, de 5 de octubre (LOMLECrim). Para proceder a la prórroga se exige una previa petición motivada en períodos sucesivos de igual duración y siempre que persistan las causas que justificaron en su día la ejecución de la intervención. Con ello y, por un lado, se consigue una mejora en la investigación y, por otro, se asegura así que no va a haber una prolongación innecesaria de la intromisión en la vida privada de los sujetos implicados en la investigación o, más bien, afectados por esta medida.

3) La intervención debe referirse a personas concretas, y respecto de delitos también concretos.- Es decir, pues, no caben autorizaciones genéricas, ni tampoco es asumible la disociación entre la autorización y la investigación posterior (Auto del TS, de 18 de junio de 1.992).

4) Comunicación de la interceptación a los afectados y, una vez finalizada la misma.- Esto es, debe notificarse a los afectados si han sido observados, vigilados, escuchados, grabados, interceptados, por qué causas y durante cuánto tiempo. Y, asimismo, el vigilado podrá también pedir la devolución de las grabaciones, copias o documentos intervenidos, concluida la causa y si fueran irrelevantes para la misma, una vez desgajados otros que pudieran considerarse útiles a efectos procesales²⁸².

Hay que advertir que la consecuencia procesal de incumplir los requisitos previamente señalados y que, además, implicaría una vulneración del derecho al *secreto* de las comunicaciones, sería la nulidad de cualquier prueba que hubiera podido obtenerse de forma ilícita porque, de acuerdo con la doctrina anglosajona (difundida en Europa por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - *TEDH*) de “la fruta del árbol prohibido”, no puede conferirse valor probatorio alguno a la misma. Esta doctrina, que fue tempranamente admitida por la jurisprudencia ordinaria y constitucional (entre otras muchas, SSTC 299/2.000, de 11 de diciembre, y 184/2.003, de 23 de octubre), se plasmó posteriormente en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), según el cual no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades *fundamentales*.

Con carácter general, la Policía Judicial (ex art. 588 bis g LOMLECrim) debe informar al Juez del desarrollo, así como de los resultados que se van obteniendo, con la periodicidad que el Juez estime oportuno (y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma) y, al finalizar la intervención, se debe informar también a aquél sobre el desarrollo de todo el proceso.

El TC²⁸³ ha establecido que el control judicial de las intervenciones es un requisito de validez constitucional y, por ello mismo, cuando no se realiza dicho control, está afectada también la constitucionalidad de la medida: “(...) queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención”. Consecuentemente, este control judicial es parte del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 18.3 CE, pues así lo ha manifestado también el TC (STC 9/2.011, de 28 de febrero) al dictaminar expresamente que: “El control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en

²⁸² BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Revista Parlamento y Constitución*, Anuario Nº 2, Toledo, 1.998, pág. 185.

²⁸³ Entre otras, SSTC 166/1.999, de 27 de septiembre; y 49/1.996, de 26 de marzo.

el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones”.

En definitiva y, según sostiene la Circular 1/2.013, de la Fiscalía General del Estado²⁸⁴, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de investigación de las comunicaciones telefónicas, el control judicial comprende tres extremos esenciales:

1) Seguimiento.- Esto es, pues, la verificación y/o comprobación de que se procede efectivamente al cumplimiento estricto de lo autorizado. De modo que, al margen de otras actuaciones más directamente relacionadas con el procedimiento penal que el Instructor pueda disponer en cada caso, los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez competente del desarrollo y los resultados de la tarea que se les ha encomendado, de acuerdo con lo establecido por el propio autorizante en su resolución.

2) Evitar extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada.- Y ello, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la medida de interceptación implementada, como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación.

3) Impedir cualquier clase de indefensión para el sujeto sometido a la intervención.- De forma y manera que es el Juez durante este período de tiempo el encargado de tutelar, asimismo, todo lo relativo a la posibilidad posterior del ejercicio efectivo del legítimo derecho de defensa que asiste al investigado.

Por tanto, de ello se desprende claramente que el requisito de intervención judicial durante todo el proceso de interceptación de las comunicaciones deviene imprescindible y necesario, por cuanto en caso contrario *-y si éste falta-*, todas las actuaciones desarrolladas podrían ser consideradas nulas de pleno derecho y no formarían parte integrante como prueba válidamente preconstituida del procedimiento penal en curso.

Por su parte, las consideraciones más destacadas que ofrece la Circular 3/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado (FGE), sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, en su capítulo 10. “Conclusiones”, son éstas:

²⁸⁴ Referencia: FIS-C-2.013-00001.

“-La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos puede llegar a afectar a los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, la intimidad, propia imagen e inviolabilidad del domicilio. En atención a ello, el alcance y gravedad de la medida, en relación con las circunstancias del caso, deberá ser especialmente valorado en la resolución en la que se acuerde, conforme a los principios rectores del art. 588 bis a LECrim.

-Quedan fuera de la regulación de la LECrim las grabaciones clandestinas realizadas por particulares, así como la aportación a juicio de lo escuchado directamente por agentes policiales sin recurrir a dispositivos electrónicos para su captación.

-Las resoluciones judiciales que autoricen el acceso a reductos de intimidad para la colocación de dispositivos de captación y grabación de comunicaciones orales y, particularmente, cuando se trate de un domicilio, deberán justificar especialmente la concurrencia de los principios rectores en relación con la entrada en ese lugar, además de la justificación general de la medida. La captación y grabación de conversaciones en el interior de un domicilio deberá reservarse para los casos más graves de actividades delictivas.

-La captación y grabación de imágenes, junto con las conversaciones, requerirá una fundamentación específica en la resolución judicial habilitante. Podrá acordarse la grabación únicamente de imágenes sin sonido, al amparo de la regulación legal, cuando, conforme a los principios informadores, deba limitarse el alcance de la intromisión.

-La concreción del encuentro cuyas comunicaciones orales podrán ser captadas y grabadas vendrá determinada por la delimitación o precisión del lugar, las personas que intervengan y el momento o lapso temporal en el cual tendrá lugar el encuentro. La determinación o concreción temporal de los encuentros existirá cuando se aporten indicios que los hagan previsibles en un determinado lapso de tiempo, a pesar de que se desconozca el momento preciso en que los encuentros habrán de tener lugar. La resolución judicial que autorice la medida deberá concretar con el máximo grado de precisión posible el lugar o dependencias sometidos a vigilancia.

-Cuando se trate de las formas más graves de intromisión en los derechos fundamentales del investigado (por ejemplo, en el caso de captación de imágenes y sonido en el interior del domicilio), deberá siempre exigirse una motivación reforzada que justifique la

proporcionalidad de la medida desde la perspectiva de la gravedad del comportamiento delictivo investigado. La captación y grabación de conversaciones o imágenes en las dependencias más íntimas de un domicilio deberá reservarse para los casos más graves y extremos de ataques a bienes jurídicos especialmente relevantes.

-La diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales no puede ser prorrogada, debiendo ser acordada una nueva medida para los nuevos encuentros concretos que pudieran resultar previsibles. Se trata de una diligencia que carece de un límite temporal, siendo necesaria una motivación reforzada de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad conforme que se vaya acordando para encuentros concretos sucesivos.

(...)

En la parte introductoria de la Circular 4/2.019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización, se manifiesta que "(...) en principio, se trata de formas de indagación de la actividad delictiva que van a incidir en el derecho fundamental a la intimidad personal, al invadir reductos de privacidad que pueden llegar a afectar a la esfera más reservada de la vida de los investigados...". Asumiendo que "es esta una materia que no aparece condicionada en el texto constitucional a la reserva judicial, de ahí que el legislador haya optado por graduar la incidencia en el derecho fundamental de estas dos formas de persecución del delito exigiendo habilitación judicial únicamente para las modalidades más invasivas, los seguimientos a través de dispositivos técnicos, manteniendo, sin embargo, en manos de la Policía Judicial la capacidad de recurrir al empleo de dispositivos técnicos para la captación de imágenes".

Y advierte, asimismo, que "como en el caso del resto de las medidas de investigación tecnológica que la LECrim regula en los Capítulos V a IX de este Título VIII, su adopción deberá aparecer siempre presidida por la observancia de las disposiciones generales que contiene el Capítulo IV y que han sido objeto de análisis en la Circular 1/2.019, de aplicación común a todas ellas (...)", si bien es cierto también que las que aborda en este documento específico presentan notables peculiaridades. Aquí se reflejan las conclusiones fundamentales de este texto de la FGE:

"-La captación de imágenes por la Policía Judicial en lugares o espacios públicos no afecta a ninguno de los derechos fundamentales del art. 18 CE. Las grabaciones obtenidas por

medio de sistemas de videovigilancia pueden afectar al contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

-Quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 588 quinquies a las captaciones y grabaciones de imágenes que se regulan en la LO 1/1.982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en la LO 4/1.997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, en la Ley 5/2.014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, así como las captadas por particulares.

-La captación y grabación de imágenes en lugares o espacios públicos estará presidida por los principios de especialidad, idoneidad y necesidad, que deberá controlar el Juez de Instrucción en el momento de la incorporación al procedimiento del resultado de la medida.

-El concepto de lugar o espacio público deberá interpretarse desde la perspectiva del derecho a la intimidad y no de la titularidad dominical del lugar o espacio.

-El control judicial de la medida de captación y grabación de imágenes en lugares públicos deberá desplegarse en el momento de la incorporación al procedimiento del resultado de la medida. Dicho control deberá comprender la comprobación de que la grabación no invade la intimidad personal y la inviolabilidad domiciliaria, que el material grabado se ponga a disposición del Juez en términos relativamente breves, que se aporten los soportes originales y la integridad de lo grabado.

-A partir de la nueva regulación de la LECrim será necesaria autorización judicial para la colocación y el uso de dispositivos técnicos de seguimiento y localización.

-El conocimiento de datos de geolocalización del investigado a través de dispositivos técnicos supone una limitación de su derecho a la intimidad, pero no de su derecho al secreto de las comunicaciones. Como regla general, se trata de una limitación de baja intensidad, lo que deberá tener su reflejo en el juicio de proporcionalidad que se lleve a cabo en la resolución judicial que autorice la medida.

-La especificación del medio técnico que vaya a ser utilizado deberá comprender la indicación del sistema de vigilancia y localización concreto que se utilice, el bien o persona en el que se vaya a colocar el dispositivo, así como cualquier otra circunstancia que resulte

relevante desde la perspectiva de la limitación del derecho fundamental, como pudiera ser la necesidad de acceder a algún tipo de reducto privado para su colocación (...).

-Las prórrogas de esta medida deberán justificarse por los resultados obtenidos con su aplicación o por los datos que resulten de otras diligencias de investigación, lo que deberá reflejarse motivadamente en la resolución judicial que las acuerde.

-La Policía Judicial podrá colocar dispositivos o medios técnicos de vigilancia y localización sin habilitación judicial previa cuando la urgencia del caso haga razonablemente prever que, de no hacerlo, la investigación pudiera frustrarse.

La valoración de la necesidad de esa actuación en relación con el éxito de la investigación deberá hacerse *ex ante*, siendo válida cualquier actuación que potencialmente pudiera incidir en el procedimiento de manera determinante o que pudiera afectar únicamente al éxito de la investigación en relación con un concreto investigado y no con la totalidad del procedimiento.

-En los casos de colocación policial del dispositivo sin previa habilitación del Juez, la resolución judicial que se dicte deberá valorar y justificar tanto la concurrencia de los presupuestos y requisitos para la validez de la actuación policial como la pertinencia de la medida conforme a los principios generales.

La falta de ratificación judicial de la actuación policial privará de validez a los datos obtenidos, pero no impedirá que el Juez pueda autorizar la autorización del dispositivo instalado, siendo válidos los datos que se obtengan desde esa autorización.

-La colocación y utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización en objetos, sin que con ello puedan conocerse datos de geolocalización de alguna persona concreta identificada, no afecta al derecho fundamental a la intimidad personal, por lo que cae fuera del ámbito que regulan los arts. 588 quinquies b y c LECrim y, en consecuencia, de la exigencia de previa habilitación judicial”.

En resumen y, después de todo lo expuesto, estableciendo unos contenidos mínimos a todas las manifestaciones de limitación al Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, puede decirse que la intervención de cualquiera de estas formas de comunicación constitucionalmente garantizadas y amparadas, viene delimitada por los

siguientes aspectos básicos:

1. En primer término, la limitación de este Derecho *Fundamental* está contemplada procesalmente únicamente cuando se realiza en el seno de una investigación criminal por delito -y, *en particular, en ciertos tipos de delitos, por cuanto no se extiende a todos ellos la medida apuntada-*, para determinar el hecho típico y sus partícipes.

2. En segundo lugar, corresponde en exclusiva a la autoridad judicial, en el curso del proceso penal y en el cauce de un procedimiento por delito, la autorización motivada pertinente para poder acordar la limitación del derecho y el control *-tanto de la ejecución como de la conservación ulterior de lo obtenido con la intervención-*, en la medida en que se trate de un material preconstituido de imposible reproducción.

3. Y, finalmente, debe determinarse con antelación la duración de la medida limitativa del derecho que, en todo caso, debe ser siempre por el tiempo imprescindible para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, y ya anteriormente señalados (esclarecimiento de los hechos, ex art. 588 bis e.1. LOMLECrim).

Es preciso advertir a este respecto, no obstante, que, aunque la medida de intervención de las comunicaciones puede ser prorrogada *-mediante auto motivado-*, siempre que subsistan las causas que la activaron (ex art. 588 bis e.2. LOMLECrim), “transcurrido el plazo por el que resultó concedida (...), sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada ésta, cesará a todos los efectos (ex art. 588 bis e.3. LOMLECrim).

Como confirma en su “Introducción” la Circular 5/2.019, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, última elaborada en 2.019 por la Fiscalía General del Estado (FGE) alrededor de la interpretación a efectos prácticos de las diligencias de investigación tecnológica contenidas en la nueva norma procesal penal (LOMLECrim), “entre las medidas de investigación tecnológica a las que la Ley Orgánica 13/2.015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha dado entrada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) no podía faltar el registro de los dispositivos y sistemas informáticos”. Porque, como resulta evidente, “la informática se ha convertido en los últimos años, no ya en una parte importante de la vida de las personas, sino en el centro en torno al cual gravitan numerosas actividades cotidianas en las sociedades modernas”.

Afirmando al respecto que “ese protagonismo adquirido por la informática se ha dejado sentir, también, en el modo en el que se desarrollan numerosos comportamientos delictivos que, o bien recaen directamente sobre los dispositivos o sistemas informáticos, provocando así el nacimiento de nuevas formas de delito, o bien utilizan la informática como medio o instrumento privilegiado para su desarrollo.” Así, justifica que “esta situación, en buena medida huérfana de regulación legal, es la que ha venido a abordar en profundidad la LO 13/2.015 y, entre las medidas que regula, ocupando un lugar destacado, el registro de dispositivos y sistemas informáticos.”, y señalando que “el punto de partida de esta regulación y que da sentido a la misma aparece recogido en el Preámbulo de la Ley 13/2.015, cuando descarta que los dispositivos de almacenamiento masivo de información puedan ser considerados como simples piezas de convicción. Su capacidad para recoger y conservar datos de muy diferente índole permite que el acceso a los mismos pueda llegar a afectar de manera intensa a diversos derechos fundamentales y, de ahí, la naturaleza y exigencias de la regulación legal”.

Y recuerda, asimismo, que “esta idea, ya reconocida por la jurisprudencia, deriva de la consideración de los ordenadores como algo más que un instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad del usuario (STS nº 342/2.013, de 17 de abril)” indicando, al mismo tiempo, que “la regulación legal del registro de dispositivos y sistemas informáticos, por lo demás, venía siendo demandada, igualmente, por los Tribunales al resultar evidente la trascendencia que para la tutela de los derechos fundamentales podía suponer la protección del contenido almacenado (en este sentido, STC nº 173/2.011, de 7 de noviembre)”. Finaliza este apartado introductorio asegurando que “al abordar el registro de dispositivos o equipos informáticos, el legislador ha optado por distinguir entre un registro estático, el de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, y un registro dinámico, el registro remoto sobre equipos informáticos que, si bien presentan numerosas notas comunes, también ofrecen aspectos singulares que invitan a su tratamiento independiente”.

Resulta obligado hacer aquí especial mención al análisis pormenorizado que la FGE realiza en el epígrafe nº 2 de esta Circular (5/2.019) sobre el “Derecho fundamental afectado”, por cuanto deviene esencial para delimitar el alcance del mismo en este ámbito tecnológico de creciente importancia.

Empieza diciendo en este sentido que “tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial venía considerando que en el registro de dispositivos y sistemas informáticos podían verse

comprometidos dos diferentes derechos fundamentales...”. Por una parte y, “con carácter general, se entendía que se afectaba la intimidad del usuario del dispositivo, ya que todos los datos que es posible almacenar en el mismo (en forma de documentos, carpetas, fotografías, videos, etc.) son susceptibles de *afectar al núcleo profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc.* (STC nº 173/2.011, de 7 de noviembre”. Aunque, continúa advirtiendo de forma explícita, “al mismo tiempo, podían también derivarse limitaciones para el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones si el registro del dispositivo (ordenador o teléfono móvil, por ejemplo) alcanzaba a datos almacenados que formaran parte de procesos comunicativos”.

Respecto de esta distinción fundamental, se remite a la Circular 1/2.013, de 11 de enero, de la propia Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas expresando que “*lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 18.1 y 18.3 CE no es el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada ni el hecho de que la agenda sea una aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede*”, admitiendo también que “la distinción en el tratamiento del registro de los contenidos de esta clase de dispositivos generaba no pocos problemas en atención al diferente grado de exigencia que ambos derechos fundamentales requerían para su limitación: autorización judicial en el caso del art. 18.3 CE y no necesidad de la misma en el del art. 18.1 CE”.

Y ejemplifica el diverso tratamiento dado a la intervención de este tipo de comunicaciones, por cuanto “se venía distinguiendo una diferente naturaleza a los mensajes de correo electrónico según que hubiesen sido ya leídos o no, al entenderse que el proceso comunicativo había finalizado ya en el primer caso y no así en el segundo, no resultando precisa autorización judicial para su incautación en un caso y sí en el otro (STS nº 864/2.015, de 10 de diciembre). Igualmente, se distinguía entre el registro de la agenda de contactos de un teléfono móvil, no necesitada de autorización judicial (STC nº 115/2.013, de 9 de mayo) y la revisión del registro de llamadas entrantes y salientes que, por afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, precisaba de autorización judicial (STC nº 230/2.007, de 5 de noviembre)”.

La solución a esta situación controvertida vino dada -*como bien apunta esta Circular*

de la FGE, que sintetizamos aquí- “(...) por el nacimiento de una nueva doctrina jurisprudencial que abordaba de manera unitaria el problema, introduciendo el concepto del *derecho al entorno virtual* como un derecho omnicomprensivo que abarca la protección de la gran diversidad de datos que pueden guardarse en un dispositivo o sistema informático, como puede ser un ordenador...”.

Así, alude a la STS nº 342/2.013, de 7 de abril, cuando afirma que “la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual”. Insistiendo en esta idea, se refiere a la STC nº 173/2.011, de 7 de noviembre, que se expresa en estos términos: “quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona”.

Atendiendo a todas estas valoraciones jurisprudenciales, la FGE considera que “(...) el registro de alguno de los actuales dispositivos de almacenamiento, como los ordenadores o los smartphones o teléfonos inteligentes, puede suponer una intromisión en los derechos fundamentales del individuo que supere ampliamente la limitación aislada de cada uno de los derechos comprometidos, justificando de esta manera su tratamiento unitario para, de esta forma, llevar a cabo una ponderación y valoración, también unitaria, de los derechos e intereses que pudieran resultar comprometidos”.

La mencionada STS nº 342/2.013, de 17 de abril, reconoce que en este llamado *derecho al entorno virtual* se integraría “sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de *nomen iuris* propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el

punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos”.

Insiste en esta misma línea interpretativa la Circular comentando que “el tratamiento unitario de los derechos comprometidos resulta necesario para garantizar la eficacia de un eventual registro, en atención a la gran diversidad de datos y archivos que pueden encontrarse en un dispositivo o sistema informático”. Afirma al respecto que “no sería extraño que se autorizase el acceso a datos íntimos amparados por el art. 18.1 CE y, en el curso del registro, aparecieran comunicaciones relevantes para la investigación amparadas por el art. 18.3 CE (STS nº 204/2.016, de 10 de marzo)”. De suerte tal que (...) la autorización para el registro de un dispositivo o sistema informático en la que se habilite para el acceso a la totalidad del entorno virtual de su usuario, evitará que puedan surgir problemas derivados de la naturaleza del contenido que pudiera ser hallado”.

Tras lo que precisa que “este es el fundamento de la nueva regulación que incorpora la LO 13/2.015. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información o de equipos o sistemas informáticos se regirá ahora por las previsiones que la LECrim contiene para esta clase de diligencias...”. Y concluye diciendo que “resultará innecesario, por lo tanto, plantearse si resulta comprometido el derecho a la intimidad o el secreto de las comunicaciones...”. Matiza, no obstante, que “la nueva regulación legal encomienda ahora al Juez valorar normalmente con carácter previo, aunque, en algunos supuestos con posterioridad al registro (...) la procedencia de la medida en el caso concreto, teniendo en cuenta que, con ella, (...) los poderes públicos accederán a ese entorno virtual constitucionalmente protegido del que es titular el investigado”.

Cita la STS nº 786/2.015, de 4 de diciembre, explicando que “la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo”, y termina manifestando que “sólo a la hora de motivar específicamente la medida deberá descenderse al análisis particular de los derechos controvertidos, cuyo mayor o menor protagonismo, y afectación, determinarán la mayor o menor exigencia de los principios rectores que habrán de presidir la medida”.

Además, en el subapartado 3.1 “Regulación legal” de esta Circular 5/2.019 se señala que el Capítulo VIII, del Título VIII, del Libro II de la LECrim -*dedicado al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*- “comprende tres preceptos (arts.

588 sexies a, a 588 sexies c), a lo largo de los cuales se condensa toda la regulación que, igual que ocurre con el resto de diligencias de investigación tecnológica, aparece complementada por las Disposiciones Comunes, que se incluyen en el Capítulo IV de este mismo Título (arts. 588 bis a, a 588 bis k)”.

En el capítulo nº 6, último de esta sustancial y esclarecedora Circular, la Fiscalía General del Estado (FGE) reúne las siguientes conclusiones principales a tener en consideración:

“-El registro de dispositivos y equipos informáticos limita el denominado derecho fundamental al entorno virtual del individuo. Para llevarlo a cabo será necesaria siempre autorización judicial, independientemente de que resulte afectado el derecho al secreto de las comunicaciones o simplemente el derecho a la intimidad del individuo.

-La motivación de la resolución judicial que autorice el registro deberá tener en cuenta la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en el dispositivo, justificando conforme a los principios rectores el acceso a cada categoría de datos cuyo registro autorice, en función de la mayor o menor gravedad de los hechos investigados (...).

-No será necesaria autorización judicial para el registro de dispositivo de almacenamiento masivo de información cuando el afectado preste su consentimiento al mismo (...).

-La práctica de una diligencia de entrada y registro habilita para la aprehensión de dispositivos de almacenamiento masivo de información, pero no para su registro, que requiere una motivación judicial específica independiente de la que justifica la limitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (...).

-La resolución judicial habilitante deberá precisar los concretos dispositivos de almacenamiento masivo de información que podrán ser registrados y, dentro de éstos, los concretos datos a los que podrá alcanzar el registro, justificando la decisión conforme a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

-En todos los casos de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información será necesario que el Juez recoja en la resolución habilitante las concretas garantías que aseguren la integridad y preservación de los datos, garantías que, de ordinario, se proyectarán sobre la recogida de los dispositivos y su posterior conservación.

-En caso de urgencia y concurriendo un interés constitucional legítimo, podrá la Policía Judicial llevar a cabo el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información sin habilitación judicial previa, pero siempre con su convalidación posterior. Este registro podrá alcanzar a cualquier dato último o relativo al secreto de las comunicaciones que integre el derecho al entorno virtual del afectado.

-El registro resultará urgente cuando sea necesario para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias, y se ajustará a un interés constitucional legítimo cuando persiga la actuación del *ius puniendi* del Estado, la investigación de los delitos y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal.

-El registro remoto sobre equipos informáticos conlleva una limitación del derecho al entorno virtual del afectado mucho más intenso que el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, en atención a su carácter dinámico y su desarrollo sin conocimiento del afectado. Esta circunstancia determina las mayores exigencias que contiene su regulación en relación con los registros directos.

-Cuando las técnicas que prevé la Ley para el registro remoto de equipos informáticos sean utilizadas únicamente para la interceptación de comunicaciones telemáticas, sin acceder al resto de los datos que pudieran existir en un sistema informático, serán de aplicación las previsiones de la LECrim establecidas para la interceptación de comunicaciones telemáticas. Por el contrario, serán aplicables las disposiciones previstas para el registro remoto cuando la medida de investigación autorice el acceso a los datos, independientemente de que también se acceda a las comunicaciones telemáticas.

-La resolución judicial que acuerde un registro remoto deberá precisar, conforme a los principios rectores de las medidas de investigación tecnológica, el concreto dispositivo o sistema informático y, en su caso, la clase de datos, a los que se extenderá el registro. Igualmente, deberá señalar la técnica de acceso que se utilice y, si se tratara de un programa informático, la indicación de éste (...).

-La realización de copias de los datos registrados remotamente deberá ser autorizada por el Juez. Para la obtención de copias se procurará volcar los datos registrados bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia, adoptándose las cautelas oportunas para garantizar la integridad e identidad de los datos volcados.

-En los registros remotos de equipos informáticos, la ampliación del registro a otros sistemas en los que hubiera indicios de encontrarse allí los datos requerirá siempre autorización judicial previa, no siendo posible el registro policial con convalidación judicial posterior.

-En los registros remotos se establece un deber de colaboración más amplio y que alcanza a más sujetos que el que se establece para los dispositivos de almacenamiento masivo de información. Este mismo fundamento justifica que, en estos registros, los sujetos obligados no puedan excusarse de su obligación por la desproporción de la carga que para ellos suponga.

-Los plazos de duración que se establecen para el registro remoto sobre equipos informáticos se computarán siempre desde la fecha del auto por el que se acuerde la medida y no desde la fecha de efectividad de la misma”.

**CAPÍTULO III.- RELEVANCIA SOCIO-ECONÓMICA DEL SECTOR POSTAL EN
ESPAÑA Y REGULACIÓN NORMATIVA SECTORIAL**

1. DIMENSIÓN ECONÓMICA Y PRINCIPALES MAGNITUDES SECTOR POSTAL

En un contexto de desarrollo permanente de nuevas tecnologías, los Servicios Postales muestran día a día su capacidad de innovación para adaptarse a las nuevas necesidades que demandan los ciudadanos a nivel mundial.

La Unión Postal Universal (UPU), en su Informe “La red postal, actor de desarrollo socio-económico en América Latina”²⁸⁵ afirma que “en un mundo en plena evolución, la función esencial de los Correos de contribuir al derecho a la comunicación a través del intercambio de mensajes, el transporte de encomiendas o el envío de dinero tiene más significado que nunca...”. Justifica esto porque “(...) las redes postales son fundamentales para el desarrollo del comercio electrónico al efectuar la entrega diaria de millones de encomiendas. También permiten contribuir a la facilitación del comercio, en especial para las (...) pequeñas y medianas empresas, gracias a una oferta de productos y servicios adaptados a las necesidades de éstas. Además, más de 1.500 millones de personas en todo el mundo tienen acceso a servicios financieros a través de una oficina de Correos, lo que hace de éstos el segundo mayor actor en la inclusión financiera en el mundo”.

Asimismo, sostiene esta Organización internacional que “el sector postal atraviesa actualmente una etapa de profunda transformación. Cambios tecnológicos, cuestionamiento del modelo económico tradicional, liberalización, nuevas expectativas de los clientes o transformación de los modos de consumo, son algunos de los factores que impulsan a los Correos a reinventarse...”. Y señala que, pese a todo este cambio operado, hay una constante que se mantiene: “las redes postales siguen siendo actores fundamentales de la infraestructura socioeconómica de sus países.” Es cierto que, cuando se piensa en el Correo lo primero que se piensa es en la carta o la tarjeta postal, aunque “alrededor del mundo, los operadores postales ofrecen una gama adicional de productos y servicios: entrega de encomiendas, apertura de cuentas bancarias, pago de facturas, obtención o renovación de documentos oficiales, entrega de productos frescos, servicios a domicilio para las personas mayores, transporte de vacunas o de libros para los escolares, etc...”. Llegando nuevamente a la misma conclusión final: “el sector postal constituye pues una infraestructura esencial que facilita el funcionamiento de la economía mundial”.

²⁸⁵ Plan de desarrollo regional 2.017-2.020 -*Dirección de Desarrollo y Cooperación*-, enero 2.017, pág. 5-7.

Basándose en un estudio realizado en 2016 por la propia UPU²⁸⁶, la iniciativa *Global Pulse* de las Naciones Unidas y la Universidad de Cambridge, que analiza los flujos postales de 184 países en un período de cuatro años, se “revela una correlación muy importante entre la conectividad postal y el PBI por habitante o el porcentaje de pobreza. Esta conectividad postal se define como la capacidad de la red postal para realizar intercambios con un número elevado de países. De este modo, cuantos más intercambios realiza el Correo de un determinado país con otros Correos, más crece la economía de ese país y más disminuye su porcentaje de pobreza”. Además, indica que “si se combina una buena conectividad postal con el buen funcionamiento de otras redes de comunicación (transporte aéreo, redes sociales, redes móviles), esta correlación entre conectividad postal y desarrollo es aún mayor. Por lo tanto, este estudio muestra que cuanto más desarrollada está una red postal, más intercambio realiza con las redes postales de otros países y más adaptada está su infraestructura (compañías aéreas, redes móviles, etc.), mayor es su impacto positivo en el crecimiento económico del país en el que está situada”.

Finaliza este planteamiento la UPU diciendo que para comprender mejor la importancia global del Sector Postal hay que tener en consideración que se trata de una red configurada en tres dimensiones (física, electrónica y financiera), de las que destaca sus principales características:

- “Los Correos forman la mayor red integrada de distribución del mundo: con más de 660.000 oficinas, distribuidas en los 192 países miembros de la UPU, la red postal permite conectar físicamente a todos los habitantes del planeta. A estas oficinas de Correos, cabe agregar los 1,4 millones de carteros que visitan cientos de millones de hogares todos los días. Por lo tanto, la red postal consta de más de 2 millones de puntos de contacto en todo el mundo, sin contar los buzones y otros distribuidores automáticos.

- Una red electrónica: para permitir la distribución física de objetos (cartas, encomiendas, entregas generadas por el correo electrónico), (...) Correos poseen una red electrónica que interconecta a los diferentes operadores y les permite intercambiar datos informatizados en tiempo real. La complementariedad entre estas dimensiones física y electrónica hace que (...) Correos sean actores clave del comercio electrónico, último eslabón de la cadena logística que permite conectar a distribuidores, sitios de Internet y

²⁸⁶ Hristova D., Rutherford A., Ansón J., Luengo-Oroz M., Mascolo C. (2016). The International Postal Network and Other Global Flows as Proxies for National Wellbeing. PLOS ONE 11(6): <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0155976>.

clientes.

- Un actor clave de la inclusión financiera: mil quinientos millones de personas en todo el mundo envían dinero a sus allegados, pagan sus facturas o reciben pagos sociales a través de un Correo. Noventa y uno por ciento de los operadores postales de todo el mundo ofrecen servicios financieros, directamente o en asociación con otras instituciones financieras, lo que convierte a los Correos en el segundo contribuyente más importante a la inclusión financiera a nivel mundial, detrás de los bancos, pero muy por delante de los operadores de telefonía móvil o de las instituciones de microfinanciación”.

Por otro lado y, sobre la dimensión financiera del Servicio Postal, hay un interesante estudio de la UPU²⁸⁷.

Los países miembros de la UPU tienen la obligación de implementar un Servicio Postal Universal (SPU). Esto es, la prestación a todos los habitantes de su territorio de un servicio postal básico a tarifas asequibles. Así, cada país designa a un Operador postal (que se denomina “operador designado”) a quien se le confía una misión de acceso al servicio postal. Y, al contrario de otros Operadores que se concentran en las grandes ciudades o en las zonas más desarrolladas, los Operadores “designados” tienen la obligación de cubrir la totalidad de su territorio nacional y de ofrecer sus servicios a una tarifa uniforme.

En cualquier caso, la Red Postal pretende ser una red de proximidad, de confianza, que facilite la implementación de las políticas públicas desempeñando asimismo *-como argumenta la UPU-*, un relevante papel de catalizador del crecimiento económico.

En España veremos los indicadores que reflejan también la dimensión del Sector Postal en el contexto socio-económico.

El art. 8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), establece que dentro de las competencias de este Organismo regulador se encuentra la supervisión del Mercado Postal. De acuerdo con ello,

²⁸⁷ Clotteau N., Measho B., 2016, Global Panorama on Postal Financial Inclusion, Universal Postal Union.

<https://etradeforall.org/app/uploads/2017/04/globalPanoramaOnPostalFinancialInclusion2016En.pdf>

la CNMC elabora anualmente un Informe²⁸⁸ donde aparecen las principales magnitudes del Mercado Postal, desde varios puntos de vista: ámbito objetivo, subjetivo, comparativa europea, economía nacional, mercado postal español y utilización de los Servicios Postales por parte de los usuarios. La información que contiene se refiere al año 2.018, último del que se dispone de datos consolidados. Vamos a seguir aquí fundamentalmente la estructura, contenido y conclusiones del mismo, para reflejar así la dimensión actual del Sector Postal en España.

1.1. OPERADORES POSTALES EN ESPAÑA

El art. 3 de la Ley 43/2.010, de 3 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley Postal, actualmente vigente en España) delimita los Servicios Postales de la siguiente manera:

“1. *Servicios postales*: cualesquiera servicios consistentes en la recogida, la admisión, la clasificación, el transporte, la distribución y la entrega de envíos postales.

(...)”.

Éste es el ámbito objetivo del Mercado Postal en España.

Por su parte, el ámbito subjetivo del mismo (esto es, pues, los Operadores Postales) se definen, asimismo, en el art. 3 de la Ley Postal citada, del siguiente modo:

“8. *Operador postal*: la persona natural o jurídica que, con arreglo a esta ley, presta uno o varios servicios postales. El tercero que preste servicios postales en exclusiva para un único remitente que actúe en régimen de autoprestación queda excluido de esta definición.

9. *Operador designado*: el operador al que el Estado ha encomendado la prestación del servicio postal universal, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

(...)”.

Estos Operadores Postales tienen la obligación de inscribirse en el Registro Postal,

²⁸⁸ Informe Anual del Sector Postal (2.018) -INF/DTSP/029/19-, de 21 de noviembre de 2.019.
www.cnmc.es

según determina el art. 39²⁸⁹ de la propia Ley Postal. El Registro Postal depende de la Subdirección General de Régimen Postal que, a su vez, lo hace de la Secretaría Técnica del actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Se estructura en dos secciones:

- Sección A.- Donde están inscritos los Operadores que prestan Servicios Postales no incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal (SPU), habilitados mediante la presentación de la declaración responsable.
- Sección B.- Están inscritos los Operadores que prestan Servicios Postales incluidos en el ámbito del Servicio Postal Universal (SPU), habilitados a través de una autorización administrativa singular.

Los Operadores facultados para prestar todos los servicios postales, se inscriben simultáneamente en las dos Secciones.

Conviene tener en cuenta, además, que existe otro Registro oficial cuya inscripción posibilita la prestación de Servicios Postales. Es el Registro de Empresas y Actividades de Transporte. Según el art. 41 de la Ley Postal, la inscripción en este Registro habilita para la prestación de los Servicios Postales no incluidos en el SPU, sin perjuicio de la presentación de la correspondiente declaración responsable. Este Registro depende del Mº de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y se encuentra regulado por la Ley 16/1.987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y el Real Decreto 1.211/1.990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento dicha Ley.

Las consideraciones más destacadas que extrae el Informe mencionado de la CNMC de los indicadores tenidos en cuenta respecto del Sector Postal en España en 2.018, son éstas:

- El número de Operadores Postales permaneció prácticamente estable en España durante 2.018, alcanzando un total de 1.791. Aunque se mantiene la tendencia hacia la modificación de la importancia relativa entre tipologías de Operador Postal, de manera que aquellos habilitados para la prestación de servicios no incluidos en el ámbito del SPU aumentan progresivamente en importancia, llegando hasta el 80,2 % del total de

²⁸⁹ Este artículo dispone: “todas las situaciones administrativas, así como los datos relativos a los prestadores de servicios postales habrán de inscribirse en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales”.

inscritos, creciendo a una tasa del 4,5 % interanual.

- Se observa estabilidad en cuanto a la concentración geográfica del total de los Operadores, que se agrupan esencialmente entre Madrid y Cataluña *-Comunidades Autónomas que registran el 39,1 % de las inscripciones-*.

- La organización de estos prestadores de Servicios Postales se produce, generalmente, conforme al esquema de redes de empresas que, bajo diversas denominaciones, estructuran la actividad postal para coordinarla y darle capilaridad. De esta forma, el 65,7 % de los Operadores inscritos en 2.018 pertenecían a una Red *-siendo las más importantes en España por número de Operadores adheridos, las de MRW y Nacex-*.

1.2. MERCADO POSTAL EUROPEO

El análisis del Mercado Postal Europeo se elabora a partir de los datos publicados por la Comisión Europea en su página Web²⁹⁰ dedicada a los Servicios Postales. La información más reciente a este respecto, es la de 2.017. En este caso, se realiza una comparación entre el promedio de los indicadores más relevantes del Mercado Postal de la UE-28 (Operadores Postales designados para la prestación del SPU en sus respectivos países) y la situación en que se encuentra España con relación a los mismos, resaltando de esta manera las diferencias existentes. Y las conclusiones más importantes a las que llega el referido Informe de la CNMC, son las que a continuación se exponen:

- La red de puntos de atención²⁹¹ a los usuarios de los Servicios Postales ofrecidos por el Operador designado para la prestación del SPU refleja que dentro de la UE-28 en 2.017 el número de Oficinas Postales fue de 135.377 (un 1,8 % menos que el año anterior), mientras que a España corresponden 14.521 (un 0,8 % menos que en 2.016).

- El Mercado Postal Español superaba los promedios europeos en cuanto al número de habitantes por empleado y por buzón del Operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU): 826 frente a 526,5; y 1.849,5 versus 785,9,

²⁹⁰ <http://ec.europa.eu/growth/sectors/postal-services/statistics/>

Datos a 26 de septiembre de 2019.

²⁹¹ Según el glosario de estadísticas postales de la Comisión Europea, se entiende por *puntos de atención* las instalaciones físicas, incluidos los buzones a disposición del público tanto en la vía pública como en los locales de los proveedores de Servicios Postales, donde los clientes pueden depositar los envíos para su procesamiento por parte de los Operadores Postales.

respectivamente.

- Dentro de la UE-28, los Operadores designados para la prestación del SPU contaron en el año 2.017 con un total de 679.324 empleados, y España se quedó en 56.326 (un 2,9 % más que en 2.016).

- Sin embargo, España se mantuvo por debajo del promedio europeo respecto del resto de indicadores relevantes (número de habitantes por Oficina Postal y número de envíos de *correspondencia* por habitante). Así, en la UE-28 los envíos de *correspondencia* -este indicador incorpora datos tanto de los Operadores designados para la prestación del SPU como del resto de Operadores Postales- llegaron a los 56.367, 9 millones de envíos nacionales (un 3,3 % menos que en 2.016) y a los 1.725,7 millones de envíos de importación (un 8,5 % más que el año anterior).

- La media de envíos de *correspondencia* nacional por habitante en la UE-28, se estableció en 118,7 en 2.017. España, tuvo la mitad de envíos, quedando tan sólo en 61,5 en el mismo período, aunque bien es cierto que experimentó un fuerte incremento interanual (10,9 % más que en 2.016), solamente superado por el 59,7 % de Rumanía.

- Destaca entre estos indicadores, el correspondiente al precio de la carta ordinaria nacional de menos de 20 gramos de peso, pues en nuestro país alcanzó los 0,50 € frente a los 0,72 € de promedio en la UE-28. Si bien la diferencia respecto de la carta intraeuropea transfronteriza de menos de 20 gramos, es menos significativa -1,25 € en España versus 1,27 € de media europea-.

En síntesis, puede decirse que en el Mercado Postal Europeo:

- Aumenta el número de habitantes por Oficina, mientras que permanece casi estable el número de empleados por habitante.

- Los precios de la *correspondencia* (cartas de menos de 20 gramos de peso) suben, al tiempo que disminuye el número de envíos por habitante.

El Mercado Postal en España sigue las mismas tendencias que en Europa (UE-28), salvo por los incrementos que registran los ratios de empleado y envío por habitante.

Según la Decisión de la Comisión Europea, de 30 de enero de 2.013, se considera que un Operador es *integrador* cuando dispone del pleno control operativo de la logística de los envíos, de origen a destino, incluido el transporte aéreo, y suficiente cobertura geográfica a nivel mundial.

1.3. ACTIVIDAD DEL SECTOR POSTAL EN ESPAÑA

La configuración de la red de transporte condiciona los costes de distribución de la mercancía, así como la planificación y organización temporal de la cadena de suministro de los productos al Mercado.

El Mercado Postal Global en España, comprende el Sector de Mensajería y Paquetería y el Sector Postal Tradicional. A su vez, dentro del ámbito de la Mensajería y Paquetería, distinguimos dos segmentos claramente diferenciados:

- Paquetería empresarial.- Incluye paquetes ligeros, mensajería urgente y documentación.
- Paquetería industrial.- Paquetería más pesada *-generalmente, de más de 30 kg. de peso, en forma de bulto y/o paquetes individuales-*.

Los datos de síntesis de evolución del Sector de Mensajería y Paquetería en España *-mucho más dinámico que el Sector Postal Tradicional-* correspondientes al año 2.018, se resumen en la siguiente tabla que ha sido elaborada a partir del contenido del último Informe²⁹² sectorial especializado publicado:

PRINCIPALES MAGNITUDES DEL SECTOR -2.018-	
MERCADO (millones euros)	7.100
Paq. Empresarial	4.425
Paq. Industrial	2.675
Nacional	5.165
Internacional	1.935
Crecimiento Mercado (%/2.017)	+ 5,2
Paq. Empresarial	+ 6,0
Paq. Industrial	+ 3,9
Nacional	+ 4,8
Internacional	+ 6,3
Cuota 5 primeras empresas Paq. Emp. (%)	50,0
Cuota 5 primeras empresas Paq. Ind. (%)	51,6

²⁹² Estudio Sectores DBK *-Mensajería y Paquetería-*, julio 2.019, 23ª edición; www.dbk.es

Las notas más relevantes que pueden extraerse de los datos registrados en España durante 2.018 en este Sector Postal *-recogidas, asimismo, en el Informe²⁹³ de referencia citado-*, son:

- Este Mercado (Mensajería y Paquetería) ha superado su máximo histórico (que databa del ejercicio 2.008), alcanzado en 2.018 los 7.100 millones de euros en total.
- Esta cifra es un 5,2 % superior a la del año anterior, produciéndose de esta forma una reactivación del negocio.
- El buen comportamiento del consumo de los hogares, de la actividad en algunas de las principales ramas industriales de clientes en el sector de distribución comercial, el crecimiento del transporte internacional, y el notable dinamismo del comercio electrónico, se encuentran entre los factores esenciales que explican el aumento de la demanda en este período.
- El segmento de Paquetería empresarial siguió experimentando un comportamiento algo más favorable que el conjunto del Mercado, al registrar una variación del 6,0 en 2.018, hasta llegar a los 4.425 millones de €.
- El Mercado de Paquetería industrial, por su parte, consiguió un incremento del 3,9 %, situándose en 2.675 millones de €.
- La actividad en el ámbito nacional aportó una facturación de 5.165 millones de €, un 4,8 % mayor a la obtenida en 2.017.
- La facturación ligada a servicios de transporte internacional continuó ganando penetración en el Mercado, generando unos ingresos de 1.935 millones de € (+ 6,3 %).

Sin embargo, los indicadores utilizados en este apartado del Informe de la CNMC que nos sirve de base para describir la magnitud del Sector Postal en España *-sin considerar los datos agregados de Paquetería industrial, que sí incluía el Informe Sectorial DBK anteriormente mencionado-*, han tomado como única fuente de información la publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en su página Web²⁹⁴ que, a su vez, selecciona

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ <http://www.ine.es>

exclusivamente el código CNAE 53 -*Actividades postales y de correos*-. Y cabe concluir lo siguiente al respecto:

- En la evolución de los índices de cifra de negocios del Sector Servicios -*en general*-, y de las actividades postales y de correos -*en particular*-, se aprecia que en 2.018 se produjo una fuerte desaceleración respecto a la evolución de los dos años anteriores.
 - Así, frente a crecimientos anuales entre el 6 % y el 7% en los años 2.016 y 2.017 -*respectivamente*-, la variación anual del índice de cifra de negocios del Sector Servicios quedó en 2,7 % en el año 2.018, y la variación anual del índice de cifra de negocios de las actividades postales y de correos, en el 2,0 %.
 - Otro dato a destacar es que, tanto en 2.018 como en 2.017, la cifra de negocios del Sector Servicios creció más rápidamente que la correspondiente a las actividades postales y de correos perdiendo, consecuentemente, peso específico, estas últimas, en la cifra de negocios global del Sector Servicios.
- Los índices de ocupación del Sector Servicios y de las actividades postales y de correos, presentan variaciones anuales positivas en 2.018, apuntando a incrementos en la ocupación sectorial.
 - En concreto, de un 2,1 % en el conjunto del Sector Servicios, y de un 2,2 % en el de actividades postales y de correos, similar a lo registrado el año anterior.
- Por lo que a los precios al consumo se refiere, en los años 2.017 y 2.018 hay una notable diferencia entre los Servicios Postales y la evolución del índice general, pues los primeros se aceleran significativamente (+ 12,2 %) frente a la estabilidad que presenta el IPC (+ 1,2 %).

En resumen y, como indica el Informe²⁹⁵ elaborado por la CNMC, “los servicios postales pierden importancia relativa en el conjunto de la cifra de negocios del sector servicios, si bien crean empleo a igual ritmo, reflejo probablemente de la fuerte intensidad relativa en este factor de las actividades postales. También destaca el fuerte encarecimiento relativo de los servicios postales frente a la relativa estabilidad del conjunto de los bienes y

²⁹⁵ Obra citada, pág. 25.

servicios que componen el IPC”.

Dada la diferencia existente dentro del Mercado de los Servicios Postales entre, por una parte, el Sector Postal Tradicional (*correspondencia*, en general) y, por otra, el Servicio de Mensajería (urgente) y Paquetería, a continuación se procede a su tratamiento de manera independiente.

Es la estructura del Informe citado de la CNMC, correspondiendo las siglas SPT al segmento del Sector Postal Tradicional, y el acrónimo CEP, al Sector de Mensajería y Paquetería. El detalle de la actividad del Sector Postal en España para 2.018 arroja una caída del volumen de envíos del 7,9 % interanual, hasta un valor de 3.258,8 millones de envíos. Expresada en términos de valor, la actividad del Mercado Postal alcanzó los 4.872, 2 millones de euros.

1.3.1. Segmento SPT

Es, como su propio nombre indica, el segmento del Sector Postal en el que se ofertan los productos postales más tradicionales -*esencialmente, cartas y tarjetas postales*-. Las notas definitorias de este tipo de productos, son:

- Pequeño tamaño.
- Peso reducido.
- Distribución por repartidores a pie.
- Entrega en casilleros domiciliarios.
- Un solo intento de entrega.

Además de las cartas y tarjetas postales -*aunque como productos derivados y con mucho más valor añadido*-, el segmento SPT incluye los productos registrados tales como las cartas certificadas y las notificaciones, donde la entrega suele ser en mano en el domicilio del destinatario y puede realizarse más de un intento de entrega (según se haya contratado por el cliente). También dentro del segmento SPT se consideran productos como la publicidad directa y otras publicaciones.

Los datos referidos al comportamiento de este segmento del Mercado Postal Español durante 2.018, son los siguientes:

- Del total de volumen de envíos del Mercado Postal, el 83,7 % se generó en este segmento, que registró una caída del 11,4 % respecto del año anterior.
- El valor del segmento SPT también cayó en relación con 2.017 en un 1,1 %, para registrar 1.350,9 millones de euros de ingresos.
- 2.018 se caracterizó por un nuevo aumento del ingreso unitario, incremento que se extendió a todas las tipologías de producto comprendida en este ámbito (cartas y tarjetas postales ordinarias, publicidad directa y otras publicaciones, y cartas certificadas y notificaciones).
 - Esta evolución se produjo uniformemente también por flujos, pues se incrementó el ingreso unitario de los envíos nacionales SPT, de importación y de exportación.
- La desaparición definitiva del Operador Unipost consagró la preponderancia del Operador público, que representó el 95 % del total de envíos. Sólo en los flujos de exportación su participación se reduce hasta el 57,2 % del total, frente a la actuación de los consolidadores internacionales que incrementan su importancia como segundos actores en los flujos de exportación hasta el 42,1 % del total de envíos.
- Los flujos de este Mercado siguen siendo de ámbito nacional (94,5 %, en términos de los envíos totales en 2.018), con el protagonismo absoluto de las cartas y las tarjetas postales ordinarias (78,9 % del total de envíos, y 54,6 % del total de ingresos).

1.3.2. Segmento CEP

Los productos del segmento CEP son, fundamentalmente, los paquetes con valores añadidos. Sus características principales, son éstas:

- Mayor peso que los productos del segmento SPT.
- Mayor tamaño que los productos del segmento SPT.
- Plazos de entrega cortos.

- Distribución mediante el uso de vehículos a motor.
- Entrega en mano el domicilio del destinatario o en las instalaciones del Operador.
- Normalmente, más de un intento de entrega.

La Paquetería distribuida por las redes de distribución postal tradicional, posee atributos que permiten situarla tanto en el segmento SPT como en el segmento CEP, aunque a efectos prácticos, la CNMC los ha incluido en este Informe en el segmento CEP.

A diferencia del segmento SPT donde, dejando a un lado los nombres comerciales, los productos están bastante estandarizados (cartas, tarjetas postales, notificaciones,...), en el segmento CEP la variedad de productos es mucho mayor entre los diferentes Operadores.

Los aspectos más sobresalientes del segmento CEP en 2.018 en España, se expresan seguidamente:

- Del total de envíos registrados en el Mercado Postal Español durante 2.018, el segmento CEP creció un 15,8 %, hasta llegar a los 531,4 millones de envíos.
- El valor del segmento CEP en este período aumentó un 29,8 %, hasta alcanzar casi los 3.521,3 millones de euros.
- En 2.018, el ingreso unitario del segmento CEP creció igualmente para todas las categorías de producto en un Mercado que sigue siendo básicamente doméstico (65,4 % del total de ingresos, y 69,6 % del total de los envíos), y en el que predominan los envíos de poco peso (48,0 % del total).
- Es de destacar la tendencia al alza que registran los flujos de importación, cuyos ingresos en los últimos cinco años no han dejado de crecer relativamente.
- El principal Operador para el conjunto del Mercado sigue siendo el Grupo público que, tanto en volumen como en valor de cifra de negocios, supone algo más de un tercio del total.

- El resto de los Operadores *-salvo unas pocas excepciones-*, también ha visto crecer su cifra de negocios, destacando entre los Operadores independientes GLS que, a resultas de la adquisición de ASM y Redyser, ha ganado relevancia en el Mercado.
- Por envíos, se observa la relevancia de las redes de transporte urgente de ámbito nacional, especialmente importantes en el tramo de paquetes de entre 2 y 20 kilos, pues llegan a mover el 60,6 % del total de envíos generados en 2.018, muy por delante del Operador público, que operó el 23,3 %.
- También son las protagonistas las redes de transporte urgente en el ámbito predominante de este Mercado, el nacional, al operar el 52,1 % de este flujo de envíos en 2.018.

Las redes de transporte urgente de ámbito nacional, son un conjunto de empresas que operan bajo una marca en régimen de franquicia, agencia, colaboración, correspondencia, cooperativa, filiales o vinculaciones jurídicas análogas, de forma que pueden tener cobertura en todo el territorio mediante la creación de una red que es coordinada por una empresa central, cabecera o matriz.

Los Operadores independientes, por su parte, son aquéllos que actúan de forma autónoma en el Mercado, sin pertenencia a ninguna red de franquicias o colaboradores.

1.4. GRADO UTILIZACIÓN RED POSTAL

Este bloque temático ha sido elaborado con información extraída del portal público de carácter estadístico: CNMC Data²⁹⁶. Dentro de este portal, los Informes específicos utilizados han sido el panel de hogares y el de comercio electrónico.

El primer aspecto analizado, son las cartas enviadas y recibidas por los particulares:

- Se han incrementado los porcentajes de personas que no han recibido y/o enviado este tipo de *correspondencia* a lo largo del año 2.018.
- En concreto, el 74,3 % de personas declaran que no recibieron ninguna carta en el

²⁹⁶ <http://data.cnmc.es/datagraph/>

segundo semestre del año 2.018, y el 71,6 % no había enviado ninguna carta en ese mismo período.

- En los últimos años, la tendencia ha sido similar. Así, en los años 2.016 y 2.017, los valores se han movido entre 68,8 % y 73,4 %, respectivamente.
- La tendencia a la caída en la actividad del segmento SPT, tiene su reflejo en el cada vez menor uso que realizan los particulares de la *correspondencia* tradicional.
- Aproximadamente tres de cada cuatro personas declararon no haber recibido ni haber enviado ninguna carta en el segundo semestre de 2.018, predominando de esta manera quienes no intercambian cartas entre sí.

Este ámbito de actividad en España (segmento SPT), por el contrario, estaría concentrándose en los envíos desde las empresas hacia los particulares, según se desprende de los datos del panel de hogares para el ejercicio 2.018:

- Parece ser que en el caso de las cartas con origen en empresas o suministradores de servicios, aquéllas todavía cumplen una función importante.
- Más del 60 % de los encuestados manifestaron que habían recibido cartas de estos remitentes, tanto en el primer semestre de 2.018 como en el segundo.
- En los años 2.016 y 2.017, se han movido igualmente en valores cercanos al 60 %.
- El intercambio más habitual entre los particulares y este tipo de remitentes, es la factura de servicio prestado. Aquí se contraponen el tradicional envío postal con el envío por medios electrónicos, y destaca la diferencia existente entre los suministradores de servicios de telecomunicaciones y bancos frente a los suministradores de energía (electricidad y gas natural, básicamente).
- Mientras los suministradores de telecomunicaciones y bancos están usando en mayor medida los medios de envío electrónicos, los suministradores de electricidad y gas natural optan principalmente por el envío postal bajo la modalidad de *correspondencia* (carta).
- La tendencia en favor de la recepción electrónica, viene produciéndose también en los

años anteriormente analizados por la CNMC.

- Todas y cada una de las mediciones realizadas, han reflejado reducción de las facturas en papel con envío postal, y aumento de las facturas con recepción electrónica.

En cuanto afecta a las notificaciones administrativas en formato físico, los datos revelan que éstas se están reduciendo:

- Así, más de la mitad de los participantes en la encuesta señalaron que no habían recibido ninguna notificación administrativa durante los 2 semestres de 2.018.
- Exceptuando el primer semestre de 2.016 (con un 49,4 %), también en 2.016 y 2.017 los encuestados respondieron en el mismo sentido.

Por lo que se refiere al recurso a las Oficinas Postales, la evolución observada del Mercado tiene, asimismo, su reflejo en el grado de utilización de este medio tradicional propio de la Red Postal:

- Aproximadamente el 55 % de las personas preguntadas, no visitaron ninguna Oficina Postal en 2.018.
- Es decir, menos de la mitad de la muestra seleccionada realizó alguna visita a una Oficina en 2.018.
- Y, quienes sí efectuaron alguna visita en 2.018, manifestaron haber realizado entre 1 y 2 visitas.
- Por lo tanto, son mayoría las personas que no necesitaron acudir físicamente a los servicios prestados por una Oficina Postal en España. Además, quienes sí lo hicieron, requirieron pocas visitas.
- Esta tendencia, en los últimos tres años, no ha hecho sino aumentar.
- Los motivos principales de asistencia a una Oficina Postal, son el envío de cartas y de paquetes, así como la recogida de envíos. Sin embargo, hay que tener en cuenta la diferente evolución de los mismos en el ámbito temporal estudiado:

- El envío de cartas se ha ido reduciendo progresivamente, desde el 46,0 % del primer semestre de 2.016 hasta el 42,0 % del segundo semestre de 2.018.
- Por el contrario, la recogida de envíos ha ido incrementándose, desde el 60,7 % del primer semestre de 2.016 hasta el 67,3 % del segundo semestre de 2.018.
- Esto es, pues, el principal motivo de visita a una Oficina Postal en 2.018 fue la recepción de envíos postales, por delante de la remisión de productos postales.

Por lo que atañe a los Paquetes postales, cabe constatar que son el producto postal que, sin duda alguna, más está aumentando su demanda:

- Este incremento no proviene del tráfico intercambiado entre particulares, sino del comercio *on line*, puesto que más del 80 % de los encuestados no envió ni recibió ningún Paquete que no tuviera origen en una compra *on line*.
- Y estos datos, apenas han variado desde 2.016.
- El Operador Postal más demandado por los particulares que enviaron Paquetes durante 2.018, fue el Grupo Correos (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., y su filial de Paquetería, Correos Express).
- Más del 60 % optaron por este Operador.
- Las siguientes opciones utilizadas en ambos semestres de 2.018 fueron, en este orden, Seur y MRW.
- Esto se ha repetido también en los dos años anteriores.
- Los factores principales a la hora de elegir el Operador Postal que gestione los envíos de Paquetes en 2.018, fueron la empresa y el precio, destacando que el plazo de entrega queda relegado al tercer lugar entre los criterios que determinan estas elecciones entre los consumidores:
- Las preferencias que más han ido evolucionando, han sido la de la empresa elegida (ha aumentado 8,6 puntos porcentuales desde el segundo semestre de 2.016) y el precio

(incrementándose asimismo 1,1 puntos porcentuales en el mismo intervalo de tiempo)

- En el lado contrario, el plazo de entrega es la opción que mayor evolución negativa ha tenido (disminuyendo 5,7 puntos porcentuales desde el segundo semestre de 2.016).

El comercio electrónico, es uno de los principales generadores de volúmenes de envíos dentro del Mercado Postal Global, especialmente en lo que respecta a Paquetería, y ésta es una tendencia en constante alza:

- Hay que destacar, en primer lugar, el incremento *-trimestre a trimestre-* de las transacciones de comercio electrónico habidas en España.
 - El cuarto trimestre de 2.018 terminó con un total de 205,8 millones (un 20,8 % más que el trimestre anterior)
 - Esta evolución, salvo contadas excepciones, se ha mantenido en todos los trimestres hasta ahora considerados.
- Aproximadamente la mitad de los partícipes en la encuesta de referencia realizaron compras a través de Internet:
 - Siendo el número de operaciones efectuadas entre 2 y 5 compras de promedio en los 6 meses anteriores.
 - Estos valores, se vienen manteniendo en niveles parecidos en los últimos años.
- Su repercusión en el Mercado Postal, resulta evidente:
 - Entre un 89-91 % de las compras por Internet, tuvieron como consecuencia la recepción de Paquetes por parte de los compradores.
 - La evolución es claramente positiva, y va desde el 76,4 % del primer semestre de 2.016 hasta llegar al 91,0 % del segundo semestre de 2.018.
- De esta forma, la recepción de Paquetes postales queda íntimamente relacionada con el comercio electrónico, cuya constante expansión dinamiza el segmento postal CEP.

- Las opciones más ofertadas por los Operadores Postales en 2.018, fueron el plazo de entrega y el precio con más del 40 %. Les siguió el horario de entrega con más del 24 %, y la elección de la empresa de mensajería entorno al 19 %. Teniendo en consideración que para un mismo Paquete se pueden ofertar una o varias opciones al mismo tiempo.
- Las opciones disponibles que más han aumentado desde el primer semestre de 2.016, han sido el plazo de entrega y el coste del envío, con incrementos del 9,5 % y del 6,4 %, respectivamente.
- La empresa de mensajería que más Paquetes de comercio electrónico gestionó en 2.018, fue Correos (incluyendo tanto a la Sociedad Estatal y a Correos Express), con porcentajes del 48,8 % en el primer semestre y del 43,6 % en el segundo.
 - En los años 2.016 y 2.017, Correos siempre ha estado por encima del 42 %.

Las Cartas, además de los Paquetes, son un tipo de producto que también se utiliza para el envío de compras de comercio electrónico, aunque no sea el más usado:

- En concreto, entre un 30 % y un 35 % de los encuestados admitieron haber recibido alguna carta con objetos comprados *on line* en 2.018.
- Apenas se han producido variaciones en estos valores durante los 2 años anteriores.

En definitiva y, a modo de resumen, se puede concluir lo siguiente:

-Las personas encuestadas declaran recibir pocas cartas y notificaciones.

-No suelen visitar Oficinas Postales y, cuando lo hacen, es para enviar cartas o, principalmente, para recoger envíos.

-El comercio electrónico aumenta trimestre a trimestre en España, hasta llegar a 205,8 millones de transacciones a finales de 2.018.

-El Grupo público Correos (Sociedad Estatal -*empresa matriz*- y Correos Express -*filial de Paquetería*-), fue el Operador Postal que más Paquetes procedentes del comercio electrónico gestionó durante 2.018.

1.5. FIABILIDAD SERVICIOS POSTALES EN ESPAÑA

El art. 8 de la Ley Postal (43/2.010) dispone que los usuarios tendrán derecho a la prestación de un Servicio Postal Universal (SPU) de calidad. Por otra parte, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999) establece tres tipos de indicadores de calidad para el control y medición de la prestación del Servicio Postal Universal (SPU):

- Plazos medios de expedición (artículo 45);
- Atención al usuario (artículo 46.1); y
- Grado de fiabilidad de los Servicios Postales (artículo 46.2).

De este modo, el art. 46.2 de este texto normativo de desarrollo legal, señala: “el grado de fiabilidad de los servicios postales será determinado, asimismo, atendiendo al porcentaje anual de reclamaciones formuladas ante la Secretaría General de Telecomunicaciones, dentro del procedimiento previsto en el apartado tercero del artículo 20 de este Reglamento, presentadas por los usuarios de los servicios incluidos en el servicio universal que presta el operador al que se encomienda dicha prestación, sobre el total de las presentadas ante dicho operador, en el ámbito de ese servicio universal”.

Este apartado toma como referente básico la información facilitada por el Informe de la CNMC: “Informe sobre el control y medición de los indicadores de calidad del Servicio Postal Universal correspondientes al ejercicio 2.018”²⁹⁷, último publicado hasta la fecha.

1.5.1. Reclamaciones recibidas por Correos

Para el cálculo del grado de fiabilidad alcanzado en la prestación de los Servicios Postales en España durante el ejercicio 2.018, la Dirección de Transportes y Servicios Postales (DTSP) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) solicitó a Correos los datos relativos a las reclamaciones recibidas por el Operador público correspondientes al Servicio Postal Universal (SPU). Asimismo y, de forma complementaria, pidió también detalle sobre los procedimientos de reclamación establecidos por el mismo, tramitación e indemnización, para tener así una visión completa

²⁹⁷ STP/DTSP/080/18, de 21 de noviembre de 2.019.

de todo el proceso en su conjunto.

Correos, en fecha 25 de julio de 2.019, proporcionó datos de las reclamaciones recibidas en 2.018, distinguiendo entre reclamaciones de servicio (respecto de las que indica que, al no estar categorizadas por tipo de producto, no puede diferenciar cuáles afectan al SPU), y reclamaciones de producto, donde sólo incluye las referidas a productos con seguimiento y/o trazabilidad logística (es decir, no incorpora por tanto las que afectan a la carta ordinaria).

Considera la Sala²⁹⁸ (Dirección de Transportes y del Sector Postal -DTSP-) competente de la CNMC que el documento aportado por el Operador *designado* para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) no atiende a la Recomendación prevista en el Anexo D.5 de la Norma UNE 14012:2.009.

No obstante ello y, en ausencia del dato exacto de reclamaciones relativas al SPU, la CNMC considera, a efectos del cálculo del indicador de fiabilidad, el número total de reclamaciones que Correos informa (es decir, el sumatorio total de reclamaciones de servicio y reclamaciones de producto aportadas).

Las conclusiones a las que llega la CNMC, son las que se exponen a continuación:

- Las reclamaciones de servicio, aumentaron en 2.018 en 11.267 respecto a las reportadas en el ejercicio 2.017 por Correos -*que ascendieron en total a 46.557*-. Esto es, un 24 % más, registrándose el mayor incremento en reparto en las causas extravío y retraso.
- En las reclamaciones de producto, también se observa una subida en 2.018 respecto a 2.017, pasando de 120.775 tramitadas el año anterior, a las 124.293 de este ejercicio (un 2,9 % superior), ascenso no tan relevante como el reseñado para las reclamaciones de servicio.
 - El mayor número de estas reclamaciones, afecta a la carta certificada -*nacional e internacional*-.
- La cantidad abonada por las reclamaciones de producto en 2.018, alcanzó 1.472.031

²⁹⁸ *Ibíd*em, pág. 44.

euros (292.058 euros más que en 2.017).

- El tiempo medio de resolución para productos nacionales, fue de 8 días (frente a los 13 días de promedio en 2.017).
- Para las reclamaciones de producto internacionales, se situó en 14 días (por los 19 días de 2.017).
- En ambos casos, el tiempo medio de pago estuvo en 3 días laborables.
- En total, durante 2.018 Correos recibió 182.117 reclamaciones²⁹⁹ (resultado de la suma de 57.824 reclamaciones de servicio y las 124.293 reclamaciones de producto, según la propia clasificación del Operador público).
- Esto representa una subida del 8.8 % en el número total de reclamaciones recibidas en 2.018 respecto al año 2.017, en que el número de las mismas se situó en 167.332.

Los datos concretos del total de reclamaciones recibidas por Correos en el período comprendido entre 2.013 y 2.018, se contienen en la Tabla³⁰⁰ que presentamos seguidamente, desglosada por tipo de reclamación (de servicio y/o de producto):

NÚMERO DE RECLAMACIONES RECIBIDAS POR CORREOS (2.013-2.018)						
RECLAMACIONES	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
Rec. Servicio	28.280	36.897	41.388	44.873	46.557	57.824
Rec. Producto	37.633	40.206	113.010	116.014	120.775	124.293
Total	65.913	77.103	154.398	160.887	167.332	182.117

En lo relativo a los procedimientos habilitados para que los usuarios formulen sus quejas y reclamaciones, Correos afirma que pone a disposición de los mismos y de forma gratuita diversos canales, bien en sus Oficinas físicas, o a través de su página Web o vía teléfono de atención al cliente.

1.5.2. Reclamaciones recibidas por Mº Fomento

Corresponde al Ministerio de Fomento³⁰¹ conocer de las quejas y denuncias de los

²⁹⁹ Ibídem, pág. 45.

³⁰⁰ Ibídem, pág. 46.

³⁰¹ Según establece la Disposición adicional undécima de la Ley 3/2.013, de 4 de junio, de creación
pág. 287

usuarios por incumplimiento de las obligaciones de los Operadores postales en relación con la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) y debe informar, al menos semestralmente, a la CNMC de las actuaciones realizadas.

Según lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 953/2.018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, corresponde a la Subdirección General del Régimen Postal dependiente, a su vez, de la Secretaría General Técnica del mismo, el ejercicio de las funciones en materia de resolución de controversias, quejas y denuncias de los usuarios en el ámbito del SPU. Dicha Subdirección General aplica, para la resolución de las reclamaciones planteadas, la regulación postal dispuesta en la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal -*Ley Postal, actualmente vigente*, así como en el Reglamento por el que se regula Prestación de los Servicios Postales, aprobado por Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre -*Reglamento Postal*.

En el ámbito internacional, la legislación que rige en esta materia es la prevista en el Convenio Postal Universal aprobado en el 25º Congreso Postal de Doha (2.012) y su correspondiente normativa de desarrollo, recogida en el Reglamento relativo a envíos de Correspondencia y en el Reglamento relativo a Encomiendas Postales.

Por su parte, la tramitación de las reclamaciones -*a falta de un procedimiento específico*, se realiza respetando lo dispuesto en la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las observaciones más reveladoras derivadas del citado Informe elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), son:

- El Mº de Fomento recibió un total de 627 reclamaciones en 2.018, lo que supone un 62 % más que en 2.017.
- De ellas, el Informe³⁰² de referencia indica que 448 fueron reclamaciones relacionadas con la prestación del SPU.

de la CNMC, entre las funciones del Ministerio de Fomento se encuentra el conocimiento de las controversias entre los usuarios y los operadores de los Servicios Postales en el ámbito del servicio Postal Universal.

³⁰² Obra citada, pág. 48.

- Del total de reclamaciones recibidas, 572 afectaron a Correos, 6 a otros Operadores y 49 fueron relativas al ámbito del transporte por carretera.
- De las 627 reclamaciones, 553 fueron admitidas a trámite por la Subdirección General del Régimen Postal, de las que 530 fueron tramitadas y resueltas, y 23 están en tramitación.
- El 68 % de las reclamaciones fueron resueltas con informe estimatorio al reclamante, un 7 % con informe parcialmente estimatorio, un 7 % con informe desestimatorio, y un 18 % con otras formas de terminación.
- El 80 % de las reclamaciones se refirieron al Servicio Postal de correo nacional con origen y destino en España, habiéndose incrementado en 2.018 (507 reclamaciones) respecto a 2.017 (308 reclamaciones recibidas).
- Por otro lado, el 20 % de las reclamaciones totales recibidas, correspondieron al correo internacional. Es decir, correo con origen o destino en otro Estado miembro de la Unión Europea o un país tercero. Y éstas han pasado de 79 reclamaciones en 2.017, a 120 en 2.018.
- Los principales motivos de las reclamaciones del ámbito nacional relativas al SPU recibidas por el Mº de Fomento durante 2.018, han sido las iniciativas institucionales que son formuladas por Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas u otros organismos o instituciones públicas, cuyo objeto es formular una solicitud o requerimiento de carácter general dirigido al Gobierno sobre el Servicio Postal Universal, y que suelen referirse a la política de personal de Correos, la defensa del Servicio Postal o gestiones de operativa -*tales como mantenimiento de Oficinas, horarios, etc.-*.
- La segunda causa de reclamación fueron las incidencias en el reparto postal a domicilio, que trasladan y evidencian problemas puntuales en la forma de distribución y/o frecuencia del mismo.
- En las 61 reclamaciones internacionales recibidas por el Mº de Fomento en 2.018 con el SPU como objeto de las mismas, las principales causas fueron la pérdida, robo o deterioro de envíos certificados (31 reclamaciones de este tipo), seguidas por incidencias en la calidad del Servicio por incumplimiento del plazo ofertado o incidencia en la entrega.

1.5.3. Resultados grado fiabilidad

Finalmente, el número de reclamaciones recibidas por Correos en 2.018 fue de 182.117, y el nº de reclamaciones relativas al SPU por parte del M^a de Fomento, ascendió a 448. Y, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento Postal, el grado de fiabilidad³⁰³ de los Servicios Postales, se determina atendiendo al porcentaje anual de reclamaciones formuladas ante el Ministerio de Fomento presentadas por los usuarios de los Servicios incluidos en el Servicio Postal Universal que presta el Operador al que se encomienda dicha prestación, sobre el total de las reclamaciones presentadas ante dicho Operador, por lo que en el año 2.018 el grado de fiabilidad fue del 0,25 %, lo que supone volver a valores parecidos a los registrados en 2.013 y 2.014 *-debido a que han subido tanto el número de las reclamaciones recibidas por el M^o de Fomento como las recibidas por Correos-*.

El Cuadro³⁰⁴ siguiente recoge el resumen de las Reclamaciones recibidas por Correos y por el Ministerio de Fomento entre 2.013 y 2.018, así como el Grado de Fiabilidad de la prestación de Servicios Postales correspondiente a cada ejercicio considerado:

EVOLUCIÓN GRADO FIABILIDAD SERVICIOS POSTALES (2.013-2.018)						
RECLAMACIONES	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	2.018
M ^o Fomento	173	200	255	241	234	448
Correos	65.913	77.103	154.398	160.887	167.332	182.117
Total	0,26	0,26	0,17	0,15	0,14	0,25

2. REGULACIÓN SECTORIAL EN ESPAÑA

Por último, en este Capítulo se va a revisar toda la normativa sectorial que afecta actualmente al ámbito postal, tanto de carácter internacional como regulación interna.

La evolución sectorial en Europa ha experimentado importantes avances en los últimos años, en virtud de la nueva realidad regulatoria.

El marco legal actualmente existente en España del Sector Postal, comprende una serie de normas de distinto rango que regulan y definen aspectos tales como el Servicio Postal Universal (SPU), ámbito y contenido, régimen de prestación de los servicios,

³⁰³ *Ibidem*, pág. 49.

³⁰⁴ *Ibidem*, pág. 50.

Operador público habilitado, naturaleza jurídica, organización, campo de actuación dentro del contexto del Mercado, relaciones con otros estamentos públicos, forma de financiación, derechos y deberes,...

Como antecedentes normativos históricos más recientes y destacados de la actual Ley Postal -*Ley 43/2.010, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal*, ya derogados, encontramos:

- La Ley de 1 de junio de 1.909, de reorganización de los servicios de Correos y Telégrafos.
- La Ley de 22 de diciembre de 1.953, de reorganización de Correos.
- La Ordenanza Postal, de 19 de mayo de 1.960 (Decreto 113/1.960) que, durante muchos años y, con modificaciones, ha servido para regular la actividad postal en España.
- El Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1.653/1.964, de 14 de mayo, modificado, a su vez, en multitud de ocasiones.
- La Ley 24/1.998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, precedente inmediato de la actual y vigente Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre).

2.1. DIRECTIVAS U.E.

El origen más inmediato del proceso liberalizador de los Servicios Postales en la Unión Europea (UE), lo encontramos en dos Decisiones de la Comisión, anteriores a la Directiva 97/67/CE, de 15 de diciembre 1.997, por las que se liberalizó el correo rápido internacional:

- La Decisión 90/16/CEE, de 20 de diciembre de 1.989³⁰⁵, relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido; y
- La Decisión 90/456/CEE, de 1 de agosto de 1.990³⁰⁶, relativa a la prestación en

³⁰⁵ Publicada en DO L 10, de 12.1.1990.

³⁰⁶ Publicada, a su vez, en el DO L 233, de 28.8.1990.

España de servicios de correo rápido internacional.

Aunque con anterioridad y, a instancias de la Comisión, otros Estados miembros (Alemania en 1.984, Bélgica y Francia en 1.985, e Italia en 1.989) ya habían suprimido ciertas barreras que obstaculizaban la apertura de dichos servicios en sus respectivas legislaciones.

En relación con España, la Comisión, como consecuencia de la presentación de una denuncia, adoptó la Decisión 90/456/CEE, de 1 de agosto de 1.990, en virtud de la cual se declaró que eran incompatibles con el artículo 90.1 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en relación con el artículo 86 del mismo, las disposiciones de los artículos 10 a 13 de la Ordenanza Postal aprobada por Decreto 1.113/1.960, de 19 de mayo, y de los artículos 19 a 22 del Reglamento de los Servicios de Correos aprobado por Decreto 1.653/1.964, de 14 de mayo, por las que se reservaba a Correos el servicio de correo rápido internacional de recogida, transporte y distribución de cartas.

La Comisión Europea pidió al gobierno español que adoptara las medidas necesarias para liberalizar el correo internacional de cartas urgentes, al estimar que el monopolio del Servicio Postal en tal Mercado era contrario a las reglas de competencia recogidas en el Tratado de Roma, máxime si se tiene en cuenta que Correos entonces no ofrecía el servicio de correo rápido más que de forma limitada a las principales ciudades españolas y circunscrito a un reducido número de países. Esto obligó a reformar y modificar el régimen jurídico español, abriendo de esta manera algunos servicios postales a su prestación por empresas privadas.

Asistíamos entonces a una incontestable dinámica económica, bendecida por el ala ideológica conservadora denominada como “neoliberalismo”, de liberalización y privatización de los servicios públicos en el conjunto de la economía global. Y, como no podía ser menos, dicha dinámica alcanzó también a la prestación del Servicio Postal, tradicionalmente llevado a cabo por el Estado.

Según Villagrasa Rozas³⁰⁷ “un papel relevante en este proceso liberalizador lo tuvo la publicación en Bruselas el 11 de junio de 1.992 del *Libro Verde sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales*, en el que la Comisión reflexiona sobre la apertura

³⁰⁷ VILLAGRASA ROZAS, M^a M.: “Tendencias recientes de los servicios postales en España”, *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, N^o 10-11, Universidad de Zaragoza, 2.003, pág. 210.

de los servicios postales a la competencia”. Este Libro Verde³⁰⁸ sirvió de base para iniciar un debate sobre el Sector Postal en el territorio de la Comunidad, consultando a todas las partes interesadas: clientes, Operadores públicos, organizaciones de consumidores,...

Afirma Villagrasa Rozas³⁰⁹ que “para conseguirlo realiza un estudio de situación de ese momento, analiza los problemas que sufre el sector, plantea cuáles deberían ser los objetivos de la Comunidad en el mismo, establece de qué modo deben alcanzarse esos objetivos y elabora propuestas al respecto. Al final, la Comisión se inclinó por proseguir con la apertura del mercado y potenciar el servicio universal”. Explica esta autora que “el Libro Verde se limitó, en definitiva, a establecer unos principios básicos de ordenación de los servicios postales y propuso la necesidad de llegar a una definición comunitaria de un concepto tan importante como es el del servicio universal que cubra la totalidad del territorio comunitario, sea accesible a todos los ciudadanos, se proporcione a un precio moderado y sea un servicio de calidad”.

Y, aunque no se define claramente qué servicios serán reservados, indica que “en el Libro Verde se marcan unas pautas sobre lo que debe incluirse en éstos. Todos los demás servicios serán considerados como no reservados y se prestarán en libre competencia, permitiendo que los Estados miembros puedan decidir que el sector reservado sea inferior a los límites comunitarios, aunque deberán seguir teniendo que garantizar el servicio universal hasta los límites comunitarios establecidos en los servicios universales. Tanto el ámbito abarcado por los servicios universales como por el sector reservado deberán estar sujetos a revisión periódica”.

Al Libro Verde sobre los servicios postales siguió la *Comunicación*³¹⁰ de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *sobre las líneas directrices para el desarrollo de los servicios postales comunitarios*, de 2 de junio de 1.993, explicando las orientaciones que se desprendían de las consultas efectuadas como consecuencia de este Documento en respuesta a la Resolución de 22 de enero del mismo año del Parlamento³¹¹, en la que pedía a la Comisión la elaboración de un paquete de propuestas con vistas a la creación de un mercado único de los servicios postales.

³⁰⁸ COM (91) 476 final.

³⁰⁹ Obra citada.

³¹⁰ COM (93) 247 final.

³¹¹ DO C 42, de 15.2.1993, pág. 240.

Añade Villagrasa Rozas³¹² que “a esta Resolución del Parlamento Europeo, y tras la Comunicación de la Comisión, siguieron la Resolución de 25 de junio (DO C 194 de 19.7.1993, p. 397) sobre el mercado único de servicios postales y la Resolución de 29 de octubre (DO C 315 de 22.11.1993, p. 643) sobre los servicios postales. Posteriormente, tras una propuesta de Directiva de la Comisión para el desarrollo de los servicios postales en 1.995 (COM 95-227), el Parlamento adoptó una nueva Resolución (DO C 308 de 20.11.1995, p. 60) sobre la aplicación de un mercado único de los servicios postales. Por su parte, el Consejo emitió una Resolución el 7 de febrero de 1.994 (DO C 48, de 16.2.1994) sobre el desarrollo de los servicios postales con la finalidad de fijar los principales objetivos del mismo en la Comunidad que recogía los objetivos planteados en el Libro Verde y propugnaba la promoción de una liberalización gradual de los servicios postales garantizando el carácter permanente de la prestación de un servicio universal a la vez que garantizando unas condiciones de competencia equitativas, entre otros aspectos, e invitando a la Comisión a presentar un paquete de medidas *transparentes, simples y fáciles de aplicar*”.

De todo ello se desprende que, en los últimos años, la regulación sectorial postal española ha venido desarrollándose como aplicación de las diferentes normas de la Unión Europea (UE), la mayoría de ellas en forma de Directivas. En este sentido, se fue estableciendo un calendario progresivo de liberalización del Sector, en el que sobresalen de manera especial las siguientes normas relevantes de Derecho derivado de la Unión Europea (UE):

- Primera Directiva Postal.- Tras varios años de intensos debates a escala nacional y Comunitaria, en el año 1.994 el Consejo Europeo adopta una Posición Común sobre los principios en torno a los que habrá de fundamentarse la liberalización de los Servicios Postales de la Unión Europea (UE). Principios que se plasmaron en la “Directiva 97/67/CE³¹³, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1.997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del Mercado Interior de los Servicios Postales de la Comunidad y la Mejora de la Calidad del Servicio”, que iniciaba el proceso de desaparición de los antiguos monopolios postales y la correspondiente apertura del Mercado Postal Europeo a operadores privados, estableciendo una serie de normas para garantizar una mayor armonización de las condiciones que regulan el Sector en la

³¹² Obra citada, pág. 211.

³¹³ DO L 15, de 21.1.1998.

Comunidad.

En la Directiva se contienen las normas armonizadoras para los Estados miembros y para el mantenimiento de un servicio universal a precios asequibles en todo el territorio de la Comunidad.

Sostiene Villagrasa Rozas³¹⁴ que “si el Libro Verde de 1.992 había sentado las bases para una definición del servicio universal, es en la Directiva 97/67/CE donde este servicio queda claramente definido en su art. 3 como *una oferta de servicios postales de calidad determinada prestados de forma permanente en todos los puntos del territorio a precios asequibles a todos los usuarios* señalando, además, una serie de pautas y medidas para su establecimiento en los diversos países miembros, recordando que por *servicios postales* ha de entenderse, de acuerdo con el art. 2 de la propia Directiva, *los servicios consistentes en la recogida, el transporte y la distribución de los envíos postales* y teniendo en cuenta que el servicio universal incluye tanto los servicios nacionales como los transfronterizos”.

En esta primera Directiva se contempla expresamente la liberalización del Sector Postal de forma gradual, fijándose aquellos servicios que forman parte del sector reservado y que, por tanto, continuarán prestándose por las administraciones nacionales encargadas de los Servicios Postales en condiciones de monopolio. Así, el ámbito de Servicios Postales reservados comprende la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos de *correspondencia* interna cuyo peso sea inferior a 350 grs. En el caso de Servicios Postales gratuitos destinados a invidentes (llamados “cecogramas”), se podrán autorizar excepciones a los límites de precio y peso. También se incluye en este ámbito el correo transfronterizo y la publicidad directa, aunque con los límites anteriormente señalados y, además, se determinan los principios de tarificación y de transparencia contable que deben aplicarse.

En cuanto a los servicios no reservados se refiere, se prevé que los Estados miembros puedan conceder autorizaciones generales y licencias individuales, de acuerdo con procedimientos transparentes y no discriminatorios.

Señala Villagrasa Rozas³¹⁵ que “de igual manera, recogiendo otra de las orientaciones propuestas por el Libro Verde, la Directiva establece que los Estados

³¹⁴ Obra citada, págs. 211-212.

³¹⁵ *Ibidem*, pág. 212.

miembros deberán designar una o más autoridades nacionales de reglamentación del sector postal, jurídicamente distintas y separadas y funcionalmente independientes de los operadores postales, y notificárselo a la Comisión. Estas autoridades tendrán como misión garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva, así como de la normativa en materia de competencia en el sector postal”.

Respecto de las cuestiones de financiación del servicio universal, se estipula que si las obligaciones de este servicio representan una carga financiera excesivamente onerosa para el proveedor del mismo en un Estado miembro, éste podrá constituir un fondo de compensación administrado por una entidad independiente del beneficiario. Junto a todo ello, también se incorporan normas que garanticen la calidad en relación con el servicio universal.

Por último, los Estados miembros deben implementar procedimientos transparentes, simples y poco costosos para tramitar las reclamaciones de los usuarios y, en particular, en caso de pérdida, robo, deterioro o incumplimiento de las normas de calidad del servicio.

Menciona en este punto Villagrasa Rozas³¹⁶ la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas estatales relativas a los servicios postales (98/C 39/02)*³¹⁷, publicada muy poco después de la Directiva en la que dice “se recogen las líneas directrices que seguirá la Comisión al aplicar las normas de competencia del Tratado a casos individuales, manteniendo al mismo tiempo las garantías necesarias para la prestación del servicio universal”. Indica que “la Comunicación explica cuál va a ser la aplicación de las normas de competencia a los beneficiarios de derechos monopolísticos en el sector, aspecto de importante trascendencia en un sector donde las posiciones dominantes continúan manteniéndose a través de un monopolio legal y donde, en consecuencia, las condiciones de competencia se encuentran seriamente restringidas de forma natural por el mantenimiento de esos monopolios. En particular, la Comunicación, ahondando en el espíritu de la Directiva, estipula la no discriminación en el acceso a la red postal y trata de resolver los problemas de ciertos tipos de ayudas o subvenciones injustificadas, al igual que la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales en los países miembros”.

La Directiva 97/67/CE (primera Directiva Postal) preveía una revisión de la misma,

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ DO C 39, de 6.2.1998.

que debía iniciarse el 1 de enero de 2.000 con vistas a su aplicación a partir del 1 de enero de 2.003. En este mismo sentido se reitera y pronuncia la Comunicación mencionada, estableciendo en su parte final la conveniencia de que, tras un período de desarrollo, posiblemente en torno a 2.000, la Comisión habría de efectuar una evaluación del Sector Postal con respecto a las normas del Tratado para determinar si era necesario modificar las condiciones señaladas sobre la base de consideraciones sociales, económicas o tecnológicas, y sobre la experiencia en los asuntos postales. A estos efectos, tras un intento fallido de la Comisión por agilizar el proceso de liberalización³¹⁸, el 15 de octubre de 2.001 los Estados miembros de la UE llegaron a un acuerdo para la plena realización del Mercado Postal Interior en el año 2.009³¹⁹.

Sin embargo, tampoco esto se produjo, puesto que hubo un nuevo aplazamiento del calendario previsto propiciado por la Directiva 2.008/6/CE (tercera Directiva Postal). Y, de esta forma, la liberalización completa del Mercado Postal en la Unión Europea *-salvo por una moratoria de 2 años para los doce Estados miembros que ingresaron en la UE desde 2.004, así como para Grecia dada su particular topografía y para Luxemburgo debido a su escasa población y limitado territorio-* tuvo lugar efectivamente el 1 de enero de 2.011, siendo ésta la fecha que finalmente supuso para España la apertura completa del Mercado Postal a la competencia.

- Segunda Directiva Postal.- Como consecuencia de la revisión prevista, la “Directiva 2.002/39/CE³²⁰, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2.002, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE, con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los Servicios Postales de la Comunidad”, reafirma la decisión de aplicar una apertura gradual y controlada del Mercado de los Servicios Postales con el fin de aumentar la competitividad, continuando así con la progresiva reducción de los servicios reservados a los Operadores prestadores del Servicio Postal Universal (SPU).

La nueva Directiva proyecta la liberalización del Mercado Postal Europeo en tres fases, marcadas por la reducción progresiva de los Servicios Postales que los antiguos Operadores postales públicos prestan aún en exclusividad para garantizar el servicio público, y fechadas en los años 2.003, 2.006 y, por último, en 2.009, para cuando está

³¹⁸ La propuesta inicial de liberalización presentada por la Comisión el 30 de mayo de 2.000, fue rechazada por el Parlamento Europeo el 14 de diciembre de 2.000. A este respecto, pueden consultarse los comunicados de prensa de 30 de mayo de 2.000 (IP/00/541) y de 14 de diciembre de 2.000 (IP/00/1469), respectivamente.

³¹⁹ Comunicado de prensa, de 15 de octubre de 2.001 (IP/00/1420).

³²⁰ DO L 176, de 5.7.2002.

prevista la apertura total a la competencia. Estas fases diseñadas, son las siguientes:

-Fase 1.- A partir de 2.003, se abrirían a la competencia los envíos postales que excedan de 100 grs. o que, siendo inferiores a este peso, su precio sea superior a 3 veces la tarifa básica;

-Fase 2.- En la segunda, a partir de 2.006, se prestarían en régimen de competencia los envíos cuyo peso sea superior a 50 grs. o que, siendo inferiores a dicho peso, su precio sea superior a 2,5 veces la tarifa básica; y

-Fase 3.- A partir de 2.009, se produciría la plena competencia dentro del ámbito de la UE en el Mercado correspondiente al Sector Postal.

Adicionalmente, se prevé la liberalización completa del correo transfronterizo de salida y del envío de publicidad directa a partir del año 2.003, salvo que su mantenimiento dentro del ámbito reservado sea necesario para garantizar la prestación del servicio universal por parte de los Estados miembros que, en ese caso, pueden continuar reservándose este derecho hasta 2.009.

Al margen de la reducción de servicios reservados que pueden llevar a cabo los Operadores postales tradicionales de los Estados miembros, la Directiva 2.002/39/CE (segunda Directiva Postal) introdujo modificaciones y/o aportó algunas novedades a su antecesora (Directiva 97/67/CE):

-Según Villagrasa Rozas³²¹ “en esta Directiva, la Comisión insiste en otros temas ya abordados en la Directiva 97/67 como, por ejemplo, el concerniente a la protección de los consumidores, que deberá aplicarse no sólo a los servicios reservados al proveedor del servicio universal, sino también a los no reservados”. En particular, respecto a los procedimientos para tramitar reclamaciones por parte de los usuarios de los Servicios Postales.

-Comenta también esta autora³²² que “por otro lado reconoce la importante función que desempeñan las autoridades nacionales de reglamentación por lo que respecta a la misión de garantizar que se respeten los servicios reservados, salvo en los Estados miembros en

³²¹ Obra citada, pág. 214.

³²² *Ibidem*.

los que no existan estos servicios”. Y es que, de acuerdo con el art. 9 de la Directiva 97/67/CE, se permite a los propios Estados miembros, de manera individual, ir más allá de los objetivos que se contemplan, lo que posibilita actuar a distintas velocidades en el proceso de liberalización previsto. En cualquier caso, se produce con esta Directiva un refuerzo de las funciones y competencias de las Autoridades nacionales de Reglamentación (ANR).

-Establece determinadas especificaciones relativas a las medidas a adoptar para evitar el falseamiento de la competencia en el Sector. En primer lugar, aporta clarificación en cuanto a las tarifas especiales por aplicación de descuentos (por ejemplo, a los servicios a las empresas, a los remitentes de envíos masivos, o a los preparadores del correo de varios clientes,...), exigiendo a los proveedores del servicio universal su establecimiento con arreglo a los principios de transparencia y no discriminación, y teniendo en cuenta los costes evitados en relación con los servicios ordinarios. Asimismo, deben ofrecer dichos servicios a los clientes particulares que los utilicen en condiciones similares. En segundo término, prohíbe expresamente la financiación cruzada de servicios universales del sector no reservado con ingresos generados por servicios del sector reservado, excepto cuando ello resulte imprescindible para realizar obligaciones específicas del servicio universal que estén vinculadas al ámbito competitivo.

Esta Directiva recoge *-como ya lo hicieron la Directiva de 1.997 y la Comunicación de 1.998-* que la Comisión ha de realizar, a lo largo del año 2.006, un estudio que evalúe en cada Estado miembro de la Unión el impacto que sobre el servicio universal vaya a tener la plena apertura de los Servicios Postales en el mercado interno en el año 2.009. De manera que, sobre la base de los resultados derivados del mismo, la Comisión realizara sendas propuestas al Parlamento Europeo y al Consejo confirmando, si así resultara apropiado, la plena realización del Mercado para los Servicios Postales en 2.009 o, llegado el caso, proponiendo algún tipo de decisión en cualquier otro sentido.

- *Tercera Directiva Postal, -última y definitiva hasta el momento-*.- “Directiva 2.008/6/CE³²³, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE, en relación con la plena realización del Mercado Interior de Servicios Postales Comunitarios”, que contemplaba la completa apertura del Mercado Postal Europeo y fijaba como fecha límite para proceder a la misma el 1 de enero de 2.011 para la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea y, entre ellos España, estableciendo asimismo una

³²³ DOUE L 52, de 27.2.2008, págs. 3 a 20 (18 págs.).

prórroga hasta el 31 de diciembre de 2.012 para un reducido número de países.

La aprobación de la tercera Directiva Postal supuso la aceptación de la posición del Parlamento Europeo planteada en materia postal, y que se materializó del siguiente modo:

-Ratificó la propuesta del Parlamento de posponer la fecha de liberalización, como muy tarde, hasta el 1 de enero de 2.011, con el propósito de buscar soluciones a la financiación del Servicio Postal Universal (SPU). Cabe decir que, finalmente y, con carácter general, ha entrado en vigor en la fecha señalada, sin más aplazamientos.

-Aceptó que algunos Estados miembros (Chipre, Eslovaquia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, República Checa y Rumanía) pudieran aplazar la aplicación de la Directiva durante otros 2 años, hasta el 31 de diciembre de 2.012.

-Incluyó el principio de reciprocidad, según el cual los Estados que se abran completamente en la primera fase podrán negarse por un tiempo limitado (del 1 de enero de 2.011 al 31 de diciembre de 2.012) a otorgar autorizaciones a los *correos* nacionales que operen en los países que mantengan el área reservada hasta el final de 2.012.

-Mantuvo el actual ámbito del Servicio Postal Universal (SPU), que comprende la recogida, clasificación, transporte y distribución de objetos postales, al menos cinco días a la semana.

-Propuso varias alternativas para garantizar la provisión del Servicio Postal Universal (SPU), así como para financiar su coste neto, incluidas las ayudas estatales, los procedimientos de contratación pública, la negociación directa o la exigencia del fondo de compensación, que se nutrirá con las aportaciones tanto de los proveedores del Servicio Postal Universal (SPU) como de los de servicios sustitutivos.

-Incorporó igualmente la cláusula social, que reconoce los derechos laborales de los trabajadores postales.

-Estableció la obligación a todos los proveedores de servicio universal, no sólo a los designados por las autoridades nacionales, de implantar un sistema de quejas.

-Expresó la necesidad de que los Estados miembros aseguren condiciones de acceso transparentes y no discriminatorias, teniendo en cuenta la situación y legislación nacionales.

-Permitió a los Estados miembros mantener la uniformidad de tarifas para los envíos individuales, restringiendo su uso en otros casos, como el correo de negocios.

-Elaboró un nuevo anexo con orientaciones para el cálculo de los costes netos, si los hubiera, del Servicio Postal Universal (SPU).

-Determinó las normas de calidad para el correo transfronterizo intracomunitario en relación con el plazo medio de expedición de los envíos de la categoría normalizada más rápida, medido de extremo a extremo, según la fórmula $D + n$, en la que D representa la fecha de depósito y n el número de días laborables que transcurren desde tal fecha hasta la de su entrega al destinatario. Son las establecidas en la Tabla³²⁴ siguiente:

PLAZO	NORMAS
D + 3	85 % de los envíos
D + 5	97 % de los envíos

- Las normas deben aplicarse no solamente respecto al conjunto de los flujos del tráfico intracomunitario, sino respecto a cada uno de los flujos bilaterales entre dos Estados miembros.
- El plazo de expedición de extremo a extremo, es el transcurrido desde el punto de acceso a la red hasta el punto de entrega al destinatario.
- La fecha de depósito que se tomará en cuenta, será la del mismo día en que se deposite el envío, siempre que el depósito se realice antes de la última hora de recogida señalada para el punto de acceso a la red de que se trate. Cuando el depósito se produzca después de esa hora límite, la fecha de depósito que se tomará en consideración será la del siguiente día de recogida.

El Anexo II de la mencionada Directiva, en su artículo 2, señala que: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 2.010”, informando de ello inmediatamente a la Comisión.

La Directiva 97/67/CE sobre servicios postales (primera “*Directiva postal*”) fue

³²⁴ Anexo Directiva 97/67/CE: “Normas de calidad para el correo transfronterizo intracomunitario”. DOCE L 15/25. <https://www.boe.es/doue/1998/015/L00014-00025.pdf>

incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 24/1.998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales que, por primera vez, encomendó a Correos la Obligación de Servicio Universal (OSU). Esta Ley establecía una lista reducida de servicios incluidos en la OSU, que seguían reservados a Correos como proveedor del Servicio Postal Universal (SPU), liberalizándose así todos los demás servicios postales.

La liberalización de los servicios postales en España continuó con la transposición al Derecho español de la Directiva 2.002/39/CE (segunda "*Directiva postal*"), a través de la Ley 53/2.002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó la citada Ley postal de 1.998, y redujo aún más el ámbito de los servicios reservados -*fijándose el límite del servicio reservado de la OSU en 100 gramos de peso para el período 2.002-2.005 y, a partir de 2.006, este umbral se redujo a 50 gramos*-. Y, en 2.010, el Sector Postal se liberalizó completamente mediante la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley postal actualmente vigente), que incorpora a España la Directiva 2.008/6/CE, de 20 de febrero de 2.008 (tercera y última "*Directiva postal*").

2.2. NORMATIVA INTERNACIONAL (U.P.U, U.P.A.E.P, U.I.T)

España pertenece -*entre otras Organizaciones Internacionales dedicados al Sector Postal*- a la Unión Postal Universal (UPU)³²⁵, Organismo especializado de Naciones Unidas (ONU) con sede en Berna (Suiza) y con más de 190 países miembros, que tiene como principales objetivos afianzar la organización y mejorar los servicios postales, participar en la asistencia técnica postal que soliciten los Estados miembros, y fomentar la colaboración internacional en materia postal. De esta forma, la UPU fija tarifas, límites máximos y mínimos de peso y tamaño de los envíos, así como las condiciones de aceptación de la correspondencia, establece asimismo Reglamentos aplicables a ésta, y a objetos cuyo transporte requiere tratamiento especial, como sustancias infecciosas y radiactivas.

Y, a este respecto, conviene hacer mención aquí del XX Congreso³²⁶ de la Unión Postal Universal (UPU), celebrado en Washington, donde se aprobó el Convenio sobre

³²⁵ Respecto a la Unión Postal Universal, puede consultarse la Tesis de ASCANDONI RIVERO, J.: *La Unión Postal Universal, (UPU)*, Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1.983.

³²⁶ Publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 235, de 30 de septiembre de 1.992 (pág. 33279).

Paquetes Postales (“Encomiendas”), de 14 de diciembre de 1.989, y su Reglamento de aplicación *-ratificado asimismo por España-*, en el que se prohíbe expresamente incluir en los Paquetes Postales documentos que tengan carácter de correspondencia personal.

Asimismo, el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 141, del lunes 11 de junio de 2.018, publica el “Instrumento de aprobación de las Actas adoptadas por el XXV Congreso de la Unión Postal Universal (UPU), hechas en Doha el 11 de octubre de 2.012” que, tras la oportuna autorización concedida por las Cortes Generales al Gobierno (ex art. 94.1 CE) y, después de haber procedido a ratificar el texto y manifestar expresamente el consentimiento al mismo, constituye un verdadero Tratado Internacional de obligado cumplimiento para España, una vez completamente publicado en el BOE (ex art. 96.1 C.E.).

España forma parte también desde 1.926 en que se incorporó en calidad de Estado miembro de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal (UPAEP)³²⁷, Organismo Internacional intergubernamental independiente, relacionado con la Unión Postal Universal (UPU) mediante la figura de Unión Restringida y bajo condiciones de reciprocidad, fundada en 1.911 y con sede en Montevideo (Uruguay). Se trata de una Organización de carácter internacional, integrada actualmente por 28 países y cuya finalidad primordial consiste en promover la Cooperación Técnica entre los Operadores Postales de los Estados parte en la misma.

A diferencia de la UPU, la UPAEP no emite normativa sobre el Servicio Postal Internacional, sino que concentra sus esfuerzos en la cooperación y en la promoción del desarrollo postal regional, realizando actividades de capacitación, a través de la elaboración de productos homogéneos, implementando mejoras en la red postal y en la calidad de los servicios y, en definitiva, lanzando y financiando proyectos internacionales. Su 23º y último Congreso celebrado hasta la fecha, tuvo lugar en México en 2.017.

La UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), es el organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para las Tecnologías de la Información y la Comunicación - *TIC*-, con sede en Ginebra (Suiza). Es la organización intergubernamental más antigua del mundo, con una historia que se remonta hasta 1.865, cuando tuvo lugar en París la firma del primer Convenio Telegráfico Internacional.

³²⁷ Instrumento de Ratificación de las Actas, Resoluciones y Recomendaciones de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal (UPAEP) aprobadas en el XXII Congreso Ordinario, celebrado en La Habana el 13 de septiembre de 2.013 (BOE núm. 57, de 6 de marzo de 2.018).

En principio, el Acuerdo fue suscrito por veinte países, entre los cuales figuraba España. Se creó tras la invención y aparición de los primeros sistemas telegráficos, como la Unión Telegráfica Internacional (UIT). Posteriormente, en 1.932, con ocasión de la reunión de carácter internacional celebrada en Madrid (España), la UIT aprobó el cambio de denominación al actual, Unión Internacional de Telecomunicaciones. En 1.947 se integró en el aparato de gestión internacional de la ONU, con el objetivo de mejorar la interoperabilidad de las redes de comunicaciones modernas de todos los países.

La UIT ha hecho posible, desde entonces, el desarrollo del teléfono, de las comunicaciones por radio, de la radiodifusión por satélite y de la televisión. Y, más recientemente, el nacimiento de la era electrónica por medio de Internet. Esta Organización internacional está comprometida para conectar a toda la población mundial *-dondequiera que viva y cualesquiera que sean sus medios-*. A través de su labor, se protege y apoya el derecho de toda persona a comunicarse.

De conformidad con su mandato y los documentos finales de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI), la UIT sigue desempeñando actualmente un papel fundamental en la aplicación y el seguimiento de la misma. Creada originariamente para promover la cooperación entre las redes telegráficas internacionales del momento, la UIT asimila a otros muchos organismos de normalización, y su largo y distinguido historial incluye muchas innovaciones tecnológicas importantes para el desarrollo de la humanidad, como la normalización del uso del código Morse y las primeras redes de radiocomunicaciones y telecomunicaciones fijas.

La UIT cuenta con tres ámbitos principales de actividad, organizada en Sectores (Radiocomunicaciones, Normalización y Desarrollo), y realiza su cometido mediante conferencias y reuniones. En general, la normativa generada por la UIT está contenida en un amplio conjunto de documentos denominados “Recomendaciones” agrupados, a su vez, por “Series” correspondientes a un mismo ámbito temático. El instrumento de ratificación del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, hecho en Nairobi el 6 de noviembre de 1.982, cumplidos los requisitos exigidos por la legislación española, fue publicado (ex art. 96.1 CE) en el BOE núm. 96, de 22 de abril de 1.986. Este Convenio dice en su Preámbulo: “reconociendo en toda su plenitud el derecho soberano de cada país de reglamentar sus telecomunicaciones y teniendo en cuenta la importancia creciente de las telecomunicaciones para la salvaguardia de la paz y el desarrollo social y económico de todos los países, los plenipotenciarios de todos los gobiernos contratantes, con el fin de

facilitar las relaciones pacíficas, la cooperación internacional y el desarrollo económico y social entre los pueblos por medio del buen funcionamiento de las telecomunicaciones, celebran, de común acuerdo, el siguiente Convenio que constituye el instrumento fundamental de la Unión Internacional de Telecomunicaciones”. Asimismo, España procedió a ratificar la Aceptación del Instrumento de Enmienda a la Constitución y al Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ginebra, 1.992), hecho en Antalya (Turquía), el 24 de noviembre de 2.006³²⁸.

Finalmente, entre las funciones más destacadas de este organismo, se encuentran las siguientes:

- Desarrollar estándares que faciliten la interconexión eficaz de las infraestructuras de comunicación nacionales con las redes globales, permitiendo así un perfecto intercambio de información, ya sean datos, faxes, o simples llamadas de teléfono, y desde cualquier país.
- Integrar nuevas tecnologías en la red de telecomunicaciones global, para facilitar el desarrollo de aplicaciones como Internet, el correo electrónico y los servicios multimedia.
- Gestionar el reparto del espectro de frecuencias radioeléctricas y de las órbitas de los satélites, recursos naturales limitados utilizados por una amplia gama de equipos, incluidos los teléfonos móviles, las radios y televisiones, los sistemas de comunicación por satélite, la seguridad para la navegación aérea y marítima, así como por la tecnología informática sin cable.
- Mejorar la accesibilidad a las telecomunicaciones en el mundo en desarrollo, a través del asesoramiento, la asistencia técnica, la dirección de proyectos, los programas de formación y la inversión de recursos para la información y el fomento de las agrupaciones entre las empresas de telecomunicaciones, los organismos de financiación y las organizaciones privadas.

Engloba actualmente a 193 países miembros y a unas setecientas entidades del sector privado, que trabajan juntos para desarrollar sistemas de telecomunicaciones

³²⁸ BOE núm. 175, de 21 de julio de 2.009, páginas 61.285 a 61.657 (373 págs.). Referencia: BOE-A-2009-12051. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/11/24/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/11/24/(1))

mejores y más asequibles, además de para ponerlos a disposición del mayor número posible de personas en todo el mundo.

2.3. LEY POSTAL (43/2.010)

La Ley 43/2.010³²⁹, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (LSPU), responde a la obligación legal de transponer al ordenamiento interno antes del 31 de diciembre de 2.010 la Directiva 2008/6/CE.

La transposición de la Directiva 2.008/6/CE al ordenamiento interno español, se realiza cumpliendo los plazos marcados, mediante la elaboración de la Ley Postal citada (43/2.010). Esta Ley se publica en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 31 de diciembre de 2.010³³⁰, y entra en vigor al día siguiente de su publicación (esto es, pues, el 1 de enero de 2.011).

La Ley consta de 68 artículos, estructurados en 7 Títulos, intitulados del siguiente modo:

- a. Título I.- Disposiciones generales (artículos 1 a 4, a.i.).
- b. Título II.- Derechos de los usuarios de los servicios postales (artículos 5 a 18, a.i.).
- c. Título III.- El Servicio Postal Universal (artículos 20 a 36, a.i.).
- d. Título IV.- Régimen general de prestación de los servicios postales (artículos 37 a 44, a.i.).
- e. Título V.- Acceso a la red postal de los operadores y resolución de conflictos entre ellos (artículos 45 a 49, a.i.).
- f. Título VI.- Autoridad Nacional de Reglamentación (artículos 50 y 51).

³²⁹ Cuya última modificación se ha producido por la Ley 17/2.012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2.013.

³³⁰ BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2.010, páginas 109.195 a 109.236 (42 págs.).
<https://www.boe.es/eli/es/l/2010/12/30/43>

g. Título VII.- Inspección, infracciones y sanciones (artículos 52 a 68, a.i.).

Finalmente, el texto contiene 10 Disposiciones adicionales, 1 transitoria, 1 derogatoria y 7 Disposiciones finales. En esta nueva regulación postal, existen varios bloques fundamentales y diferenciados.

En primer lugar y, además de las habituales disposiciones generales sobre la materia objeto de tratamiento, de un lado y como novedad frente a legislaciones anteriores, aparece un bloque destinado a la normativa sobre los derechos de los Usuarios de los servicios postales. Y, aunque en muchos de sus contenidos refunde la legislación dispersa en diferentes ámbitos legislativos, la principal característica es que agrupa y reordena los mismos, incorporándolos a la nueva Ley, con un enfoque preciso orientado específicamente a su aplicación a los Servicios Postales. Un segundo bloque temático lo encontramos en el articulado dedicado a definir, delimitar y regular el propio Servicio Postal Universal (SPU), al margen de su prestador, y que podríamos denominar puesta en práctica de los principios mediante el régimen de prestación de los Servicios Postales *-tanto en el ámbito del Servicio Postal Universal, como fuera de él-*. Y, por último, tenemos un bloque que comprende la regulación, reglas y normas de funcionamiento del Mercado Postal (completamente liberalizado ya), centrándose especialmente en el acceso a la red postal pública, la resolución de conflictos entre Operadores, la Autoridad Nacional de Reglamentación *-es decir, el regulador del Mercado Postal-*, y el régimen de inspección, infracciones y sanciones establecido.

Entre las cláusulas de cierre del texto legal, figura la Disposición adicional primera que designa a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima como Operador habilitado para prestar el Servicio Postal Universal (SPU) en España, quedando así sujeto a las obligaciones de servicio público que deberá cumplir conforme a los principios, requisitos y condiciones establecidos en la propia Ley Postal y en el Plan de Prestación a que se refiere el artículo 22 de la misma.

A partir de la promulgación y entrada en vigor de esta Ley, han de ir produciéndose los correspondientes desarrollos reglamentarios contemplados expresamente en ella. No obstante y, en tanto no se produzca el pertinente desarrollo reglamentario de la referida Ley Postal, continúa vigente el siguiente bloque legislativo fundamental:

- Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los Servicios Postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1.998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.
- Orden FOM/2.447/2.004, de 12 de julio, sobre la contabilidad analítica y la separación de cuentas de los operadores postales.
- Real Decreto 503/2.007, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre *-Reglamento de Prestación de los Servicios Postales-*.
- Resolución de 23 de abril de 2.007, de la Subsecretaría de Fomento, por la que se aprueban las condiciones de referencia de carácter provisional para el acceso a la red postal pública.

2.4. REGLAMENTO PRESTACIÓN SERVICIOS POSTALES (R.D. 1.829/1.999)

En la Disposición final tercera de la Ley 24/1.998 *-actualmente derogada-* se decía que en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor de la Ley, el Ministro de Fomento elevaría al Consejo de Ministros, para su aprobación mediante Real Decreto, el Proyecto de Reglamento de Prestación de los Servicios Postales, en el que se recogerían las normas de carácter reglamentario vigentes hasta la entrada en vigor de la citada Ley.

Como consecuencia de esta Disposición, tras el informe favorable del Consejo Asesor Postal, a propuesta del Ministro de Fomento, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 3 de diciembre de 1.999, se aprueba el Real Decreto 1.829/1.999³³¹, Reglamento por el que se regula la Prestación de los Servicios Postales, modificado actualmente en parte por el Real Decreto 503/2.007, de 20 de abril.

El motivo principal de la aprobación de este Reglamento es porque la Ley precisa de un desarrollo reglamentario que delimite el alcance de la prestación de los servicios postales, los derechos y obligaciones de los Operadores postales, así como las garantías

³³¹ BOE núm. 313, de 31/12/1.999. Referencia: BOE-A-1999-24919.
<https://www.boe.es/eli/es/rd/1999/12/03/1829/con>

otorgadas a los usuarios de dichos servicios.

El Reglamento de Prestación de los Servicios Postales (RD 1.829/1.999), pese a ser anterior a la nueva Ley Postal (Ley 43/2.010, de 30 de diciembre), continúa vigente mientras no se apruebe otro en desarrollo de aquélla, y solamente para las materias que no hayan sido reguladas posteriormente *-por tanto, modificadas ya por la propia Ley 43/2.010 (servicios reservados, Servicio Postal Universal, acceso a la red postal pública, incremento de las garantías de los usuarios,...)-* y/o que no se opongan a la misma.

Esta norma consta de 79 artículos, distribuidos a lo largo de 3 Títulos:

- a. Título I.- De los servicios postales en general (artículos 1 a 25, a.i.).
- b. Título II.- Obligaciones del servicio público (artículos 26 a 58, a.i.).
- c. Título III.- Sistema de pago al Operador al que se ha encomendado la prestación del Servicio Postal Universal (artículos 59 a 79, a.i.).

El Título I expresa la naturaleza de los Servicios Postales, considerándolos servicios de interés general, que se prestan en régimen de libre competencia, con excepción de los que forman parte del Servicio Postal Universal (SPU), que tienen la naturaleza de servicio público. Además, establece las garantías de los Usuarios que se benefician de un Servicio Postal, entre las que cabe destacar muy especialmente las siguientes:

- ***Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones postales.***
- Respeto al honor, intimidad personal y pleno ejercicio de sus derechos.
- Neutralidad y confidencialidad de los Servicios Postales.
- Igualdad de trato.
- Ausencia de discriminación.

Y, todo ello, sin perjuicio de que tanto los remitentes como los destinatarios de los envíos postales puedan recuperarlos y/o modificar señas,...Se definen, asimismo, las operaciones a realizar en la prestación de los Servicios Postales, que son: recogida,

admisión, clasificación, tratamiento, curso, transporte, distribución y entrega.

El Título II desarrolla en qué consiste la prestación del Servicio Público, centrado en particular en la realización del Servicio Postal Universal (SPU), las condiciones generales para su prestación, como pueden ser las normas para la admisión y entrega de los envíos postales incluidos en este ámbito de actuación.

El Reglamento define como Servicio Postal Universal (SPU) el conjunto de Servicios Postales prestados de forma permanente en todo el territorio nacional y a un precio asequible para todos los Usuarios. El Operador al que se ha encomendado la prestación del mismo (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.M), está obligado respecto de los Servicios incluidos en el SPU *-todos los días laborables y por lo menos cinco días por semana, salvo circunstancias o condiciones geográficas excepcionales-*, a realizar una recogida en los puntos de acceso y una distribución en el domicilio de cada persona física o jurídica de los envíos comprendidos en él.

El Título III se refiere a los sistemas de pago al Operador al que se ha habilitado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), y a las irregularidades en concepto de franqueo.

Por su parte, el Real Decreto 503/2.007, de 20 de abril, modifica los artículos 37, 45 y 47 del RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre (Reglamento de Prestación de los Servicios Postales).

2.5. LOMLECrim (13/2.015)

El artículo 18.3 C.E. garantiza el secreto de las comunicaciones en general y, “en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Sin embargo, la interceptación de las comunicaciones ha sido una herramienta utilizada con frecuencia en la investigación criminal. Con este fin, la Ley procesal penal (LECrim. 1.882) reguló la injerencia en la correspondencia escrita y telegráfica y, tras el desarrollo experimentado de las comunicaciones en el siglo XX, introdujo también la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Por una parte, la dimensión sustantiva de este Derecho *Fundamental*, ineludible para su configuración y que comprende aspectos cruciales como su contenido, alcance,

titulares, clases de comunicaciones protegidas,...Y, dado que no hay ninguna Ley Orgánica que los desarrolle, su construcción ha ido realizándose por parte de la Jurisprudencia. Diferentes Tribunales (TEDH) e instancias internacionales han declarado la falta de adecuación de la legislación procesal española con el derecho reconocido internacionalmente al *secreto* de las comunicaciones después de la Segunda Guerra Mundial.

Además y, por otra parte, la emergencia constante de nuevos servicios de telecomunicaciones al ritmo impuesto por el incesante avance de las nuevas tecnologías, ha provocado que ante las constantes exigencias de modificación y actualización de la legislación procesal en la materia objeto de estudio que hemos señalado, se haya llevado a cabo la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por medio de “la Ley Orgánica 13/2.015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica” (LOMLECrim), en vigor desde el día 6 de diciembre de 2.015.

Surge así la necesaria revisión de la regulación que aborda las intromisiones en la privacidad del investigado en el proceso penal, que la propia Exposición de Motivos de la LO 13/2.015 califica como inaplazable, y que va a incidir como ya hemos descrito detalladamente en un apartado anterior de este Trabajo tanto en la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (arts. 579 a 588, a.i.) como en las denominadas medidas de investigación tecnológica (artículo 588 bis a, hasta 588 bis k).

3. EL GRUPO CORREOS

Según la última información oficial actualizada³³² que facilita el Operador Postal Público Español, el Grupo Correos actúa en los Sectores de las Comunicaciones y de la Paquetería, “liderando el segmento de transporte no urgente y siendo un referente para las compañías de comercio electrónico”.

Correos es la principal empresa del Mercado Postal Español, y una de las más relevantes también en el ámbito de la Paquetería. Es, además, el Operador Postal designado por Ley para prestar el Servicio Postal Universal (SPU) en todo el territorio nacional, con criterios de eficiencia, calidad y asequibilidad, contribuyendo así a la

³³² Grupo Correos. Informe Anual Integrado 2.018.

sostenibilidad de las comunicaciones postales para todos los ciudadanos.

Afirma³³³ que “la compañía cuenta con la mayor red de centros logísticos y de distribución y con los equipamientos más avanzados para el tratamiento automatizado y seguimiento de los envíos hasta su entrega final...”. Y sostiene³³⁴ que “(...) esto, unido a la experiencia, seguridad y adaptabilidad de sus soluciones logísticas, permite a Correos satisfacer las principales necesidades de comunicación y de negocio de las empresas españolas”.

La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E (Sociedad Anónima, Sociedad Mercantil Estatal), es la empresa matriz del Grupo Correos, constituido asimismo por 3 compañías filiales que citamos a continuación:

- Correos Express, Paquetería Urgente, S.M.E.- Empresa especializada en la entrega de Paquetería Urgente del Grupo Correos, para los segmentos *B2B* (empresa a empresa) y *B2C* (empresa a particular). La empresa cuenta con un amplio portfolio de servicios, diseñados para satisfacer todas las necesidades de entrega en plazo de sus clientes, así como soluciones específicas para sectores que requieren flexibilidad y plena adaptación a sus cadenas de valor.
- Nexea Gestión Documental, S.M.E.- Compañía dedicada a ofrecer servicios personalizados en Gestión Documental, para las comunicaciones masivas *-físicas y digitales-* de las empresas con sus clientes. La compañía aporta a sus clientes las máximas garantías de seguridad de la información, trazabilidad documental, integración total con sus sistemas tecnológicos, y fiabilidad en la entrega de todas sus comunicaciones.
- Correos Telecom, S.M.E., M.P (Medio Propio)- Gestiona y comercializa toda la red de infraestructuras de telecomunicación, así como da soporte tecnológico también al resto de empresas del Grupo Correos. Esta filial del Grupo está especializada en la provisión de servicios de conectividad de alta capacidad, de comunicaciones e infraestructuras de telecomunicación, aportando valor a la actividad de sus clientes a través de la flexibilidad y la innovación.

El Grupo Correos “cuenta con un modelo de negocio cimentado sobre la excelencia

³³³ *Ibidem*, pág. 15.

³³⁴ *Ibidem*.

en la prestación del servicio público, la sostenibilidad empresarial a largo plazo y la orientación al cliente, con la finalidad última de generar valor para el accionista, los clientes, los empleados y la sociedad en su conjunto”³³⁵.

Los principios sobre los que se sustenta la estrategia del Grupo Correos, son el fortalecimiento del servicio público; la diversificación *-fundamentalmente a través de la paquetería, los servicios digitales y el negocio retail-*; y la expansión internacional, especialmente en los mercados de Portugal, Asia y Latinoamérica. La consecución de dichos objetivos se articula, a su vez, por medio de las siguientes líneas estratégicas³³⁶:

- Potenciación del servicio público prestado por Correos.
- Estabilización del empleo y mejora de la capacitación de las personas.
- Diversificación de la cartera de productos y servicios.
- Mejora de la eficiencia.
- Implantación de un modelo de flota eficiente.
- Redefinición del modelo logístico.
- Internacionalización.

El 5 de junio de 2.012, todas las empresas del Grupo Correos *-esto es, la Sociedad Estatal, y sus filiales-* se integraron en SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales), que se convierte así en su único accionista. En suma, pues, Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (empresa matriz del Grupo Correos) está incluida dentro del Sector Público Estatal, pero no es a efectos legales Administración Pública. Igualmente ocurre con las 3 filiales del Grupo Correos (Correos Express Paquetería Urgente, S.M.E., Nexea Gestión Documental, S.M.E., y Correos Telecom, S.M.E., M.P.).

³³⁵ *Ibíd*em, pág. 20.

³³⁶ *Ibíd*em.

3.1. SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.

El art. 99 de la Ley 31/1.990³³⁷, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, fue la base legal para la transformación de la hasta entonces Dirección General de Correos y Telégrafos de España en Organismo Autónomo de carácter comercial.

Posteriormente y, en cumplimiento del mandato contenido en la Ley Orgánica de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 176/1.998³³⁸, de 16 de febrero, por el que se constituye la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, y se aprueba el Estatuto jurídico de la misma.

Finalmente, el art. 58 de la Ley 14/2.000³³⁹, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social faculta al Consejo de Ministros para proceder a la constitución de una Sociedad de las previstas en el art. 6.1.a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1.988, de 23 de septiembre, y en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1.997³⁴⁰, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), con la denominación “*Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima*” -*Sociedad Mercantil Estatal, en definitiva*- y cuyo capital social pertenecerá íntegramente a la Administración del Estado.

Se trataba, en suma, de adaptar el modelo jurídico del operador habilitado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) en España a la Directiva 97/67/CE, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los Servicios Postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, que inspira la nueva regulación postal en España para alcanzar la plena liberalización de los Servicios Postales en el ámbito comunitario europeo.

Más allá de lo dispuesto en la Directiva 97/67/CE, la Unión Europea ha continuado

³³⁷ BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1.990. Referencia: BOE-A-1990-31180, págs. 38.670-38.671. <https://www.boe.es/eli/es//1990/12/27/31>

³³⁸ BOE núm. 43, de 19/02/1.998. Referencia: BOE-A-1998-3823. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/02/16/176/con>

³³⁹ BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2.000. Referencia: BOE-A-2000-24357, págs.46683-46685. <https://www.boe.es/eli/es//2000/12/29/14>

³⁴⁰ BOE núm. 90, de 15/04/1.997. Referencia: BOE-A-1997-7878. <https://www.boe.es/eli/es//1997/04/14/6/con>

impulsando el proceso de reforma del Sector Postal, que ha desembocado en la aprobación de un nuevo marco regulador de los Servicios Postales de la Unión a través de la Directiva 2002/39/CE, del Parlamento y del Consejo, de 10 de junio de 2.002, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los Servicios Postales de la Comunidad, y de la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero de 2.008, por la que también se modifica la misma Directiva con el objeto de lograr la plena realización del mercado interior de los Servicios Postales comunitarios.

Correos es un Operador público de comunicaciones, habilitado para prestar servicios postales de conformidad con lo previsto en la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal. Y también lo está para prestar servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2.014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

3.1.1. Marco Jurídico y Estatutos Sociales

La Sociedad se denomina Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., y se rige por sus Estatutos Sociales, por el Real Decreto Legislativo 1/2.010³⁴¹, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y por cuantas disposiciones le sean de aplicación en su condición de Sociedad Estatal.

Correos debe considerarse como una entidad del Sector Público Estatal, No Administración Pública y, además, No tiene el carácter de “*Poder Adjudicador*”. Y, por ello mismo, en lo que afecta al régimen jurídico establecido en esta materia de contratación - *por lo que se refiere a su regulación e impugnación*-, cabe distinguir 2 momentos y/o fases contractuales bien diferenciadas:

1. Preparación y adjudicación del contrato, y
2. Efectos, extinción y cumplimiento del mismo.

En consecuencia, resulta directamente aplicable en este ámbito contractual -*si bien de manera residual*- lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de la Ley 9/2.017, de 8 de

³⁴¹ BOE núm. 161, de 3 de julio de 2.010, págs. 58.472 a 58.594 (123 págs.). Referencia: BOE-A-2010-10544. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1>

marzo, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Además y, en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato se refiere, se rige por el *Pliego* Tipo del Contrato de Obras, por las Instrucciones Internas de Contratación aprobadas por el Grupo Correos -*previo Informe preceptivo del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad*- y, subsidiariamente en todo lo que le resulte de aplicación, por la LCSP (9/2.017).

En este sentido, las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos del Grupo *Correos* se impugnarán en vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ante el titular del ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela.

Asimismo y, en cuanto a los efectos, cumplimiento y extinción, se regirá por las estipulaciones del contrato y la documentación complementaria e integrante del mismo, por el *Pliego* Tipo del Contrato de Obras y sus Anexos, por las Instrucciones de Contratación del Grupo *Correos*, y por las normas de Derecho Privado que resulten de aplicación.

Así, pues, los contratos celebrados por entidades del Sector Público que no tienen la condición de Administración Pública (como es el caso actualmente de *Correos*), siguen recibiendo la consideración de “*contratos privados*” y, por tanto, la ejecución de aquellos contratos suscritos por dichas entidades cuando no tengan el carácter de “*Poder Adjudicador*” (caso igualmente en el que se encuentra hoy día *Correos*), se someterán generalmente a Derecho Privado.

Se analizan a continuación, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, las circunstancias que rodean la creación de la entidad y las concretas características de la necesidad de interés general que Correos satisface.

1º Creación de la Entidad.-

El art. 58 de la Ley de la Ley 14/2.000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social faculta al Consejo de Ministros para proceder a la constitución de una Sociedad de las previstas en el art. 6.1.a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1.988, de 23 de

septiembre, y en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1.997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), con la denominación “*Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima*”, y cuyo capital social pertenecerá íntegramente a la Administración del Estado.

Se trataba, en suma, de adaptar el modelo jurídico del operador habilitado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) en España a la Directiva 97/67/CE, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los Servicios Postales en la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, que inspira la nueva regulación postal en España para alcanzar la plena liberalización de los Servicios Postales en el ámbito comunitario europeo.

Más allá de lo dispuesto en la Directiva 97/67/CE, la Unión Europea ha continuado impulsando el proceso de reforma del Sector Postal, que ha desembocado en la aprobación de un nuevo marco regulador de los Servicios Postales de la Unión a través de la Directiva 2002/39/CE, del Parlamento y del Consejo, de 10 de junio de 2.002, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE con el fin de proseguir la apertura a la competencia de los Servicios Postales de la Comunidad, y de la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero de 2.008, por la que también se modifica la misma Directiva con el objeto de lograr la plena realización del mercado interior de los Servicios Postales comunitarios.

La Ley 43/2.010, de 3 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, responde a la obligación legal de transponer al ordenamiento interno antes del 31 de diciembre de 2.010 la Directiva 2008/6/CE.

El art. 2 de la Ley Postal citada -“Naturaleza jurídica y régimen de prestación de los servicios postales”-, en su párrafo primero señala que “***los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia***”.

. En su segundo párrafo añade que “están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios incluidos en el servicio postal universal encomendados al operador designado conforme a la disposición adicional primera, y los que dispongan de autorizaciones administrativas singulares en los términos dispuestos en esta Ley”.

Así, por su parte, el art. 42 -“Ámbito de las autorizaciones administrativas singulares”- dispone que “se requerirá autorización administrativa singular para la ejecución

de cualesquiera prestaciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal (...)."

Finalmente, en la Disposición adicional primera se designa por un período de 15 años a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima como operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), al ser la única entidad que está en condiciones de prestar este servicio con la calidad y extensión requeridas, y se establece la suscripción de un contrato regulador de la prestación del mismo, que se celebrará por sucesivos períodos quinquenales, entre los Ministerios de Economía y Hacienda y Fomento y el operador designado, en el que se determinarán los derechos y obligaciones atribuidos a las partes.

La caracterización legal de los Servicios Postales como "*servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia*" resulta de especial relevancia, a los efectos que se consideran. Efectivamente, los Servicios Postales constituyen la "*necesidad de interés general*" (artículo 3.3.d de la LCSP) que la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. está llamada a desempeñar y, dicha necesidad, tiene carácter mercantil, habida cuenta de que, además de lo que luego se indicará, su prestación se configura legalmente en régimen de competencia.

Es decir, el hecho de que los Servicios Postales sean servicios de interés general no convierte en no mercantil la actividad de Correos, pues el artículo mencionado exige para delimitar el concepto de "*Poder Adjudicador*", como ya ha quedado expresado, la concurrencia cumulativa de una actividad de interés general que, además, no tenga carácter mercantil o industrial.

Siendo los Servicios Postales la necesidad de interés general que Correos está llamado a satisfacer, su caracterización como "*Poder Adjudicador o No Adjudicador*" dependerá del carácter mercantil o industrial de dicha necesidad, dato que ha de examinarse abstracción hecha del carácter de obligaciones de servicio público de la actividad de prestación del Servicio Postal Universal (SPU).

Debe insistirse en que la idea o contenido básico de "*necesidad de interés general*" no excluye la calificación de actividad mercantil o industrial, a la vista de la normativa comunitaria y del artículo 3.3.d) de la LCSP, pues hay necesidades de interés general que no tienen carácter mercantil o industrial (lo que da lugar al concepto de "*Poder Adjudicador*")

y necesidades de interés general que tienen carácter mercantil o industrial (que, a su vez, delimitan la conceptualización de “*Poder No Adjudicador*”). Pues bien, el carácter mercantil o industrial de la necesidad de interés general que Correos está sujeto a cumplir (“*gestión y explotación de cualesquiera servicios postales*” -ex art. 2.1.a Estatutos Sociales-, incluida la prestación del Servicio Postal Universal -SPU-), se desprende tanto de la configuración legal del Mercado del Sector Postal en España y en el ámbito de la Unión Europea (régimen de competencia) como de la naturaleza jurídica de la propia actividad de prestación de los Servicios Postales (de carácter eminentemente mercantil).

Esto es, pues, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. nace con el propósito legalmente declarado de prestar Servicios Postales en un escenario de progresiva e imparable apertura a la libre competencia, competencia que es plenamente efectiva en España desde la entrada en vigor de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (1 de enero de 2.011). Y, siendo ésta la finalidad a la que efectivamente responde la creación de la entidad, no parece procedente en ningún caso calificarla como “Poder Adjudicador”, pues lo que el legislador español pretende precisamente con su creación, en consonancia con lo dispuesto en las Directivas comunitarias, es que la Sociedad preste Servicios Postales en régimen de concurrencia con otros operadores nacionales e internacionales, para lo que resulta coherente que contrate con el mayor grado de flexibilidad posible, de acuerdo con las exigencias del tráfico mercantil en el que la entidad está llamada a actuar, lo que resulta absolutamente incompatible con la sujeción estricta a la legislación sobre contratación pública aplicable a los “Poderes Adjudicadores”.

Además, la actividad que constituye el objeto principal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (“*gestión y explotación de cualesquiera servicios postales*”), tiene una naturaleza jurídica eminentemente mercantil.

2º Naturaleza de la actividad que constituye el objeto de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.-

El art. 1.2º del Código de Comercio (en adelante, CCo) indica que “*son comerciantes para los efectos de este Código: (...) las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código*”. Y la “*Sociedad Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.*” se constituyó como compañía mercantil el 29 de junio de 2.001, adquiriendo desde entonces personalidad jurídica propia en todos sus actos y contratos (ex art. 116, párrafo

segundo, CCo), lo que tiene como consecuencia obligada que la actividad de “gestión y explotación de cualesquiera servicios postales” -*fin principal para cuya satisfacción se creó la Sociedad Estatal referida*-, deba reputarse a todos los efectos como actividad mercantil.

La normativa vigente (Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal -) insiste en su artículo 2.1 en el carácter mercantil de la prestación de los Servicios Postales (“*servicios de interés económico general*”), vinculándola al nuevo escenario de liberalización y plena apertura a la competencia (“... *que se prestan en régimen de libre competencia*”). Es precisamente ese nuevo entorno de apertura a la libre competencia impuesto por el Derecho comunitario el que justifica, en último extremo, la configuración legal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. como “*Poder No Adjudicado*”.

Dada la plena y completa liberalización de la prestación de los Servicios Postales en España, ya existente desde la entrada en vigor de la Ley 43/2.010 -Ley Postal- (1 de enero de 2.011), por exigencia de las Directivas comunitarias, parece razonable que no resulte procedente sujetar a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. al régimen de contratación de la LCSP correspondiente a los “*Poderes Adjudicadores*”, so pena de colocar a dicha Sociedad en condiciones más onerosas respecto de los restantes operadores reales o potenciales del Mercado de Servicios Postales que, obviamente, no sujetan su actividad contractual a la LCSP.

La actividad de prestación de Servicios Postales se configura, en definitiva, como esencial y eminentemente mercantil, que se desarrolla en un mercado plenamente liberalizado por exigencias del Derecho comunitario.

3º Aplicación razonable de la jurisprudencia del TJUE.-

El TJUE insiste en la necesidad de efectuar, a la hora de apreciar el carácter mercantil o industrial de la actividad de interés general que desarrolla un determinado ente, organismo o entidad, un examen casuístico de las concretas circunstancias concurrentes en el que se tengan en cuenta las condiciones de creación de la entidad y el carácter de la propia actividad que realiza, junto con otros factores que, en dicho examen, son datos o indicios a tomar en consideración.

Atender primordialmente al dato de la existencia de financiación estatal a favor de

la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (ex art. 30 Ley Postal), en la cuantía de la “*carga financiera injusta*” que comportan las Obligaciones de Servicio Público del Servicio Postal Universal (SPU) para el operador designado (ex art. 28 Ley Postal), hace primar en este punto un dato que, además de ser indiciario y no decisivo para determinar el carácter mercantil o no, está expresamente configurado por el legislador como transitorio (“...*por un período de 15 años a partir de la entrada en vigor de la presente ley...*”), obligaciones “...*que deberá cumplir conforme a los principios, requisitos y condiciones que se establecen en esta Ley y en el plan a que se refiere el artículo 22.*”, según recoge la Disposición adicional primera de la Ley 43/2.010.

Y ello en detrimento de otros factores verdaderamente relevantes, como son la creación de la entidad para actuar en el tráfico mercantil con ocasión de la progresiva apertura de la competencia en el Sector Postal (plenamente liberalizado en España, desde el 1 de enero de 2.011), y el carácter netamente mercantil de la actividad que desarrolla.

Las consideraciones anteriores son igualmente aplicables al factor de asunción o no de los riesgos derivados de la actividad desarrollada por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. Es decir, el hecho de que el Estado efectúe aportaciones económicas a dicha Entidad a través del Contrato-Programa que debe suscribir con la misma para financiar el Servicio Postal Universal (SPU) no deja de estar vinculado al período fijado en la Ley Postal de 15 años de duración actualmente vigente, ni desvirtúa el carácter mercantil de la necesidad de interés general (“*gestión y explotación de cualesquiera servicios postales*”) para cuya satisfacción se constituyó esta Sociedad Mercantil.

Máxime teniendo en cuenta que el Considerando nº 23 de la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2.008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de los servicios postales comunitarios y que ha sido transpuesta al ordenamiento interno mediante la Ley 43/2.010 (Ley Postal), afirma que “(...) El aumento de la competencia y de las opciones hace oportuno que los Estados miembros dispongan de más flexibilidad a la hora de decidir el mecanismo más eficiente y apropiado para garantizar la prestación del servicio universal (...) los Estados miembros pueden adoptar uno o varios de los siguientes sistemas: la prestación del servicio universal por las fuerzas del mercado, la designación de una o varias empresas que ofrezcan distintos elementos del servicio universal o abarquen distintas partes del territorio, y la contratación pública de los servicios”.

En cuanto al dato de la competencia, ya se ha indicado que el TJUE considera (sentencia de 22 de mayo de 2.003, Korhonen) que “la existencia de tal competencia puede constituir un indicio de que una necesidad de interés general tiene carácter industrial o mercantil (véase en este sentido, la sentencia FBI Holding, apartados 48 y 49)”. Si el dato de la competencia es, conforme a la jurisprudencia del TJUE, un indicio del carácter mercantil o industrial de la actividad y, en el supuesto que se examina concurre una liberalización completa del mercado, no parece que pueda negarse el carácter mercantil de la actividad que desarrolla la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.

En suma, la apreciación conjunta de las circunstancias concurrentes en la creación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. (apertura progresiva a la competencia del Sector Postal) y de la concreta necesidad de interés general que está llamada a satisfacer dicha Sociedad (de carácter meramente mercantil), han de primar sobre otros factores (financiación parcial de la “*carga financiera injusta*” que supone la prestación del Servicio Postal Universal -SPU-,...), que concurren de forma meramente transitoria.

El carácter mercantil o industrial de la necesidad de interés general que Correos está sujeto a cumplir (“*gestión y explotación de cualesquiera servicios postales*” -ex art. 2.1.a Estatutos Sociales-, incluida la prestación del Servicio Postal Universal -SPU-), se desprende tanto de la configuración legal del Mercado del Sector Postal en España y en el ámbito de la Unión Europea (régimen de competencia) como de la naturaleza jurídica de la propia actividad de prestación de los Servicios Postales (de carácter eminentemente mercantil).

La actividad de prestación de Servicios Postales se configura, en definitiva, como esencial y eminentemente mercantil, que se desarrolla en un mercado plenamente liberalizado por exigencias del Derecho comunitario. Así, en definitiva, la prestación de Servicios Postales constituye una actividad de interés general de carácter mercantil o industrial.

Los Estatutos Sociales de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., como norma básica de funcionamiento y organización de la misma, constan de 76 artículos contenidos en 7 Títulos:

1. Título I.- Denominación, objeto, duración y domicilio (arts. 1 a 5, a.i.).

2. Título II.- Capital social y acciones (arts. 6 a 11, a.i.).
3. Título III.- De las obligaciones (arts. 12 a 21, a.i.).
4. Título IV.- Aumento y reducción del capital social (arts. 22 a 26, a.i.).
5. Título V.- Órganos de la Sociedad (arts. 27 a 61, a.i.).
6. Título VI.- Cuentas Anuales (arts. 62 a 72, a.i.).
7. Título VII.- Modificación de Estatutos, disolución, liquidación, y resolución de conflictos (arts. 73 a 76, a.i.).

El art. 2 (“Objeto”) enumera las siguientes actividades de la Sociedad Estatal, que constituyen su objeto social:

- a) La gestión y explotación de cualesquiera servicios postales.
- b) La prestación de los servicios financieros relacionados con los servicios postales, los servicios de giro y de transferencias monetarias.
- c) La recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas, con sujeción a lo establecido en la normativa aplicable.
- d) La entrega de notificaciones administrativas y judiciales, de conformidad con la normativa aplicable.
- e) Los servicios de telegrama, télex, burofax y realización de otras actividades y servicios relacionados con las telecomunicaciones.
- f) La propuesta de emisión de sellos así como la emisión de los restantes sistemas de pago de los servicios postales, incluyendo las actividades de comercialización y distribución de sus productos y emisiones.
- g) La asunción obligatoria de los servicios relacionados con su objeto social que puedan

encomendarle las Administraciones Públicas.

h) Cualesquiera otras actividades o servicios complementarios de los anteriores o necesarios para el adecuado desarrollo del fin social, pudiendo a este fin constituir y participar en otras sociedades.

El art. 6. "Capital social", del Título II. "Capital Social y Acciones" de los Estatutos, afirma: "el capital social es de 611.521.000 € (seiscientos once millones quinientos veintiún mil euros) y se encuentra totalmente suscrito y desembolsado".

3.1.2. Órganos de Gobierno y Administración

En el Título V. "Órganos de la Sociedad", art. 27. "Órganos sociales", de los Estatutos Sociales de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (Sociedad Anónima, Sociedad Mercantil Estatal), se establece que "los órganos de la Sociedad son la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración". Así, el art. 30. "Junta General Ordinaria" de este texto, dispone:

"la Junta General Ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado".

Por otro lado, el art. 49. "Administración de la Sociedad", incluido en el mismo Título citado de los Estatutos Sociales, dice así: "la administración de la Sociedad corresponde al Consejo de Administración, a su Presidente y a la Comisión Ejecutiva.

El Consejo de Administración estará integrado por 12 miembros como mínimo y 15 como máximo.

Corresponde a la Junta General tanto el nombramiento como la separación de los Consejeros. El cargo de Consejero es renunciable, revocable y reelegible. No se requiere la cualidad de accionista para ser nombrado Consejero.

(...)"

Por tanto, se atribuye la Administración de la Sociedad a tres Órganos: a un Presidente Ejecutivo, a un Consejo de Administración y a una Comisión Ejecutiva.

No obstante ello y, con independencia de que dicho texto legal (Estatutos Sociales) recoja las previsiones fundamentales exigidas por la legislación *-de acuerdo con el grado de autonomía que se otorga a las Sociedades para estructurar su organización-*, fijando así las condiciones mínimas requeridas en la normativa mercantil para garantizar su correcto funcionamiento, es en el Reglamento Interno³⁴² del Consejo de Administración de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. donde, para una gestión más ágil y eficaz, se regula el sistema de funcionamiento del propio Consejo de Administración de la Compañía.

En él se describe con mayor detalle si cabe su organización *-adaptándolo a las necesidades y circunstancias en que se desarrolla la actividad de la Sociedad-*, con base en las instrucciones genéricas contenidas en las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas, así como en la normativa aprobada en España con posterioridad que afecta a esta materia.

Y, a este respecto, hay que destacar la Ley 19/2.013³⁴³, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Ley 31/2.014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, así como la Ley 3/2.015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de Alto Cargo de la Administración General del Estado. Sin perjuicio, además, de la aplicación de las normas reguladoras de las relaciones de SEPI³⁴⁴ (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales) con sus empresas.

Este Reglamento, que debe ser estrictamente observado por los miembros del Órgano de Administración de la Sociedad (Consejo de Administración), no precisa inscripción en el Registro Mercantil, al estar reservado el cumplimiento de tal requisito únicamente a las Sociedades Anónimas cotizadas. De esta forma y, como se advierte en el Preámbulo del Reglamento: “el Consejo de Administración de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., al dotarse con carácter voluntario de un Reglamento interno de Funcionamiento, da un paso en la consolidación del régimen legal de la Sociedad puesto que establece (...) unas garantías adicionales que deben ser estrictamente cumplidas, no limitando su actuación a la observancia de las normas imperativas que le resultan de aplicación al amparo de la legislación vigente impulsando, de este modo, la implantación

³⁴² Madrid, diciembre de 2.015.

³⁴³ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2.013.

³⁴⁴ Aprobadas por acuerdo del Consejo de Administración de SEPI, en su reunión celebrada el 22 de febrero de 2.013.

de buenas prácticas y normas de buen gobierno”.

El Capítulo II. “Misión del Consejo” del Reglamento Interno de Funcionamiento, contempla las funciones del mismo, en su art. 5:

“1. Salvo en las materias reservadas a la Junta General, el Consejo de Administración es el máximo Órgano de decisión y representación de la Compañía, estando facultado (...) para realizar dentro del ámbito comprendido en el objeto social definido en los Estatutos, cualesquiera actos o negocios jurídicos de disposición y administración, por cualquier título jurídico, con las únicas limitaciones establecidas en la ley y en los Estatutos.

2. El Consejo de Administración ejercerá dichas funciones por sí mismo y a través de sus órganos delegados en la forma establecida en este Reglamento, asumiendo en todo caso el desempeño de la función general de supervisión y control y encomendando la gestión ordinaria de los negocios de la Compañía en favor de los órganos ejecutivos y del equipo de dirección.

3. No podrán ser objeto de delegación aquellas facultades legal o estatutariamente reservadas al exclusivo conocimiento del Consejo, ni aquellas otras necesarias para un responsable ejercicio de su función básica de supervisión y control.

(...)”.

El Capítulo IV. “Estructura del Consejo”, en su art. 10. “Presidente del Consejo”, señala: “1. El Presidente del Consejo de Administración será elegido de conformidad con lo establecido en los Estatutos Sociales. Es el máximo responsable del eficaz funcionamiento del Consejo de Administración. Las decisiones sobre la amplitud de sus poderes serán adoptadas por el propio Consejo en el momento de su elección.

(...)”.

Finalmente, el Capítulo VIII. “Las Comisiones del Consejo” de este Reglamento de Funcionamiento, en su art. 33. “La Comisión Ejecutiva. Funciones. Composición.”, indica:

“1. La Comisión Ejecutiva es un órgano que puede ejercitar todas y cada una de las facultades del Consejo de Administración salvo las que resultan indelegables por ley.

2. La Comisión Ejecutiva estará compuesta por cinco miembros. El Presidente del Consejo de Administración lo es también de la Comisión Ejecutiva. Los cuatro miembros restantes se elegirán por el Consejo de Administración de entre sus miembros. En el caso de producirse alguna vacante, el Presidente propondrá a la Comisión el nombre del Consejero que haya de cubrirla interinamente hasta la celebración del siguiente Consejo de Administración”.

3.1.3. Servicio Postal Universal (S.P.U.)

El art. 2 de la Ley Postal (43/2.010) -“*Naturaleza jurídica y régimen de prestación de los servicios postales*”-, en su párrafo primero señala que “los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”. Además, en su segundo párrafo añade que “están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios incluidos en el servicio postal universal encomendados al operador designado conforme a la disposición adicional primera, y los que dispongan de autorizaciones administrativas singulares en los términos dispuestos en esta Ley”.

Así, por su parte, el art. 42 -“Ámbito de las autorizaciones administrativas singulares”- dispone que “se requerirá autorización administrativa singular para la ejecución de cualesquiera prestaciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal (...)”.

Y, finalmente, en la Disposición adicional primera se designa por un período de 15 años a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima como operador al que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) -*iniciándose su cómputo efectivo el 1 de enero de 2011 y expirando el mismo a fecha 31 de diciembre de 2.025*-, al ser la única entidad que está en condiciones de prestar este servicio con la calidad y extensión requeridas, y se establece la suscripción de un contrato regulador de la prestación del mismo, que se celebrará por sucesivos períodos quinquenales, entre los Ministerios de Economía y Hacienda y Fomento y el operador designado, en el que se determinarán los derechos y obligaciones atribuidos a las partes.

Este Servicio Postal Universal (SPU), según el art. 21 de la Ley postal, incluye:

➤ Las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos:

- ✓ Tanto de cartas y tarjetas postales, de hasta 2 Kg. de peso,
- ✓ Como de paquetes postales, de hasta 20 Kg. de peso.
- La prestación de los servicios de certificado y valor declarado para los envíos antes indicados.
- Los envíos nacionales y transfronterizos de publicidad directa, de libros, de catálogos, de publicaciones periódicas y los restantes cuya circulación no esté prohibida, siempre que su remisión en régimen de SPU se lleve a cabo arreglo a alguna de las modalidades citadas previstas.

La Ley postal de 2.010 redefine el ámbito de aplicación de la OSU (por ejemplo, el servicio de giro queda excluido de la OSU, y elimina por completo los servicios reservados). En todo caso y, para que estos servicios sean considerados Servicio Postal Universal (SPU), deberán cumplir lo indicado en los Capítulos I y II del Título III de la Ley postal, referidos al concepto, ámbito y condiciones de prestación del SPU exigibles al Operador designado por el Estado.

El art. 22.3 de la Ley postal determina que la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) se realizará de conformidad con las previsiones legalmente establecidas y las que se contengan en el *Plan de Prestación del Servicio Postal Universal* aprobado por el Gobierno y en el contrato regulador, indicando asimismo que dicho contrato tendrá naturaleza de contrato administrativo especial.

En último término, el *Plan de Prestación* del SPU deberá incluir, entre otros extremos:

- Las condiciones de prestación del Servicio Postal Universal (SPU), particularmente en las Zonas en las que exista una muy baja densidad de población,
- El procedimiento para la evaluación del coste del citado servicio y su forma de financiación, y
- Los criterios que habrán de tenerse en cuenta para determinar la contribución a ella del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley postal.

El *Plan* tomará también en consideración el Fondo de financiación del Servicio Postal Universal (SPU), al que se refiere el precepto anteriormente citado.

En este sentido, los arts. 23, 24 y 25 de la Ley 43/2.010, recogen con carácter general las condiciones de prestación del Servicio Postal Universal (SPU) *-recogida, admisión, distribución, entrega y plazos de los envíos postales, que deberá realizar el Operador designado por el Estado, es decir, Correos-*, en los siguientes términos:

- Al menos, una recogida en los puntos de acceso a la red postal todos los días laborables, de lunes a viernes, con independencia de la densidad de población e incluso en Zonas rurales.
- Disponer de una cobertura adecuada al ámbito territorial para el que haya sido designado y, en particular, asegurar la densidad de puntos de acceso a los servicios postales establecida en el *Plan de Prestación* y la accesibilidad a los citados puntos.
- No denegar la admisión de los envíos cuando éstos reúnan los requisitos reglamentarios y se satisfaga el precio correspondiente.
- Las entregas se practicarán, al menos, todos los días laborables, de lunes a viernes, salvo en el caso de concurrir circunstancias o condiciones geográficas especiales, conforme a lo previsto en la Ley postal y en su normativa de desarrollo.
- En particular, se realizará una entrega en instalaciones apropiadas distintas al domicilio postal, previa autorización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con arreglo a lo previsto en la Directiva 97/67/CE.
- El *Plan de Prestación* fijará al Operador designado los objetivos de plazos de entrega en la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), así como las consecuencias económicas y, en su caso, régimen sancionador, de su incumplimiento.

Asimismo, en el Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre (anterior a la Ley postal actualmente vigente, en desarrollo de la Ley 24/1.998), por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los Servicios Postales, y en el Real Decreto 503/2.007, de 20 de abril, de modificación parcial del mismo (arts. 37 *-entrega de envíos postales en contornos especiales o cuando concurren circunstancias o condiciones*

excepcionales-, y 45 -*plazos de expedición-*), se detallan también las condiciones generales y prestaciones concretas derivadas de la Obligación de Servicio Universal (OSU).

Sin embargo y, hasta la fecha, el nuevo Plan de Prestación del Servicio Postal Universal (SPU) mencionado en la nueva Ley postal de 2.010, no se ha adoptado por el Gobierno. Únicamente cabe añadir al respecto que, en respuesta a una pregunta formulada en el Congreso de los Diputados al Gobierno (con referencia 184/31904, de fecha 04-04-2.018, y registro de entrada nº 82512) en relación a la cuestión aquí planteada relacionada con la aprobación del Plan de Prestación del Servicio Postal Universal (SPU), se responde el 30-05-2.018 (registro entrada Secretaría Congreso de los Diputados nº 91344) afirmando que se ha elaborado un borrador de Plan de Prestación del SPU que se ha remitido a la Comisión de la Unión Europea (UE), sin que hasta el momento haya conocimiento de noticia posterior alguna sobre la materia.

E 26 de febrero de 2.020 ha tenido lugar, en la Comisión de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana del Congreso de los Diputados, la comparecencia del titular del Ministerio correspondiente, con la finalidad de explicar las líneas generales y estratégicas del Departamento durante la presente Legislatura. Se ha hecho mención expresa en la misma al Plan de Prestación del Servicio Postal Universal (SPU), del que depende en última instancia la financiación del Correo público y el futuro del Plan Estratégico de la empresa estatal, expresándose concretamente el Ministro del ramo en los siguientes términos:

“(…) Para acabar, quiero señalar algunas otras medidas transversales que tienen que ver con el ámbito postal.

Durante 2.019 se ha estado trabajando con los servicios de la Comisión Europea sobre la elaboración del Plan de Prestación del Servicio Postal Universal, completando y aclarando todas las cuestiones que se fueron suscitando, particularmente las que se refieren a metodologías de cálculo del coste neto y a la financiación del Servicio Postal Universal.

La complejidad técnica de esta metodología y los múltiples enfoques que permiten las directrices establecidas en la directiva postal para la determinación del coste neto del servicio han dilatado este período de análisis más de lo que preveíamos inicialmente pero, el pasado mes de diciembre ya se ha completado la fase de intercambio de información y puntos de vista y, previsiblemente, en este primer trimestre del año, el Colegio de

Comisarios de la Unión Europea emitirá ya su dictamen sobre la propuesta española del plan de prestación y, por tanto, de financiación del Servicio Postal Universal.

Por lo tanto, una vez que hayamos recibido el visto bueno de Bruselas podremos llevar al Consejo de Ministros para su aprobación *-esperemos que sea en los próximos meses, como digo-* el Plan de Prestación del Servicio Postal Universal para poder suscribir finalmente el contrato regulador”³⁴⁵.

De esta forma y, según parece, en breve culminará un proceso que resulta ya improrrogable, por cuanto Correos *-como Operador designado por el Estado a través de la Disposición Adicional primera de la Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre) para la prestación del Servicio Postal Universal-*, carece de Plan de Prestación del mismo desde hace más de 20 años.

En 1.998, a Correos (Entidad Pública Empresarial) se le encomendó la OSU por medio de la Ley postal de 1.998 anteriormente mencionada. Y, como compensación por la prestación de la Obligación de Servicio Universal (OSU), Correos recibió financiación pública entre 1.998 y 2.010. En 2.000 se creó la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., mediante la Ley 14/2.000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Posteriormente, la Ley postal de 2.010 habilita nuevamente a Correos (Sociedad Estatal C. y T., S.A.) como Proveedor del Servicio Universal (PSU), y estableció además los criterios de calidad para el desempeño de la OSU. El 5 de junio de 2.012, todas las empresas del Grupo Correos (esto es, La Sociedad Estatal como empresa matriz y sus filiales, Correos Express, Nexea y Correos Telecom) se integraron en SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales), que se convierte así en su único accionista.

3.1.4. Financiación Servicio Postal Universal

En el Título III. “El Servicio Postal Universal”), Capítulo III. “Coste y Financiación de las Obligaciones de Servicio Público del Servicio Postal Universal encomendado al Operador designado” de la Ley 43/2.010 (Ley postal), se establece el modelo de determinación de coste y financiación de la prestación del Servicio Postal Universal (SPU).

³⁴⁵ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados *-Comisión Transportes; Movilidad y Agenda Urbana (Sesión núm. 2, 26 de febrero)-*, Año 2.020, XIV Legislatura, Núm. 47, pág. 13.

Así, el artículo 26 contempla que “el Operador designado deberá llevar una contabilidad analítica, que permita conocer el coste de la prestación de los diferentes servicios (...) llevará en sus sistemas de contabilidad interna cuentas separadas de modo que se diferencie claramente entre cada uno de los servicios y productos que forman parte del servicio universal y los demás servicios y productos que no forman parte del mismo (...). Existirán cuentas separadas, como mínimo, para cada uno de los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal”. El apartado 2 del mismo determina que “el sistema contable (...) imputará los costes de la siguiente manera:

a) Los costes que puedan ser imputados directamente a un servicio o producto concreto se imputarán a dicho servicio o producto;

b) Los costes comunes, es decir, los que no puedan imputarse directamente a un servicio o producto en concreto, se imputarán como sigue:

b1) Siempre que sea posible, los costes comunes se imputarán sobre la base de un análisis directo de su origen,

b2) Cuando no sea posible efectuar un análisis directo, las categorías de costes comunes se imputarán sobre la base de un vínculo indirecto con otra categoría o grupo de categorías de costes para los que sea posible efectuar una asignación o imputación directa; el vínculo indirecto se basará en estructuras de costes comparables,

b3) Cuando no puedan hallarse medidas directas ni indirectas para la imputación de los costes, la categoría de costes se imputará sobre la base de un factor de imputación general, calculado utilizando la relación entre todos los gastos asignados o imputados directa o indirectamente, por una parte, a cada uno de los servicios del servicio postal universal y, por otra, a los demás servicios,

b4) Los costes comunes, que son necesarios para prestar tanto cada uno de los servicios del servicio postal universal como de los servicios no universales, se imputarán de manera apropiada; deberán aplicarse los mismos parámetros de costes a los servicios universales y a los servicios no universales”.

Finalmente, el epígrafe 3 señala que “el Operador designado podrá aplicar otros sistemas de contabilidad siempre que, al menos, diferencien de una forma clara los

servicios y productos que forman parte del servicio postal universal de los que no forman parte del mismo y se basen en principios contables coherentemente aplicados y objetivamente justificables”.

Los criterios para determinar el *coste neto* de las obligaciones de servicio público del Servicio Postal Universal (SPU), se contienen en el art. 27 de esta norma, y son:

- La diferencia entre el coste neto que le supone al Operador designado prestar el Servicio Postal Universal (SPU) operando con Obligaciones de Servicio Público (OSU), y el correspondiente al mismo proveedor de servicios postales si operara sin las citadas obligaciones.
- En ese cálculo, además, se tendrá en cuenta cualquier otro elemento que resulte pertinente, como las garantías y las ventajas inmateriales de que pueda gozar el Operador designado, el derecho a obtener un beneficio razonable, y los incentivos dirigidos a obtener la eficiencia de costes.

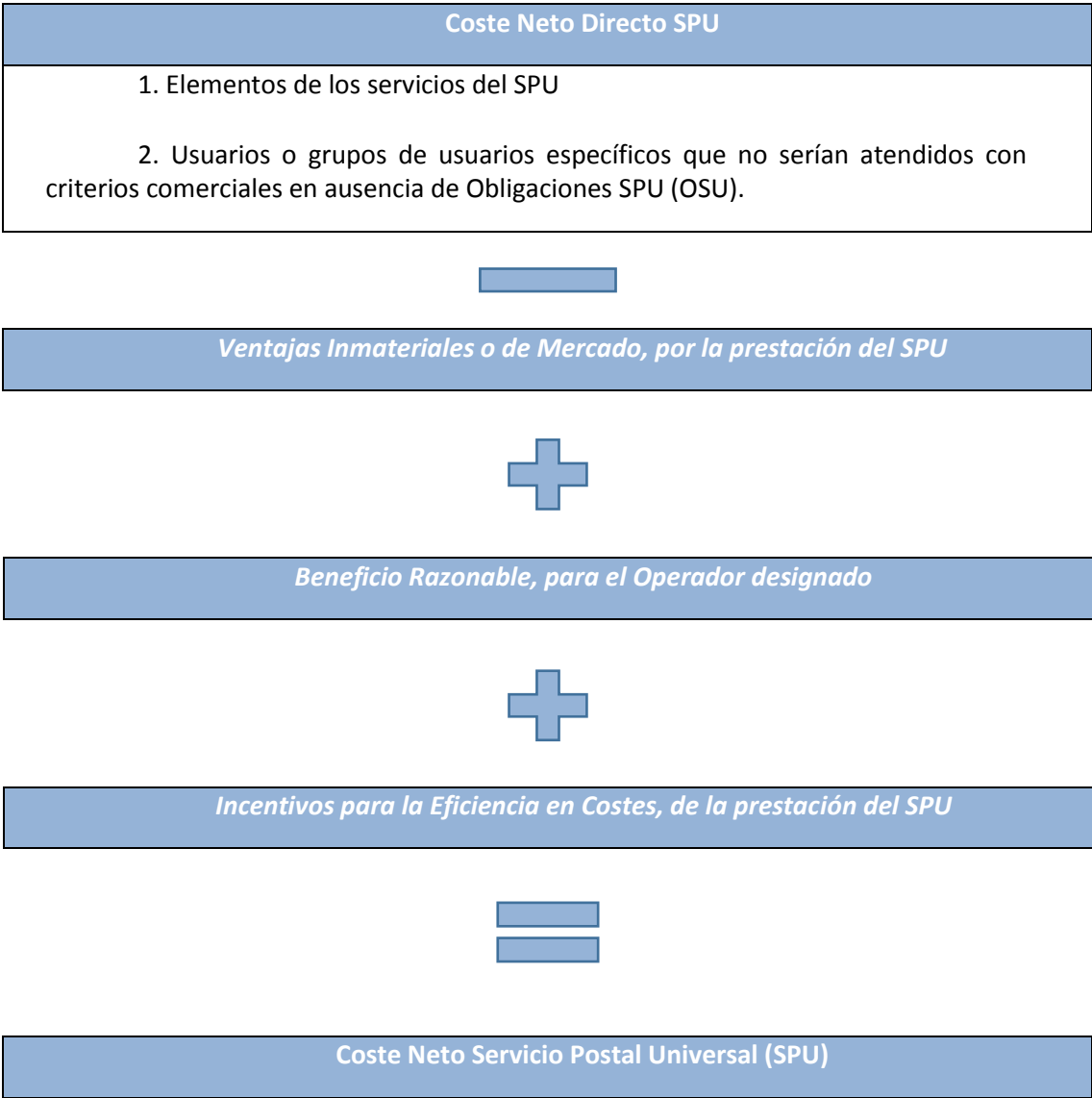
Y concluye este artículo señalando que “en el Plan de Prestación al que se refiere el art. 22.3 de la presente Ley se fijarán los criterios técnicos y el procedimiento para determinar el coste neto (...)”, indicando que el Operador designado deberá presentar el cálculo del *coste neto* de prestación del Servicio Postal Universal (SPU) de cada ejercicio ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para su posterior verificación.

En el Sistema de contabilidad de costes de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., se clasifican los servicios (o “*productos analíticos*” -PA-, en la denominación de Correos), en 3 categorías:

1. *Productos de Servicio Postal Universal (SPU)*,
2. *Productos No universales postales*, y
3. *Productos No universales No postales*.

Por tanto, el *coste neto* de la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) será el resultado de calcular un coste por la prestación de los servicios, que se denominará “*coste*

neto directo". Y, posteriormente, restarle las garantías y ventajas inmateriales y de mercado que se identifiquen, sumarle el derecho a obtener un beneficio razonable y tener en consideración los incentivos dirigidos a obtener la eficiencia de costes. Así, pues, el coste neto de la obligación de prestación del Servicio Postal Universal (SPU) aparece ilustrado gráficamente a través de la siguiente figura³⁴⁶:



El “*coste neto directo*” -tal y como está definido- es un coste evitable, por cuanto es el coste en el que dejaría de incurrir un Operador si no prestara el SPU. Así:

$$\text{Coste Neto Directo} = \text{Coste con Obligación SPU} - \text{Coste sin Obligación SPU}$$

³⁴⁶ Extraída del documento de la CNMC -STP/DTSP/179/16-, de 30 de junio de 2.016: “Acuerdo por el que se aprueba una propuesta metodológica para estimar el coste neto del Servicio Postal Universal”.

Por su parte, el artículo 28 establece que la CNMC determinará asimismo, previo informe preceptivo del Mº de Economía y Hacienda, la cuantía de la “*carga financiera injusta*” que comportan las Obligaciones de Servicio Público (OSU) del Servicio Postal Universal (SPU) para el Operador designado.

Y, a tal efecto, se entenderá por “*carga financiera injusta*” el resultado de minorar el coste neto en el importe en el que se cuantifiquen los ajustes derivados del incumplimiento de las condiciones de eficiencia establecidas en el *Plan de Prestación*, fijando además que la cuantía de dicha “*carga financiera injusta*” se compensará con cargo al *Fondo de Financiación* previsto en el artículo 29 de la Ley postal (y pendiente todavía de creación), independientemente de si aquella supone o no una desventaja competitiva para el Operador. Es decir, la Ley postal de 2.010 establece que siempre que haya “*carga financiera injusta*”, el Operador proveedor tiene derecho a una compensación, sin necesidad de entrar a analizar otras consideraciones. Por tanto, en el Sector Postal no se requiere la condición previa de que la prestación del SPU suponga una desventaja competitiva para el Operador designado para que éste tenga derecho, sí o sí, a compensación cuando existe “*carga financiera injusta*”.

Este *Fondo de Financiación*, creado para compensar la “*carga financiera injusta*” que supone para el Operador designado la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), se nutre de las siguientes aportaciones:

- Las transferencias a favor del *Fondo* consignadas en los Presupuestos Generales del Estado (PGE),
- Las prestaciones patrimoniales de carácter público que queden afectadas a esta finalidad,
- Las donaciones o legados realizados por cualquier persona natural o jurídica que desee contribuir a la financiación del Servicio Postal Universal (SPU), y
- Los rendimientos derivados de los depósitos en los que se mantienen las disposiciones del *Fondo*.

Será la CNMC la encargada de velar porque las cantidades establecidas por los distintos conceptos sean suficientes para subvenir a las necesidades para las que se crea,

transfiriendo trimestralmente al Operador designado y, con carácter de a cuenta de lo que resulte de la liquidación anual de la carga financiera, las cantidades disponibles en el *Fondo*.

En este sentido y, a modo de cierre, el artículo 30 de la Ley postal culmina afirmando que el Estado contribuirá a la financiación del Servicio Postal Universal (SPU), de acuerdo con el *Plan de Prestación* aprobado por el Gobierno, aportando al *Fondo de Financiación* el importe que, a este efecto, se consigne en la sección presupuestaria del Mº de Fomento. Si bien y, hasta el momento -*como ya advertimos anteriormente*-, no existe nuevo *Plan de Prestación* y, por consiguiente, desde 1 de enero de 2.011 no se dispone de una metodología para calcular el coste neto de la Obligación de Servicio Público (OSU) por la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), actuándose según recoge la Disposición transitoria única de la vigente Ley postal:

“Las condiciones de prestación del servicio postal universal y su régimen de financiación se regirán por la normativa anterior a la entrada en vigor de la presente Ley y hasta que el Gobierno apruebe el Plan de Prestación del Servicio Postal Universal y su contrato regulador (...)”.

A este respecto, cabe añadir por último que el Programa 491 N (Servicio Postal Universal) del Mº de Fomento correspondiente a los Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2.018, recoge básicamente la contribución del Estado a la financiación del Servicio Postal Universal (SPU) en los términos establecidos en la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal.

Así, pues, este Programa presupuestario tiene como finalidad principal compensar por la carga financiera que le supone a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), entendido éste como la prestación de un conjunto de servicios postales de calidad determinada, de forma permanente en todo el territorio nacional, a precio asequible para todos los ciudadanos, y respetando las normas de calidad que el Gobierno fije para cada uno de los servicios que lo integran. El Programa 491 N recoge también los gastos de participación en Organismos Internacionales relacionados con la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), la Unión Postal Universal (UPU), y la Unión Postal de las Américas, España y Portugal (UPAEP).

De otro lado, la necesidad de que Correos proceda a la adecuación, mejora y mantenimiento de sus infraestructuras condiciona la realización de nuevas inversiones que no serían acometidas en caso de no existir la Obligación de Servicio Universal (OSU), según se contiene en dicho Programa. Y, dado que el *Fondo de Financiación* contemplado en la normativa aún no se ha puesto en funcionamiento, las transferencias de esta partida se efectúan directamente a la Sociedad Estatal con carácter de a cuenta de la liquidación definitiva de manera que, en principio, ni condicionan ni determinan el importe final de la compensación a Correos.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es la entidad encargada de velar para que la prestación del servicio por parte de Correos se realice de acuerdo con las previsiones del Gobierno y de determinar la “*carga financiera injusta*” que le supone al Operador designado la obligación de la citada prestación. Para ello, la CNMC debe realizar, entre otras, las siguientes actividades:

- Controlar el cumplimiento de las Obligaciones de prestación del Servicio Postal Universal (OSU) impuestas al Operador designado y, en particular, los objetivos de calidad establecidos para los servicios postales.
- Auditar la contabilidad analítica del Operador público y el cálculo del *coste neto* del Servicio Postal Universal (SPU), de acuerdo con la normativa reguladora de esta materia.
- Determinar, anualmente, la “*carga financiera injusta*” que supone la prestación del Servicio Postal Universal (SPU).
- Gestionar el *Fondo de Financiación* del Servicio Postal Universal (SPU) y las prestaciones de carácter público afectas a su financiación.

3.1.5. Indicadores Operativos

El modelo de negocio³⁴⁷ de Correos se cimienta “sobre la excelencia en la prestación del servicio público, la sostenibilidad empresarial a largo plazo y la orientación al cliente”.

Y los principios en los que sustenta su estrategia³⁴⁸ “son el fortalecimiento del servicio público; la diversificación, fundamentalmente a través de la paquetería, los servicios

³⁴⁷ Grupo Correos. Informe Anual Integrado 2.018, pág. 20.

³⁴⁸ *Ibíd.*

digitales y el negocio *retail*, y la expansión internacional, especialmente en los mercados de Portugal, Asia y Latinoamérica.

Correos identifica diversos factores³⁴⁹ con impacto potencial a corto, medio o largo plazo sobre los Mercados en los que opera. Estas tendencias, suponen tanto un reto como una oportunidad, en función de la respuesta que proporcione el Operador postal público.

Tras realizar un análisis DAFO, las más destacadas se exponen a continuación:

-Sustitución electrónica.- Se identifica por las siguientes razones:

- Progresiva reducción de las comunicaciones postales.
- Desarrollo de la Administración Electrónica.
- Creciente digitalización de la economía y la sociedad, que exige nuevos mecanismos para garantizar la seguridad de las transacciones electrónicas.

-Nuevos hábitos de consumo.- Se manifiesta así:

- Desarrollo del comercio electrónico.
- Aumento del pago a través del móvil.
- Expansión de la economía colaborativa.
- Mayor demanda social de políticas de diversidad, inclusión y sostenibilidad por parte de las empresas.

-Nuevas tendencias demográficas.- Esto es:

- Envejecimiento progresivo de la población.
- Aumento de la población urbana.

³⁴⁹ *Ibidem*, pág. 21.

- Despoblamiento y desaparición de servicios en entornos rurales.
- Demanda de nuevos servicios para las *smartcities*.

-Cambio climático.- Supone nuevas demandas y exigencias:

- Necesidad de una logística urbana eficiente.
- Impulso de un nuevo marco energético y economía circular.
- Repercusión creciente sobre la economía, la movilidad, la contratación pública o la calidad de vida de los ciudadanos.

-Creciente competitividad de los mercados.- Son varias las causas que lo provocan:

- Rápidos cambios en la demanda de empresas y ciudadanos.
- Irrupción de nuevas tecnologías que mejoran la eficiencia operativa, la experiencia del cliente y la oferta de productos y servicios.
- Transformación del escenario geopolítico mundial y los tráficos de comercio internacional.
- Importancia de la retención del talento y la innovación.
- Evolución del marco normativo europeo y español.

Sin embargo y, pese a todas las amenazas y debilidades que acechan a la empresa matriz del Grupo postal por el dinamismo del Mercado en que actúa, su estrategia se centra en desarrollar sus propias fortalezas a través de las sinergias de Grupo y, sobre todo, en aprovechar las oportunidades que su posicionamiento y experiencia le ofrecen.

Actualmente, Correos compatibiliza el desarrollo de un Plan Estratégico para culminar su transformación en proveedor integral de servicios de comunicación (físicos, digitales y de paquetería) con la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), que garantiza que todos los ciudadanos tengan acceso en España a los Servicios Postales básicos con calidad y regularidad.

Ha entendido así el Operador postal público que el mundo digital está revolucionando la manera de entender las empresas y su funcionamiento. La gestión y tratamiento de datos, la tecnología, la adaptación de soluciones a las necesidades de los clientes, los servicios *on line* y el comercio electrónico -*cada vez más presentes en todos los ámbitos de nuestra vida*-, se han convertido en los activos clave de las compañías y en los aspectos necesarios para adecuarse a la transformación digital que exige el mundo empresarial.

Y, asimismo, la expansión creciente del comercio electrónico (*eCommerce*) proporciona también nuevas oportunidades al Grupo Correos en la configuración de servicios electrónicos. Por ello, desde hace ya unos años, está desarrollando una oferta digital integral para convertirse de esta forma en facilitador de las comunicaciones en todo tipo de soporte, y actuar así como tercero de confianza entre ciudadanos, empresas y Administración.

En la siguiente Tabla-Resumen se reflejan las principales magnitudes y cifras correspondientes a los indicadores operativos de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E, así como el volumen global de negocio alcanzado por el Grupo Correos durante el ejercicio 2.018, último del que hasta la fecha se dispone de datos consolidados³⁵⁰:

SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A., S.M.E.	
Efectivos medios (FTE) ³⁵¹	52.259
Envíos Admitidos (millones)	2.700
Unidades de Reparto	1.739
Unidades de Servicios Especiales (USE's) ³⁵²	97
Centros de Tratamiento Automatizado	18
Vehículos	14.291
Dispositivos Entrega Paquetería - <i>Citipaq</i> -	5.152
Servicios Rurales	6.185
Oficinas	2.396
CIFRA NEGOCIO GRUPO C. 2018 (miles €)	2.035.632

³⁵⁰ *Ibidem*, págs. 12-13.

³⁵¹ Fijos, Temporales y Eventuales (referido al tipo de personal empleado por el Operador Postal).

³⁵² Unidades de entrega urgente de envíos postales y telegráficos.

**CAPÍTULO IV-ANÁLISIS DEL ESTADO DE SITUACIÓN DE LOS FACTORES
CLAVE EN LA GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL**

1. SECRETO E INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA

Con la excepción expresamente prevista en la normativa vigente: “(...), salvo resolución judicial”, se garantiza constitucionalmente la libertad, el *secreto* y la inviolabilidad de la *correspondencia*, derechos todos ellos -*como no podría ser de otra manera*- comprendidos y, a su vez, subsumidos en el Derecho *Fundamental* reconocido de forma explícita en el art. 18.3 CE, que dice: “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas (...)”. Se llega a esta conclusión tras la interpretación del precepto referido de nuestra Carta Magna que realiza el Tribunal Constitucional (TC) en dos de sus Sentencias más esclarecedoras en relación con la materia objeto de estudio que abordamos en este Proyecto de Investigación, fijando y estableciendo de este modo un criterio hermenéutico clave para la correcta comprensión de su significado, alcance y extensión.

Así y, por una parte, la reveladora STC 114/1.984, de 29 de noviembre, en su FJ 7, determina: “(...) el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto (...)”. A mi entender, ello entraña dos claras consecuencias que directamente pueden extraerse, *prima facie*, de la misma:

- *Primera*.- La vertiente positiva del Derecho *Fundamental*, que consiste en la libertad de circulación y tránsito de las comunicaciones para garantizar así su efectivo ejercicio en los términos proclamados en la propia CE; y
- *Segunda*.- La proscripción, evidentemente, de signo negativo en esta ocasión, de cualquier acto y/o conducta ilícita o ilegítima -*con la salvedad de la preceptiva resolución judicial motivada*- llevados a cabo por terceros ajenos al proceso comunicativo mismo que suponga algún tipo de injerencia, intromisión, alteración, manipulación o, en definitiva, afectación y vulneración del derecho constitucionalmente declarado al *secreto* de las comunicaciones.

De otro lado, la no menos trascendental STC 281/2.006, de 9 de octubre, en su FJ 3, apartado b), cuando manifiesta que: “(...) la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”.

Todo esto implica que dentro del territorio del Estado, esto es, pues, en España, la *correspondencia* no podrá ser retenida o interceptada, excepto mediante resolución judicial

(ex art, 18.3 CE) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido en el Capítulo III del Título VIII del Libro II de la LECrim (arts. 579 y ss.).

En definitiva, pues, la inviolabilidad reconocida a los envíos postales comprende el derecho a que se traten y gestionen con el obligado deber de fidelidad en su custodia, sin que se produzca detención contraria a derecho, intencionado curso anormal, apertura ilegal, sustracción, destrucción, retención indebida u ocultación de los mismos.

1.1. DEFINICIONES Y CONCEPTOS POSTALES BÁSICOS

La Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre) incluye en el Título I. “Disposiciones generales”, art. 3. “Definiciones”, algunos conceptos postales básicos a tener en consideración:

“1. *Servicios postales*: cualesquiera servicios consistentes en la recogida, la admisión, la clasificación, el transporte, la distribución y la entrega de envíos postales.

2. *Envío Postal*: todo objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada por el remitente sobre el objeto mismo o sobre su envoltorio, una vez presentado en la forma definitiva en la cual debe ser recogido, transportado y entregado. Además de los envíos de correspondencia incluirá la publicidad directa, los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y los paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que sea su peso”.

También se refiere a lo que no es envío postal, al señalar que “no se considerará envío postal ni se podrán admitir como tales los envíos que contengan objetos cuyo tráfico o circulación esté prohibido o sea delito, de acuerdo con las leyes y convenios internacionales en vigor en España. Y dispone que “reglamentariamente se determinarán los supuestos constitutivos de envíos prohibidos”, en desarrollo de la propia Ley.

“3. *Envío de correspondencia*: la comunicación materializada en forma escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza, que se transportará y entregará en la dirección indicada por el remitente sobre el propio envío o sobre su envoltorio. La publicidad directa, los libros, catálogos, diarios y publicaciones periódicas no tendrán la consideración de correspondencia”.

“8. *Operador postal*: la persona natural o jurídica que, con arreglo a esta ley, presta uno o varios servicios postales. El tercero que preste servicios postales en exclusiva para un único remitente que actúe en régimen de autoprestación queda excluido de esta definición.” Es decir, quienes actúen en régimen de autoprestación, en el sentido aquí indicado, no constituyen Operadores postales a efectos legales.

“14. *Usuario*: la persona natural o jurídica o ente sin personalidad beneficiaria de la prestación de un servicio postal como remitente o como destinatario y titular de los derechos a que se refiere el Título II de esta ley.

15. *Dirección Postal*: la identificación de los remitentes o de los destinatarios por su nombre y apellidos, si son personas naturales, o por su denominación o razón social si se trata de personas jurídicas o entidades sin personalidad, así como las señas de un domicilio, que contendrá el nombre de la vía y el número de la finca, así como el número de piso y la letra, si los hubiera, o los datos que se establezcan para la entrega de los envíos en las oficinas de la red postal”.

16. *Autoridad Nacional de Reglamentación*: el Gobierno, los órganos superiores y directivos del Ministerio de Fomento y la Comisión Nacional del Sector Postal, competentes para ejercer las funciones y atribuciones que ésta u otras leyes o normas les asignan en materia postal. Estas autoridades ejercerán sus funciones con plena independencia orgánica y funcional de los operadores postales y del operador designado”.

“18. *Remitente*: la persona física, jurídica o entidad sin personalidad de quien proceden los envíos postales”.

Igualmente, el RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre (Reglamento de Prestación de los Servicios Postales), en su Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo III. “Envíos y servicios postales”, Sección 1ª. “Clasificación de los envíos y servicios postales” contiene, en su art. 13, un concepto de lo que ha de entenderse por Carta o por Paquete Postal, que son aquellos envíos que gozan primordialmente *-en el segmento estrictamente postal-* de la protección del derecho al *secreto* por parte de la doctrina constitucional. Así:

“1. A los efectos del presente Reglamento, se entiende por envío postal el envío con destinatario, preparado en la forma definitiva en la que deba ser transportado por el operador del servicios postal universal.

En todo caso, son envíos postales, las cartas, tarjetas postales, paquetes postales, los envíos de publicidad directa, libros, catálogos y publicaciones periódicas.

2. En el ámbito de aplicación de este Reglamento, se entenderá por:

“Carta: Todo envío cerrado cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse, así como toda comunicación materializada en forma escrita sobre soporte físico de cualquier naturaleza, que tenga carácter actual y personal y toda aquella que, aun no teniendo los requisitos antedichos, cumpla los restantes que establece el presente Reglamento para su admisión con arreglo a esta modalidad”.

Precisando también que “en todo caso, tendrán la consideración de carta los envíos de recibos, facturas, documentos de negocios, estados financieros y cualesquiera otros mensajes que no sean idénticos.”. Esto es, abundando más si cabe en la idea fundamental de que aquello que singulariza e identifica de manera distintiva un envío de *correspondencia* de cualquier otro tipo o modalidad de envío postal, y la carta o misiva epistolar es su paradigma por excelencia, no es sino su carácter actual y personal.

“Paquetes Postales: Los envíos que contengan cualquier objeto, producto o materia, con o sin valor comercial, cuya circulación por la red postal no esté prohibida y todo envío que, conteniendo publicidad directa, libros, catálogos, publicaciones periódicas, cumpla los restantes requisitos establecidos en este Reglamento para su admisión bajo esta modalidad”.

Y prescribe claramente que “cuando estos envíos contengan objetos de carácter actual y personal, deberá manifestarse expresamente en su cubierta, dicha circunstancia”. Añadiendo al mismo tiempo que “no podrán constituir paquetes postales los lotes o agrupaciones de las cartas o cualquier otra clase de correspondencia actual y personal”.

Estos conceptos y definiciones dejan patentes las marcadas diferencias existentes entre los atributos y rasgos propios de dos de los envíos postales más característicos y comunes, cuales son la carta (envío de *correspondencia*, siempre y en todo caso) y el paquete postal (es un envío postal y no es un envío de *correspondencia*, aunque pueda contener objetos de carácter actual y personal -*manifestando expresamente dicha circunstancia en la cubierta o soporte del mismo*-).

1.2. OBJETOS PROHIBIDOS

Además, en este mismo Capítulo del Reglamento Postal, en su Sección 2ª se incorpora una detallada normativa sobre los envíos postales que ostentan la consideración de objetos prohibidos para su tránsito por la red postal pública (RPP), por mandato y remisión expresa de la Ley Postal. Su concepto queda recogido en el art. 15, que indica: “se considerarán objetos prohibidos como envíos postales, aquellos cuya circulación no se permita por motivos de seguridad, de sanidad pública, utilidad general y de protección del servicio universal”.

En el art. 16 se concretan estos supuestos, a través de su prolija relación y enumeración, estableciendo que “de conformidad con los principios enunciados en el artículo anterior, no pueden incluirse en ninguna clase de envíos postales los objetos siguientes:

1. Los productos sometidos a régimen de reserva y no provistos de autorización especial para circular por la red postal.
2. El opio y sus derivados, la cocaína y demás estupefacientes y sustancias psicotrópicas, salvo si se envían con fines medicinales y acompañados de autorización oficial.
3. los envíos cuya envoltura o cubierta contenga textos o dibujos que vulneren cualquiera de los derechos fundamentales de la persona.
4. Los envíos de armas, conforme a lo establecido en el Real Decreto 137/1.993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.
5. Las materias explosivas, inflamables y otras peligrosas, salvo las biológicas percederas, intercambiadas entre laboratorios oficialmente reconocidos, y las radiactivas depositadas por expedidores debidamente autorizados.

A estos efectos, se considerarán materias o sustancias radiactivas, las que sobrepasen los límites establecidos en la legislación sobre energía nuclear y sobre transporte de mercancías peligrosas, y será preceptivo que en su traslado y embalaje, se cumplan las disposiciones de la Ley 25/1.964, de Energía Nuclear, del Real Decreto 53/1.992, de 24 de enero, de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, de las normas reguladoras del

transporte de mercancías peligrosas y de la demás normativa específica que resulte aplicable.

6. Los animales vivos, sin estar provistos de una autorización especial o ser intercambiados entre instituciones oficialmente reconocidas.

7. Los objetos cuyo tráfico sea constitutivo de delito.

8. Los objetos cuya naturaleza o embalaje puedan constituir un peligro para los empleados de los operadores postales que los manipulan o causan deterioro a otros envíos.

9. Los objetos cuya admisión o circulación esté prohibida en el país al que van destinados.

10. Los objetos cuya circulación esté prohibida en España, con arreglo a la normativa en vigor.

11. Los que se determine en convenios internacionales en los que España sea parte signataria”.

El art. 17. “Artículos sometidos a reserva y estupefacientes” versa sobre las autorizaciones pertinentes necesarias para la admisión de estos objetos como envíos postales a través de la red postal pública (RPP), previniendo que “la autorización a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo anterior para que puedan ser admitidos a la circulación por la red postal, los productos sometidos a régimen de reserva y los estupefacientes, habrá de estar expedida por la entidad que ostente el derecho exclusivo de distribución en el primer caso, por una autoridad sanitaria oficial en el segundo, siendo necesario en el caso de los apartados 5) y 6) autorización de las autoridades competentes, y se presentará por duplicado, en la oficina de depósito del operador postal. Uno de los ejemplares de la autorización quedará archivado en dicha oficina, acompañándose el segundo al envío para su archivo en la de destino”.

El siguiente precepto del Reglamento, número 18. “Comprobación del contenido de los envíos”, resulta especialmente importante a los efectos que nos ocupan, puesto que dicha actuación por parte del Operador postal concernido y/o sus empleados procederá única y exclusivamente en aquellos casos en que haya indicios sospechosos suficientes de que el envío postal pueda portar algún objeto o sustancia tipificado como prohibido para su

admisión a través de la red postal. Sostiene que:

“1. Cuando se sospeche racionalmente que un envío presentado en la oficina de admisión del operador postal contiene algún objeto cuya circulación por la red postal esté prohibida o que no se ajuste al contenido declarado en el sobre o cubierta, cuando esto sea preceptivo, se invitará al remitente a que lo abra, y si éste no lo hiciese se denegará su admisión. Análogo procedimiento se seguirá, en cuanto sea posible, con los objetos depositados en los buzones”.

Obsérvese que, en primer lugar, se trata del proceso de admisión/recogida del envío postal (oficina postal y/o buzones de depósito en vía pública o en locales y establecimientos postales) cuando éste se encuentra todavía en origen y, lo que es más relevante aún, esto es, que en ningún caso y bajo ningún concepto se faculta al Operador postal para que actúe directamente sobre el envío postal sino que, por el contrario, se previene que sea el propio remitente (en calidad de propietario y, por tanto, único responsable del mismo a todos los efectos) quien opte, o bien por abrirlo y mostrar su contenido real o bien, si declina hacerlo así, retirarlo, puesto que no será admitido en esas condiciones. Por esta razón, que viene contemplada expresamente en la norma reglamentaria, se hace descansar la carga de la decisión *-como no podía ser de otro modo, obviamente-* en el consentimiento voluntario del expedidor del envío amparándose en su condición de propietario del mismo y, en estas circunstancias, no existe menoscabo alguno del derecho al *secreto* de las comunicaciones ni, por ende, afectación o vulneración a la inviolabilidad garantizada constitucionalmente.

El apartado número 2 del artículo 18 determina que “cuando los operadores postales tengan fundada sospecha de que alguno de los envíos ya admitidos no pueda circular por la red postal o esté sometido a requisitos que no se hayan cumplido, procederá como se indica en el apartado anterior, si no hubiera salido todavía de origen, remitiéndolo, en otro caso, con separación de los demás, a la oficina de destino. Desde esta oficina se notificará al destinatario dicha circunstancia, a fin de proceder como se indica en el apartado anterior y, si se negase a su apertura, no se entregará y se dará traslado del hecho a la Secretaría General Técnica de Comunicaciones del Ministerio de Fomento para que resuelva sobre el trato que deba darse al envío”.

Aquí ocurre igual que hemos visto en el caso anterior, si bien la diferencia reside en el momento en que se detecta la posible incidencia (presumible presencia de objeto prohibido en el punto de acceso a la red postal). Es decir, si esto se produce una vez ha

sido ya admitido el envío, pero éste se halla todavía en origen y no ha sido encaminado y cursado a destino, se procede como se ha descrito anteriormente, en el apartado número 1 de este mismo artículo. De no ser así y, si se hubiese dado curso ya al mismo, se separará previa identificación del resto de envíos que forman parte de la expedición postal *-para su adecuado seguimiento, vigilancia y control en todo momento durante su transporte-* y, una vez en destino, se comunicará el hecho al destinatario (no al remitente, por cuanto deviene imposible su presencia física *in situ*) y se le informará al respecto del mismo modo ya visto, advirtiéndole que si se niega a la apertura para su oportuna comprobación, no se le entregará, dando entonces conocimiento al órgano competente del Ministerio (actualmente, la Subdirección General de Régimen Postal, integrada en el organigrama del redenominado Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana).

En relación con todo lo antedicho, en el Título II de la Ley Postal. “Derechos de los usuarios de los servicios postales”, el art. 13. “Derecho a la propiedad de los envíos postales” afirma que “los envíos postales serán de titularidad del remitente a efectos postales en tanto no lleguen a poder del destinatario quien podrá, mediante el pago del precio correspondiente, recuperarlos o modificar su dirección, salvo en los supuestos de imposibilidad material y sin perjuicio de los derechos de terceros sobre el contenido de los mismos”.

En similares términos se expresa el Reglamento Postal, en su Título I. “De los servicios postales”, Capítulo II. “Garantías de los usuarios de los servicios postales y límites de las mismas, Sección 1ª. “Garantías de los usuarios”, art. 8. Propiedad de los envíos postales”, cuando dice: “los envíos postales, en tanto no lleguen a poder del destinatario, serán propiedad del remitente, quien podrá, mediante el pago de las tarifas o precios correspondientes, recuperarlos o modificar su dirección, siempre que las operaciones necesarias para localizarlos no perturben la marcha regular de la prestación del servicio postal”.

Finalmente, en el art. 19 de esta norma se describe pormenorizadamente el “procedimiento a seguir respecto de los objetos prohibidos”, de la siguiente forma:

“1. Cuando los operadores postales adviertan la presencia de objetos prohibidos, procederán según los casos, en la forma que a continuación se detalla:

a) Si se trata de alguno de los objetos relacionados en los apartados, 1 y 2 y 10 del artículo

16, se seguirá el procedimiento que fije la normativa correspondiente”.

- b) Los envíos a que se refiere el apartado 6 del artículo 16 cuando contengan animales dañinos, se comunicarán a la autoridad que corresponda.
- c) Los objetos relacionados con el apartado 4 del artículo 16 serán entregados a la Guardia Civil.
- d) Cuando se detecten objetos de los enumerados en el apartado 5 del artículo 16 se comunicará a la autoridad competente o a sus agentes, quienes determinarán, en cada caso, el procedimiento a seguir de acuerdo con la normativa vigente.
- e) Los objetos prohibidos, especialmente los enumerados en los apartados 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 16, cuya circulación constituya materia delictiva, serán enviados a la autoridad judicial competente o a sus agentes”.

A los productos sometidos a reserva (apartado 1, del artículo 16), estupefacientes y demás sustancias psicotrópicas (apartado 2 -art.16-) y objetos cuya circulación esté prohibida en España (apartado 10 -art.16-), se les aplica su normativa específica. El apartado 4 del artículo 16, regula el envío de armas, el número 5 materias explosivas, inflamables y otras peligrosas, y el número 6 del mismo artículo contempla los envíos postales que contengan animales vivos.

Continúa el art. 19 del Reglamento, en sus apartados siguientes, del siguiente modo:

“2. Los objetos de circulación prohibida para los que no se establece un trato específico en el apartado anterior serán devueltos a la oficina de origen, que dará seguidamente aviso al remitente para que los retire en los plazos reglamentarios. Los envíos no retirados oportunamente serán considerados como sobrantes, lo mismo que los de remitente desconocido.

3. El operador postal que haya procedido con objetos de circulación prohibida en cualquiera de las formas señaladas en los apartados anteriores, informará, si procede, al remitente y a la autoridad competente”.

Como puede apreciarse, reglamentariamente se ha estipulado un procedimiento

diferente para el tratamiento por todos los Operadores postales de la diversa y variopinta tipología de objetos prohibidos que pueden presentarse al tráfico postal vía red postal pública (RPP). Con carácter general, se debe informar a la autoridad competente (administrativa o judicial, según corresponda)) cuando así proceda, además de al remitente *-propietario del envío postal en tanto no llegue al destinatario-*, excepto cuando se trate de operaciones articuladas en torno a la figura de entrega o circulación vigilada de paquetes postales, según dispone el art. 263 bis. 4 LECrim (con objeto de no comprometer el resultado de la investigación procesal penal en curso).

1.3. DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS POSTALES

Por otra parte, el Título II de la Ley Postal se ocupa de los “Derechos de los Usuarios de los Servicios Postales”, delimitando con precisión la posición jurídica de éstos para garantizar la mejor transparencia del Mercado Postal y el logro del nivel de calidad requerido, operando como parámetro de la obligación del Estado de garantizar la prestación de los mismos y, finalmente, para definir la calidad exigida. Este Título sistematiza dichos derechos y, en consecuencia, actúa como una auténtica “carta” de derechos y garantías de los servicios postales. Entre ellos, se reconocen los relativos al *secreto* de las comunicaciones, a la inviolabilidad de la correspondencia y a la protección de los datos de carácter personal.

Los artículos 5 y 6 de este cuerpo legal regulan el *secreto* de las comunicaciones postales y la inviolabilidad de los envíos postales, respectivamente, así:

“Artículo 5. Secreto de las comunicaciones postales.

Los operadores postales deberán realizar la prestación de los servicios con plena garantía del secreto de las comunicaciones postales, de conformidad con lo dispuesto en los 18.3 y 55.2 C.E. y en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Esto es, pues y, como no podría ser de otra forma, la Ley Postal actual declara expresamente la garantía del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones en la prestación de los Servicios Postales, siguiendo la misma línea y de acuerdo con la normativa constitucional y procesal vigente sobre la materia en España. Concluye este artículo, en su segundo párrafo, señalando que “los operadores que presten servicios postales no facilitarán ningún dato relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus

circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6”.

En este mismo sentido, el artículo 6 de la Ley Postal se refiere específicamente al tratamiento de la “inviolabilidad de los envíos postales”, indicando en primer término que “1. Los operadores postales deberán cumplir con el deber de fidelidad en la custodia y gestión de los envíos postales”. En el segundo inciso del apartado número 1 del mismo, se considera incumplimiento de dicho deber de fidelidad en la custodia “(...) la detención contraria a derecho, el intencionado curso anormal, la apertura ilegal, la sustracción, la destrucción, la retención indebida y la ocultación de los citados envíos postales” manifestando, además, en el apartado número 2 de este artículo que “sin perjuicio del derecho a la propiedad de los envíos postales reconocido en el artículo 13, los envíos postales sólo podrán ser detenidos o interceptados y, en su caso, abiertos por resolución motivada de la autoridad judicial conforme a la ley”. Por último, los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal *-Ley Postal-*, regula la intervención de los envíos postales arreglo al siguiente procedimiento:

“3. El personal de la Comisión Nacional del Sector Postal que desempeñe funciones de inspección postal sólo podrá intervenir los envíos postales en los términos que se definan reglamentariamente, cuando existan sospechas fundadas de que contienen un objeto prohibido o que no se ajusten al contenido declarado en su sobre o cubierta, siempre que sea preceptiva su previa declaración”.

Aquí hay que aclarar que la Ley Postal menciona el personal adscrito a la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), ya extinta y que, en 2.013 por medio de la Ley 3/2.013, de 4 de junio, fue sustituida por el organismo regulador que actualmente tiene atribuidas las competencias en el Sector Postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), asumiendo por completo las funciones anteriormente encomendadas a la CNSP. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que su actuación debe ceñirse en todo momento al procedimiento establecido a nivel reglamentario y, exclusivamente, por parte del personal que tenga asignadas funciones de inspección postal.

Más importante todavía, a efectos prácticos para la salvaguarda y protección del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, resulta el segundo párrafo de este apartado, pues dispone que “el alcance de esta intervención, quedará limitado al

reconocimiento externo, visual o mediante máquinas, tanto de los envíos como de la documentación que les acompañe, y no afectará en ningún caso al secreto e inviolabilidad de los envíos postales. Se garantizará la destrucción inmediata de las imágenes tomadas”.

El tercer párrafo de este apartado, excepciona de lo anteriormente previsto “(...) los envíos que no contengan documentos de carácter actual y personal, cuyo contenido permita singularizar de una forma directa o indirecta, a los destinatarios de los mismos”. Esta es una prueba más que evidente de la distinción operada en cuanto al tratamiento dado a los envíos postales *-con carácter general-*, por un lado y, por otro, mucho más acorde con la naturaleza de las comunicaciones postales en cuanto que responden a las características propias de la *correspondencia* y, por ello mismo, se extreman las garantías previstas en defensa del derecho constitucional a su *secreto*.

El apartado número 4 de este artículo (6) de la Ley Postal, dispone que “lo previsto en el presente artículo se aplicará sin perjuicio del ejercicio de las facultades de control reconocidas legalmente a determinados funcionarios en el marco de sus funciones de inspección, como las sanitarias, aduaneras, de prevención de blanqueo de dinero o de seguridad o cualesquiera otras establecidas en la normativa sectorial, con el fin de detectar la presencia de productos prohibidos”.

En suma, pues, la Ley Postal reconoce también el derecho al *secreto* de la correspondencia y su limitación fundamentada en la primacía de la investigación penal, con todas las garantías que prevé la legalidad vigente.

Asimismo, el Reglamento de Prestación de los Servicios Postales (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre), en su Título I. “De los Servicios Postales en general”, Capítulo II. “Garantías de los Usuarios de los Servicios Postales y límites de las mismas”, arts. 5 a 7, desarrolla igualmente la garantía y protección del *secreto* e inviolabilidad de los envíos postales. De esta manera, el art. 4 del Reglamento Postal da la siguiente definición de “usuario” de los servicios postales:

“Tendrá la consideración de usuario de los servicios postales, la persona física o jurídica que se beneficie de su prestación como remitente o como destinatario, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, del operador que los preste y en todo caso, el que tenga reconocida tal consideración por la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

Una vez delimitado qué se entiende por “usuario” de Servicios Postales, los artículos 5 a 7 (a.i.) del Reglamento entran a exponer las principales garantías que se les ofrece y asisten:

“Art. 5. Garantías fundamentales de los usuarios de los servicios postales.

1. Los operadores postales garantizarán el pleno respeto al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones postales, la obligación de protección de datos y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa sectorial sobre seguridad del funcionamiento de la red en materia de sustancias peligrosas, protección del medio ambiente y ordenación territorial.

2. Los operadores postales, en el ejercicio de las actividades de prestación de los servicios, garantizarán:

a) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones postales, salvo resolución judicial, en los términos establecidos en los artículos 6 y 7 del presente Reglamento.

(...)”.

Por su parte, el art. 6 del Reglamento garantiza el *secreto* de los envíos postales y la protección de datos:

“Art. 6. Secreto de los envíos postales y protección de datos.

1. El secreto de los envíos postales afecta al contenido de los mismos e implica la absoluta prohibición para los operadores postales y para sus empleados de facilitar dato alguno relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario a sus direcciones, salvo petición de éstos, sus representantes legales o apoderados o mediante resolución judicial”.

El segundo párrafo de este primer apartado aclara que “en ningún caso, pueden considerarse amparados por el secreto de las comunicaciones los contenedores, de cualquier naturaleza, que sirven para el transporte de los envíos postales”. Normalmente, los Operadores postales utilizan como contenedores donde se agrupan los envíos (por tipología, dimensiones, peso, destinos,..) para su tratamiento, curso, encaminamiento y

transporte usualmente cajas, palets, carros, jaulas y, aunque en mucha menor medida y ya en desuso por parte del prestador del Servicio Postal Universal (SPU), las sacas. En todo caso, a ningún tipo o modelo de contenedor se extiende la garantía constitucional del derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).

En cuanto afecta al Derecho *Fundamental* a la Protección de Datos (ex art. 18.4 CE), el segundo apartado del artículo 6 postula que “sin perjuicio de la protección de los datos de carácter personal, los operadores postales podrán utilizar con fines estadísticos aquellos que se deriven de la prestación de los servicios postales salvaguardando, en todo momento, el secreto de las comunicaciones.

(...)”.

Y el art. 7 del Reglamento está dedicado a la “inviolabilidad de los envíos postales”, declarando explícitamente que “los envíos postales son inviolables”.

A continuación, en el segundo inciso, se citan las circunstancias y actuaciones que suponen violación de los envíos postales, entre otras que pudieran provocar el mismo efecto, “será en todo caso violación, su deterioro, su detención arbitraria o contra derecho, su intencionado curso anormal, su apertura, sustracción, destrucción, retención indebida u ocultación (...)”. Esta relación de factores o causas que provocan vulneración de los envíos postales y, por tanto, incurren en violación de los mismos, no constituyen un *numerus clausus* de todos aquellos susceptibles de producir dicho efecto, sino que se expresan a modo meramente ejemplificativo por ser las razones que común y más habitualmente originan el incumplimiento del deber de fidelidad y custodia a cargo del Operador postal. Por este motivo, este precepto especialmente dirigido a la “inviolabilidad” termina diciendo que implica violación de los envíos postales, en general, “(...) cualquier acto de infidelidad en su custodia”, dejando así abierta la posibilidad de su afectación y garantizando así la mayor ampliación jurídica posible de su protección y defensa.

1.3.1. Derechos de información, reclamación e indemnización

La Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre, en su art. 9 garantiza, asimismo, el “Derecho de información sobre los servicios postales”, sosteniendo que:

“1. Todos los operadores postales, incluido el operador designado para prestar el servicio

postal universal, deberán informar a los usuarios, de manera completa, veraz y puntual, de los servicios postales que presten, y pondrán a su disposición toda la información relativa a las condiciones de acceso, precio, nivel de calidad e indemnizaciones y plazo en el que serán satisfechas, así como las normas técnicas que resulten aplicables”. Añadiendo que los Operadores postales, asimismo “...informarán de los procedimientos y medios de reclamación que tengan establecidos y de los recursos que procedan”.

A este respecto y, por su parte, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999), en su Título II. “Obligaciones de servicio público”, Capítulo V. “Servicio postal financiero”, art. 57. “Propiedad y procedimiento de reclamación”, establece:

“1. El importe de los giros es propiedad del remitente mientras no llegue a poder del destinatario (...).

2. Podrá reclamarse el importe de los giros durante el plazo de dos años desde la fecha de imposición, previa exhibición del correspondiente resguardo.

3. Solamente podrán facilitarse informes a los remitentes o destinatarios de los giros, a sus representantes legales o apoderados o a la autoridad judicial competente, manteniéndose en los demás casos el secreto profesional”.

El capítulo sobre el derecho de reclamación y, en su caso, indemnización, por los envíos postales, requiere un tratamiento singular y diferenciado. El “Derecho de reclamación” se contiene en el art. 10 de este cuerpo legal, donde se declara que “los operadores postales deberán atender las quejas y reclamaciones que les presenten los usuarios en los casos de pérdida, robo, destrucción, deterioro o incumplimiento de las normas de calidad del servicio, o cualquier otro incumplimiento relacionado con la prestación de los servicios postales”. Incluye parte de los supuestos que hemos visto con antelación y que ocasionan algún tipo de infidelidad en la custodia de los envíos postales responsabilidad de los Operadores postales encargados de su garantía y protección durante todas las fases operativas en que se desarrolla la prestación del servicio demandado.

El apartado número 2 de este artículo prevé que “para la tramitación de las reclamaciones de los usuarios, los operadores postales establecerán procedimientos sencillos, gratuitos y no discriminatorios, basados en los principios de proporcionalidad y

celeridad. En todo caso, las reclamaciones deberán ser resueltas conforme a derecho y notificadas a los interesados en el plazo máximo de un mes desde la fecha de su presentación, de la que el prestador del servicio deberá dar siempre recibo al interesado”.

En su apartado tercero, se admite que “...los usuarios podrán someter las controversias que se susciten con los operadores postales, en relación con la prestación de los servicios postales, al conocimiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, con arreglo al Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. En este sentido, hay que advertir que el Operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) -*esto es, Correos*- se adhiere al Sistema Arbitral de Consumo (SAC) con sometimiento expreso al Reglamento de Arbitraje (Real Decreto 231/2.008) y acepta la competencia de todas las Juntas Arbitrales de Consumo constituidas o que puedan constituirse en el futuro. Empero, en su adhesión, el Operador postal público establece las siguientes limitaciones:

- a) Para los productos y servicios incluidos en el art. 21 de la Ley Postal (43/2.010) -*ámbito de prestación del SPU*:- cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta 2 kilogramos de peso, el sometimiento ha de entenderse solamente referido para el arbitraje en derecho.
- b) Para el resto de los servicios no integrados en el Servicio Postal Universal (SPU), el sometimiento ha de considerarse en el sentido más amplio posible -*equidad y derecho*-, con la única limitación de la cantidad máxima indemnizable por vía arbitral a 210 € (doscientos diez euros).

Ante el incumplimiento de las obligaciones de los Operadores postales a que se refieren los artículos 9 y 10 de esta norma legal, el artículo 11 ofrece la posibilidad de denuncia ante la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), según lo previsto en el Título VII de la Ley Postal, y que no obstante hoy hay que entender dirigida a la CNMC que es el órgano encargado de velar por la transparencia y buen funcionamiento del Mercado Postal en España, así como por el cumplimiento de las exigencias de la libre competencia en el Sector Postal.

A su vez, el Título VII aludido, regula los procedimientos de “Inspección, infracciones y sanciones” en materia postal.

El art. 12, por su parte, desarrolla el “Derecho a percibir indemnización”, garantizando así que:

“1. Los usuarios tendrán derecho, salvo causa de fuerza mayor, a percibir una indemnización de los operadores postales, en caso de pérdida, robo, destrucción o deterioro de los envíos postales certificados o con valor declarado, mediante el pago de una cantidad predeterminada por el operador postal, en el primer caso, y de una cantidad proporcional a la declarada por el remitente, en el segundo.

2. Por orden del Ministro de Fomento se fijará, para el operador designado para la prestación del servicio postal universal, la cuantía mínima y máxima de la indemnización por la pérdida, robo, destrucción o deterioro de los envíos certificados, así como la cuantía mínima y máxima en la que podrán asegurarse los envíos en régimen de valor declarado. El operador designado deberá, dentro de los límites máximo o mínimo indicados, determinar la indemnización correspondiente para ambos supuestos, cumpliendo los criterios fijados por el Ministro de Fomento.

3. El incumplimiento del pago de la indemnización reconocida al usuario, de acuerdo con lo establecido en este artículo, podrá dar lugar, a instancia de parte, a que por la Comisión Nacional del Sector Postal se proceda a la incoación de un expediente sancionador contra el operador postal correspondiente”.

Para tener una visión lo más completa posible del capítulo de reclamaciones y *-sí, tras su oportuna tramitación, ha lugar a ello-* de las consiguientes indemnizaciones derivadas de las mismas por determinadas incidencias acaecidas con ocasión de la prestación de los servicios postales que impliquen violación por infidelidad en su custodia y gestión *-ex art. 6 Ley Postal-* (pérdida *-total o parcial-*, sustracción, destrucción, robo, deterioro,...) a cargo del Operador postal correspondiente, hemos de tomar como referencia en principio lo dispuesto en el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre), Capítulo III. “Envíos y servicios postales”, Sección 1ª. “Clasificación de los envíos y servicios postales”, Artículo 14. “Servicios postales”, que distingue entre los siguientes:

“1. De acuerdo con las garantías que se otorgan al envío, los servicios postales se clasifican en: servicios de envíos generales, servicios de envíos certificados y servicios de envíos con valor declarado.

- a) Son servicios de envíos generales aquellos para los que el operador postal correspondiente no otorga más garantías al envío que las ofrecidas con carácter general que, en todo caso, deberán ser, como mínimo, las contempladas en este Reglamento para todos los envíos postales. Tales envíos son confiados al operador sin que medie recibo justificativo individualizado de cada uno de dichos envíos que permita identificar la dirección postal del remitente y del destinatario o, en su caso, documento comprensivo de varios envíos numerados en el que consten los citados datos.
- b) Son servicios de envíos certificados los que, previo pago de una cantidad predeterminada a tanto alzado, establecen una garantía fija contra los riesgos de pérdida, sustracción o deterioro, y que facilitan al remitente, en su caso a petición de éste, una prueba del depósito del envío postal o de su entrega al destinatario.
- c) Son servicios de envíos con valor declarado los que permiten asegurar éstos por el valor declarado por el remitente, en caso de pérdida, sustracción o deterioro”.

En relación con ello, la Ley Postal, a través de su art. 16. “Derecho a la prueba de depósito y entrega de los envíos certificados”, señala que “el operador designado para prestar el servicio postal universal deberá facilitar al remitente de cualquier envío certificado, a petición del mismo y previo pago del importe que corresponda, resguardo acreditativo de su admisión, donde conste la fecha y hora de su presentación, y asimismo de su recepción por el destinatario de su envío.

El resto de los operadores, cuando de forma voluntaria ofrezcan servicios certificados a los usuarios deberán hacerlo en las condiciones establecidas en el párrafo anterior”.

Dicho esto, estamos ya en condiciones de realizar las siguientes consideraciones:

- La posible indemnización que pudiera derivarse de la reclamación formulada por una incidencia de servicio que dé lugar a ella, únicamente se aplica a los envíos postales certificados y/o con valor declarado, nunca y en ningún caso a los servicios de envíos generales, que ni admiten reclamación de producto bajo ningún concepto ni, en consecuencia, generan indemnización alguna.

- Las circunstancias que *-salvo causa de fuerza mayor-* dan derecho a indemnización a

cargo de los operadores postales, están tasadas y son éstas: pérdida, robo, destrucción o deterioro del envío postal que les ha sido confiado por el remitente. Es decir, ni el retraso ni la demora en el cumplimiento del plazo comprometido o estipulado (excepto en determinados productos específicos del segmento de paquetería empresarial urgente y, de acuerdo con las condiciones particulares que rigen la prestación del servicio o contrato en vigor) son indemnizables con carácter general.

- Para los envíos certificados susceptibles de recibir indemnización, ésta consistirá en una cantidad predeterminada por el Operador postal correspondiente. Si el envío en cuestión lleva como servicio adicional incorporado el valor declarado, la indemnización entonces será una cantidad proporcional a la declarada por el remitente en el momento de su imposición.

- Respecto de los envíos incluidos en el ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU), por orden del Ministro de Fomento (actualmente, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) se debe fijar para el operador designado (desde el 1 de enero de 2.011 y hasta el 31 de diciembre de 2.025, por mandato de la Disposición adicional primera de la Ley Postal, se le ha encomendado a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.) la cuantía mínima y máxima de la indemnización por la pérdida, robo, destrucción o deterioro de los envíos certificados, así como la cuantía mínima y máxima en la que podrán asegurarse los envíos en régimen de valor declarado.

Sin embargo, desde 1.999 la cuantía se mantiene fija e invariable (es decir, sin actualizaciones ulteriores a ningún índice de referencia) en 5.000 pesetas de la época y que equivalen a 30 € ahora para los envíos con carácter certificado. Esto es, pues, la cuantía de la indemnización prevista para los casos de pérdida, sustracción o deterioro no ha experimentado modificación alguna en todo este período de tiempo, en más de veinte años que han transcurrido. Y es así por cuanto el Ministerio de Fomento ha venido incumpliendo ininterrumpidamente hasta ahora lo dispuesto en la Ley Postal y, mientras tanto, la indemnización a cuenta de la Administración postal por la deficiente prestación de un servicio público se ajusta a los parámetros fijados hace más de dos décadas.

En este punto, el Tribunal Supremo (TS), en Sentencia de 20 de junio de 2.011, declara: “el mecanismo de revisión de precios, como respuesta legislativa a los fenómenos inflacionarios, no supone sino la traducción a magnitudes monetarias de los valores reales inicialmente fijados en los respectivos negocios jurídicos, de modo que se mantenga la

equivalencia sustancial de las prestaciones económicas. Por ello, la abundante normativa que regula dichos mecanismos revisorios parte de un principio de justicia material indudable cual es el de evitar el injusto enriquecimiento para el comprador -y correlativo perjuicio para el vendedor-”.

La propia institución del Defensor del Pueblo, en fecha 03.10.2013, tras tramitar la pertinente queja interpuesta en el sentido que sucintamente hemos descrito (nº de referencia 12001574) y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 280 y 30 de la Ley Orgánica 3/1.981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo³⁵³, procede a formular a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento una recomendación en los siguientes términos:

“Adoptar las medidas necesarias para agilizar la finalización del Plan de Prestación del Servicio Postal Universal, con inclusión de la cuantía mínima y máxima de la indemnización por robo, destrucción o deterioro de los envíos certificados, con la consiguiente actualización”.

Huelga decir a las alturas que nos encontramos de la presente exposición, que todo sigue igual en este aspecto, pues el Plan de Prestación sigue brillando por su ausencia y, por consiguiente, también todas las importantes cuestiones que debe regular y definir y que dependen en última instancia de su aprobación y entrada en vigor.

- El beneficiario de cualquier indemnización por daño o expolio, es siempre el remitente del envío postal (recuérdese que es el propietario del mismo, en tanto éste no llegue al poder del destinatario -*ex art. 13 Ley Postal*). No obstante, si el remitente desea que la indemnización correspondiente sea percibida o cobrada por el destinatario, debe presentar ante el Operador postal de envíos dentro del ámbito de prestación del SPU, ante el Operador designado (esto es, Correos, hoy en día) una solicitud firmada autorizando dicha compensación al destinatario que conlleva, lógicamente, renuncia implícita a la misma por su parte.

- Las reclamaciones que son indemnizables corresponden a ciertos productos postales y solamente en determinadas circunstancias (envíos postales y con valor declarado), no a quejas por las posibles incidencias de servicio.

³⁵³ BOE núm. 109, de 07/05/1.981.

- Existen dos requisitos para que la reclamación sea admitida a trámite por el Operador postal de referencia:

- 1) Que haya constancia de recibo o resguardo justificativo de imposición del envío en cuestión; y
- 2) Que ésta se presente dentro del plazo establecido al efecto (es decir, ni antes, ni después *-expirado ya el mismo-*), porque de producirse o hacerse esto en otro momento, devendría una reclamación extemporánea y, por tanto, inadmisibile.

Y, además, deben concurrir ambos cumulativamente. De lo contrario, tampoco sería admitida por el Operador postal.

- Los importes de las indemnizaciones que el Operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU), es decir, Correos, tiene vigentes, son éstas:

- Ámbito nacional.-

- Carta certificada.- Su pérdida o extravío da derecho al remitente a la percepción de una indemnización, que es fija e igual para cada envío. El importe actual de la indemnización, es de 30 € (más seguro, en su caso). Los plazos estipulados para poder formular una reclamación, son: mínimo, 7 días y máximo, 4 meses, desde la fecha de admisión del envío. Si se trata de un envío postal certificado contra reembolso: la indemnización es igual que para el certificado si la pérdida se produce antes de la entrega del mismo, y si el objeto ha sido ya entregado al destinatario, entonces la indemnización que corresponde al remitente es el importe del giro.

- Valor declarado.- Al importe de la indemnización correspondiente al certificado, hay que sumar el valor declarado cuando así se haya contratado (es un servicio adicional y/o añadido a un envío postal que debe ir siempre con carácter certificado para poder prestarse. La cantidad máxima declarable, es de 3.00 €/envío. Ante la producción de un siniestro, la indemnización será siempre la menor de las siguientes cantidades:

- Por el valor declarado;

- Por reposición del objeto extraviado; o

- Por reparación del objeto dañado.

Se deberá aportar en caso de reclamación de un envío certificado con seguro o valor declarado extraviado, deteriorado o con falta de contenido (total o parcial), documentación justificativa del valor de la mercancía, o bien factura de reparación o de reposición.

- Ámbito internacional.-

- Carta certificada.- El importe máximo de la indemnización, es la tarifa abonada por el envío postal más 30 DEG (Derecho Especial de Giro), o la tarifa más el importe del valor declarado si se ha contratado seguro y cuya cobertura máxima son 3.000 €/envío, según país de destino. Los plazos para ejercer el derecho a reclamación por una incidencia internacional, son: mínimo, 15 días y máximo, 6 meses, ambos límites siempre a computarse desde la fecha de admisión del envío. Esto es, ni antes de 15 días desde la imposición ni transcurridos más de 6 meses desde esa fecha, pues entonces deviene extemporánea e inadmisibile.

- Valor declarado.- La indemnización en caso de pérdida o extravío del envío, es:

- Extravío.- Indemnización por la cantidad declarada.

- Pérdida parcial o deterioro.- Indemnización por la diferencia, hasta el límite del valor declarado.

Se solicitará al reclamante de un envío (extraviado, deteriorado o con falta de contenido, que incorpore seguro o valor declarado *-indistintamente-*), documento justificativo del valor de la mercancía.

El valor unitario del Derecho Especial de Giro (DEG) en 2.019, es de 1,1950 €.

Tanto en el ámbito nacional como internacional los clientes con contrato recibirán indemnizaciones por reclamaciones en envíos certificados y/o con valor declarado según y, de acuerdo, con las condiciones pactadas en el mismo.

En el Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo IV. “Responsabilidad de los operadores por la prestación de los servicios postales”, Sección 1ª. “Reclamación y

resolución de las controversias suscitadas entre los operadores y los usuarios”, del Reglamento Postal (RD 1.829/1.999), los artículos 20 a 22 (a.i.) desarrollan su tratamiento del siguiente modo:

“Artículo 20. Procedimientos de resolución de conflictos.

1. Los usuarios podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, en los términos establecidos en la normativa reguladora de las mismas, en el plazo de un mes desde la respuesta del operador o desde la finalización del plazo para responder.

2. En caso de que no opten por el procedimiento previsto en el apartado anterior, los usuarios de los servicios postales podrán formular reclamaciones sobre el funcionamiento, la responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio. A tal fin, deberán dirigirse a cualquiera de las oficinas comerciales del operador correspondiente, en el plazo de cuatro meses desde la fecha de admisión del envío. (...). Formulada la reclamación, si el remitente no hubiera obtenido respuesta satisfactoria del operador en el plazo de un mes, podrá acudir a los procedimientos indicados en los apartados siguientes.

A los anteriores efectos, los operadores postales deberán habilitar un sistema que permita constatar la identidad del operador, así como la fecha en que se hace cargo del envío.

3. para el supuesto de servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, siempre y cuando la reclamación no se haya sometido a las Juntas Arbitrales, el propio usuario podrá dirigirse, en el plazo de un mes desde la respuesta del operador o desde la finalización del plazo para responder, a la Secretaría General de Comunicaciones que, una vez realizados los trámites oportunos, dictará resolución sobre la cuestión planteada (...).

La resolución agotará la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo”.

Así, pues, se determina que el usuario de servicios postales puede presentar reclamación por cualquier aspecto relacionado con la prestación del servicio, bien ante las Juntas Arbitrales de Consumo, o bien directamente ante el Operador postal, quedando a su elección y dentro de los plazos reglamentariamente fijados. Asimismo, cuando se trate de servicios incluidos en el ámbito de prestación del SPU y, siempre que la reclamación no

haya sido planteada ante las Juntas Arbitrales de Consumo, el usuario puede dirigirse *-en el plazo preclusivo de un mes desde la respuesta del Operador o desde la expiración del plazo para emitir respuesta-* al órgano competente del Ministerio (actualmente, Subdirección General de Régimen Postal, integrada en el organigrama del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana). Esta resolución agota la vía administrativa pudiendo interponerse contra ella recurso contencioso-administrativo.

En esta línea, el art. 21 responde a la necesidad de regular la responsabilidad de los operadores postales derivada de la prestación de los servicios postales, y lo hace así:

“1. Con carácter general, los operadores postales responderán ante el usuario por incumplimiento de las condiciones de prestación de los servicios postales, en los casos y condiciones previstos en el presente Reglamento. Dicha responsabilidad se concretará en la indemnización correspondiente.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, los operadores postales responderán ante sus usuarios en el caso de incumplimiento de las condiciones de prestación por ellos ofertadas.

La indemnización correspondiente, en caso de incumplimiento, será equivalente, al menos, al importe abonado por el usuario en concepto de servicio postal solicitado, siendo resarcido el remitente o, en su defecto o a petición de éste, el destinatario”.

Aquí se considera el tema en sus caracteres generales.

Finalmente, el artículo 22. “Responsabilidad de los operadores postales por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales”, desciende a las cuestiones más concretas y específicas relacionadas con la consecuencia final que se desprende de la responsabilidad del Operador postal por incumplimiento de su compromiso de prestación de los servicios postales en las condiciones reguladas y que, en principio, no es otro que su obligación de indemnizar al usuario afectado, de la siguiente forma:

“1. Los operadores postales están obligados a indemnizar, salvo causa de fuerza mayor o por razones imputables a los servicios aduaneros, por extravío, destrucción o deterioro de los envíos postales certificados que se les confían para su circulación.

Tendrán derecho a la indemnización el remitente del envío o, en su defecto o a petición de éste, el destinatario.

2. Salvo causa de fuerza mayor, en caso de extravío de un envío con valor declarado, abonado como tal, los operadores postales están obligados a pagar al remitente o, a petición de éste, al destinatario una indemnización equivalente, al menos, a la cantidad declarada, sin perjuicio de otras indemnizaciones.

En caso de destrucción total o parcial del contenido, la indemnización será equivalente, al menos, a la cantidad declarada en el primer caso y al valor del contenido desaparecido en el segundo, sin que pueda, en ningún caso, superarse la cantidad establecida para la desaparición total.

Reembolsado el importe de los valores declarados no entregados a sus destinatarios, los operadores postales se subrogan en todos los derechos del propietario, quien estará obligado a darles cuenta de la naturaleza de los valores, así como de las circunstancias que puedan facilitar el ejercicio de sus derechos”.

Lo primero que hay que destacar, es que se contemplan dos excepciones a la obligación impuesta al Operador postal de hacer frente a la indemnización por reclamación de los productos con derecho a ella en siniestros cubiertos por dicha compensación, y son:

- Causa de fuerza mayor; y
- Razones imputables a los servicios aduaneros que tramitan y gestionan los despachos.

Indicar también que los motivos que permiten reclamar y, en su caso, percibir la indemnización establecida son únicamente el extravío, la destrucción o el deterioro de determinados envíos postales (certificados y/o con valor declarado, exclusivamente).

En los envíos que se cursan con carácter certificado, el importe indemnizable en el ámbito nacional es una cantidad fija predeterminada a tanto alzado y satisfecha por parte del Operador postal designado para la prestación del SPU, fijada actualmente en 30 €. En el contexto internacional, la indemnización es el resultado de la suma de la tarifa abonada más 30 DEG (Derecho Especial de Giro). Por lo que se refiere a envíos certificados con

valor declarado o seguro convenido, adicional al certificado, la indemnización, además del valor estipulado por su carácter de certificado, dependerá en cada caso de si se ha producido el extravío, o la destrucción o deterioro *-total o parcial-* del envío y/o de su contenido. Así, en el primer supuesto (extravío), se indemniza por el valor declarado o asegurado. En el segundo (deterioro o destrucción, total o parcial), por la cantidad desaparecida y sin superar en ningún caso como límite máximo el importe establecido para la desaparición total.

Es muy relevante incidir en el hecho de que cuando el envío postal con valor declarado no es entregado al destinatario o devuelto al remitente y se indemniza a cargo del Operador postal y arreglo a lo que determina el Reglamento, éste se subroga legalmente en todos los derechos inherentes al propietario (remitente) en previsión de que el envío o la parte sustraída *-total o parcialmente-* apareciera posteriormente. Y, por ende, el remitente asume la obligación de informar al respecto de las características y peculiaridades del envío, a fin de facilitar los trámites de averiguación e identificación que resulten oportunos.

1.4. PROCEDIMIENTO ENVÍOS POSTALES NO ENTREGADOS

Es fundamental analizar y revisar todo el tratamiento previsto normativamente que deben seguir los Operadores postales en orden a garantizar la protección y salvaguarda de aquellos envíos que, por distintas causas, o bien no han podido ser entregados en destino (a su destinatario, inicialmente) o, finalmente, tampoco pueden ser devueltos posteriormente en origen al remitente (su legítimo propietario).

La Ley Postal (43/2.010), en su Título II. “Derechos de los usuarios de los servicios postales”, garantiza en su art. 18 el “Derecho a la protección de los envíos no entregados”, al disponer:

“Reglamentariamente se establecerán las reglas a seguir para los casos en que los envíos, por cualquier causa, no puedan, ser entregados al destinatario o devueltos al remitente. Tales reglas, incluirán las relativas al procedimiento de averiguación del domicilio, procedencia y destino, audiencia o citación de los remitentes y eventual depósito temporal, reclamación y destrucción de los envíos”.

La Ley remite, expresamente, al Reglamento, con el mandato de configurar un procedimiento reglado que garantice la integridad y seguridad de los envíos postales que

no hayan podido entregarse (en destino, en origen o en ninguno de ambos).

Por su parte, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999), en su Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo V. “Procedimientos de depósito y destrucción de envíos postales”, así lo lleva a efecto en sendos artículos (24 y 25). El art. 24. “Imposibilidad de entrega de los envíos postales”, dispone:

“1. Cuando la entrega a domicilio en oficina de los envíos postales no pueda realizarse a su destinatario o persona autorizada, por haber sido rehusado o por no haber retirados aquéllos, en los plazos que establezca el operador postal y se trate de cualquier clase o modalidad de envío admitido mediante resguardo justificativo que permita identificar la dirección postal del remitente, se procederá según lo establecido en el artículo 9 de este Reglamento”.

Y en este mismo Título I, Capítulo II. “Garantías de los usuarios de los servicios postales y límites de las mismas”, el art. 9 mencionado trata así el “Derecho de recuperación de envíos y modificación de dirección postal por el remitente.

1. Las solicitudes de recuperación de los envíos o de modificación de la dirección postal, se efectuarán siempre por escrito, describiéndose, en la medida de lo posible, las características externas de la cubierta del envío. Si se trata de envíos admitidos mediante resguardo, éste deberá presentarse también por el remitente, al formular la petición.

2. Cuando la entrega de los envíos postales no pueda realizarse a su destinatario o persona autorizada, por haber sido rehusado, no retirado en los plazos que establezca el operador postal o resulte imposible y se hayan admitido mediante resguardo justificativo que permita identificar la dirección postal del remitente, dicho operador podrá optar, entre devolver a éste el envío o comunicarlo, por cualquier medio reconocido en derecho, las indicadas circunstancias obstativas, disponiendo para ello, en ambos casos, de un plazo máximo de cinco días desde la fecha en que dichas circunstancias se producen.

En el supuesto de que el operador postal opte por comunicar la imposibilidad de entrega del envío en los términos establecidos en el párrafo anterior, el remitente dispondrá de un plazo mínimo de quince días para manifestar expresamente si opta por su recuperación o por la modificación de la dirección postal. Transcurrido el plazo máximo que establezca cada operador, sin que el remitente haya ejercido su derecho, el envío se considerará

sobrante y le será de aplicación lo previsto en el artículo 25 de este Reglamento, relativo a las reglas sobre el depósito de los envíos.

Este precepto no será de aplicación a los envíos indicados en el apartado 5 del artículo 16.

3. La modificación de dirección postal o devolución de envíos postales que se efectúen por error imputable a los operadores postales, serán gratuitas”.

Salvo error imputable al Operador postal, la modificación de dirección postal o devolución al remitente de envíos postales, es un servicio que implica la satisfacción de un precio según tarifas a cargo del solicitante y devengado a favor del Operador. Y el apartado número 5 del artículo 16 del Reglamento Postal, hace referencia a la enumeración de objetos prohibidos para la circulación por la red postal pública (RPP) y, más concretamente, a materias explosivas, inflamables y otras peligrosas.

Continuando con la exposición del contenido del resto de apartados en que se estructura el art. 24 inicialmente revisado, se desprenden las siguientes normas de aplicación obligada en el supuesto de imposibilidad material manifiesta de efectuar la entrega de los envíos postales:

“(…).

2. Cuando la entrega de los envíos ordinarios en casillero domiciliario, domicilio, oficina u otros medios análogos de entrega no se pueda llevar a efecto, entre otras causas, por ser desconocido el destinatario, haber fallecido sin dejar herederos o haberse ausentado sin dejar señas, se procederá, sin más dilación, a devolverlos al remitente, siempre que conste este dato en los envíos.

A este respecto, si la entrega no puede realizarse tampoco al remitente se considerarán los envíos como sobrantes.

3. A los anteriores efectos, los usuarios de los servicios postales habrán de consignar, con claridad y sin enmiendas ni raspaduras, la dirección postal completa, tanto del remitente como del destinatario, en todos los envíos, siendo obligatorio hacerlo en los que tienen las garantías de certificado o valor declarado, salvo en el caso de los dirigidos a concursos literarios o artísticos, en los que se podrá consignar el seudónimo del remitente, siempre y

cuando los datos reales consten en la oficina de admisión de dichos envíos.

4. Los operadores postales consignarán en el reverso de los envíos, de cualquier clase o modalidad, la causa de la imposibilidad de la entrega, debiendo suscribir dicha circunstancia el empleado responsable.

5. Cuando un operador postal devuelva al remitente un envío de cualquier clase y modalidad, sin que sea cierta la causa consignada para justificar la falta de entrega al destinatario y esta circunstancia resulte probada, resarcirá al remitente con una indemnización equivalente, al menos, al importe abonado por el servicio postal solicitado, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan”.

Es necesario hacer varias observaciones al respecto:

- El procedimiento distingue claramente, por una parte, entre envíos ordinarios (es decir, sin resguardo justificativo de imposición que permita identificar al remitente y al destinatario del mismo y en los que no hay obligación de que conste expresamente remitente ni dirección postal de origen del envío), que gozan de las garantías genéricas que ofrece el servicio postal; y, por otra, envíos postales certificados (esto es, pues, los que acreditan resguardo y/o recibo de imposición justificativo) que han satisfecho al Operador postal la tarifa correspondiente por la prestación del servicio en dichas condiciones).

- En ambos escenarios (aunque bien es cierto que a través de diferentes actuaciones en las fases intermedias del proceso, evidentemente) la consecuencia final resultante, es idéntica: ante la imposibilidad (inicialmente) de la entrega en destino al destinatario del envío postal y obteniendo el mismo resultado en origen (posteriormente) en cuanto al remitente *-propietario del mismo-* se refiere, los envíos postales reciben el tratamiento, la consideración y la calificación normativa de envíos “sobrantes” a todos los efectos legales.

Finalmente, el artículo 25 del Reglamento, intitulado “Depósito y destrucción de los envíos postales”, actúa a modo de cláusula de cierre del sistema diseñado administrativamente para garantizar plenamente el *secreto* e inviolabilidad de los envíos postales, desde el mismo instante en que se depositan en dependencias del Operador postal por imposibilidad total de entrega (ni al destinatario ni al remitente, en su caso) y se proyecta y extiende hasta alcanzar el momento último y final del ciclo de vida o existencia del envío dentro del circuito postal a lo largo de su cadena de valor logística en que haya

que proceder a su destrucción controlada. Dice así:

“1. Los operadores postales mantendrán en depósito aquellos envíos que, por las causas previstas en el artículo anterior, hayan sido considerados como sobrantes. Con carácter general, los envíos postales declarados sobrantes permanecerán en depósito durante un plazo máximo de seis meses, a contar desde dicha declaración, pudiendo el remitente, el destinatario o aquellos que se subroguen en sus derechos recuperar dichos envíos, previa comprobación de su identidad y abono de los derechos de almacenaje que correspondan, en su caso.

Pasado este plazo, se considerarán caducados.

2. Procederá la destrucción de aquellos envíos sin valor declarado que hayan sido considerados caducados, garantizando, en todo caso, el secreto de las comunicaciones, de conformidad con lo establecido en este Reglamento y bajo la supervisión de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento.

3. Los envíos postales con valor declarado que no pudieran devolverse se conservarán durante tres años a disposición de las personas que se consideren con derecho a ellos y, pasado este plazo, serán enajenados.

Su producto se destinará a cubrir los gastos derivados del depósito de dichos envíos, sometiéndose el resto a lo establecido en el Código Civil y en la Ley de Patrimonio del Estado para los bienes muebles abandonados.

En todo caso, se garantizará el secreto de las comunicaciones”.

Los principales aspectos a examinar en relación con el procedimiento expuesto de depósito y destrucción de envíos postales, se resumen seguidamente:

- Los envíos previamente declarados “sobrantes” (por imposibilidad de entrega: ni al destinatario ni al remitente) permanecen en depósito en dependencias del Operador postal, y bajo su custodia, vigilancia y protección durante un plazo máximo de 6 meses a contar desde la fecha de declaración como tales.

- Durante todo ese intervalo de tiempo (6 meses) se encuentran a disposición de quienes

se consideren con derecho sobre ellos (remitente, destinatario, sus herederos y/o derechohabientes,...) que pueden recuperarlos previa comprobación de su identidad y, en su caso, previo pago de los derechos de almacenaje generados a favor del Operador postal que los mantiene en depósito en sus establecimientos.

- Pasado ese período (6 meses, insistimos), sin ser reclamados, se declaran “caducados”.

- Y, a partir de esta nueva situación de los envíos postales como “caducados”, éstos reciben, a su vez, un tratamiento distinto en función de que incorporen contratado o no el servicio adicional de valor declarado. De esta manera:

- Aquellos envíos que no porten valor declarado (ya sean ordinarios o certificados), garantizando siempre el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) como premisa básica y fundamental de todas las actuaciones a desarrollar, son destruidos siguiendo un procedimiento operativo específico que supervisa y controla el Ministerio de Fomento (actualmente, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como ya ha quedado explicado).

En el caso del Operador postal designado para la prestación del SPU -*Correos, actualmente*-, se sigue un Protocolo interno de actuación de carácter formal (con levantamiento de Acta incluido), respetando todas las exigencias legal y reglamentariamente establecidas, quedando la debida constancia documental justificativa de todo el proceso.

- Los envíos postales con valor declarado incorporado, se conservan en depósito durante un plazo adicional de 3 años, a disposición de quienes pudieran considerarse con derecho a ellos. Transcurrido dicho plazo, se procede a su enajenación. El producto obtenido de su venta se destina al pago de los gastos de depósito ocasionados al Operador postal y al resto se aplica la normativa vigente sobre bienes muebles abandonados.

El término latino “bona vacantia” significa literalmente “bienes vacantes”, que es el nombre técnico de la propiedad sin dueño y que, tradicionalmente en España, se conoce como “bienes mostrencos”. Las normas que disciplinan su atribución se encuentran en textos como el Código Civil (Cc) o en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas³⁵⁴, que contemplan generalmente diversas soluciones como las previstas para el

³⁵⁴ Ley 33/2.003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE núm. pág. 372)

tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas (ex art. 610 Cc), o la atribución estatal de los depósitos abandonados en la Ley de Patrimonio. En el supuesto que tratamos, el fruto sobrante de la enajenación, se ingresa en el Tesoro Público.

- Con respecto al importe de los giros postales que se declaran primero “caducados” y, después, “sobrantes” (de modo inverso a como ocurre con el resto de envíos postales), permanecen inicialmente 2 años en depósito para que puedan ser reclamados por quien se entienda legitimado. Y, en aplicación de la Ley General Presupuestaria³⁵⁵, 2 años adicionales más (hasta completar un total de 4 años desde la fecha de imposición del mismo). Finalmente y, si en ese prolongado lapso de tiempo tampoco ha sido entregado por no haber quién lo reclame, su importe se ingresa igualmente en el Tesoro Público del Estado.

1.5. REGULACIÓN PENAL SECRETO E INVOLABILIDAD POSTAL Y TELEGRÁFICA

El Código Penal español³⁵⁶ (CP) sanciona las infracciones cometidas en relación con el derecho al *secreto* e inviolabilidad de los envíos postales en su Libro II. “Delitos y sus penas”, así:

- En el Título X. “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, Capítulo I. “Del descubrimiento y revelación de secretos”, se contemplan los siguientes artículos:
 - Art. 197 CP.- Delito de descubrimiento y revelación de secretos por particulares;
 - Art. 198 CP.- Delito de descubrimiento y revelación de secretos por autoridad y funcionario público;
 - Art. 199 CP.- Delito de revelación y divulgación de secretos prevaleándose de oficio, relaciones laborales o profesión;
 - Art. 200.- Delito de descubrimiento, revelación o cesión de datos en relación con las personas jurídicas; y

264, de 04/11/2.003).

³⁵⁵ Ley 47/2.003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE núm. 284, de 27/11/2.003).

³⁵⁶ Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1.995).

- Art. 201.- Regula la necesidad o no de presentar denuncia en relación con la presunta comisión de los delitos mencionados con anterioridad, y la figura del *perdón del ofendido*.
- En el Título XVIII. “De las falsedades”, Capítulo II. “De las falsedades documentales”, Sección 1ª. “De la falsificación de documentos públicos oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación”, se incluye el artículo 394 CP.- Delito de falsificación de despacho telegráfico por autoridad o funcionario público.
- Por último, el Título XXI. “Delitos contra la Constitución”, Capítulo V. “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, Sección 2ª. “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, contiene los dos artículos siguientes:
 - Art. 535 CP.- Delito de interceptación de *correspondencia*, postal y telegráfica, por parte de autoridad o funcionario público con violación de las garantías constitucionales o legales.
 - Art. 536 CP.- Delito de interceptación de telecomunicaciones por autoridad, funcionario público o agente de éstos con violación de las garantías constitucionales o legales.

De esta forma, el Código Penal (CP) tipifica tanto la interceptación de las comunicaciones por parte de particulares, incluidas las postales y las intercambiadas a través de sistemas de telecomunicación (telefónicas, telegráficas, correo electrónico,...) como las intervenciones de las mismas realizadas por funcionarios o agentes públicos sin observar las garantías jurídicas establecidas al efecto.

Empero, no hay un Título, Capítulo o Sección especialmente dedicado al tratamiento de los delitos por vulneración del derecho al *secreto* de las comunicaciones, integrándose parcialmente su previsión en el Título genérico reservado a los delitos contra la Constitución y en el referido a los delitos contra la intimidad.

A continuación, revisamos con mayor detenimiento cada uno de los preceptos penales enunciados previamente.

El art. 197 CP, dispone:

“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

El tipo penal incluye expresamente *-entre otros objetos materiales del delito-* apoderarse sin el consentimiento de la víctima de sus “cartas”, así como interceptar sus “telecomunicaciones”.

Sigue la redacción de este precepto en los siguientes términos:

“2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

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

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

4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando:

a) se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o

b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior.

5. Igualmente cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizaran con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

(...)"

De esta forma, el art. 197 CP contempla, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de e-mail o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la misma, sea cual fuere la vía utilizada para ello, y sin su consentimiento.

Según el Preámbulo de la LO 1/2.015, de 30 de marzo³⁵⁷, se ofrece una respuesta también a los casos en los que se obtienen imágenes o grabaciones de otra persona dentro del ámbito de su intimidad y divulgan contra su voluntad, lesionando así su derecho a la intimidad (ex art. 18.1 CE).

La transposición de la Directiva 2.013/40/UE³⁵⁸, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2.013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2.005/222/JAI del Consejo, ha traído consigo en España *-a salvo de otras novedades-* una separación clara entre la revelación de datos que afecten directamente a la intimidad y el acceso a otros datos que puedan afectar a la privacidad, pero no directamente a la intimidad personal. Por esta razón, se tipifica de diferente manera este delito y el acceso a sistemas informáticos.

Se introduce también una tipificación de la interceptación de transmisiones entre

³⁵⁷ Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31/03/2.015).

³⁵⁸ DOUE núm. 218, de 14 de agosto de 2.013, págs. 8 a 14 (7 págs.).

sistemas cuando no sean transmisiones personales (dado que las personales ya se encontraban penadas con anterioridad), además de la facilitación o producción de programas informáticos o equipos diseñados con la función de realizar estos delitos.

El bien jurídico protegido mediante la tipificación de estas acciones, es la intimidad, Derecho *Fundamental* consagrado en el art. 18.1 de la Constitución: “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Este derecho comprende, al menos, dos dimensiones diferentes: por una parte, la intimidad corporal y, por otra, la personal, aspecto más amplio perteneciente al propio concepto de la intimidad. Así, la intimidad personal se relaciona inevitablemente con la libertad de acción del sujeto.

Secreto en este contexto penal puede entenderse como extensible a aquellos conocimientos vinculados en última instancia a la intimidad, ya que esa es la finalidad protectora del tipo en el art. 197 CP.

La Sentencia del TS 666/2.006, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Recurso 1.392/2.005, de 19 de junio, en su FD Cuarto, afirma “(...) es preciso delimitar el alcance del precepto del art. 197, 1º Cpenal. En concreto, delimitar el campo semántico de los términos *secretos* e *intimidad*.”

El primero -ya según la STC 114/1.984- en el art. 18,3 CE aparece concebido con un sentido formal, pues, a propósito de las comunicaciones técnicamente mediadas, se predica de lo comunicado sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de las mismas al ámbito de lo personal estricto. Es por lo que, en nuestro orden jurídico y a tenor de ese precepto de la ley fundamental, el secreto opera como un derecho fundamental-medio, o sea, en la calidad de dispositivo de protección de ciertos procesos comunicativos que en la práctica social son el cauce de transmisión de datos comprendidos en el ámbito del derecho fundamental-fin que es la intimidad personal”.

Continúa su fundamentación jurídica así: “dado el modo en que ambas categorías se encuentran asociadas en el art. 197,1º Cpenal, hay que preguntarse si esta norma traduce de manera lineal la opción constitucional, o si, más bien, el legislador ordinario ha decidido dotar al vocablo *secreto* de un alcance más que formal y, por tanto, no sólo relativo a la intimidad, sino autónomo en algún grado. Es decir, si lo penalmente protegido por su conducto es una forma de proyección de la persona o de la personalidad menos esencial y en cierta medida ajena al plano íntimo *stricto sensu*, y situada, por tanto, en el espacio

relativamente indiferenciado y más abierto de *lo privado*.

Respondiendo, asimismo, “pero esta opción debe desecharse. Y es que aparte de no ser la más rigurosa técnicamente en el contexto normativo jurídico-constitucional; hay buenas razones de derecho penal para entender que tampoco es la querida por el legislador ni la que resulta de una adecuada lectura contextual de la disposición a examen. En efecto, ésta se halla inscrita en el título del Código Penal relativo a los *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*; y, por tanto, concebido para dar protección a los bienes jurídicos fundamentales consagrados en el art. 18,1 CE, la intimidad entre ellos. Además, asimila textualmente el descubrimiento de los secretos a la vulneración de la intimidad, puesto que sitúa las correspondientes conductas en un plano de equivalencia, al conectarlas mediante la conjunción *o*. Y, en fin, conmina las acciones infractoras, ya incluso en el tipo básico, con una pena de privación de libertad que puede llegar a ser de hasta cuatro años”.

En este sentido, la propia STS 666/2.006 determina que “(...) la idea de secreto en el art. 197, 1º Cpenal resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad: ese *ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás* (SSTC 73/1.982 y 57/1.994 entre muchas). Ámbito que por su naturaleza personalísima, normalmente, no debe verse implicado en el desempeño habitual de actividades político-administrativas. Por ello, tanto en la consideración jurídico-formal como en términos de experiencia, hay que decir que comunicaciones del género de las interferidas en este caso no están destinadas institucionalmente a ser el regular cauce de contenidos de carácter íntimo, y lo cierto es que no suelen serlo en la práctica (...)”. Así se desprende de la ubicación del precepto señalado en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad, y es coherente con su propia redacción, pues en el primer apartado relaciona los papeles, cartas o mensajes de correo electrónico con otros documentos o efectos personales. Y, en el segundo, se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar.

Según expone la Sentencia del TS 553/2.015, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Recurso 456/2.015, de 6 de octubre, en su FD Tercero, “esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7, la intimidad pasa a ser concebida como como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto,

con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: *el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida (SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7)* .

Dice el Tribunal Supremo (TS) en esta Sentencia: “por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de *riservatezza*, en Francia de *vie privé*, en los países anglosajones de *privacy*, y en Alemania de *privatsphäre*, pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada *libertad informática*, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada (...)”.

Por lo que se refiere a la conducta enjuiciada, esta misma STS sostiene que “(...) interesa resaltar que el tipo objetivo requiere solamente un acto de apoderamiento, sin que el autor llegue a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad en el primer caso, y en el mero acceso de los datos protegidos en el segundo. El tipo subjetivo exige, sin embargo, aquella finalidad, junto con el dolo en el acto de apoderamiento o de acceso”. Comenta que “en esta dirección la STS 358/2.007 de 30.4 destacó analizando el art. 197 CP que dicho precepto contiene varias conductas en una compleja redacción y sanciona en primer lugar al que se apodere de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, a quien interceptare las comunicaciones de otro y al que utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, en todos los casos sin su consentimiento y con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Se trata de conductas distintas que no precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal”.

Señala sobre los delitos recogidos en el segundo apartado del art. 197 CP que “(...)

éstos tienen un sentido claramente diferente a los del apartado primero, por cuanto las conductas afectan a datos que no están en la esfera de custodia del titular, sino en bancos de datos y pueden causar perjuicios a terceros distintos del propio sujeto al que alude la información concernida.” Indica, asimismo, que “un sector doctrinal considera que en el art. 197.2 se protegen, en realidad, dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de que quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta”.

Y termina afirmando que “consecuentemente, como ya hemos indicado, lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido”. Explica, además, que “esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o *habeas data*, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE, en donde taxativamente se dispone que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*. De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros (...)”.

En referencia a las previsiones que hizo la STS 1.461/2.001, de 11 de julio, asegura que “no es posible, a su vez, interpretar que *los datos reservados* son únicamente los más sensibles, comprendidos en el *núcleo duro de la privacidad*, (v.g. ideología, creencias, etc.) para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (número 5) *a sensu contrario* los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o *no reservados*) en la terminología de la Ley”.

En su extenso análisis, la STS 553/2.015 manifiesta que “en consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos

objetivamente relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos *inocuos* cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS 725/2.004 de 11.6 nos dice que el art. 197.2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a *datos reservados de carácter personal o familiar* registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados.. Es decir, que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal”. Matizando al respecto que “...sí debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS 358/2.007 de 30.4, recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, sí es necesario que afecten a la intimidad personal”.

Finaliza manteniendo que “hay que distinguir entre la irrelevancia *objetiva* del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre *secreto* y *reservados* a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto de una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término *reservados* que utiliza el Código hay que entenderlo como *Secretos* o *no públicos*, parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca”.

Por su parte, el art. 198 CP tipifica la misma conducta ya descrita por el art. 197, pero cuando el sujeto activo que la realiza es una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y prescribe que “la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito y, prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.

Se trata de un tipo penal agravado por razón del carácter público del sujeto infractor que, a la pena incrementada en su mitad superior con respecto al tipo básico, añade pena

adicional de inhabilitación absoluta para el desempeño de cargo o puesto público entre seis y doce años, por el especial disvalor de la acción que conlleva su conducta.

El art. 199 CP regula el delito de revelación de secreto prevaleciéndose del oficio o profesión que desempeña, y castiga dicha infracción del siguiente modo:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

En el art. 200 CP se estipula: “lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código”.

Cierra este Capítulo el art. 201 CP, que con respecto a la preceptiva denuncia o no de los hechos descritos en los artículos anteriores, establece que:

“1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130”.

El CP, en su Título VII. “De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”, Capítulo I. “De las causas que extinguen la responsabilidad criminal”, artículo 130, en su apartado primero expresa que “la responsabilidad criminal se extingue:

(...)

5º Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos contra menores o persona con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces y tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

También en el Libro II. “De los delitos y sus penas”, Título XVIII. “De las falsedades”, Capítulo II. “De las falsedades documentales”, Sección 1ª. “De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despechos transmitidos por servicios de telecomunicación”, el art. 394 determina que:

“1. La autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años.

2. El que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores”.

En este caso, se vulnera el despacho de telecomunicación confiado (telegrama, burofax, etc,...) por falsificación del mismo a cargo del empleado público responsable del servicio.

Y, finalmente, el Título XXI. “Delitos contra la Constitución”, Capítulo V. “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, Sección 2ª. “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, dedica 2 artículos específicamente a la interceptación de las comunicaciones por parte de autoridad o funcionario público, disponiendo:

“Artículo 535.

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

Artículo 536.

La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses”.

El art. 535 CP sanciona la interceptación de la *correspondencia* (postal y telegráfica) por autoridad o funcionario público sin adoptar las pertinentes garantías jurídicas (constitucionales o legales) a que haya lugar en cada caso. La injerencia ilegítima lleva aparejada pena de inhabilitación especial para el desempeño del puesto o cargo público, y la divulgación o revelación en dichas condiciones supone agravación de la misma y pena adicional de multa para el infractor.

El art. 536 CP, sanciona en los mismos términos y con las mismas consecuencias

penales que el anterior la conducta de autoridad, funcionario público o agente de éstos, pero en esta ocasión en relación a la ilegítima intromisión en las telecomunicaciones del sujeto pasivo.

2. PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO AL SECRETO COMUNICACIONES

El reconocimiento jurídico de la *Protección de Datos* personales tiene como antecedente básico, principal e inmediato a la situación anterior al hito cronológico acaecido en el año 1.890 en Estados Unidos y considerado como el ensayo fundacional o génesis de la protección de la privacidad (artículo publicado en la *Harvard Law Review* por Warren y Brandeis, bajo el título “The Right to Privacy”), el *secreto* de la *correspondencia* y los derechos morales de autor -*como punto de partida de sus primeras manifestaciones particulares*-, a mediados del s. XVIII.

Posteriormente, la respuesta europea se produjo vía reconocimiento de los derechos de la personalidad hasta culminar su plasmación y conexión de la garantía jurídica de la *Protección de Datos* con los *Derechos Fundamentales*, tras la 2ª Guerra Mundial.

En todo caso, resulta evidente la vinculación inescindible entre este derecho y el *secreto* de las comunicaciones, como a continuación vamos a intentar acreditar.

2.1. VINCULACIÓN SECRETO CORRESPONDENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS

Partimos de la premisa inicial de que el reconocimiento del Derecho *Fundamental* a la Protección de Datos es un fenómeno relativamente reciente a nivel universal o general para la humanidad en su conjunto y que, en España, en particular, viene recogido en el art. 18.4 de la CE de 1.978, pues hemos de constatar que la situación hacia 1.750 era la anomia o completa ausencia de normas protectoras de la intimidad. Dicho esto, es innegable la vinculación histórica existente entre el derecho al *secreto* de las comunicaciones y el derecho a la privacidad o intimidad personal.

Siguiendo en este punto a Pascual Huerta³⁵⁹, “el secreto de la correspondencia es quizá la primera manifestación más o menos clara de la protección jurídica de lo que

³⁵⁹ PASCUAL HUERTA, P.: Tesis doctoral “La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales”, Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, 2.017, pág. 74.
<https://eprints.ucm.es/43050/1/T38862.pdf>

posteriormente se llamaría *intimidad*, si bien, a nuestro juicio debe matizarse mucho que el fundamento de las normas que protegen el secreto de las comunicaciones haya sido siempre la protección de la intimidad o de la personalidad. Esto sólo ocurre con claridad a partir de la Revolución Francesa y el constitucionalismo posterior. Ni la Antigüedad ni la Edad Media conocieron ningún atisbo de protección jurídica a la privacidad de las comunicaciones. Como mucho, el ordenamiento jurídico reconocía un derecho de propiedad sobre las cartas -los objetos físicos- que contenían el mensaje. Pero el contenido del mensaje no ha sido nunca un hecho jurídico, es decir, un sector de la realidad a la que el derecho ligue una consecuencia jurídica, ni en lo relativo a proteger su confidencialidad, ni en su caso su propiedad intelectual, hasta al menos la época de las revoluciones liberales”, señalando a renglón seguido que “una vez más, el advenimiento de la Modernidad es el detonante de cambio radical de la situación...”.

Así, explica Pascual Huerta³⁶⁰ que “(...) en primer lugar, la aparición de unos primeros servicios postales dignos de este nombre provoca que el volumen de comunicaciones postales se incremente sustancialmente a partir del siglo XVI. En segundo lugar, la aparición del Estado Moderno, y sus cada vez más imperiosas necesidades de información le llevaron a interceptar sistemáticamente las comunicaciones postales, no sólo de gobiernos extranjeros, sino de particulares...”, apreciando asimismo que “(...) entre ambas direcciones hay que centrar la discusión sobre el secreto de las comunicaciones hasta el día de hoy, en que la cuestión dista mucho de estar cerrada”, y afirmando que “en este contexto, aparecen unas primeras normas jurídicas que tienden a garantizar el secreto de las comunicaciones postales”.

A continuación, este autor³⁶¹ ofrece la siguiente revisión temporal del surgimiento de las primeras, incipientes y novedosas normas reguladoras de este derecho en varios Estados del continente europeo, empezando por lo que en la actualidad constituye Alemania:

“Seguramente la primera de estas normas desde un punto de vista cronológico es la Capitulación electoral (*Wahlkapitulation*) del Emperador alemán José I, de 1.690, que como compromiso alcanzado con los electores para ser elegido, garantizaba el secreto de la correspondencia en todo el Imperio. Siguiendo en Alemania, las Ordenanzas postales prusianas de 10 de agosto de 1.712 y de 26 de febrero de 1.782 establecían que se

³⁶⁰ *Ibidem*, págs. 74-75.

³⁶¹ *Ibidem*, págs. 75-77.

consideraría perjurio y causa de inhabilitación profesional la rotura e interceptación (*Erbrechen und Unterschlagen*) de cartas por parte de los funcionarios encargados. Finalmente, el Derecho Territorial General prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) de 1.794, indica que los funcionarios postales deben mantener confidencialidad sobre la correspondencia, tanto la entrante y saliente, así como sobre la identidad de los sujetos en la comunicación postal, y se establece una pena de prisión para quien abriera las cartas de un tercero sin la voluntad favorable de éste y sin autorización especial, sin distinguir entre que el autor sea funcionario o no...”.

Prosigue con el Reino Unido, del siguiente modo:

“En Reino Unido, la Ley del Departamento Postal de la reina Ana de 1.710 tenía varias disposiciones tendentes a asegurar el secreto de la correspondencia. Se establecía que después del 1 de junio de 1.711, no podría presumirse a nadie autorizado para abrir correspondencia que circule por los cauces del servicio oficial del correo, salvo que dispongan de una autorización expresa por escrito del gobierno. Además, se obligaba a los funcionarios del servicio postal a realizar un juramento por el que se obligaban a no retener, retrasar o abrir la correspondencia que se les entregara, fuera de ciertos supuestos legales expresamente señalados...”.

En cuanto a Francia se refiere, sostiene que:

“En Francia, la doctrina menciona que una Ordenanza real de 23 de septiembre de 1.742 castigaba con pena de muerte a todo empleado postal que sin permiso interceptara la correspondencia y se apropiara de los valores contenidos en ella y, si no existía tal apropiación, con pena de galeras. Pero ya existía una sanción penal para este tipo de conductas anteriormente. En 1.741, Louis Leprince, funcionario del servicio de correos en París, fue condenado a muerte por haber interceptado dos cartas...”.

Y termina con España³⁶², manifestando al respecto que:

“Finalmente, en España, la Ordenanza general de correos de 8 de junio de 1.794, promulgada por Carlos IV, tiene una amplia regulación del secreto de las comunicaciones.

³⁶² En este sentido, PASCUAL HUERTA toma como fuentes bibliográficas, las siguientes: “*Novísima Recopilación*, Leyes VI y XV, Tit. XIII, Libro III *cfr. Novísima Recopilación de las leyes de España, mandada formar por el Sr. Don Carlos IV, Tomo Segundo, Libros III, IV y V*, (Madrid, 1.804), p. 105 y 111”.

Hay una estricta prohibición a los justicias de detener, examinar o registrar los correos (Título 12, Cap. 7). Se establece la pena de muerte para quienes maten o hieran, o hagan tentativa de ello, a los correos que están en ejercicio de sus funciones (Título 11, Cap. 18). Pero *si el delito no fuese contra la persona del correo, y si únicamente contra el sagrado del secreto, que debe guardarse inviolablemente en los pliegos y cartas de mi servicio y del Público, quebrantando violentamente la balija en sí misma o en su varilla, sortijas o candado*, se establecen graves penas de presidio, multa, azotes o galeras (Título 11, Cap. 19). En caso de que *el delito se limitase a la interceptación de carta o pliego sin quebrantamiento de la balija, o violencia al conductor público*, las penas serán algo más leves (Título 11, Cap. 20). Es sumamente interesante que, en esta regulación del secreto de la correspondencia se contiene una breve explicación de la finalidad de la misma: dice la Ordenanza que *la seguridad y confianza del Público no permite pueda abusarse del secreto que merece la correspondencia, sino en los casos más urgentes y graves en que la misma seguridad del Público lo requiera* (Título 24, Cap. 10) y que *la seguridad y confianza del Público no permite que se quebrante el secreto, sino en los casos que el interés del mismo Público lo exige* (Título 12, Cap. 26)".

Sin embargo, Pascual Huerta³⁶³ mantiene que "(...) por otro lado, estas normas eran compatibles con la actividad de departamentos de seguridad gubernamentales que sistemáticamente abrían y espían la correspondencia privada. Prácticamente todos los gobiernos absolutistas del Antiguo Régimen practicaron sistemáticamente la interceptación y lectura de la correspondencia privada, como medio de descubrimiento de complots y de censura de opiniones políticas".

Por último y, en sus conclusiones finales³⁶⁴, el autor de referencia, expresa:

"PRIMERA.- El derecho de protección de datos consiste en la vigencia de restricciones jurídicas al tratamiento de datos personales, bajo el modelo de la autonomía o autodeterminación del individuo.

El derecho de protección de datos personales se caracteriza por tres notas imprescindibles: vigencia de normas jurídicas relativas al tratamiento de datos personales; que el contenido de esas normas sea el establecimiento de restricciones al tratamiento, que deben incluir un cierto derecho de disposición sobre los propios datos personales; finalmente, que la

³⁶³ Obra citada, pág. 77.

³⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 289.

finalidad de las normas sea proteger a la persona, en el sentido más amplio posible, pero permitiendo o facilitando el derecho a su autonomía o autodeterminación”.

2.2. NORMATIVA ACTUAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Tanto la Ley Postal (ex art. 7: “Protección de datos”) como el Reglamento de Prestación de los Servicios Postales (ex art. 6: “Secreto de los envíos postales y protección de datos”) y, conforme al mandato constitucional del art. 18.4 que ampara expresamente el Derecho *Fundamental* de las personas físicas a la protección de datos personales, que se ejercerá con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2.016/679³⁶⁵, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2.016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) -publicado en el DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2.019, vigente a los veinte días de su publicación, aunque según dispone su art. 99.2 “será aplicable a partir del 25 de mayo de 2.018”- y en la Ley Orgánica 3/2.018³⁶⁶, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (*LOPDGDD*), establecen la “absoluta prohibición para los operadores postales y para sus empleados de facilitar dato alguno relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario o a sus direcciones, salvo petición de éstos, sus representantes legales o apoderados, o mediante resolución judicial”.

Pero, no obstante ello y, sin perjuicio de la protección de los datos de carácter personal, los Operadores postales podrán utilizar con fines estadísticos aquéllos que se deriven de la prestación de los Servicios Postales salvaguardando, en todo momento, el *secreto* de las comunicaciones (ex art. 6.2 RD 1.829/1.999 -*Reglamento Postal*).

Esta obligación de protección de los datos incluye el deber de *secreto* de los de carácter personal, la confidencialidad de la información transmitida o almacenada y la protección de la intimidad³⁶⁷.

³⁶⁵ Para ampliar información al respecto, puede consultarse REBOLLO DELGADO, L.: *Protección de datos en Europa. Origen, evolución y regulación actual*, Madrid, Ed. Dykinson, 1ª Edición, 2.018.

³⁶⁶ Un análisis pormenorizado de toda la normativa vigente sobre la materia, puede encontrarse en REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, Mª M.: *Manual de protección de datos*, Madrid, Ed. Dykinson, 3ª Edición, 2.019.

³⁶⁷ Art. 7.2 Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, y art. 6.3, segundo párrafo, del *Reglamento Postal*.

A su vez, el Reglamento de Prestación de los Servicios Postales, en el segundo párrafo del apartado número 1 del artículo 6 manifiesta que “en ningún caso, pueden considerarse amparados por el secreto de las comunicaciones los contenedores, de cualquier naturaleza, que sirvan para el transporte de los envíos postales”.

Refiriéndose, en esta ocasión y, en concreto, a todos los elementos operativos y logísticos de contenerización (sacas, bandejas, cajas, carros, jaulas, palets,...) utilizados por los Operadores postales para el tratamiento, clasificación, curso, encaminamiento y transporte de los envíos postales, que quedan de esta manera claramente excluidos del derecho al secreto de las comunicaciones.

De igual modo, el Reglamento Postal³⁶⁸ actualmente vigente en España, en su Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo II. “Garantías de los usuarios de los servicios postales y límites de las mismas”, Sección 1ª. “Garantías de los usuarios” y, concretamente, en su artículo 6.3, apartado primero, señala que “el tratamiento de los datos de carácter personal contenido en cualquier documento con soporte físico o electrónico, derivado de la prestación de servicios postales por sus operadores, se someterá a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 5/1.992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y en sus normas de desarrollo”.

Haciendo así alusión directa a la Ley Orgánica del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter personal (LORTAD), derogada posteriormente y que hay que entender hoy referida a la Ley Orgánica 3/2.018, de 5 de diciembre (*LOPDGDD*) y demás normativa sectorial en vigor.

Por su parte, la Unión Postal Universal (UPU), en su Convenio Postal Universal³⁶⁹, en su Primera parte. “Normas comunes de aplicación en el servicio postal internacional”, Capítulo único. “Disposiciones generales”, en su artículo 12. “Tratamiento de los datos personales” remite, a su vez, a la legislación interna de cada Estado parte de la siguiente manera:

“1. Los datos personales de los usuarios podrán utilizarse únicamente para los fines

³⁶⁸ Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la Prestación de los Servicios Postales.

³⁶⁹ Instrumento de aprobación de las Actas adoptadas por el XXV Congreso de la Unión Postal Universal (UPU), hechas en Doha el 11 de octubre de 2.012 (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2.018).

para los que fueron obtenidos de conformidad con la legislación nacional aplicable.

2. Los datos personales de los usuarios se comunicarán sólo a terceros autorizados a acceder a esos datos por la legislación nacional aplicable.

3. Los países miembros y sus operadores designados deberán asegurar la confidencialidad y la seguridad de los datos personales de los usuarios, en cumplimiento de su legislación nacional.

4. Los operadores designados informarán a sus usuarios del uso que se hace de sus datos personales y de la finalidad de su obtención”.

Examinando seguidamente los antecedentes jurisprudenciales existentes sobre Protección de Datos en nuestro ordenamiento jurídico, el TS³⁷⁰ establece la doctrina sobre la potestad empresarial de controlar el uso adecuado de las tecnologías puestas a disposición de los trabajadores en base a lo que determina en este sentido el Estatuto de los Trabajadores (ET) que, en su art. 20.3, expresa literalmente: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

Como puede advertirse, no hay remisión alguna en el mismo a la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, reconduciendo la situación a dos vertientes muy genéricas:

- Para la empresa, la posibilidad de vigilar y controlar la actividad laboral aparentemente mediante cualquier mecanismo, y
- Para los trabajadores, el derecho a preservar su intimidad, la protección de datos, así como también al *secreto* de las comunicaciones que puedan resultar afectadas y/o vulneradas si se someten a limitaciones injustificadas, desproporcionadas o carentes de habilitación legal.

Una interpretación todavía más amplia del contenido del artículo 20 del ET es la que

³⁷⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del TS, de 26 de septiembre de 2.007 (RJ 2.007/7514).

defiende Montoya Melgar³⁷¹, que incluye además dentro de este concepto genérico de poder de dirección del empresario el *ius variandi* (art. 39 ET); la movilidad geográfica (art. 40 ET); las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (art. 41 ET); el despido por causas objetivas (art. 52 ET); las suspensiones y extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts. 47, 51 y 52 c. ET); y, finalmente, los despidos por causas objetivas (art. 52 ET).

Esta falta de previsión normativa resultaba lógica, teniendo en cuenta que la redacción del artículo transcrito procede del originario ET de 1.980, donde en opinión de Sáez Lara³⁷² no era previsible el auge y uso masivo experimentados actualmente por las nuevas tecnologías, y para quien las características de estos nuevos medios de vigilancia implican un cambio cualitativo del poder de control empresarial que resulta difícilmente incardinable en el citado precepto estatutario, pensado para una realidad distinta.

Es evidente que hoy en día las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) se hallan instaladas prácticamente en todo el conjunto del tejido y organización empresarial.

El 7 de diciembre de 2.018 entró en vigor en España la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LO 3/2.018 -LOPDGDD-) que, entre las múltiples novedades que incorpora, se encuentra la introducción de un nuevo artículo (artículo 20 bis) en el Estatuto de los Trabajadores (ET), ligado al derecho a la intimidad y a la desconexión digital.

Así y, según se establece en la Disposición final decimotercera de la LO 3/2.018, de 5 de diciembre (LOPDGDD), se modifica el Real Decreto Legislativo 2/2.015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), añadiendo al mismo un nuevo artículo 20 bis, que versa sobre “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el ámbito digital y a la desconexión”, y que dice así:

“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales

³⁷¹ MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. 48, Madrid, 2.004, pág. 135.

³⁷² SÁEZ LARA, C.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138, Sevilla, 2.017, pág. 188.

puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Asimismo, este nuevo artículo (20 bis ET) hay que ponerlo en relación con los siguientes artículos contenidos en la LOPDGDD, con los que tiene conexión directa:

- Título IV. “Disposiciones aplicables a tratamientos concretos”, Artículo 22. “Tratamiento con fines de videovigilancia.

1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

(...)

3. Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

(...)

4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.

En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

(...)

8. El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta Ley Orgánica”.

- Título X. “Garantía de los derechos digitales“, Artículo 87. “Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado”.

- Título X. “Garantía de los derechos digitales“, Artículo 88. “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en

su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

- Título X. “Garantía de los derechos digitales”, Artículo 89. “Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio

de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley”.

La Ley Orgánica 3/2.018 (LOPDGDD) es resultado de la imperativa transposición al ordenamiento jurídico interno del Reglamento (UE) 2.016/679 -*Reglamento General de Protección de Datos*-. En consecuencia, es importante resaltar también varios de sus *Considerandos*, particularmente aquellos donde se condensa mejor y con mayor intensidad el espíritu y el alcance de esta norma europea esencial de efecto directo en España. Así:

-Considerando núm. 1.- “La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental. El artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*la Carta*) y el artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”.

-Considerando núm. 4.- “El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. El presente Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular el respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal (...)”.

-Considerando núm. 6.- “La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades (...)”.

-Considerando núm. 7.- “Estos avances requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos

personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas”.

Además de ello, procede revisar también a continuación los siguientes artículos del Reglamento (UE) 2.016/679 que se encuentran más directamente vinculados con la LOPDGDD en relación con el tema de Protección de Datos en el ámbito laboral:

- Capítulo III. “Derechos del interesado”, Sección 1. “Transparencia y modalidades”, Artículo 12. “Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado.

1. El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo (...) La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios.

2. El responsable del tratamiento facilitará al interesado el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22 (...).

3. El responsable del tratamiento facilitará al interesado información relativa a sus actuaciones sobre la base de una solicitud con arreglo a los artículos 15 a 22 y, en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud (...).

(...)

5. La información facilitada en virtud de los artículos 13 y 14, así como toda comunicación y cualquier actuación realizada en virtud de los artículos 15 a 22 y 34 será a título gratuito (...).”

- Sección 2. “Información y acceso a los datos personales”, Artículo 13. “Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado (...).”

- Sección 2. “Información y acceso a los datos personales”, Artículo 14. Información

que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado.

1. Cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, el responsable del tratamiento le facilitará la siguiente información:

a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;

b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;

c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento;

d) las categorías de datos personales de que se trate;

e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;

f) en su caso, la intención del responsable de transferir los datos personales aun destinatario en un tercer país u organización internacional (...).

(...)

3. El responsable del tratamiento facilitará la información indicada (...):

a) dentro de un plazo razonable, una vez obtenidos los datos personales, y a más tardar dentro de un mes, habida cuenta de las circunstancias específicas en las que se traten dichos datos;

b) si los datos personales han de utilizarse para comunicación con el interesado, a más tardar en el momento de la primera comunicación a dicho interesado, o

c) si está previsto comunicarlos a otro destinatario, a más tardar en el momento en que los datos personales sean comunicados por primera vez.

4. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de los datos personales para un fin que no sea aquel para el que se obtuvieron, proporcionará al

interesado, antes de dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier otra información pertinente (...).

- Sección 2. “Información y acceso a los datos personales”, Artículo 15. “Derecho de acceso del interesado (...).

- Sección 3. “Rectificación y supresión”, Artículo 16. “Derecho de rectificación (...).

- Sección 3. “Rectificación y supresión”, Artículo 17. “Derecho de supresión (*el derecho al olvido*)...”.
derecho al olvido).

- Sección 3. “Rectificación y supresión”, Artículo 18. “Derecho a la limitación del tratamiento (...).

- Sección 3. “Rectificación y supresión”, Artículo 19. “Obligación de notificación relativa a la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento (...).

- Sección 3. “Rectificación y supresión”, Artículo 20. “Derecho a la portabilidad de los datos (...).

- Sección 4. “Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas”, Artículo 21. “Derecho de oposición (...).

- Sección 4. “Derecho de oposición y decisiones individuales automatizadas”, Artículo 22. “Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (...).

-Capítulo IV. “Responsable del tratamiento y encargado del tratamiento”, Sección 2. “Seguridad de los datos personales”, Artículo 34. “Comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado.

1. Cuando sea probable que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento lo comunicará al interesado sin dilación indebida.

(...).

2.3. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD)

Según se dispone en el Título VII. “Autoridades de protección de datos”, Capítulo I. “La Agencia Española de Protección de Datos”, Sección 1ª. “Disposiciones generales”, Artículo 47. “Funciones y potestades de la Agencia Española de Protección de Datos:

Corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos supervisar la aplicación de esta ley orgánica y del Reglamento (UE) 2016/679 (...).

Asimismo, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos el desempeño de las funciones y potestades que le atribuyan otras leyes o normas de Derecho de la Unión Europea”.

De esta manera, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) se configura como la máxima autoridad en España con funciones de supervisión, vigilancia y control en materia de Protección de Datos³⁷³.

La AEPD realiza, además, una importante labor de divulgación y actualización de los principios y criterios metodológicos interpretativos de toda la vasta legislación aplicable en cuanto se refiere al seguimiento, vigilancia, control, inspección y, en su caso, sanción, en materia de Protección de Datos en España, que se caracteriza fundamentalmente *-como no podría ser de otra manera-* por ser muy garantista. Y ello se lleva a cabo, principalmente, a través de:

- *Guías y recomendaciones*³⁷⁴, elaboradas por la AEPD. A modo de ejemplo suficientemente ilustrativo, podemos señalar las siguientes:

³⁷³ Sobre la amplia temática que comprende la Protección de Datos y, además de la normativa básica que se trata en este epígrafe, se recomiendan *-entre otras-* las siguientes lecturas complementarias para completar información:

-Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal. <https://rm.coe.int/16806c1abd>; Estándares internacionales para la protección de la privacidad y de los datos de carácter personal.

https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/09-11-05_madrid_int_standards_es.pdf;

-Estándares de Protección de Datos para los Estados Iberoamericanos. Estándares de Protección de Datos para los Estados Iberoamericanos.

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Datos/Estandares-Proteccion-Datos-Personales-espanol.pdf

³⁷⁴ <https://www.aepd.es/es/guias-y-herramientas/guias>

- Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad³⁷⁵, de 22 de junio de 2.018.
 - Guía sobre el uso de videocámaras de seguridad y otras finalidades³⁷⁶, de 29 de junio de 2.018.
 - Guía para el ciudadano³⁷⁷, de 7 de febrero de 2.019.
 - Guía de compra segura en Internet³⁷⁸, de 29 de abril de 2.019.
 - Drones y Proyección de Datos³⁷⁹, de 30 de mayo de 2.019.
 - Guía práctica de análisis de riesgos en los tratamientos de datos personales sujetos al RGPD³⁸⁰, de 21 de junio de 2.019.
 - Guía sobre las consecuencias administrativas, disciplinarias, civiles y penales de la difusión de contenidos sensibles³⁸¹, de 12 de septiembre de 2.019.
 - Guía sobre el uso de las *cookies*³⁸², de 8 de noviembre de 2.019 (actualizada en julio de 2.020).
 - Recomendaciones para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y Teletrabajo³⁸³, de 7 de abril de 2.020.
 - Guía sobre el uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios³⁸⁴, de 7 de mayo de 2.020.
- Informes Jurídicos³⁸⁵ de la AEPD.

2.4. JURISPRUDENCIA TEDH SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

Vamos a retomar aquí y ahora, en este preciso lugar y momento de la exposición que llevamos a cabo -*como ya emplazamos así a hacerlo al abordar el Tratamiento y régimen jurídico de la intervención de las comunicaciones (Previsión legal y procedimiento establecido), Capítulo Segundo (epígrafe 2) de esta Obra*-, el análisis más en detalle de las recientes Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre Protección de Datos en el ámbito laboral, por su particular relevancia en conexión

³⁷⁵ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-brechas-seguridad.pdf>

³⁷⁶ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-videovigilancia.pdf>

³⁷⁷ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/guia-ciudadano.pdf>

³⁷⁸ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-compra-segura-digital-web.pdf>

³⁷⁹ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-drones.pdf>

³⁸⁰ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-analisis-de-riesgos-rgpd.pdf>

³⁸¹ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/consecuencias-administrativas-disciplinarias-civiles-penales.pdf>

³⁸² <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>

³⁸³ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-04/nota-tecnica-protger-datos-teletrabajo.pdf>

³⁸⁴ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>

³⁸⁵ <https://www.aepd.es/es/informes-y-resoluciones/informes-jur%C3%ADdicos>

con el derecho al *secreto* de las comunicaciones, objeto de estudio e investigación de este Trabajo.

En primer lugar, tanto por su prioridad en el tiempo como sobre todo por su importancia capital en cuanto se refiere al alcance del derecho al respeto de las comunicaciones del trabajador en sede laboral por parte de la empresa en el ejercicio del poder de vigilancia y control sobre los medios informáticos puestos a su disposición, revisaremos el caso *Barbulescu*³⁸⁶ contra Rumanía (I y II).

A continuación, asimismo y, como complemento a la explicación y aplicación práctica en España de dicha jurisprudencia en materia laboral, comentaremos sucintamente siquiera sendos pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo en relación a la vulneración del derecho a la vida privada del trabajador en su puesto de trabajo por la utilización de cámaras de seguridad y de videovigilancia ocultas a cargo de la empresa (caso *López Ribalda*³⁸⁷ y otras contra España).

En ambos supuestos, sin embargo, se suscita la controversia jurídica principalmente en torno a la cuestión de la presunta conculcación por parte de la legislación interna (incluido, obviamente, todo su sistema judicial, por cuanto actúa como auténtica *conditio sine qua non* el agotamiento de los recursos en sede nacional para admitir demandas individuales de particulares, según establece el propio mecanismo de funcionamiento del TEDH) de los dos Estados miembros afectados (Rumanía y España, respectivamente) del art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), que dice así:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que,

³⁸⁶ STEDH (Sección Cuarta) núm. 61496/08, de 12 de enero de 2.016 -caso *Barbulescu versus* Rumanía- (“*Barbulescu I*”). <http://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=001-159906>
STEDH (Gran Sala) núm. 2.017/61, de 5 de septiembre de 2.017 -caso *Barbulescu versus* Rumanía- (“*Barbulescu II*”). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-177082>

³⁸⁷ STEDH (Sección Tercera), demandas nº 1874/13 y 8567/13, de 9 de enero de 2.018 -caso *López Ribalda y otras contra España*- (“*López Ribalda I*”). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-179881>
STEDH (Gran Sala), demandas nº 1874/13 y 8567/13, de 17 de octubre de 2.019 -caso *López Ribalda y otras contra España*- (“*López Ribalda II*”). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-197098>

en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Como afirma el Preámbulo de la LOPDGDD, “(...) nuestra Constitución fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispuso que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*. Se hacía así eco de los trabajos desarrollados desde finales de la década de 1.960 en el Consejo de Europa y de las pocas disposiciones legales adoptadas en países de nuestro entorno”.

Si bien es cierto también, en palabras de Ruiz González³⁸⁸ que “esto no les convierte en concesiones constitucionales intocables frente a cualquier injerencia ya que, como señaló el tribunal Constitucional en sentencia 88/1.985, de 19 de julio (RTC 1.985/88) pueden ceder ante otros intereses constitucionales -como la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española)- en la medida en que no se vea afectado su contenido esencial (...)”. Añadiendo inmediatamente después “(...) siendo, por tanto, los órganos judiciales los encargados de preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador derivadas del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales (por todas, SSTC 213/2.002, de 11 de noviembre; 20/2.002, de 28 de enero; y 151/2.004, de 20 de septiembre)”.

Precisamente constituye una manifestación del citado art. 38 CE el ejercicio del poder de dirección del empresario que, entre otras facultades, incluye adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Y ello, siempre según la autora mencionada, (...) podrá legitimar una bajada de la intensidad de disfrute por este último de determinados derechos fundamentales”.

Mantiene Ruiz González³⁸⁹ que “la intensidad de la bajada es lo que constituye el objeto de la mayoría de las controversias jurídicas planteadas ante los distintos tribunales, pues resulta muy difícil determinar el punto intermedio entre derechos constitucionales y

³⁸⁸ RUIZ GONZÁLEZ, C. M^a: “Las nuevas propuestas interpretativas del tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control del uso laboral de la tecnología de la empresa: Barbuлесcu y López Ribalda”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N^o 2, Madrid, 2.018, pág. 917.

³⁸⁹ *Ibidem*.

aplicaciones, profesionales y personales, que ofrecen estos adelantos tecnológicos (...).

En esta misma línea, indica Sáez Lara³⁹⁰ “que no sólo son instrumentos de trabajo, sino herramientas de comunicación y espacios virtuales en los que el trabajador puede disponer de cierta esfera de privacidad legítima”.

Hasta ahora, los Tribunales se habían venido apoyando en las nociones de “expectativa razonable de intimidad”, acogida tanto por el TEDH³⁹¹ como por los Tribunales españoles³⁹², así como también por la denominada por la STC 241/2.012, de 17 de diciembre como “expectativa razonable de confidencialidad”.

En esta línea, señala Ruiz González³⁹³ que “la aplicación de estas premisas permite determinar, de forma casuística, el nivel y alcance de protección que merecen los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de cada trabajador, en su proyección laboral, cuando interactúan con el uso de las tecnologías en la empresa (...)”. Advirtiendo a renglón seguido que “(...) dichas expectativas decaerán cuando el empresario prohíba a sus trabajadores, parcial o totalmente, el uso para fines personales de las tecnologías puestas a su disposición, informando de la posible monitorización, y siendo en este marco, totalmente acorde con el respeto a los derechos en conflicto, el ejercicio de la facultad de controlar los accesos y usos que de la tecnología realicen los trabajadores”.

En todo caso y, como complemento de las anteriores expectativas y/o exigencias, el TC³⁹⁴ contemplaba a modo de mecanismo específico para valorar la constitucionalidad de la medida empresarial restrictiva de derechos *fundamentales*, la superación del llamado “Test de proporcionalidad”, que implica el cumplimiento y superación de los tres condicionantes siguientes:

- Juicio de idoneidad.- Es decir, si la medida en cuestión es susceptible de conseguir el objetivo propuesto,
- Juicio de necesidad.- Esto es, además, si es necesaria en el sentido de que no

³⁹⁰ Obra citada, pág. 190.

³⁹¹ SSTEDH: núm. 20605/92, de 25 de junio de 1.997 (caso Halford contra Reino Unido). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163998>; y núm. 62617/00, de 3 de abril de 2.007 (caso Copland contra Reino Unido). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139354>

³⁹² Por todas, STS 7514/2.007, de 26 de septiembre.

³⁹³ Obra citada.

³⁹⁴ Entre otras, STC 98/2.000, de 10 de abril.

exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, por último,

- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.- Aquí se dilucida si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Adicionalmente, la doctrina³⁹⁵ ha venido demandando también que las medidas restrictivas que afectan al ejercicio de estos derechos *fundamentales* estén suficientemente justificadas, de tal manera que la potestad de control y vigilancia que confiere el ordenamiento jurídico al empleador no pueda ampararse en ningún caso en decisiones arbitrarias que menoscaben una suficiente motivación desde el punto de vista objetivo.

No obstante, Ruiz González³⁹⁶ considera que la situación anterior en España a los recientes pronunciamientos del TEDH (casos Barbulescu y López Ribalda) *-de intentar mantener un equilibrio en la línea de un reconocimiento limitado de la facultad empresarial de vigilancia y control-*, "(...) venía siendo complicada, por varias razones.

En primer lugar, porque como afirma DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA³⁹⁷ la prestación de trabajo que se trata de controlar en estos supuestos no es una realidad que se manifiesta externamente como sucede con la que captan las técnicas ordinarias de reproducción de la imagen y del sonido, sino que es algo interno, que no se expone al exterior y que no es observable directamente sin entrar en el instrumento productivo que lo contiene.

En segundo lugar, porque junto con el derecho a la intimidad también puede verse afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, que las protege frente a intromisiones de terceros, así como su tratamiento y almacenamiento por cualquier medio, y

En tercer lugar, porque en ese control puede estar implicado un tercero ajeno al ámbito laboral, el cual ni se encuentra vinculado por las obligaciones laborales que surgen con la formalización del contrato de trabajo, ni menos aún tiene que soportar el ejercicio por

³⁹⁵ Cabe citar, entre otros autores de referencia, a CARDONA RUBERT, M^a B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1.999, pág.67.

³⁹⁶ Obra citada, pág. 918.

³⁹⁷ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: "La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador", *Información Laboral*, núm. 1, 2.018, pág. 2.

el empresario de sus poderes de vigilancia y control”.

Pese a todo y, frente a la disparidad de criterio entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) españoles sobre la materia tratada, puede decirse que la unificación de doctrina se alcanzó tras tres Sentencias del Tribunal Supremo (TS)³⁹⁸. En ellas, se parte del principio general siguiente sobre el uso de los recursos ofimáticos en el puesto de trabajo: “(...) que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario, que, como precisa el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, implica que éste *podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*”³⁹⁹.

El TC, por su parte, se manifestó al respecto en dos Sentencias⁴⁰⁰ que, como afirma Ruiz González⁴⁰¹, “(...) no sólo vinieron a consolidar la doctrina unificada del Supremo, sobre las facultades empresariales para regular el uso de los medios informáticos de la empresa, sino que además introdujo la técnica de la ponderación como medida para la resolución de un conflicto entre derechos constitucionales”.

Ahora se trata fundamentalmente de determinar si, a la luz de los recientes pronunciamientos mencionados del TEDH, ha habido un cambio de criterio interpretativo en la materia.

2.4.1. Caso Barbulescu contra Rumanía

Sobre el caso Barbulescu, el TEDH se ha pronunciado en sendas Sentencias que se dictaron en las actuaciones iniciadas por la demanda 61496/2.008:

- STEDH (Sección Cuarta), núm. 61496/08, de 12 de enero de 2.016 (caso Barbulescu contra Rumanía), conocida como “Barbulescu I”, y
- STEDH (Gran Sala), núm. 2.017/61, de 5 de septiembre de 2.017, (caso

³⁹⁸ SSTS 7514/2.007, de 26 de septiembre; 2.011/932, de 8 de marzo de 2.011 (RJ 2.011/932); y de 6 de octubre de 2.011 (RJ 2.011/7699).

³⁹⁹ STS 7514/2.007, de 26 de septiembre.

⁴⁰⁰ SSTC 241/2.012, de 17 de diciembre; y 170/2.013, de 7 de octubre.

⁴⁰¹ Obra citada, pág. 919.

Barbulescu contra Rumanía), denominada “Barbulescu II”.

En ellas se juzga la petición de un ciudadano rumano (Barbulescu o demandante), que fue despedido por haber hecho uso personal del servicio de mensajería electrónica instalada en el ordenador puesto a su disposición por la empresa con fines exclusivamente profesionales.

El demandante, ingeniero de ventas y, a petición de la propia empresa, creó una cuenta *Yahoo Messenger* (servicio de mensajería en línea que ofrece una transmisión de texto en tiempo real en Internet), con el fin de recibir y responder preguntas de los clientes disponiendo dicho trabajador, además, de otra cuenta *Yahoo Messenger* de uso personal. La empresa contaba, en cuanto al uso de la Tecnología se refiere, con un Reglamento interno que prohibía expresamente la utilización de estos recursos por parte de los empleados y que, literalmente, establecía:

“-Artículo 50. Está estrictamente prohibido perturbar el orden y la disciplina en el recinto de la empresa y particularmente (...) usar los ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos, el télex y la máquina de fax con fines personales”.

En cambio, hay que reseñar que este Protocolo interno de actuación nada incluía en cuanto a la posibilidad del empresario de vigilar las comunicaciones de sus empleados. Sin embargo y, pese a todo, la empresa registró en tiempo real las conversaciones mantenidas por el demandante a través de la aplicación *Yahoo Messenger*. Advertido el Sr. Barbulescu de ello, informó por escrito que consideraba a la empresa responsable de la comisión de un delito, en concreto, la violación del *secreto* de la correspondencia. Por último, todo concluye el 1 de agosto de 2.007, cuando la empresa procede a rescindir el contrato de trabajo a este empleado.

Ante esta decisión, el demandante insta la nulidad de su despido ante diversas instancias judiciales de su Estado (Rumanía), basando su pretensión en la violación del art. 8 del Convenio de Roma (1.950). Finalmente y, tras ser inadmitida su pretensión, recurre al TEDH por entender que los Tribunales precedentes (nacionales) no habían tutelado correctamente sus derechos y demanda a Rumanía por vulnerar el art. 8 CEDH, que consagra los derechos a la vida privada y a la correspondencia.

Esta primera Sentencia del TEDH (“Barbulescu I”) recuerda que la noción “vida

privada” es un concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva, incluyendo el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, y el derecho a la identidad y al desarrollo personal (y cita para ello las SSTEDH, de 16 de diciembre de 1.992 -*caso Niemietz contra Alemania*-; y de 12 de junio de 2.014 -*caso Fernández Martínez contra España*-).

No obstante y, dicho esto, en su parágrafo 35 la Sentencia aclara que “(...) interpretar el artículo 8 de forma amplia no significa que la protección se extienda a toda actividad en la que una persona quiera participar con otros seres humanos para establecer y desarrollar estas relaciones”. Por lo tanto, según la jurisprudencia del TEDH⁴⁰², tendrían cabida en los conceptos que regula el artículo 8 del Convenio de Roma (CEDH) las comunicaciones telefónicas, la navegación por Internet y hasta los correos electrónicos. Aunque, en este sentido, plantea la Sentencia comentada que habría que determinar si “(...) a la vista de la prohibición general impuesta por el empleador, el demandante podía seguir razonablemente esperando que sus comunicaciones no serían vigiladas” (parágrafo 36), dejando constancia asimismo el pronunciamiento del Tribunal de que “(...) los elementos incluidos en los autos no permiten dar a esta cuestión una respuesta clara y directa” (parágrafo 42).

En este contexto, el TEDH deduce “(...) que el empleador actuó de conformidad con sus competencias disciplinarias puesto que, tal y como constataron los tribunales nacionales, accedió a la cuenta *Yahoo Messenger* basándose en el supuesto de que la información allí contenida estaba relacionada con actividades profesionales y que, por ende, acceder a ella era legítimo” (parágrafo 57). Y, a la vista de todas estas consideraciones, concluye su valoración jurídica afirmando que no había elemento alguno en el presente asunto que indicase que las autoridades nacionales incumpliesen su obligación de establecer un equilibrio adecuado entre los intereses del empleador y el derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 del CEDH (ex parágrafo 62).

En suma, pues, la STEDH “Barbulescu I” acepta el control ejercido por el empresario respecto de las comunicaciones que realizan sus trabajadores en el seno de su empresa.

⁴⁰² Además de la mencionada anteriormente, cabe citar las siguientes SSTEDH: núm. 20605/92, de 25 de junio de 1.997 (caso Halford contra Reino Unido). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163998>; núm. 27798/95, de 6 de febrero de 2.000 (caso Amman contra Suiza). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-162541>; y núm. 62617/00, de 3 de abril de 2.007 (caso Copland contra Reino Unido). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139354>

Lo hace, básica y esencialmente, porque existe una prohibición expresa previa del uso de las herramientas informáticas de la empresa con fines personales. Fundamentalmente y, por esta misma razón, no considera vulnerado el artículo 8 del CEDH, y ello aunque no se advirtiese directamente del acceso al contenido de las comunicaciones de forma explícita en el Reglamento interno establecido al efecto. De esta manera, se confirmaba por parte del TEDH lo que venía siendo en España doctrina unificada y consolidada, tanto del TS como del TC.

La segunda Sentencia del TEDH sobre el caso Barbulescu (denominada “Barbulescu II”), es consecuencia de una petición de reenvío por parte del demandante a la Gran Sala del Tribunal (compuesta por 17 Jueces). Esta decisión del TEDH tenía, por tanto, carácter definitivo. A diferencia de todas las instancias precedentes, esta STEDH procede a estimar *-por once votos contra seis-* la demanda interpuesta por el Sr. Barbulescu, apreciando y declarando así la violación del art. 8 del CEDH.

En su valoración jurídica, el TEDH repasa su propia jurisprudencia en relación a la vida privada recordando que debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo el derecho a realizar una “vida privada social.” Es decir, admite la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social, que puede incluir tanto actividades profesionales como aquellas que tengan lugar en un contexto público (parágrafos 70 y 71). Continúa asegurando que las comunicaciones que se emiten desde el puesto de trabajo, así como las del domicilio, pueden considerarse incluidas en las nociones de vida privada y *correspondencia* del art. 8 del Convenio de Roma (parágrafo 73).

Tras esta exposición de argumentos jurídicos y jurisprudenciales, la Gran Sala señala en su párrafo 77: “(...) que de los autos se desprende que el demandante había sido informado de la prohibición del uso de Internet para fines personales establecida en las normas internas de la empresa empleadora...” Para añadir seguidamente, en el apartado 78 *-y aquí aparece la novedad que incorpora esta relevante y decisiva STEDH-* que “(...) no parece que el demandante hubiera sido informado con antelación del alcance y la naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones”.

El Tribunal de Estrasburgo culmina afirmando en el apartado 81 que “(...) las comunicaciones que el demandante realizó desde su lugar de trabajo estaban comprendidas en los conceptos de *vida privada* y *correspondencia*...” De todo ello deduce

finalmente que “(...) dadas las circunstancias, el artículo 8 del Convenio (...) es aplicable en el presente asunto”. En el párrafo 119, la Gran Sala afirma que “Los tribunales nacionales deben velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos”. Por último y, tras manifestar su consciencia en cuanto a los cambios que se están sucediendo en la Sociedad como consecuencia de la llegada de las tecnologías a la vida social y profesional, considera que la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son elementos esenciales. Exponiendo en el apartado 120 de la Sentencia analizada que las autoridades nacionales deberían tener en cuenta los siguientes factores:

PRIMERO.- Si el empleado ha sido informado *ex ante* de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas:

“El Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio (...), la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma”.

SEGUNDO.- Determinar el alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado.

A este respecto, la Gran Sala establece que “debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitada en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados (...)”.

TERCERO.- La existencia o no de argumentos legítimos suficientes para justificar la vigilancia y el control de las comunicaciones, así como el acceso a su contenido.

Afirmando el Tribunal que “(...) dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas”.

CUARTO.- Posibilidad de establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado.

En este sentido, considera el TEDH que "(...) es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado".

QUINTO.- Consecuencias del control y uso por el empresario de los datos obtenidos, así como adecuación de esa supervisión a la finalidad que legitima el control.

Asegura el Tribunal que es "(...) *mutatis mutandis*, el criterio similar aplicado al examen de la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión protegida por el artículo 10 del Convenio...".

SEXTO.- Garantías adecuadas ofrecidas al trabajador.

La Sentencia en este punto, aclara que "(...) en particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad". Es, en suma, lo que se ha venido denominando por la doctrina "Test Barbulescu", constituyendo de este modo un riguroso control garantista de los Derechos *Fundamentales* a la intimidad, al *secreto* de las comunicaciones y a la protección de datos de los trabajadores en el ámbito laboral.

Aplicando todos estos principios al caso concreto, el TEDH (Gran Sala) apreció que, efectivamente, había existido vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (parágrafo 140 de la Sentencia comentada), por cuanto "(...) las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho del demandante respecto de su vida privada y su correspondencia y que, por tanto, no valoraron el justo equilibrio entre los intereses en juego".

En resumen y, siguiendo a Ruiz González⁴⁰³ en su valoración, podríamos extraer las siguientes conclusiones sobre las similitudes y discrepancias que presentan las 2

⁴⁰³ Obra citada, pág. 925.

Sentencias emitidas por el TEDH en el asunto *Barbulescu*:

-En cuanto a las coincidencias se refiere, ambos pronunciamientos parten de la delimitación de los términos *vida privada* y *confidencialidad* del art. 8 CEDH, “entendiendo que las comunicaciones telefónicas, la navegación por internet y los correos electrónicos tiene cabida en los conceptos del citado artículo, pues éste debe entenderse en sentido amplio, incluyendo el derecho a realizar una vida privada social”.

-Asimismo, sendas Sentencias “prestan atención a la exigencia ya manifestada por nuestros tribunales referida a la necesidad de advertencia *clara y previa* sobre las instrucciones de uso de los recursos tecnológicos de la empresa por los trabajadores, y también de información *clara y previa* del establecimiento de medidas de vigilancia y control de los mismos”.

-Por lo que a las disparidades se refiere, “mientras que *Barbulescu I* interpreta cumplida por la empresa ambas exigencias, deduciéndose que si el empresario informaba sobre la política de uso y control, la expectativa de confidencialidad desaparecía, por lo que no habría lesión del derecho a la intimidad, ni del secreto de las comunicaciones, *Barbulescu II* interpreta los hechos ocurridos y las pruebas aportadas por las partes de manera contraria, en el sentido de que no acepta (por no quedar constatado) que la empresa hubiera advertido al trabajador previamente sobre el control que iba a realizar, ni que el demandante, antes de llevar a cabo ese control, manifestara que sólo había realizado un uso profesional de los recursos tecnológicos de la empresa”.

En consecuencia, la STEDH (Gran Sala) estima las peticiones del Sr. *Barbulescu*, puesto que las normas restrictivas de la empresa no aclaraban si existía la expectativa de privacidad, advirtiendo asimismo que las instrucciones empresariales no pueden anular el ejercicio de privacidad social en el puesto de trabajo por parte del trabajador. Esto es, pues, aunque admite que pueden limitarse, la Sentencia “*Barbulescu II*” señala y exige claramente en aras a permitir una limitación efectiva de Derechos Humanos *Fundamentales* (cuales son en este caso concreto la *vida privada* y la *correspondencia*), la necesaria concurrencia de ciertos presupuestos jurídicos. Es decir, el ejercicio de la potestad de vigilancia o control empresarial resulta limitado por la vigencia de Derechos *Fundamentales* de los trabajadores. En particular, se puede afirmar que el TEDH fundamenta básicamente su argumento *-conforme a los requisitos del artículo 8 del CEDH-* en los tres presupuestos siguientes:

- La advertencia debe ser clara (en cuanto a la naturaleza de la supervisión sobre las instrucciones de uso de los recursos tecnológicos de la empresa) y previa (se debe informar sobre el establecimiento de medidas de vigilancia y control de los mismos con anterioridad a ser implementadas),
- El preceptivo sometimiento del control empresarial al triple juicio de la proporcionalidad, y
- La elección siempre de las medidas menos intrusivas en la vida privada del trabajador.

Situándose, por tanto, este segundo y definitivo pronunciamiento del Tribunal sobre el caso Barbulescu (“Barbulescu II”) más próximo a la línea jurídica expresada en España por las últimas sentencias citadas del TS y del TC. Si bien es cierto también que los diferentes grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones al respecto que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.

En todo caso, se deduce que las empresas pueden vigilar las redes sociales y los correos internos de sus trabajadores utilizados desde los dispositivos suministrados por ellas, pero deben avisar o comunicar previamente que dichos equipos pueden ser monitorizados. A su vez, el control debe ser proporcional, necesario y lo menos invasivo posible, evaluando en todo momento el equilibrio entre el derecho del interés empresarial y el respeto al derecho de preservar la privacidad del trabajador.

En definitiva, las empresas han de establecer una política o un protocolo de actuación mediante los que se regule claramente el uso de las herramientas informáticas a disposición del trabajador, que haga disminuir o, incluso, eliminar, lo que se ha denominado por la jurisprudencia “expectativa razonable de privacidad/intimidad”, e informar con antelación de los controles a que pueden ser sometidos los medios informáticos facilitados. Y, todo ello, respetando siempre al máximo posible los Derechos *Fundamentales* del trabajador y, muy especialmente, el derecho al *secreto* de las comunicaciones, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo que pueden arbitrarse de manera complementaria (como bien podría ser la exclusión de determinadas conexiones,...).

Esta STEDH (“Barbulescu II”) es tan importante que, aun no siendo directamente aplicable del ámbito laboral al penal, sí puede afirmarse que inspira también a este último. Como ejemplo paradigmático de ello, tenemos la Sentencia 489/2.018, de 23 de octubre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS). Dicha STS anula una condena previa impuesta por la Audiencia Provincial de Vizcaya, que condenaba a un directivo por apropiación indebida, considerando probado que había realizado una serie de operaciones para lucrarse. Pues bien, la STS citada (489/2.018) considera nula la prueba obtenida del ordenador personal del condenado, admitida previamente por la Audiencia Provincial de Vizcaya. Señala expresamente el contenido de la Sentencia “Barbulescu II”, en su FD 9º, del que a continuación se transcribe literalmente un extracto suficientemente esclarecedor:

“(…) Hito reciente y extremadamente relevante de la jurisprudencia recaída en esta materia viene constituido por STEDH de 5 de septiembre de 2.017 (TEDH 2.017, 61, Gran Sala)): (…) No puede decirse que la sentencia Barbulescu II sea totalmente rupturista con los criterios que han ido cristalizando en nuestra jurisprudencia, someramente reseñada. Pero aporta y concreta al establecer con diáfana claridad parámetros de inexcusable respeto empujando a nuevas modulaciones y matizaciones que ya han aparecido en la jurisprudencia laboral (…).

Acudiendo a la clásica técnica, se habla de la insoslayable necesidad de ponderar los bienes en conflicto. De una parte, el interés del empresario en evitar o descubrir conductas desleales o ilícitas del trabajador. Prevalecerá sólo si se aviene a ciertos estándares que han venido a conocerse como el test Barbulescu.

Se enuncian criterios de ponderación relacionados con la necesidad y utilidad de la medida, la inexistencia de otras vías menos invasivas, la presencia de sospechas fundadas...

Algunas se configuran como premisas de inexcusable concurrencia. En particular, no cabe un acceso in consentido al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas de sus funciones dentro de la empresa (los usos sociales admiten en algún grado y según los casos, como se ha dicho, el empleo para fines personales, creándose así un terreno abonado para que germine una expectativa fundada de privacidad que no puede ser laminada o pisoteada (...)).”

2.4.2. Caso López Ribalda y otras contra España

Otro pronunciamiento reciente del TEDH en relación al control tecnológico del empresario, en vinculación directa con materia de Protección de Datos en el ámbito laboral es el caso López Ribalda y otras contra España, Sentencia dictada el 9 de enero de 2.018 sobre actuaciones iniciadas por demandas números 1.874/2.013 y 8.567/2.013.

El origen de la controversia se encuentra en la acción planteada por cinco empleadas de una cadena de supermercados que ocupaban el puesto de trabajo de *cajeras*, y que fueron despedidas disciplinariamente en el año 2.009 tras constatarse la comisión de irregularidades laborales a través de cámaras de videovigilancia ocultas instaladas por la empresa. Esas demandas fueron desestimadas en primera instancia, por considerarse que el uso de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo sin una comunicación previa era conforme al art. 20 del ET, que permitía a un empresario la utilización de las medidas de control y vigilancia que considerara adecuadas para verificar si un empleado/a estaba cumpliendo oportunamente con sus tareas, guardando únicamente la correspondiente consideración debida a su dignidad.

Añadía el Juzgado de lo Social nº 1 de Granollers (Barcelona) que, en los casos donde existían fundadas sospechas de robos, las especiales circunstancias justifican la injerencia en el derecho del empleado a la privacidad, que es considerada como adecuada, necesaria y proporcional al legítimo objetivo perseguido. Acto seguido, las demandantes apelaron ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), que confirmó las dos Sentencias de primera instancia, remitiéndose a la jurisprudencia del TC, y apoyando la conclusión del Juzgado de lo Social en cuanto que la empresa estaba autorizada a llevar a cabo una videovigilancia encubierta de las cajas registradoras del establecimiento.

Frente a la inadmisión anterior de la pretensión, presentan sendos recursos (de casación ante el TS y de amparo al TC), siendo inadmitidos ambos por considerarse inexistente la violación de un Derecho *Fundamental*. Por último, las trabajadoras recurren al TEDH, siendo atribuido el conocimiento del recurso planteado a la Sección Tercera del mismo, que declaró casi por unanimidad *-salvo un voto-*, que la conducta empresarial había sido constitutiva de una violación del art. 8 del CEDH. En dicha Sentencia se consideraban hechos probados, los siguientes:

- En un supermercado se detectaron diferencias ostensibles entre el inventario

de existencia de productos y la facturación reflejada por las cajas registradoras.

- La empresa, a raíz de este desfase detectado, decidió instalar dos tipos de cámaras, unas visibles y otras ocultas.
- De la instalación de las segundas no se informó a los empleados ni a sus representantes legales.
- Las cámaras grabaron a varias trabajadoras robando mercancías y ayudando a clientes y a otros empleados del supermercado a sustraerlas también.
- La compañía citó a los empleados que aparecían implicados en estas actuaciones y, éstos, reconocieron su implicación en los hechos.
- Los despidos disciplinarios fueron impugnados ante la jurisdicción social.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos inicia su valoración recordando *-al igual que hacían las anteriores Sentencias emitidas en el caso Barbulescu-*, el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, advirtiendo que “la videovigilancia encubierta de un empleado/a en un lugar de trabajo, debe ser considerada (...) como una importante invasión en su vida privada”. Añadiendo la Sentencia comentada que “(...) supone la documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que él/ella no puede evitar al estar obligado/a por el contrato de trabajo a desempeñar su trabajo en dicho lugar”.

Centra seguidamente su reflexión el Tribunal en el marco de las obligaciones positivas que el mencionado artículo atribuye a los Estados, concluyendo en el apartado número 60 que estas obligaciones “pueden implicar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí”. La STEDH señala dicha circunstancia porque el Gobierno español alega que el Estado no es responsable en este caso, dado que los actos litigiosos fueron cometidos por una empresa privada.

Recuerda el TEDH, no obstante que, en virtud del CEDH, los países firmantes del mismo están vinculados por la obligación positiva de tomar medidas dirigidas a asegurar el respeto de la vida privada y, por tanto, el Tribunal debe indagar si el Estado concernido ha

ponderado de forma equilibrada los derechos de los trabajadores y del empresario (parágrafo 61). Así, pues, nos hallamos ante un claro caso de eficacia horizontal (*Drittwirkung*) de los Derechos *Fundamentales*, en el que el Estado es también responsable de las infracciones cometidas por particulares y no evitadas por él⁴⁰⁴. Y, de esta manera, lo que efectivamente puede ocurrir es que el Estado no haya protegido suficientemente el Derecho *Fundamental* de un particular que ha sido lesionado por otro.

En primer lugar, confirma el Tribunal que la videovigilancia encubierta se llevó a término después de que el supervisor del establecimiento comercial declarara pérdidas y se plantearan fundadas sospechas de la comisión de robos por parte de las demandadas, así como por otros empleados y clientes (apartado 62).

Sobre el asunto concreto del almacenamiento y procesamiento posterior de datos de carácter personal estrechamente vinculados a la esfera privada de los individuos, concluye la Sentencia que la legislación vigente en el momento en que acaecieron los hechos contenía previsiones específicas al respecto de la Protección de Datos de carácter personal. En efecto, pues al amparo del art. 5 de la LO 15/1.999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), los demandantes tenían derecho a ser informados “previamente de modo expreso, preciso e inequívoco” de “la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas o de las consecuencias de la obtención de los datos o la negativa a suministrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, de su representante” (parágrafo 64).

También recuerda el art. 3 de la Instrucción núm. 1/2.006 de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que impone esta obligación a cualquiera que use sistemas de videovigilancia, en cuyo caso de be colocar un distintivo indicando las zonas que están bajo vigilancia, y confeccionar un documento disponible para los interesados que contenga la información prevista en el art. 5 de la LOPD (parágrafo 65). Subraya en este aspecto la

⁴⁰⁴ Ver, entre otras SSTEDH (Gran Sala), las siguientes: demandas nº 40660/08 y 60641/08, de 7 de febrero de 2.012 -parágrafo 57-, caso Von Hannover contra Alemania (núm. 2). <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139414>; demanda nº 2872/02, de 2 de marzo de 2.009 -parágrafos 42 y 43-, caso K.U. contra Finlandia. <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-139376>; demanda nº 5786/08, de 12 de noviembre de 2.013 -parágrafo 78-, caso Söderman contra Suecia. <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-162188>; y demanda nº 61.496/08), de 5 de septiembre de 2.017 -parágrafo 108-, caso Barbulescu contra Rumanía. <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-177082>

Sentencia, como así reconocieron los propios Tribunales españoles, que “el empresario de las demandantes, no cumplió con la obligación de informar a las interesadas de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos personales, según lo previsto en la ya mencionada legislación interna”.

Además, observa que el propio Gobierno español reconoció específicamente que los trabajadores nunca fueron informados de la instalación de videovigilancia oculta enfocada sobre las cajas, ni de sus derechos conforme a la LOPD. Y, a pesar de ello, los Tribunales españoles consideraron que la medida fue justificada *-por existir indicios razonables de hurto-*, idónea para conseguir el fin propuesto, necesaria y proporcionada, desde el momento en que no había otras medidas igualmente efectivas para proteger los derechos del empresario que interfirieran menos con el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada.

En este punto, el TEDH distingue el presente asunto de la situación examinada en el caso Köpke⁴⁰⁵, advirtiendo que se diferencian en que en este último la medida de vigilancia estuvo limitada en el tiempo (puesto que se llevó a cabo durante dos semanas), y sólo dos empleados fueron objeto de la medida. Lo que no ocurre aquí, donde la medida adoptada se dirige a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, prolongándose semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo. En consecuencia, el TEDH no comparte la opinión de los Tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de la medida adoptada por el empresario con el objetivo legítimo de proteger su interés entendiendo, por el contrario, que la videovigilancia llevada a cabo por el empresario, que se prolongó durante un largo período de tiempo, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal y, en particular, con la obligación mencionada anteriormente de informar previamente a los interesados de manera explícita, precisa e inequívoca sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal (parágrafo 69).

Apunta el Tribunal que los derechos del empresario podían haber sido protegidos *-al menos-* por otros medios y, en especial, informando previamente a las demandantes, incluso de una manera general, sobre la instalación de dicho sistema y dotándolos asimismo de la información establecida en la LOPD. Y culmina la STEDH, en el parágrafo 70, afirmando finalmente que los Tribunales internos no ponderaron un justo equilibrio entre el

⁴⁰⁵ STEDH, de 5 de octubre de 2.010, asunto Köpke *versus* Alemania.

derecho de las demandantes al respeto de su vida privada conforme al art. 8 del CEDH y el interés del empresario en la protección de sus intereses.

En resumen, pues, la Sala Tercera del TEDH, en Sentencia dictada el 9 de enero de 2.018, corregía a nuestros Tribunales sosteniendo que la medida empleada por la empresa de instalar cámaras en el supermercado para vigilar a sus trabajadoras no superaba el *test de proporcionalidad*⁴⁰⁶ y que, consecuentemente, se estaba así vulnerando su derecho a la protección de la intimidad amparado por el referido art. 8 CEDH. El Tribunal entendió que no se superó dicho Test en este caso, por las siguientes razones:

- La sospecha era de carácter general,
- Se vigiló no a un grupo de trabajadores sospechosos, sino a todos los trabajadores del establecimiento, y
- La vigilancia se prolongó durante varias semanas, abarcando todas las horas de trabajo.

A diferencia del trascendental asunto *Barbulescu* anteriormente comentado, y, como puede apreciarse, el TEDH presta aquí especial atención a lo dispuesto en la normativa vigente en España en esos momentos en cuanto a la Protección de Datos se refiere, que resulta aplicable desde el preciso instante en que se tiene acceso con los controles previamente instalados por la empresa a datos personales de los trabajadores. Afirmando inmediatamente después que “no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito (...) o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa”, de acuerdo con lo establecido en el entonces art. 5 LOPD.

El avance o quizás nuevo criterio que propone la STEDH en el caso *López Ribalda*, es que una medida de vigilancia y control podrá ser absolutamente proporcional -o no, como aquí dictamina-, pero si previamente no se ha procedido a cumplir con el trámite de información a los interesados y, de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares del sistema de recogida de datos utilizado, la conducta

⁴⁰⁶ El TEDH reitera el contenido de dicho juicio con apoyo en tres Sentencias fundamentales del TC, en concreto: SSTC 186/2.000, de 10 de julio; 29/2.013, de 11 de febrero; y 39/2.016, de 3 de marzo.

empresarial será considerada en todo caso como “una importante intromisión” en la vida privada de los trabajadores (parágrafo 59).

En definitiva, en esta primera STEDH sobre este asunto, el Tribunal mantiene que solamente cuando se haya cumplido con el deber previo de información al respecto de las medidas adoptadas, podrá continuarse con la valoración de la proporcionalidad de las mismas y, únicamente cuando ambos presupuestos se cumplan cumulativamente (esto es, pues, información previa y proporcionalidad), estaremos ante una medida legítima de control plenamente respetuosa con los derechos a la vida privada de los trabajadores (ex art. 8 CEDH).

No obstante, esta Sentencia fue recurrida también llegando, a su vez, a la Gran Sala del TEDH.

A resultas de este recurso planteado, el Tribunal de Estrasburgo ha rectificado y cambiado nuevamente su criterio inicial, y ha establecido en Sentencia definitiva dictada por la Gran Sala el 17 de octubre de 2.019 (por 14 votos frente a 3) que no existe ninguna violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que contempla *-entre otros-*, el derecho al respeto a la vida privada y familiar). Manifiesta ahora, así pues, que los Tribunales nacionales (españoles) habían sopesado y ponderado cuidadosa y correctamente los derechos enfrentados, y que habían examinado detalladamente la justificación para la utilización de medidas de control y vigilancia a través de videocámaras.

Uno de los argumentos de las demandantes fue que no habían sido advertidas de antemano de la supervisión a que fueron sometidas, a pesar de que así lo establecía la Ley de Protección de Datos vigente en España cuando la medida fue implantada por la empresa (Ley Orgánica 15/1.999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal *-LOPD-*). Sin embargo, el TEDH mantiene, por el contrario, que dicha medida estaba claramente justificada por la existencia de sospechas legítimas de graves irregularidades y pérdidas económicas sufridas por parte de la empresa. Por tanto, concluye que los Tribunales españoles habían actuado correctamente, sin exceder así su margen de apreciación, al considerar que la supervisión fue proporcionada y legítima.

En síntesis, el TEDH entiende definitivamente que se cumplió así con el *test de proporcionalidad* por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, en atención a los siguientes motivos:

- Existían fundadas sospechas de que se habían cometido irregularidades graves de alcance relevante, pues durante meses se identificaron y cuantificaron pérdidas económicas de hasta 25.000 euros,

- La videovigilancia, como medida de supervisión y control, no se extendió a todo el supermercado en su conjunto considerado, sino que se centró en las zonas aledañas a las cajas registradoras en las que, presumible y probablemente, se habían cometido robos, y

- Por lo que afecta al alcance de la medida establecida a lo largo del tiempo, la duración de la vigilancia por videocámara en realidad duró diez días y cesó tan pronto como se identificó a los empleados responsables de los hechos investigados. Y, por ende, la duración del seguimiento no fue excesiva en sí misma.

En suma, pues, por medio de esta Sentencia la Gran Sala del TEDH varía radicalmente su criterio antecedente y se pone en consonancia con lo manifestado con anterioridad por nuestros Tribunales, considerando ajustado a Derecho la utilización de las cámaras de videovigilancia.

Por último, cabe resaltar que esta reciente STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2.019 (caso López Ribalda y otras contra España) modifica en cierto sentido también el llamado “Test Barbulescu”, ya descrito. Ahora, las principales consideraciones a tener en cuenta al respecto y, a modo de conclusión final, son las que seguidamente enunciamos:

-Existe legitimidad para la valoración del proceso en su conjunto, pero no sobre la admisibilidad de las pruebas en particular. Es decir, el TEDH no está legitimado para resolver sobre si las pruebas utilizadas en un proceso son admisibles o no. Solamente está legitimado para juzgar si el proceso *-incluidas las pruebas-* fue justo o no.

-La medida de videovigilancia empleada en el contexto laboral debe estar justificada por razones legítimas. Y esas razones se basan, a su vez, únicamente en intereses legítimos (protección de bienes, buen funcionamiento de la empresa,...), no en simples sospechas.

-Hay que realizar una valoración casuística del grado de intrusión y de invasión en la intimidad que supone la adopción de la medida concreta de vigilancia y control en

cuestión. Esta evaluación, considerando el alcance y grado de la medida implantada, en ningún caso puede resultar irrazonable.

-Debe efectuarse, asimismo, una valoración adecuada del lugar donde se lleva a término la medida (en este caso referido, de videovigilancia). En el análisis es esencial verificar siempre la efectiva protección de la intimidad de un empleado. Así, esta expectativa es muy elevada en lugares de carácter privado (aseos, vestuarios,...), en los que está justificada una mayor protección y, obviamente también, una prohibición total y absoluta de proceder a la vigilancia por medio de vídeo. Sigue siendo alta en áreas de trabajo cerradas, como las oficinas,...Y es manifiestamente inferior en lugares visibles o accesibles para compañeros y/o para el público en general.

-Estimación del límite temporal de la medida implementada. No debe ser excesiva y, en todo caso, la duración del seguimiento por esta vía debe concluir tan pronto se alcance el objetivo perseguido por la misma.

Habida cuenta de todos estos elementos mencionados y, aplicados al caso concreto que nos ocupa, el TEDH considera que la intrusión en la vida privada de las demandantes no ha alcanzado un grado elevado de gravedad. De cualquier forma, estos 5 puntos o aspectos enumerados modifican o desarrollan en parte y, sobre todo, puntualizan y matizan en mayor medida el denominado "Test Barbuлесcu", constituyendo de esta manera un avance significativo en materia de Protección de Datos (en particular, medidas de videovigilancia) en el ámbito laboral.

2.5. PROTECCIÓN DE DATOS EN CORREOS

El derecho al *secreto* de las comunicaciones postales y telegráficas en conexión con el derecho a la protección de datos de carácter personal en este ámbito de actividad, lleva necesariamente implícito para la efectiva salvaguarda de ambos Derechos *Fundamentales* que no se faciliten datos relativos a la existencia del envío, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones extendiendo además y, de este modo, su garantía a la confidencialidad de la información transmitida o almacenada y a la protección de la intimidad.

Asimismo, Correos tiene como objetivo de vital importancia adaptar y verificar permanentemente los ficheros automatizados de datos personales de todas las empresas

del Grupo, orientándose y alineándose en el respeto a la privacidad⁴⁰⁷ personal y al cumplimiento exhaustivo de las obligaciones impuestas por la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos (Ley 3/2.018 -*LOPDGDD*-) y por el Reglamento (UE) 2.016/679 que, a su vez, tienen como objeto principal garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos *fundamentales* de las personas físicas, en especial, su honor e integridad personal.

El responsable del tratamiento de los datos de carácter personal es “Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.”, con CIF A-83052407 y domicilio social en Vía Dublín, nº 7 (Campo de las Naciones) 28.070 Madrid (España). Y, para velar y garantizar la adecuada gestión de dicho tratamiento, Correos tiene designado un Delegado de Protección de Datos (DPD o DPO), a quien puede dirigirse cualquier cuestión que se precise en relación a los mismos a través de la siguiente dirección de correo electrónico: dpdgrupocorreos@correos.com

Además, la Política de Protección de Datos del Operador postal público, incluye:

- Finalidad del tratamiento y bases legitimadoras.- Sus finalidades, son las siguientes.

- Registro del usuario y gestión del pedido *on line*.
- Envío de ofertas y promociones de la Tienda *On line* de Correos, y otros productos o servicios similares.
- Envío de ofertas y promociones del resto de productos y servicios de Correos.
- Envíos de ofertas y promociones de otras empresas del Grupo Correos y a terceras empresas.
- Comunicación de datos a otras empresas del Grupo Correos y a terceras empresas.
- Enriquecer su información (siempre, previo consentimiento expreso y/o a través de la información proporcionada por distintas fuentes externas: Registros Públicos, Redes Sociales, Herramientas de Geomarketing,...).
- Cumplir con las obligaciones legales.
- Información estadística y encuestas de satisfacción.

- Tipos de datos tratados.- Se trata de un conjunto de datos de carácter personal que

⁴⁰⁷ “Política de Privacidad Web”, que regula el tratamiento de datos que se llevará a cabo cuando el usuario navegue por la página web www.correos.es, de cualquiera de sus subdominios o de otras webs corporativas de Correos en cuyo *footer* se muestre esta Política de Privacidad.
https://www.correos.es/ss/Satellite/site/pagina-privacidad/sidioma=es_ES

pueden dividirse en las siguientes fuentes y categorías:

- Datos proporcionados por el cliente de forma directa.
- Datos recabados de forma indirecta.
- Datos derivados de la propia prestación del servicio y la relación entablada con el cliente.

- Plazo de conservación de los datos.- Durante un período de 6 meses desde que se solicite la baja del servicio, Correos ofrecerá a sus usuarios la posibilidad de recuperar su antigua cuenta. Transcurrido este período, los datos serán suprimidos conforme a lo dispuesto en la normativa vigente de Protección de Datos, lo que implica su bloqueo *-estando disponibles tan sólo a solicitud de Jueces y Tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes durante el plazo de prescripción de las acciones que pudieran derivar para ser posteriormente eliminados-*. Asimismo, Correos procederá al bloqueo de aquellos clientes que se encuentren inactivos por un plazo de 5 años. Se considera como cliente inactivo a aquellos usuarios dados de alta en *Tu Tienda*, pero que no hayan tenido actividad desde hace más de 5 años.

- Comunicaciones de datos.- En el cumplimiento de sus obligaciones legales y dentro de la finalidad descrita como “gestión de pedidos *on line*”, Correos podrá comunicar sus datos a las Administraciones Públicas y Tribunales, siempre que tal información sea requerida conforme a los procesos legalmente establecidos. También pueden ser cedidos tales datos y con la misma finalidad anteriormente mencionada a terceras empresas comercializadoras de productos para proceder al suministro del producto o servicio contratado y, siempre que lo solicite, para proceder a la emisión de la correspondiente factura.

- Sus derechos.- La normativa sobre Protección de Datos confiere una serie de derechos, que pueden resumirse del siguiente modo:

- Derecho de acceso.
- Derecho de rectificación.
- Derecho de portabilidad.
- Derecho a la limitación del tratamiento en los casos recogidos por la Ley.
- Derecho de supresión.
- Derecho de oposición.
- Derecho a revocar el consentimiento prestado.

El ejercicio de dichos derechos, puede realizarse a través de los siguientes canales habilitados al efecto:

1. Dirección Postal: Vía Dublín nº 7 (Campo de las Naciones) 28.070 Madrid (España).
2. Correo electrónico: protecciondatos.correos@correos.com

Y se añade, literalmente⁴⁰⁸: “en la página web de la Agencia Española de Protección de datos (AEPD) puede encontrar una serie de modelos que le ayudarán en el ejercicio de sus derechos. Asimismo, le informamos que tiene derecho a interponer una reclamación ante la autoridad de control (en España, la AEPD) en caso de que considere infringidos sus derechos”.

- Datos de terceros.- Para la prestación de determinados servicios, puede ser necesario facilitar datos personales y de contacto de terceras personas (destinatario,..). Correos exclusivamente tratará estos datos para proceder a la entrega de la comunicación o del envío.

Adicionalmente y, en su planificación del Plan de Auditoría aprobado por SEPI, Correos prevé también efectuar periódicamente una auditoría interna sobre la aplicación de la normativa en materia de Protección de Datos, cuyo alcance comprende la revisión y el análisis de los procedimientos, controles internos y medidas de seguridad adoptadas en función del tipo de datos personales contenidos en los ficheros de las Sociedades del Grupo. El resumen de tareas que integra la realización de dicha auditoría sobre Protección de Datos en Correos, es el siguiente:

- Identificación y recopilación de toda la normativa actualizada y vigente que regula la materia y de los procedimientos y protocolos de actuación internos implementados en las distintas empresas que conforman el Grupo Correos.
- Elaboración del mapa de riesgos del proceso y definición del procedimiento auditor y de las pruebas de auditoría.
- Revisión de los procedimientos *ad hoc* establecidos al efecto por Correos y su grado de cumplimiento, produciéndose la verificación de los mismos sobre muestras de

⁴⁰⁸ Política de Protección de Datos de Correos, apartado número 6. “Sus derechos”.
<https://tienda.correos.es/page/privacidad-y-proteccion-datos-personales>

bases de datos sensibles.

- Análisis de las solicitudes de Derechos ejercidas por los interesados por cada derecho, durante el ejercicio objeto de alcance de la correspondiente Auditoría.
- Estudio de las incidencias de seguridad que han tenido lugar en las Sociedades del Grupo y su pertinente comunicación a la AEPD, siguiendo el procedimiento establecido de gestión y comunicación de brechas de seguridad.
- Comprobación de los procedimientos seguidos ante la AEPD, y sus consecuencias.
- Política de Privacidad de Correos en las Redes Sociales.
- Cumplimiento del RGPD en la información contenida en las webs corporativas.

3. COMUNICACIONES Y FEHACIENCIA

La *fehaciencia* de las comunicaciones *-con carácter general-* permite constatar y demostrar con certeza la identidad del emisor y del receptor de la información transmitida a través del proceso comunicativo establecido al efecto, así como acreditar y determinar la exactitud de los períodos temporales o momentos en que el mensaje implícito contenido en la comunicación practicada fue remitido y recibido *-respectivamente-* y, por último, garantizar la confidencialidad, integridad y seguridad de la totalidad del envío a lo largo de las sucesivas fases o etapas que conforman el canal que constituye la cadena de valor del mismo.

Así, pues, en este ámbito de actuación, la *fehaciencia* es la calificación que se otorga a un medio o herramienta de comunicación (normalmente escrita, aunque no exclusivamente) con capacidad de acreditar o servir de prueba de fe a alguna cuestión, o bien que certifica la veracidad o autenticidad de algún hecho o acontecimiento efectivamente producido.

3.1. CONCEPTO

La Real Academia Española de la Lengua (RAE) *-en su vigesimotercera edición, octubre de 2.014-* da como definición de *fehaciente* la correspondiente a la etimología siguiente: “que hace fe, fidedigno”.

Es decir, la palabra *fehaciente* (adjetivo) se origina en el romance *fefaciente* y éste, a su vez, proviene de *fe* y *faciente*, que deriva del latín. *Fe* procede de *fides*, *fidei*, con el significado de lealtad, fe y confianza, cuya raíz se vincula a la proto-indoeuropea *bheidh* (asesorar, confiar, persuadir). Y *faciente*, por su parte, surge de *facio*, *facere*, *feci*, *factum* (hacer). Por tanto, se puede considerar como el concepto original de este vocablo “el que hace fe, que es leal, confiable”.

Por otro lado, *fidedigno* (del latín *fides*, fe; y *dignus*, digno), es un adjetivo por el que se da a entender que algo es “digno de fe y crédito”. Esto es, pues, seguro, cierto e indudable.

Según el Gran Diccionario de la Lengua Española⁴⁰⁹, *fehaciente* “se aplica al testimonio, prueba o documento que prueba fe de forma indudable o da fe”. En este sentido, se refiere a fuentes de información, noticias, etc.

Jurídicamente, el término *fehaciente* expresa que certifica la autenticidad de algo y, al mismo tiempo, da prueba de fe de ello.

3.2. REQUISITOS DE LA FEHACIENCIA EN LAS COMUNICACIONES

Existen múltiples y diferentes escenarios o actividades de interacción humana (administrativos, jurídicos, procesales, comerciales, laborales, contractuales,...) donde es necesario probar o demostrar que se ha llevado a cabo una comunicación (física y/o electrónica) en tiempo y forma. O, lo que es lo mismo, de manera *fehaciente*. Así, por ejemplo, en materia de arrendamientos la Ley obliga a que distintas cuestiones derivadas del contrato de alquiler de vivienda -*como la actualización de la renta, la venta del inmueble o la prórroga del contrato*-, se notifiquen *fehacientemente*.

Pero, ¿qué es una comunicación *fehaciente*? Cabe decir al respecto que una comunicación realizada de forma *fehaciente* es aquella dotada de valor probatorio documental y que, de acuerdo con la Ley 1/2.000⁴¹⁰, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), debe acreditar una serie de datos para que la documentación aportada por medio de la misma tenga fuerza probatoria a nivel legal.

⁴⁰⁹ 2.016 Larousse Editorial, S.L.

⁴¹⁰ BOE núm. 7, de 08/01/2.000. Referencia: BOE-A-2000-323.
<https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

De manera tal que, conforme dispone esta Ley (1/2.000, -LEC-), Libro II. “De los procesos declarativos”, Título I. “De las disposiciones comunes a los procesos declarativos”, Capítulo VI. “De los medios de prueba y las presunciones”, Sección 2ª. “De los documentos públicos”, en su art. 319. “Fuerza probatoria de los documentos públicos”, apartado número 1., “con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”.

En este mismo cuerpo legal (LEC), Libro II, Título I, Capítulo VI, en su art. 299. “Medios de prueba”, se afirma:

“1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1º Interrogatorio de las partes.

2º Documentos públicos.

3º Documentos privados.

4º Dictamen de peritos.

5º Reconocimiento judicial.

6º Interrogatorio de testigos.

2. también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”.

Ahora bien y, dicho esto, lo que se establece es una presunción *iuris tantum* que, como tal, puede ser enervada, puesto que incluso un documento conlleva una presunción de veracidad, de su realidad y validez que puede ser impugnada, correspondiendo en este caso la carga de la prueba a quien lo impugna⁴¹¹.

Además, conforme a constante jurisprudencia, la fehaciencia del documento no se extiende más allá del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de suscripción⁴¹², aunque no concede el privilegio de una veracidad intrínseca que afecte a todo su contenido, pues éste debe someterse conjuntamente con el resto de pruebas a la apreciación judicial.

En este contexto jurídico-procesal, el art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), intitulado “Fuerza probatoria de los documentos privados”, señala:

“1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

(...)

3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica”.

Por otro lado, la Ley 39/2.015⁴¹³, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), Título III. “De los actos administrativos”, Capítulo II. “Eficacia de los actos”, en su art. 40. “Notificación”, establece:

“1. El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos, en los términos previstos en los artículos siguientes.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido adoptado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con

⁴¹¹ SSTs, entre otras: de 6 de octubre de 1.984; de 20 de febrero de 1.943; de 24 de marzo de 1.961; y de 14 de marzo de 1.983.

⁴¹² STS, de 19 junio de 1.989.

⁴¹³ BOE núm. 236, de 02/10/2.015. Referencia: BOE-A-2015-10565.
<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>

indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

3. las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.

(...)

Y la Ley 59/2003⁴¹⁴, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, en su art. 3. "Firma electrónica, y documentos firmados electrónicamente", previene que:

"1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma

⁴¹⁴ BOE núm. 304, de 20/12/2003. Referencia: BOE-A-2003-23399.
<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/19/59/con>

electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

(...)

6. El documento electrónico será soporte de:

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

c) Documentos privados.

7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

(...)

9. No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse de forma electrónica.

(...)

11. Todos los sistemas de identificación y firma electrónica previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público tendrán plenos efectos jurídicos”.

En todo caso, pues y, para que la comunicación efectuada adquiriera valor probatorio documental, los datos necesarios que precisa acreditar, según lo dispuesto en la LEC (ex art. 319), son éstos:

1. Hecho, acto o estado de cosas que documente.- Esto es, el contenido literal íntegro

(teniendo en consideración que los resúmenes o algoritmos que sintetizan, compriman o simplifiquen contenidos, pueden inadmitirse, desestimarse o no ser válidos, ya que diferirían del contenido literal íntegro enviado), así como el estado de la comunicación practicada - *incluyendo el resultado final de la entrega*- y teniendo en cuenta también que un estado final en el que se entregue la comunicación al destinatario solamente se podrá acreditar *fehacientemente* si se dispone del recibí por parte del mismo. Es decir, firma, Documento Oficial de Identificación (DOI) -*DNI, NIE, Pasaporte,...*-, nombre y apellidos para personas físicas; sello de empresa para personas jurídicas, u otra identificación plena del receptor.

2. Fecha en que se produce dicha comunicación y los datos que incorpora la misma.- Se debe poder acreditar, sin lugar a duda alguna, la fecha de emisión y, sobre todo, de recepción de dicha comunicación y del resto de documentación asociada a ella, ya sea mediante soporte físico o electrónico.

3. Identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en la comunicación.- Si se utiliza un Tercero de Confianza (figura jurídica contemplada en la Ley 34/2.002⁴¹⁵, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico) se tiene que verificar, asimismo, la identificación plena de las personas físicas que le representan imparcialmente así como de las personas físicas o entidades jurídicas que actúan como receptores y destinatarios de la comunicación transmitida.

3.3. LEGISLACIÓN POSTAL VIGENTE

En el ámbito comunitario (UE), la Directiva 97/67/CE, del parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1.997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, Capítulo 3. “Armonización de los servicios que pueden formar parte del sector reservado”, establece en el art. 7:

“1. En la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio postal universal, los servicios que los Estados miembros podrán reservar al proveedor o los proveedores del servicio universal serán la recogida, la clasificación, el transporte y la distribución de los envíos de correspondencia interna, tanto si se trata de distribución urgente como si no, cuyo precio sea inferior a cinco veces la tarifa pública de un envío de correspondencia de la

⁴¹⁵ BOE núm. 166, de 12/07/2.002. Referencia: BOE-A-2002-13758.
<https://www.boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con>

primera escala de pesos de la categoría normalizada más rápida, cuando ésta exista, siempre que su peso sea inferior a 350 g. En el caso de los servicios postales gratuitos destinados a las personas invidentes o de visión reducida, se podrán autorizar excepciones a los límites de peso y precio.

2. En la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal, el correo transfronterizo y la publicidad directa podrán seguir formando parte del sector reservado, con las limitaciones de precios y pesos establecidas en el apartado 1.

3. Como medida complementaria para la realización del mercado interior de los servicios postales, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, a más tardar el 1 de enero de 2.000, y sin perjuicio de la competencia de la Comisión, acerca de una mayor liberalización, gradual y controlada, del mercado postal, en particular con miras a la liberalización del correo transfronterizo y de la publicidad directa, así como sobre una nueva revisión de los límites de precios y pesos, con efectos a partir del 1 de enero de 2.003, teniendo en cuenta los cambios, en particular económicos, sociales y tecnológicos, que se hayan producido hasta esa fecha y teniendo también en cuenta el equilibrio financiero del proveedor o los proveedores del servicio universal, con objeto de avanzar en la consecución de los fines de la presente Directiva.

Estas decisiones se basarán en una propuesta de la Comisión, que se presentará antes del término de 1.998, tras una revisión del sector. A petición de la Comisión, los Estados miembros aportarán toda la información que sea necesaria para la realización de la revisión.

4. El intercambio de documentos no podrá estar reservado”.

Respondía entonces esta regulación contenida en la 1ª Directiva Postal Comunitaria (1.997) a la finalidad declarada de coadyuvar, mediante el establecimiento de una serie de servicios reservados al Operador proveedor del Servicio Postal Universal (SPU) en cada Estado miembro, a la realización de una liberalización gradual y controlada en la UE del Sector Postal, sin menoscabo en los niveles de calidad de prestación del Servicio.

El art. 8 que completa el mismo Capítulo (3) de esta 1ª Directiva Postal (97/67/CE), añade que “las disposiciones del artículo 7 se entienden sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de organizar la instalación de buzones en la vía pública, la emisión de sellos de correos y el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos

judiciales o administrativos con arreglo a su Derecho interno”.

En este caso, se reconoce expresamente el derecho de los Estados miembros de “organizar (...) el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos...” incluyendo a dichos efectos *-naturalmente-*, el servicio de notificaciones (administrativas y judiciales), y “(...) con arreglo a su Derecho interno”.

La 3ª Directiva Postal -2.008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2.008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios-, en su Artículo 1 dice que “la Directiva 97/67/CE queda modificada como sigue:

(...)

7) El título del capítulo 3 se sustituye por el texto siguiente:

Financiación de los servicios universales.

8) El artículo 7 se sustituye por el texto siguiente:

Artículo 7

1. Los Estados miembros no podrán otorgar o mantener en vigor derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales (...).”

Del análisis detenido de lo dispuesto por ambas Directivas Comunitarias en este sentido se deprenden, al menos, tres consideraciones fundamentales:

1.- En ningún momento y bajo ningún concepto *-desde la efectiva liberalización del Sector Postal en el ámbito de la UE (01.01.2011, en España)-*, se reconoce o faculta a los Estados miembros capacidad para otorgar o mantener en vigor derechos especiales y/o exclusivos en orden al establecimiento y prestación de servicios postales. Y ello comprende, obviamente y como no podría ser de otra manera, la organización del servicio de correo certificado relativo a procedimientos judiciales o administrativos (notificaciones incluidas).

2.- El derecho reconocido a los Estados miembros consiste únicamente *-entre otros*

aspectos en organizar el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos, sin mencionar expresamente su necesaria extensión al servicio de notificaciones.

3.- Empero, se produce una remisión explícita al Derecho interno de cada Estado miembro para proceder a la regulación de desarrollo derivada de la normativa postal europea, según sus concretas especificidades y particularidades.

Y en materia legislativa postal interna, la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley Postal), Título III. "El servicio postal universal", Capítulo II. "Condiciones de prestación del servicio postal universal exigibles al operador designado por el Estado", Artículo 22. "Principios y requisitos de la prestación del servicio postal universal", en su apartado número 4, párrafo primero, indica que "la actuación del operador designado gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos, y sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Por el contrario, el segundo párrafo de esta disposición normativa (art. 22.4 *in fine*, Ley Postal) contempla que "las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Hay que observar, no obstante, que la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en España a que alude este precepto legal, es la Ley 39/2.015, de 1 de octubre.

Abundando en este mismo concepto de *fehaciencia* postal, el Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre (Reglamento Postal vigente), Título II. "Obligaciones de servicio público del operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal", Sección 2ª. "Admisión y entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales", en su Artículo 39. "Carácter fehaciente de la notificación", prescribe que "la entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador

al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción, sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado, cuyos efectos se regirán por las normas de derecho privado”.

Es decir, aunque el sistema legal que contempla la regulación sectorial en España (Ley y Reglamento, básicamente) permite practicar notificaciones a través de cualquier Operador postal que reúna las garantías exigidas, lo cierto es que no producen los mismos efectos las practicadas por otro Operador que las efectuadas por la entidad a la que se ha reconocido legalmente (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.) -*ex Disposición adicional primera LSPU*- este derecho especial y exclusivo. Y, en consecuencia, tanto el art. 22.4 de la LSPU como el art. 39 del RD 1.829/1.999 (Reglamento) atribuyen a ésta la constancia fehaciente de su recepción (esto es, pues, presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega), mientras que a las realizadas por otros Operadores postales tan solo se les reconoce los efectos propios derivados de la aplicación del Derecho privado.

Es evidente que la legislación doméstica (Ley y Reglamento postales) conceden al Operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) -*Correos, actualmente*-, exclusividad en la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción de notificaciones administrativas y judiciales -*tanto físicas como telemáticas*-, careciendo de la misma la actuación del resto de Operadores postales en España.

3.4. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD LEGAL

En pleno s. XXI y, con decidido apoyo en Internet, es público y notorio que ha aumentado exponencialmente la utilización de tecnología electrónica para comunicarnos. Así, diariamente enviamos correos electrónicos (e-mails), mensajes a través de WhatsApp o recurrimos a las redes sociales (Facebook, Twitter, Tuenti, Instagram, Telegram,...).

Todas estas formas actuales y modernas de comunicación conviven con otros medios tradicionales y más convencionales para entablar relaciones intersubjetivas, como la *correspondencia* (postal: cartas -*ordinarias, certificadas y entre estas últimas, las notificaciones*-; y telegráfica o telemática: fax, burofax, telegrama,...), que se siguen empleando cotidianamente para satisfacer determinadas necesidades.

Sin embargo, cuando se trata de acreditar *fehacientemente* el carácter probatorio de dichas comunicaciones interpersonales (administrativa, judicial o contractualmente,...) en cuanto se refiere a su forma y contenido, hay que distinguir legalmente unas de otras.

3.4.1. Carta certificada y Fax

El Reglamento Postal vigente (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre), Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo III. “Envíos y servicios postales”, Sección 1ª. “Clasificación de los envíos y servicios postales”, en su art. 13. “Envíos postales”, apartado número dos, dice:

“2. En el ámbito de aplicación de este Reglamento, se entenderá por:

A) Carta: Todo envío cerrado cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse, así como toda comunicación materializada en forma escrita sobre soporte físico de cualquier naturaleza, que tenga carácter actual y personal (...).”

De este modo, los caracteres propios distintivos de la carta como sistema o medio básico de comunicación en forma de *correspondencia* postal, son los siguientes:

- Envío cerrado;
- Cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse;
- Materializado en forma escrita sobre soporte físico de cualquier naturaleza; y
- Que tenga carácter actual y personal.

Asimismo, en su art. 14. “Servicios postales”, determina que “1. De acuerdo con las garantías que se otorgan al envío, los servicios postales se clasifican en: servicios de envíos generales, servicios de envíos certificados y servicios de envíos con valor declarado”, indicando al respecto que “(...) b) son servicios de envíos certificados los que, previo pago de una cantidad predeterminada a tanto alzado, establecen una garantía fija contra los riesgos de pérdida, sustracción o deterioro, y que facilitan al remitente, en su caso a petición de éste, una prueba de depósito del envío o de su entrega al destinatario”.

Finalmente, en el Título II, Capítulo II, Sección 1ª. “Prestación del servicio postal universal”, el art. 33. “Entrega de envíos postales a domicilio” de esta norma, contiene que:

“Todos los envíos postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal deberán ser

entregados en el domicilio que conste en la dirección postal.

Cuando se trate de envíos certificados o con valor declarado, sólo podrán entregarse, contra recibo, a los específicos destinatarios o a la persona autorizada, entendiéndose que están autorizados las personas indicadas en el artículo 32.1 del presente Reglamento”.

En cualquier caso, el resguardo de imposición del envío de una carta certificada no acredita el contenido de la misma. Por tanto, no puede probarse que el destinatario a quien va dirigida haya recibido lo que el remitente asegura haber enviado. Y es precisamente por ello, que el envío de una carta certificada no es un medio de comunicación *fehaciente*. Así, pues, hay que tener en cuenta que las cartas postales certificadas garantizan la entrega de algún documento, pero no su contenido concreto, por lo que es fácilmente desvirtuable de contrario.

Etimológicamente hablando, Fax es la abreviatura de facsímil que, a su vez, proviene de *facsímile*. Según el Diccionario de la RAE⁴¹⁶, deriva del latín *fac*, imperativo de *facere*, hacer; y *simile*, semejante, señalando dos acepciones en orden a su concreta definición o significado:

“1. Sistema que permite transmitir a distancia por la línea telefónica escritos o gráficos.

2. Documento recibido por fax”.

El verdadero problema que surge al enviar un *fax* radica en la absoluta imposibilidad material de acreditar la recepción de dicha comunicación, pues aunque el emisor disponga del comprobante (“reporte OK”) de que la misma se ha transmitido correctamente, no hay manera cierta de asegurar que el destinatario la haya recibido efectivamente. Así y, entre las posibles incidencias que pueden ocurrir, además de las de carácter técnico (fallo aparato emisor/receptor,...), cabe también *-entre otras muchas-* la posibilidad de que otra persona distinta del destinatario recoja el documento.

De esta forma, hay que concluir que el envío de un *fax* no equivale tampoco a la notificación *fehaciente* de una comunicación.

⁴¹⁶ En su vigesimotercera edición, octubre 2.014.

3.4.2. Burofax, Telegrama y otros medios electrónicos certificados

El Diccionario de la RAE *-en su vigesimotercera edición, octubre 2.014-*, da la siguiente definición de *Burofax* (marca registrada):

- “1. Servicio de fax, de valor fehaciente, en una oficina de correos.
2. Escrito o documento enviado por burofax”.

La manera de enviar un *burofax* es acudiendo a cualquier oficina de un Operador postal (Correos, Seur, MRW,...) o bien hacerlo mediante el acceso a través de plataformas de Internet habilitadas legalmente al efecto por los prestadores de este servicio (Operador postal público u otros Operadores postales alternativos).

El *Burofax* es un medio utilizado habitualmente para notificar *fehacientemente* determinadas comunicaciones, aunque también existen otras formas más tradicionales de hacerlo, como son el *Telegrama* con acuse de recibo y el *requerimiento notarial*. Por un lado, el *Telegrama* es un mensaje escrito que hoy en día se cursa y transmite vía electrónica, si bien adolece de limitaciones: no se pueden adjuntar documentos ni permite enviar textos de cierta extensión. Por otro, el *conducto notarial* da fe del contenido de la comunicación, certifica su recepción y permite adjuntar documentos y, si bien su coste en términos económicos y temporales es mayor, su valor probatorio es pleno y hay que reconocer que constituye el medio más seguro y garantista de todos los procedimientos legales actualmente existentes.

En todo caso y, para que surtan los efectos legales pretendidos en cuanto a demostrar indubitablemente la *fehaciencia* de la comunicación, ambos (tanto el *Burofax* como el *Telegrama*) deben realizarse necesariamente con certificación de contenido y acuse de recibo.

Además, hay que constatar que de un tiempo a esta parte se recurre cada vez más a medios electrónicos (e-mail o SMS certificados,...) para efectuar la notificación de comunicaciones con carácter *fehaciente* siendo admitidos, asimismo, estas vías de transmisión electrónica certificada por la jurisprudencia⁴¹⁷.

⁴¹⁷ ATS 2.501/2.013 (recurso nº 855/2.010), de 21 de marzo de 2.013; y STS 621/2.011 (recurso nº 307/2.008), de 20 de septiembre, entre otras muchas.

Sin embargo, ni el e-mail sin certificación por empresa autorizada, ni la mensajería instantánea (WhatsApp,...), se configuran como sistemas de comunicación *fehacientes*.

El e-mail no deja constancia de la recepción de la comunicación y, por extensión, no permite demostrar que el destinatario lo haya recibido. Y ello, porque la confirmación de entrega en la bandeja de entrada del destinatario no acredita que éste haya leído el mensaje, o quién lo ha recibido, o marcado como leído, resultando así imposible asegurar que sea verdaderamente la persona a la que efectivamente se dirige dicha comunicación.

El WhatsApp y demás tipo de mensajería presenta el inconveniente de su posible manipulación, puesto que en ninguno de estos casos queda constancia del contenido literal de la notificación, ni se puede probar que el destinatario de la misma lo haya recibido. Esto es, pues, sí se tiene certeza de la entrega, pero no se identifica si realmente lo recibió el destinatario finalmente.

En suma, la mensajería instantánea (WhatsApp, Instagram, Telegram,...), los SMS y los e-mails sin certificación, al tratarse de documentos privados y ser susceptibles de alteración y/o manipulación, solamente tendrían valor de prueba si no se impugnan.

El Tribunal Supremo (TS) reconoce el valor probatorio del correo electrónico certificado, a través del Auto dictado por la Sala 1ª (de lo Civil) nº 2.501/2.013 (recurso 855/2.010), de 21 de marzo, que marca un antes y un después en la valoración judicial y en el uso de comunicaciones electrónicas certificadas. Como el mismo TS afirma, el Auto viene a admitir mediante resolución judicial el valor probatorio del correo electrónico que, a pesar de ser habitualmente reconocido por los tribunales, en este caso cuenta con una característica adicional, que es precisamente la novedad que incorpora, “el hecho de que dicho documento electrónico se encuentra certificado electrónicamente por parte de un prestador de servicios de certificación, que certifica la emisión efectiva de la comunicación y el momento exacto, la recepción del mensaje, así como la integridad del contenido y la autenticidad del mismo, no habiéndose modificado desde el momento de su emisión, hasta el momento de su valoración en el juicio”.

Responde esto a lo previsto en la LEC (1/2.000, de 7 de enero), Título V. “De las actuaciones judiciales”, Capítulo V. “De los actos de comunicación judicial”, artículo 162. “Actos de comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares”, en su apartado número 1, que declara que “cuando las oficinas judiciales y las partes o los destinatarios de

los actos de comunicación están obligados a enviarlos o recibirlos por medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de que se hicieron, o cuando los destinatarios opten por estos medios, los actos de comunicación se efectuarán por aquellos, con el resguardo acreditativo de su recepción que proceda”.

3.4.3. Notificaciones administrativas en formato papel

En primer lugar, hay que advertir que las notificaciones judiciales no se rigen por la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (39/2.015, de 1 de octubre -LPACAP-), sino por el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre) y por normativa judicial propia (LOPJ). Coinciden ambos tipos de notificaciones en que *-en términos generales-* tienen dos intentos de entrega y aviso de recibo o Prueba de Entrega Electrónica (PEE), que sustituye cualquier prueba de entrega física para productos registrados (aviso de recibo o acuse de recibo) y permite recoger y hacer llegar al remitente de un envío la situación final de éste y, en algunos casos, sus estados intermedios, así como todos los datos referentes a su entrega (fecha y hora de la entrega, datos personales y firma del destinatario), devolución, rechazo o caducidad, y todo ello en formato electrónico. La principal distinción existente entre la entrega física de notificaciones administrativas y judiciales, reside en la práctica de las mismas en cuanto al concepto de hora distinta. Así:

- En las notificaciones no reguladas por la Ley 39/2.015 (judiciales), el segundo intento de entrega *-en su caso-* se realizará dentro de los tres días siguientes al primer intento efectuado y con una diferencia horaria de 60 minutos con respecto a aquél.
- Las notificaciones previstas por la LPACAP (administrativas), contemplan también un segundo intento de entrega cuando ello proceda pero, a diferencia de las judiciales, el art. 42.2 de esta norma dispone que “(...) en caso de que el primer intento se haya realizado antes de las 15 horas, el segundo intento deberá realizarse después de las 15 horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación”.

La LPACAP⁴¹⁸ (39/2.015, de 1 de octubre) *-que entró en vigor con carácter general*

⁴¹⁸ Cuya última modificación se ha producido por Real Decreto-ley 14/2.019, de 31 de octubre, por el
pág. 441

el 02.10.2016-, Título III, Capítulo II, en su art. 41. “Condiciones generales para la práctica de las notificaciones”, apartado número 1, determina que “las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía” aunque, en su segundo párrafo, afirma que “no obstante lo anterior, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónico en los siguientes supuestos.

a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.

b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante”.

Así y, como novedad, se reconoce expresamente la posibilidad de “practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración”, con objeto de “asegurar la eficacia de la actuación administrativa” -*ex art. 41.1 b) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*-.

En este sentido, Mayor Gómez⁴¹⁹ sostiene que “(...) tal y como está redactada la LPACAP, los empleados públicos, en el ejercicio de esta función notificadora asignada no tendrían una garantía y presunción de veracidad reforzada a semejanza de los trabajadores de la operadora del servicio postal universal designado, lo que resulta ilógico y puede ser cuestionado por los interesados ante los órganos judiciales; y por otro lado, únicamente los funcionarios públicos con condición de autoridad ostentarían una cierta presunción, que a estos efectos se podría cuestionar que fuera semejante, y, en todo caso, excluiría al resto de empleados públicos que no gocen de esa condición (personal laboral, eventual...)”, manifestando además dicho autor⁴²⁰ que “al margen de la reforma legislativa propuesta,

que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

⁴¹⁹ MAYOR GÓMEZ, R.: “La notificación administrativa en la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: novedades y cuestiones jurídicas controvertidas”, *GABILEX Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº 4, Toledo, Cuarto trimestre 2.015 (Diciembre), pág. 84.

https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160126/la_notificacion_administrativa_en_la_ley_39.pdf

⁴²⁰ *Ibidem*, pág. 85.

anteriormente apuntada, debiera explorarse por las Comunidades Autónomas introducir en sus legislaciones de desarrollo en materia de personal garantías para reforzar esta función por parte de los empleados públicos, en principio funcionarios públicos a tenor de la redacción de la LPACAP, asignándose expresamente esta función notificadora, atribuyendo la condición de autoridad a estos efectos, y tratando de fortalecer el ejercicio de estas funciones con fórmulas semejantes a las establecidas en el artículo 22.4 de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal”.

Cabe señalar, asimismo, que lo primero que llama la atención respecto de la regulación legal de las notificaciones en la norma citada (LPACAP), es que no contiene ninguna referencia específica a la realización de las mismas por medio del correo (esto es, mediante de la utilización de servicios postales), si bien se trata del sistema más comúnmente empleado para practicarlas, dado que establece que las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas (AAPP) para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligados a relacionarse electrónicamente con aquéllas, y que el medio elegido por la persona para comunicarse con las misma podrá ser modificado a su voluntad (ex art. 14.1 LPACAP).

De modo que, tal y como declara abiertamente esta Ley, las notificaciones se efectuarán preferentemente por medios electrónicos, salvo excepciones y, entre éstas, se encuentra la notificación por correo, que es el tipo de notificación que las AAPP realizan sirviéndose de los servicios postales.

El art. 41.1 LPACAP, en su párrafo tercero, prescribe que “con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma...”, constituyendo éstos los requisitos y exigencias comunes para admitir la validez legal del medio de notificación utilizado *-ya sea éste físico o electrónico-*, estableciendo este mismo párrafo, en su último inciso, que “(...) la acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.

Por su parte, en su aspecto formal, el Título II, Capítulo II, Sección 2ª, del Reglamento Postal (RD 1.829/1.999), en su artículo 40. “Admisión de notificaciones de

órganos administrativos y judiciales”, indica que “la admisión de notificaciones por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal requiere que en el envío conste la palabra *Notificación*, y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución) y la indicación *Expediente núm...* o cualquier otra expresión que identifique el acto a notificar”, expresando seguidamente que “estos envíos se acompañarán del documento justificativo de su admisión”.

De esta forma, las exigencias o condiciones que reglamentariamente señala la normativa sectorial en vigor en España para las notificaciones emitidas por órganos administrativos y judiciales y, a su vez, remitidas en formato físico por los servicios postales, son éstas:

- Que en el envío conste la palabra *Notificación*;
- Que indique debajo de la palabra *Notificación* el acto objeto de la misma (citación, requerimiento, resolución), en caracteres más pequeños;
- Que figure el número de expediente concreto o cualquier expresión que identifique el acto a notificar; y
- Que los envíos se acompañen del documento justificativo de su admisión.

Es, sin embargo, el art. 42: “Práctica de las notificaciones en papel” de la LPACAP donde se contiene actualmente la regulación de la entrega de las notificaciones administrativas en formato físico, de la siguiente manera:

“1. Todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria”.

Y, simultáneamente a esta vía (acceso a través de sede electrónica, de carácter voluntario para el destinatario), el apartado número dos de este precepto prevé que:

“Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma

cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes (...). Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44”.

Según dispone el art. 41 del Reglamento Postal relativo a las “Disposiciones generales sobre la entrega de notificaciones:

1. Los requisitos de la entrega de notificaciones, en cuanto a plazo y forma, deberán adaptarse a las exigencias de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por la Ley 4/1.999, de 13 de enero, de modificación de aquella sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

(...)”.

En este aspecto, el art. 59 de las normas citadas y anteriormente vigentes coincidía en esencia con la redacción del actual art. 42.2 (Ley 39/2.015) *-en su inciso primero-*, con la única diferencia de que entonces no se estipulaba límite de edad alguno para la persona que, encontrándose en el domicilio donde se practicase la notificación, se hiciese cargo del envío (y ahora se establece la edad mínima de catorce años para dicha recepción legal).

Además, el artículo (44 de la LPACAP) mencionado, que versa sobre la “notificación infructuosa”, estipula que:

“Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentado ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado.

Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado”.

La STS, de 8 de junio de 2.004⁴²¹ (Sala Tercera, recursos núms. 219/2.000 y 220/2.000), consideró que no eran conformes a Derecho y anuló todas las referencias que el RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre *-Reglamento Postal-* realizaba en los arts. 39 a 44 (a.i.) a la admisión y entrega de notificaciones de órganos judiciales, justificando dicha resolución declarativa de nulidad parcial en la omisión del preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) a la hora de proceder a su tramitación parlamentaria.

3.4.4. Notificaciones administrativas electrónicas

El art. 43 de la LPACAP configura el siguiente régimen legal relativo a la “Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos:

1. Las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo.

A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación.

2. Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

3. Se entenderá cumplida la obligación a la que se refiere el artículo 40.4 con la puesta a

⁴²¹ BOE núm. 191, de 1 de agosto de 2.004, página 28.599 (1 página). Referencia: BOE-A-2004-14709. <https://www.boe.es/boe/dias/2004/08/09/pdfs/A28599-28599.pdf>

disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única.

4. Los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso”.

Por otro lado, el art. 40.4 de la LPACAP aludido anteriormente, dispone que “(...) a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”.

Además, en su art. 41. “Condiciones generales para la práctica de las notificaciones”, apartado primero, párrafos 4 a 6, esta Ley previene que:

“Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos.

Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios necesarios.

Adicionalmente, el interesado podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos regulados en este artículo, pero no para la práctica de notificaciones”.

Existen notificaciones que “en ningún caso se efectuarán por medios electrónicos” (ex art. 41.2 de la LPACAP), y son las que a continuación se relacionan:

“a) Aquellas en las que el acto a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico.

b) Las que contengan medios de pago a favor de los obligados, tales como cheques”.

Igualmente, el art. 42.3 de esta norma legal expresa que “cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos”.

Hay que significar también que la propia LPACAP (en su art. 41, apartados 5, 6 y 7), recoge las siguientes disposiciones comunes aplicables a ambos tipos de notificaciones (físicas y electrónicas):

“5. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento.

6. Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

7. Cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquella que se hubiera producido en primer lugar”.

Es importante reseñar que la LPACAP, en su “Disposición derogatoria única. Derogación normativa”, apartado número 2, deroga expresamente *-entre otras normas-* la Ley 11/2.007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

De igual modo y, en relación con la entrada en vigor de esta Ley (39/2.015, de 1 de octubre), la Disposición final séptima afirma que “la presente Ley entrará en vigor al año de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”. Esto es, pues, contempla una amplia *vacatio legis* con carácter general, no estando vigente dicha norma hasta el 2 de octubre de 2.016. Y, en su segundo párrafo, esta Disposición asegura que “no obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de

empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2.018”.

Empero y hasta que, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición final séptima citada (en la redacción dada por el artículo sexto del Real Decreto-ley 11/2.018⁴²², de 31 de agosto-), produzcan efectos las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico -*que será a partir del día 2 de octubre de 2.020*-, se mantendrán en vigor los artículos relativos a las materias mencionadas.

La Exposición de Motivos de este Real Decreto-ley (11/2.018), en su apartado VI, justifica la modificación operada en la LPACAP en los siguientes términos:

“La Ley 39/2.015, de 1 de octubre, y la Ley 40/2.015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, suponen un cambio fundamental para las Administraciones Públicas en España, ya que establecen que la relación electrónica es la vía principal de tramitación de los procedimientos administrativos, lo que debe conducir a una administración sin papeles, transparente y más ágil y accesible para los ciudadanos y las empresas. La exigencia de una adaptación paulatina a este nuevo paradigma administrativo fue prevista por el legislador al determinar en la disposición final séptima de la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, un calendario específico de entrada en vigor de las novedades (...) que son especialmente trascendentes.

Sin embargo, la *vacatio legis* plasmada en dicha disposición final séptima se ha revelado insuficiente en la práctica para contar de forma simultánea con las condiciones que son presupuesto necesario para el cumplimiento de los ambiciosos objetivos perseguidos por ambas leyes.

(...)

Así, el desarrollo reglamentario que precisa el funcionamiento de algunos aspectos técnicos

⁴²² Real Decreto-ley 11/2.018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 214, de 4 de septiembre de 2.018. Referencia: BOE-A-2018-12131. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/08/31/11>

y procedimentales tales como las notificaciones, el registro de apoderamientos, los funcionarios habilitados o algunas cuestiones sobre los registros generales y archivos, debe adaptarse a lo señalado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2.018, de 24 de mayo. En particular, se requiere acordar entre las Administraciones Públicas competentes las opciones que permitan una verdadera interoperabilidad respetuosa con sus respectivos ámbitos de competencias. Este acuerdo será el marco para el diseño de los sistemas tecnológicos que han de dar soporte a los aspectos funcionales interoperables, que en el plazo actual de entrada en vigor no estarán adaptados a estas exigencias”.

La STC reseñada (55/2.018⁴²³, de 24 de mayo), resuelve el Recurso de inconstitucionalidad núm. 3.628/2.016, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LPACAP que versan sobre el régimen de competencias en el ámbito del procedimiento administrativo (nulidad de diversos extremos relativos a los registros electrónicos de apoderamientos; los principios de buena regulación y que identifican los títulos competenciales habilitantes para la aprobación de la Ley; inconstitucionalidad de distintos artículos que regulan la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria; interpretación conforme de la disposición relativa a la adhesión de las administraciones territoriales a las correspondientes plataformas y registros de la Administración General del Estado,...).

Sigue exponiendo el apartado VI del Real Decreto-ley 11/2.018, de 31 de agosto:

“En definitiva, la imposibilidad técnico-organizativa de concluir en los plazos inicialmente previstos los procesos de adaptación a la a la nueva realidad, obliga a ampliarlos en este real decreto-ley. Con ello, se trata de implantar estos instrumentos básicos del funcionamiento de la Administración conforme a los principios de eficacia administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos y de los operadores jurídicos y económicos en la tramitación de los procedimientos administrativos, que precisamente son los principios que persigue la Ley 39/2.015, de 1 de octubre.

Por todas las razones anteriores, se juzga urgente y necesario ampliar en dos años el plazo inicial de entrada en vigor de las previsiones de la disposición final séptima de la Ley

⁴²³ BOE núm. 151, de 22 de junio de 2.018, páginas 63.925 a 63.967 (43 págs.). Referencia: BOE-A-2018-8574. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-8574>

39/2.015 en lo relativo al registro electrónico de apoderamientos, el registro electrónico, el registro de empleados públicos habilitados, el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo electrónico, para garantizar que los operadores jurídicos, los ciudadanos y las Administraciones Públicas puedan ejercer plenamente sus derechos con plena seguridad jurídica y beneficiarse de las ventajas que el nuevo escenario está comenzando a proporcionarles”.

Declarando finalmente que:

“Esta ampliación del plazo permitirá de forma coordinada completar todos los aspectos jurídicos, organizativos, procedimentales y técnicos que compatibilicen la garantía plena del ejercicio de los derechos y la validez jurídica de los procedimientos, junto con el respeto del marco de distribución de competencias que consagra la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2.018, de 24 de mayo, antes citada”.

3.4.5. COVID-19 y entrega de notificaciones

Tras la publicación en el BOE e inmediata entrada en vigor del Real Decreto 463/2.000, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, Correos elaboró unas nuevas instrucciones operativas que implican una modificación de los procesos habituales de prestación del Servicio Postal Universal (SPU), como medidas de carácter extraordinario adoptadas ante la emergencia de la situación que tienen como objetivo salvaguardar la seguridad jurídica de los ciudadanos, cumplir con las obligaciones encomendadas en calidad de Empresa Pública al servicio del interés general y, sobre todo y más importante aún si cabe, proteger la salud pública, individual y colectiva, tanto de sus empleados en particular como de toda la ciudadanía y, de esta forma, colaborar activamente en la prevención para contener la expansión creciente de la pandemia y actuar con la máxima responsabilidad frente a la extrema gravedad de la misma.

Inicialmente (15.03.2020), el Protocolo operativo preventivo en esta materia diseñado por el Operador postal público de adaptación al Real Decreto de declaración del estado de alarma en España (RD 463/2.020) paralizó temporalmente el servicio de reparto de notificaciones (salvo las excepciones señaladas a continuación), dictando al respecto la siguiente instrucción:

“No se sacarán a reparto las notificaciones que estén en las unidades de reparto, y las que lleguen se almacenarán por fechas, hasta nueva orden. Las notificaciones que se encuentren ahora mismo pendientes de segundo intento y que superen los tres días de plazo, se *reiniciarán* para que se pueda realizar un nuevo primer intento cuando se den las condiciones para ello”.

Esto afectaba a todas las notificaciones en general, dado que los plazos legales de los procedimientos en curso *-administrativos y judiciales-* habían quedado suspendidos por el RD aludido en virtud de la declaración del estado de alarma, excepción hecha de las notificaciones referidas a procedimientos identificados como servicio esencial necesario:

- Los referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o bien que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios;
- Los que se refieran a los ámbitos de afiliación, la liquidación y la cotización de la Seguridad Social;
- Los relativos a los plazos tributarios en general, en relación con todas las Administraciones Públicas;
- Aquellos procedimientos en que, durante la vigencia del estado de alarma, el Gobierno decida que se revoca la suspensión de términos y plazos administrativos y judiciales.

Tanto en estos casos como posteriormente, cuando se activó y *reinició* la entrega del resto de notificaciones que habían quedado temporalmente suspendidas a causa del COVID-19, el método o sistema de entrega empleado por Correos consistía en recoger en la PDA⁴²⁴ (Personal Digital Assistant, o Ayudante Personal Digital) y en el aviso de recibo solamente los datos personales del receptor: nombre, apellidos y DNI, marcándose el envío en la PDA como “Sin firma”.

A esta realidad se ha referido González García⁴²⁵ cuando dice que “la pandemia

⁴²⁴ Se trata de un dispositivo ofimático de pequeño tamaño que combina un ordenador, teléfono/fax, Internet y conexiones de red. A las PDAs también se les llama coloquialmente “ordenadores de mano o de bolsillo”.

⁴²⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J.: “COVID 19 y entrega de notificaciones administrativas -Derecho administrativo, Procedimiento administrativo-”, *Global Politics and Law*, 25 de junio de 2.020.

COVID19 se ha manifestado en prácticamente todos los aspectos de la vida. Incluso, en la entrega de notificaciones administrativas. Un problema derivado de que la cercanía entre el cartero y el destinatario y la (aparente) necesidad de recoger su firma hace que se pueda ayudar a expandir la enfermedad”, comentando al respecto que “la Ley 39/2.015, del Procedimiento administrativo común, no indica nada específico sobre este aspecto concreto en el proceso de entrega de las notificaciones”, y añadiendo en este sentido que “la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal proporciona una regla interesante para evitar que se pueda producir el contacto entre destinatario y personal que efectúa la entrega física...”.

De modo que este autor⁴²⁶, planteando una interpretación particular y absolutamente *sui generis* tanto del art. 22.4 de la Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre) cuanto del art. 39 del Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre) -*preceptos, ambos, que ya han sido citados con anterioridad en esta misma Obra*-, sostiene abiertamente que “(...) nos encontramos con que la firma del personal de Correos, como operador designado, tiene el mismo efecto jurídico que la firma del destinatario...” Ahí es nada lo que sugiere sin ambages González García⁴²⁷: equivalencia jurídica de la firma del destinatario de la notificación a la firma del empleado del Operador postal que, única y exclusivamente en calidad de intermediario encargado del intento y/o entrega efectiva de la misma, presta este servicio de carácter público, afirmando seguidamente que “(...) aquí sí hay que señalar que sólo el personal encargado de la distribución de correspondencia en el *operador designado*, esto es el personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., quien dispone de este efecto jurídico especial”, configurándose de esta forma en su opinión en un derecho *ex lege* especial o exclusivo considerando así ciertos y veraces los hechos que dicho personal refleja y produciendo en definitiva y, bajo su criterio, los efectos privilegiados que el Derecho les confiere.

Continuando con la exposición de González García⁴²⁸, defiende que “esta solución, que proporciona una respuesta jurídica al conflicto que se ha planteado con anterioridad, no es, sin embargo, una solución desconocida entre nosotros. Es el personal de Correos el que deja constancia tanto de la imposibilidad de entregar la resolución y, al mismo tiempo,

<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/06/25/covid19-notificaciones-administrativas/>

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ Además de catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, actualmente Julio GONZÁLEZ GARCÍA ocupa el cargo de Secretario General y del Consejo de Administración de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.

⁴²⁸ Obra citada.

es el que acredita un hecho incluso más relevante y que tenemos asumido entre todos: la voluntad del particular de rehusar la resolución. Esta constatación de la voluntad que hace que el procedimiento se continúe sin su participación, en las condiciones que marca la Ley 39/2.015”, manteniendo que “(...) al igual que tiene efectos jurídicos para dejar constancia de la no recepción, puede acreditar la recepción de la notificación por la persona que la haya recogido y que se haya identificado, de acuerdo con las reglas generales que recoge la Ley 39/2.015...”.

Manifiesta⁴²⁹, asimismo, que “la acreditación por parte del personal de Correos es relevante a estos efectos. Nos encontramos, pues, ante una medida que lleva años recogida en el ordenamiento jurídico y que hasta ahora, no ha recibido toda su virtualidad (...). Y que hoy puede tener un efecto indirecto para impedir la propagación de la pandemia. Como tantas otras cosas, es algo que estaba ahí, en el ordenamiento jurídico, y a lo que la COVID 19 le ha proporcionado un nuevo impulso”.

Vayamos por partes en el análisis de este polémico razonamiento jurídico esgrimido, pues inevitablemente se presta a debate. Y, ello, con independencia del hecho de que provisional, excepcional y extraordinariamente, la adopción temporal de esta medida pudiera coadyuvar eficazmente al control de la crisis sanitaria emergente, pero esto debe hacerse siempre dentro del máximo respeto y cumplimiento de la legalidad imperante (y, en su caso, modificándola y/o adaptándola convenientemente, según proceda), por cuanto en Derecho es bien sabido que el fin no justifica los medios.

Se confunde en una especie de *totum revolutum*, a modo de conjunto indiferenciado, lo que por un lado implica dejar constancia (eso sí, presunta *-de veracidad y fehaciencia-*) del acto de intento infructuoso de la entrega de la notificación (por imposibilidad manifiesta y acreditada de llevarla efectivamente a cabo, entre otras, por las siguientes causas: destinatario desconocido, dirección incorrecta y/o incompleta, fallecido, ausencia en el domicilio en el momento de su práctica,...) *-para lo que el ordenamiento jurídico sí confiere en toda su extensión y amplitud dicha presunción (iuris tantum) a la actuación del Operador designado-*, con la recepción efectiva de la misma y/o su rehúse que, inevitablemente y muy por el contrario, implican una necesaria, inequívoca e indeclinable constatación del consentimiento o manifestación de voluntad de carácter personal del destinatario/interesado, para que el procedimiento instruido, comunicado y así notificado -

⁴²⁹ *Ibíd.*

en plazo y forma surta los pretendidos efectos jurídicos.

Además y, en primer lugar, hay que matizar que cuando se menciona al “personal encargado de la distribución de correspondencia en el *operador designado...*”, hay que entenderlo referido inexcusablemente al personal responsable de la entrega (funcionario, laboral y/o eventual,...), puesto que la distribución constituye una fase del circuito general de la *correspondencia* que se realiza por completo y de manera exclusiva en los locales e instalaciones del Operador postal.

En segundo término, conviene hacer expresa mención de toda la normativa sectorial vigente en la materia, de forma completa. Y, así, el propio Reglamento Postal citado, Título II. “Obligaciones de servicio público”, Capítulo II. “Obligaciones de servicio público del operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal”, Sección 2ª. “Admisión y entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales”, en su art. 41. “Disposiciones generales sobre la entrega de notificaciones”, enumera detalladamente y, sin lugar a duda razonable y/o interpretación peregrina alguna (siguiendo el famoso aforismo latino *in claris non fit interpretatio*), los siguientes requisitos formales exigidos reglamentariamente para constatar el efecto de validez legal en la entrega de las notificaciones:

“(...

3. Deberá constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación en los términos previstos en el párrafo anterior, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, aviso de recibo que acompañe dicha notificación, aviso en el que el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación”.

Como se puede apreciar claramente, de la literalidad de este precepto *-que no ha sido derogado, abrogado, modificado ni adaptado en modo alguno (temporal y/o parcialmente), por la normativa dictada con motivo de la crisis provocada por el COVID-19-* no se desprende excepción y/o exclusión de ningún tipo referida a la práctica de notificaciones administrativas y judiciales en formato físico por parte del Operador designado (esto es, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.), requiriéndose formalmente también en todo caso la “firma del interesado o persona que pueda hacerse

cargo de la notificación...”.

Cabe indicar que aparece el siguiente mensaje informativo sobre la incidencia del COVID-19 en el procedimiento de la entrega física de envíos registrados, y referido únicamente al producto *Burofax -pero no así en relación con la entrega del resto de productos certificados en general: Carta certificada, Notificaciones o Telegrama,...*- en la página Web⁴³⁰ de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.:

“Con motivo de las medidas extraordinarias de adaptación en Correos del RD 463/2.020 la entrega de los Burofax se realizará recogiendo los datos del destinatario, pero sin recoger su firma”.

Asimismo, el art. 42. “Supuestos de notificaciones con dos intentos de entrega” del Reglamento, establece que:

“(…)

4. Si estando en el domicilio la persona que pueda recibir la notificación, se niega a aceptarla y a manifestar por escrito dicha circunstancia con su firma, identificación y fecha en la documentación del empleado del operador postal, se entenderá que no quiere hacerse cargo de la misma, haciéndose constar este extremo en la expresada documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompaña a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

(…)

6. En todos los supuestos previstos en los párrafos anteriores, el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación y en el aviso de llegada si el mismo procede”.

Del apartado número 4 se deriva, evidentemente y, a *sensu contrario* que, para rehusarla y poder desplegar así todos sus efectos legales, debe manifestar por escrito con su firma dicha circunstancia “la persona que pueda recibir la notificación...”, pues si no se

⁴³⁰ https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-burofax_online-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

procede de esta manera, “se entenderá que no quiere hacerse cargo de la misma...”.

En el artículo 43. “Supuestos de notificaciones con un intento de entrega”, párrafo primero, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999) determina que “no procederá un segundo intento de entrega en los supuestos siguientes:

a) Que la notificación sea rehusada o rechazada por el interesado o su representante, debiendo hacer constar esta circunstancia por escrito con su firma, identificación y fecha, en la documentación del empleado del operador postal.

(...)”.

Así, pues, cabe colegir de este precepto sin lugar a duda alguna que para que la notificación adquiera la calificación jurídica de rehusada o rechazada y, por tanto, de lugar a la continuación del *iter* procedimental, debe hacerse constar por el interesado o su representante esta circunstancia “por escrito con su firma, identificación y fecha, en la documentación del empleado del operador postal”, sin que quepa añadir o suprimir *-en una suerte de interpretación interesada-* nada más al respecto del mismo.

Es, no obstante, en el segundo párrafo del art. 43, donde el Reglamento previene que “(...) el empleado del operador postal hará constar en la documentación correspondiente la causa de la no entrega, fecha y hora de la misma, circunstancias que se habrán de indicar en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación...”, disponiendo entonces expresamente esta norma: “(...) aviso en el que dicho empleado del operador postal hará constar su firma y número de identificación”.

Es decir, para que surta los efectos jurídicos pretendidos (notificación efectivamente practicada y, por ende, legalidad formal en el desarrollo del procedimiento instruido), se requieren 2 condiciones que deben producirse necesariamente de manera cumulativa y simultánea, y no alternativa y/o indistintamente *-pues consideradas independientemente por sí mismas cada una de ellas, no serían suficientes-*, a saber:

1.- Firma expresa del interesado/representante rehusando o rechazando la entrega de la notificación.

2.- Firma del empleado del operador postal, constatando dicha circunstancia que, en el caso

del personal del Operador postal público (Correos), se presume veraz y *fehaciente* (ex art. 22.4 Ley Postal).

Por último, el art. 44. “Entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos” del Reglamento Postal, establece:

“1. En el supuesto de entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos, se observarán las normas establecidas para la admisión y entrega de notificaciones en los artículos precedentes, con las peculiaridades establecidas en el presente artículo.

2. La entrega de notificaciones a las personas jurídicas se realizará al representante de éstas, o bien, a un empleado de la misma, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa.

3. La entrega de notificaciones a organismos públicos se realizará a un empleado de los mismos, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello del organismo público.

Asimismo, podrán entregarse en el Registro general del organismo público de que se trate, bastando, en este caso, la estampación del correspondiente sello de entrada en los documentos citados en el párrafo anterior”.

En cuanto se refiere a la práctica de la entrega de notificaciones físicas a personas jurídicas y/o a organismos públicos, se observa que el proceso es idéntico al general que rige para las personas físicas, a excepción en el caso de los organismos públicos de su entrega en el Registro del mismo *-si lo hubiera-*, pues bastaría la estampación del sello de entrada del propio ente público y sin necesidad de recabar la firma del empleado.

Al margen ahora de la consideración o no de funcionario y/o autoridad pública en este caso, la LPACAP, Título IV. “De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común”, Capítulo IV. “Instrucción del procedimiento”, Sección 2ª. “Prueba”, en su art. 77. “Medios y período de prueba”, apartado número 5, afirma que “los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que,

observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos, harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”, que encuentra su fundamento jurídico en la necesidad de atribuir valor probatorio a las declaraciones de ciertos empleados públicos (textualmente señala a “los funcionarios”) con objeto de que la Administración no vea dificultada la consecución de los legítimos fines que se persiguen con la potestad sancionadora (esto es, prevenir y reprimir conductas que lesionen bienes jurídicos protegidos), potestad de la que carecen, obviamente, los empleados de cualquier Operador postal *-público o privado-*.

En el siguiente epígrafe, dedicado al estudio de la Jurisprudencia, profundizaremos en esta misma cuestión apenas aquí esbozada.

En apoyo y justificación de toda su argumentación jurídica, González García⁴³¹ indica que “más aún, nos encontramos con que la propia Junta Electoral Central, en relación con el voto por correo en las elecciones del País Vasco y Galicia, que se celebrarán el próximo día 12 de julio, ha considerado que entra dentro de las formas de acreditar la recepción de la documentación electoral por parte de la ciudadanía”.

El 28 de mayo de 2.020 la Junta Electoral Central (JEC) adoptó el siguiente Acuerdo (56/2.020):

“La Junta Electoral Central, dada la actual situación extraordinaria derivada de la pandemia del COVID-19, para proteger el derecho a la salud del personal de Correos, el derecho a la salud de los propios votantes y ponderando los valores jurídicos en conflicto, ha resuelto que:

2. Respecto a la entrega de la documentación electoral del voto por correo al elector en su domicilio, regulada en el artículo 73.2 de la LOREG -interpretado excepcionalmente en consonancia con el artículo 22.4 de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, reguladora del Servicio Postal Universal-, el personal de Correos deberá comprobar la identidad de dicho elector mediante la exhibición por el mismo del D.N.I. o de cualquier otro documento oficial acreditativo de su identidad, debiendo anotar el número de dicho documento, dando fe de esa recepción personal, sin que en consecuencia sea imprescindible que el elector firme personalmente la entrega”.

⁴³¹ *Ibíd.*em.

En respuesta a la recomendación del Defensor del Pueblo, de fecha 11 de junio de 2.020⁴³² “de que se exija la firma del elector para la recepción de la documentación electoral del voto por correo y se revise por la Junta Electoral Central su Acuerdo 56/2.020 aprobado para las elecciones autonómicas de 17 de junio de 2.020”, la JEC emitió con fecha 25/06/2.020 el Acuerdo 91/2.020.

Dicho Informe de la JEC, hace referencia a la Resolución de 6 de mayo de 2.020⁴³³ del Congreso de los Diputados por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2.020, de 14 de marzo, que incluía los siguientes particulares:

“Séptimo.- Se acuerda la modificación por el Gobierno del Real Decreto 463/2.020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el sentido de añadir un apartado 1 bis al artículo 7 y una nueva disposición adicional, con el siguiente tenor:

“Artículo 7, apartado 1 bis. La vigencia del estado de alarma no supondrá obstáculo alguno al desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de Comunidades Autónomas”.

“Disposición adicional. El Gobierno, durante la vigencia del estado de alarma, dispondrá lo oportuno para que el servicio público de Correos, los fedatarios públicos y demás servicios de su responsabilidad coadyuven al mejor desenvolvimiento y realización de elecciones convocadas a Parlamentos de Comunidades Autónomas”.

Menciona también la Orden PCM/207/2.020⁴³⁴, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2.020, por el que se establecen obligaciones de servicio público al prestador del servicio postal universal en las elecciones que se convoquen durante 2.020.

Asimismo, este Informe señala que “el día 22 de mayo de 2.020, la JEC recibió otro escrito del Presidente de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. S.M.E planteando las cuestiones (...) a la hora de tramitar el voto por correo y aportaba algunas posibles

⁴³² Número de expediente: 540/33.

⁴³³ Publicada en el BOE de 9 de mayo.

⁴³⁴ BOE de 11 de marzo de 2.020. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/11/pdfs/BOE-A-2020-3437.pdf>

soluciones...”.

Las premisas que propiciaron el Acuerdo 56/2.020 adoptado por la JEC, fueron dos:

- Actual situación extraordinaria derivada de la pandemia del COVID-19.
- Interpretación excepcional del art. 73.2 de la LOREG en consonancia con el art. 22.4 de la Ley Postal.

Reconoce y resalta la JEC, en relación con la autorización para la celebración de procesos electorales en plena situación de crisis sanitaria y declaración de estado de alarma, que “(...) el Defensor del Pueblo no es ajeno al hecho de que, por los motivos que fueren, no se tuvo la cautela de efectuar las adaptaciones normativas necesarias para regular las especiales circunstancias que concurrían en su celebración”.

Y, respecto de las dudas suscitadas por la legalidad de la medida excepcional y extraordinaria adoptada, la JEC declara:

“En cuanto al carácter imprescindible de la firma del elector, la propia LOREG en su artículo 73.3 establece que la misma habrá de recogerse previa acreditación de la identidad del destinatario, exigiendo por tanto que la personalidad sea verificada de manera primordial - antes de que se estampe firma alguna- de manera análoga al procedimiento extraordinario dispuesto en este contexto de crisis sanitaria.

En consecuencia, la entrega de la documentación del voto por correo al elector en su domicilio tras haber comprobado el trabajador de Correos la identidad del mismo, debiendo anotar el número del documento oficial identificativo aportado y dando fe de esa recepción personal sin que sea imprescindible que el destinatario firma la misma, en ningún momento desvirtúa el carácter personalísimo de la entrega, ya que esa condición sería igualmente verificada (...).”.

En cualquier caso y, en mi opinión, éstas son las principales conclusiones a que puede llegarse:

- El procedimiento aprobado por la JEC para la entrega de la documentación electoral al destinatario, eximiendo de la obligación legal (ex LOREG) de exigir la firma personal del

mismo, responde a una situación extraordinaria y de naturaleza excepcional provocada por la pandemia del COVID-19, para la que aun no habiendo adoptado en tiempo y forma las preceptivas y pertinentes disposiciones normativas reguladoras de la materia electoral y, dada la existencia de un conflicto de intereses jurídicos que comprometían el *derecho fundamental* a la participación política mediante el legítimo ejercicio del sufragio activo (ex art. 23 CE), se optó *-insistimos nuevamente en ello: excepcional y temporalmente, con carácter extraordinario y sin solución de continuidad-* por aplicar dicha medida.

- En el supuesto de la entrega de las notificaciones físicas (o en formato papel) durante la declaración del estado de alarma (desde el 14 de marzo de 2.020, fecha de inicio) y que se ha mantenido inalterado y exactamente igual tras su finalización (a partir del 21 de junio de 2.020), la situación adquiere rasgos netamente diferenciales:

- Se ha producido una interpretación y aplicación unilateral y claramente sesgada de la normativa general vigente (art. 41.1 LPACAP que, en su párrafo tercero, establece: “(...) las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma...”) por parte del Operador público postal (Correos), que ha actuado como juez y parte en este proceso, sin tomar en consideración alguna lo expresamente estipulado al respecto en el ámbito estrictamente formal por el Reglamento sectorial actualmente vigente, adoleciendo y careciendo absoluta y completamente de adaptación y/o modificación habilitante alguna *-parcial, temporal y/o provisionalmente-* de la legislación general y/o sectorial en esta materia a cargo del legislador o del ejecutivo (en razón de la urgencia extraordinaria derivada del colapso sanitario) y que, consecuentemente, le diese el suficiente soporte jurídico.

- Dado que el Real Decreto 463/2.020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, tiene la naturaleza y consideración doctrinal de un auténtico “Reglamento de necesidad” *-por su carácter de temporalidad fruto de la urgencia que así lo legitima-*, si tal disposición hubiese previsto explícitamente la mencionada adaptación y/o modificación normativa relativa al procedimiento excepcional de entrega de las notificaciones administrativas (esto es, pues, sin firma del interesado), podrían considerarse *contra legem* los preceptos contenidos en el Reglamento Postal (arts. 41, 42 y 43) que la contraviniesen y, por tanto, inaplicables temporalmente en tanto en cuanto durase la situación de emergencia

preexistente. Sin embargo, esto no se ha producido y dicho Real Decreto únicamente se refiere, por una parte de una manera genérica al “(...) desenvolvimiento y realización de las actuaciones electorales precisas para el desarrollo de elecciones convocadas a Parlamentos de comunidades autónomas” (ex art. 7. 1. bis) y, por otra, aunque de modo más concreto, directo y específico, a que “el Gobierno, durante la vigencia del estado de alarma, dispondrá lo oportuno para que el servicio público de Correos (...) y los demás servicios de su responsabilidad coadyuven al mejor desenvolvimiento y realización de elecciones convocadas a Parlamentos de Comunidades Autónomas” (ex Disposición adicional séptima).

- Otorgar la misma validez legal (“efecto jurídico especial”) a la firma del empleado de Correos que a la firma del destinatario/interesado para acreditar la efectiva recepción y/o el rehúse de la notificación practicada, supone una extralimitación injustificada de las atribuciones conferidas que contraviene de raíz todas las bases del ordenamiento jurídico actualmente vigente en España, posibilitando de esta forma la continuación de un procedimiento administrativo y/o judicial que puede derivar en graves consecuencias para el administrado/interesado (económicas, sociales, penales,...), dejándole en una posición de absoluta indefensión -*proscrita por el art. 24.1 CE*- e invirtiéndose el *onus probandi* o carga de la prueba y deviniendo así en una auténtica *probatio diabolica* sin las debidas garantías procedimentales.
- En este sentido, el art. 47 LPACAP indica: “1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (...)” y, por su parte, el art. 48 del mismo cuerpo legal, preceptúa que “1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (...)”, disponiendo su apartado número dos: “No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.
- El Derecho admite excepciones a la norma o regla general, en determinados supuestos y siempre con las debidas garantías y cautelas legales, pero en ningún momento ni para caso alguno contempla que la excepción (casuística y temporal por esencia) se convierta en norma, adquiriendo carácter permanente y aplicación general.

3.5. JURISPRUDENCIA Y DERECHO EUROPEO COMPARADO

En este subepígrafe, se van a tratar dos aspectos fundamentales en torno al estudio analítico de las notificaciones administrativas:

- De una parte, cuestiones esenciales derivadas de la revisión de una Jurisprudencia consolidada en la materia (TS, TC, TJUE,...).
- De otra, regulación normativa de este servicio postal en otros Estados miembros de la UE.

Comenzando por la Jurisprudencia, se pretende realizar un breve recorrido por algunas de las Sentencias dictadas por distintos Tribunales (nacionales y europeos) que inciden de manera decisiva en la consideración y el tratamiento de las notificaciones como singular servicio postal.

En primer lugar, la STS 1.133/1.997, de 9 de diciembre de 1.997 (recurso núm. 3.105/1.993), en su FD Primero, párrafo cuarto, precisa que “fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa (...)”, señalando en este sentido que “...hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, pero éste pueda siempre tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen (...)”, y concluye manteniendo que “...se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario”.

Por otra parte, la STS 6.914/2.004⁴³⁵ (Sala Tercera, Sección 5ª), de 28 de diciembre de 2.004 (recurso de casación en interés de la Ley núm. 70/2.003), en su FD Cuarto, fija la siguiente doctrina legal:

“El procedimiento administrativo se desarrolla en función de un principio de garantía de los

⁴³⁵ BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2.004, página 41.828 (1 página). Referencia: BOE-A-2004-21649.

administrados y otro de eficacia de la Administración en una tensión dialéctica que en materia de notificaciones se manifiesta con especial intensidad. La primordial garantía de los interesados es tener conocimiento directo de las resoluciones que les afecten pero, a su vez, constituyendo la notificación de los actos administrativos (...) presupuesto para su eficacia, el legislador ha adoptado los mecanismos que en cada caso considera adecuados para vencer las situaciones derivadas de la imposibilidad de proporcionar a los interesados ese conocimiento...”, explicando así que “...por ello, el artículo 59.2 LPAC establece con carácter general que las resoluciones y actos administrativos se practicarán en el domicilio del interesado, y sólo tras dos intentos de notificación en ese domicilio sin que nadie se haga cargo de ella, se acude al arbitrio de la notificación edictal (art. 59.5 LPAC)”, ya que “la notificación por edictos es un mecanismo formal que no garantiza el efectivo conocimiento por el interesado del acto o resolución que le afecta por lo que sólo cabe aceptar su empleo como último recurso, cuando han resultado fallidos los dos intentos previos de notificación en el domicilio del interesado y cuando aquellas notificaciones se han practicado según lo preceptuado legalmente...”.

El primer párrafo del FD Quinto de esta STS, expresa que “la actual redacción del artículo 59.2 LPAC responde a la modificación de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, operada por la Ley 4/1.999, de 13 de enero. La Ley 30/1.992 autorizaba la práctica de la notificación por edictos tras un primer intento fallido de notificación en el domicilio del interesado. La reforma de dicho artículo es claro que obedece a la voluntad de incrementar las garantías del interesado al imponer una segunda notificación domiciliaria antes de acudir a la notificación por edictos. Sin embargo, así como regula con toda precisión el día en que ha de repetirse la notificación, en cuanto a la hora en que ha de producirse este segundo intento utiliza un concepto jurídico, el que sea en *hora distinta*, de una gran indeterminación”, fallando el TS “que, a efecto de dar cumplimiento al artículo 59.2 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1.999, de 13 de enero, la expresión en una hora distinta determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación”. Dispone el último párrafo del FD Quinto que “...la recepción de la notificación por el interesado en persona no es imprescindible, puede hacerse cargo de ella cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad”, dado que “...la ley no pretende con esa segunda notificación que sea el propio interesado quien se hará cargo de ella, sino que, en defecto de aquél, exista alguna persona en el domicilio que pueda recibirla, y considera que existe una mayor probabilidad de que esto ocurra si la notificación se practica en *hora distinta* a aquélla en que se intentó la primera (...)”.

Siguiendo en esta misma línea, la STS 513/2.019 (Sala Tercera), de 11 de abril de 2.019 (recurso de casación núm. 2.112/2.017), en su FD Quinto, alude a “la doctrina contenida en la sentencia dictada por esta Sala y Sección el 5 de mayo de 2.011 (casación núm. 5.671/2.011), indicando que “...en ella se efectúa una sistematización sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y este Tribunal Supremo sobre los casos en los que se debe o no se debe dar validez a las notificaciones...”, resaltando que “...se trata de una materia ciertamente casuística pero en la que se pueden establecer ciertos parámetros que permitan abordar (...) una cierta homogeneidad en su tratamiento”. De modo y manera que, en síntesis, se refiere a “algunas de las ideas principales que se destacan en orden a esa meta de homogeneidad”, resumiéndolas de la siguiente forma:

“- La notificación tiene una suma relevancia para el ejercicio de los derechos y la defensa de los intereses que se quieran hacer valer frente a una determinada actuación administrativa.

- La función principal de la notificación es precisamente dar a conocer al interesado el acto que incida en su esfera de derechos e intereses (...)", observando al efecto que "...lo que acaba de afirmarse pone bien de manifiesto que lo relevante para decidir la validez o no de una notificación será que, a través de ella, el destinatario de la misma haya tenido un real conocimiento del acto notificado", añadiendo a continuación que "las consecuencias finales de lo que antecede serán básicamente estas dos: que la regularidad formal de la notificación no será suficiente para su validez si el notificado no tuvo conocimiento del acto que había de comunicársele; y, paralelamente, que los incumplimientos de las formalidades establecidas no serán obstáculo para admitir la validez de la notificación si ha quedado debidamente acreditado que su destinatario tuvo un real conocimiento del acto comunicado".

Al final, advierte dicha STS que “con base en las anteriores ideas se subraya la necesidad de diferenciar situaciones y sentar respecto de ellas algunos criterios; una diferenciación que principalmente conduce a lo que continúa:

- Notificaciones que respetan todas las formalidades establecidas: en ellas debe de partirse de la presunción *iuris tantum* de que el acto ha llegado tempestivamente a conocimiento del interesado, pero podrán enervarse en los casos en que se haya acreditado suficientemente lo contrario.

- Notificaciones que han desconocido formalidades de carácter sustancial (entre las que deben incluirse las practicadas a través de un tercero, en un lugar distinto al domicilio del interesado): en éstas ha de presumirse que el acto no llegó a conocimiento tempestivo del interesado y le causó indefensión; pero esta presunción admite prueba en contrario cuya carga recae sobre la Administración, una prueba que habrá de considerarse cumplida cuando se acredite suficientemente que el acto llegó a conocimiento del interesado.

- Notificaciones que quebrantan formalidades de carácter secundario: en las mismas habrá de partir de la presunción de que el acto ha llegado a conocimiento tempestivo del interesado”.

Asimismo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 312/2.013, de 24 de julio, desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la decisión de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se excluyó la oferta de UNIPOST, S.A. del procedimiento de adjudicación del contrato de *Prestación de Servicios Postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (excepto Dirección General del Catastro) y Organismos Públicos*, por no ser conforme a Derecho.

Posteriormente, la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 9 de julio de 2.014⁴³⁶, estima el mismo y anula dicha resolución así como también la de la Junta de Contratación que confirma, acordando la admisión de la oferta de UNIPOST, S.A., dictaminando proceder a tal fin y a todos los efectos a la retroacción de las actuaciones.

Finalmente, la STS 5.395/2.015, Sala Tercera (recurso de casación núm. 3.156/2.014), de 10 de diciembre de 2.015, tras casar y anular la Sentencia de la Audiencia Nacional referida, vino a confirmar la Resolución del TACRC (312/2.013, de 24 de julio), en la que se afirma:

“**Séptimo.** Con respecto de la segunda alegación, es decir, la que afecta al fondo del acuerdo de exclusión, debemos distinguir dos aspectos. En primer lugar, la recurrente argumenta en contra de la atribución del carácter fehaciente a los actos del operador del servicio postal universal designado por considerarlo discriminatorio, al no gozar de esta

⁴³⁶ Dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 262/2.013.

eficacia los actos de cualquier otro operador.

Esta cuestión ya ha sido tratada por el Tribunal, tal como acertadamente dice en su informe el órgano de contratación, en la resolución 264/2.013 (...).

Al respecto, es necesario destacar que el carácter fehaciente de las actuaciones, sean administrativas o meramente privadas, no es una cualidad intrínseca de los actos ni de los procedimientos utilizados, sino una condición atribuida por la Ley.

El Código Civil es suficientemente explícito en este extremo. En efecto, el artículo 1.216 considera como documentos públicos *los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*, lo que atribuye una especial eficacia, pues, de conformidad con el artículo 1.218, *los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.*

Como dijimos en la resolución 235/2.013, antes citada, *la discriminación en cuanto al carácter fehaciente de las notificaciones se debe exclusivamente a una disposición (...) ajena a la regulación de la contratación pública y plenamente en vigor. En consecuencia, no son los pliegos impugnados los que discriminan a la recurrente, si es que tal discriminación existiera, sino una disposición legal la que establece distinto modo de producir el efecto indicado en función de cual sea el operador que realice la notificación. Pero no se olvide que esta diferenciación, en absoluto, puede ser interpretada en el sentido de que a los operadores no designados se les niegue la posibilidad de dotar de efecto fehaciente a sus notificaciones, sino que, de conformidad con el artículo 39 citado, dicho efecto lo conseguirán siguiendo para ello las pautas marcadas en el derecho privado.*

Octavo. La cuestión relativa a la necesidad de que los actos de notificación, en especial en lo relativo a la devolución de las notificaciones que no hayan sido entregadas a su destinatario, tengan la condición de fehacientes es también objeto (...) de impugnación desde otro enfoque.

(...)

Ante todo, es preciso señalar que la necesidad de exigir en la práctica de las notificaciones

el uso de medios que permitan al órgano administrativo que las efectúa tener constancia cierta de su realización, reside en la propia naturaleza del sistema. La notificación es condición de eficacia del acto administrativo y, por tanto, constituye el fundamento sobre el cual se construye la actuación que el órgano autor del acto administrativo notificado, debe llevar a cabo con posterioridad a ésta. Si no es posible acreditar de modo fehaciente la práctica adecuada de la notificación, los actos posteriores a la misma carecerán del necesario soporte, tanto desde el punto de vista lógico como jurídico.

Esta circunstancia justifica la exigencia del cumplimiento del requisito indicado en el pliego de cláusulas (...). Pero además, esta simple circunstancia justifica, asimismo, la exigencia de una constancia indubitada de tal forma que al órgano administrativo le conste sin posible discusión, desde el punto de vista legal, la realización de la notificación o la imposibilidad de llevarla a efecto. Pues bien, el problema que tal exigencia trata de resolver, queda resuelto *de iure*, en el caso del operador designado del servicio postal universal porque la Ley le atribuye a sus actuaciones, en el campo de las notificaciones administrativas, este carácter fehaciente. Por el contrario, en el caso de los restantes operadores, se requiere del cumplimiento de los requisitos propios que el derecho privado prevé al efecto, para que sus actuaciones tengan la máxima eficacia probatoria.

Sentado cuanto antecede (...), hemos de reconocer que al ofrecer UNIPOST, S.A. como medio fehaciente de acreditar el rechazo de las notificaciones el mismo procedimiento empleado por CORREOS, S.A., queda incumplido el requisito en cuestión puesto que sus actuaciones en este campo carecen del efecto fehaciente que la Ley atribuye a las de CORREOS, S.A. como operador designado.

De todo ello, no cabe sino concluir que la recurrente, al no ofrecer otro medio fehaciente de acreditar la realización o no realización de las notificaciones, no ha acreditado el cumplimiento de las condiciones exigidas en el pliego en relación con este extremo y, por consiguiente, debe ser inadmitida su oferta”.

En su oposición a la interposición de sendos recursos de casación (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., y Administración General del Estado), UNIPOST, S.A. propuso al TS en *OTRO SÍ DIGO* que “al amparo de lo dispuesto por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si albergare dudas al respecto, (...) plantee ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, **cuestión de carácter prejudicial** sobre si el artículo 7.1 de la Directiva 2.008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de febrero de

2.008, por la que se modifica la Directiva Postal en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios, debe interpretarse en el sentido que los Estados miembros pueden otorgar, en exclusiva, al operador postal designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, un derecho especial o compensatorio consistente en concederle la presunción de veracidad y fehaciencia para la distribución y entrega de notificaciones administrativas en interés de las Administraciones Públicas”. EL TS, en pleno ejercicio de su legítima competencia, declinó proceder a plantear dicha *cuestión de carácter prejudicial* ante el TJUE.

Es sumamente ilustrativa en la materia esta STS 5.395/2.015, de 10 de diciembre. Y, por ello, a continuación se extracta el contenido de los FD Sexto a Noveno (a.i.), que reflejan el sentido de la misma:

“**SEXTO.**- Es fundada la incongruencia omisiva y falta de motivación que ha sido denunciada en el primer motivo de los recursos de casación.

Lo es porque, efectivamente, la sentencia recurrida apreció indebidamente, como cuestión principal debatida, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aplicable al contrato litigioso imponía al adjudicatario la exigencia de tener reconocida *fehaciencia* en su actuación notificadora y que la exclusión de su oferta tuvo su causa en carecer de dicha calidad; cuando la realidad, según resulta de las actuaciones, era esta otra: que la cláusula (...) no exigía esa polémica *fehaciencia* sino algo distinto (Disponer de sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones o de las certificaciones en soporte papel); y que la exclusión de la oferta de UNIPOST lo fue por no aportar un sistema de constancia del rehúse o imposibilidad de la entrega que permitiera suplir, a los efectos de probar con la eficacia exigible en las notificaciones administrativas a que se refería el contrato, las ventajas que conlleva la *fehaciencia* del agente notificador.

(...)

SÉPTIMO.- Abordando ya esa controversia principal del actual litigio, debe decirse que está constituida por estas dos cuestiones: (I) si la *fehaciencia* reconocida para la práctica de las notificaciones de órganos administrativos en el artículo 22.4 de la Ley 43/2.010 al operador designado para la prestación del servicio postal universal (actualmente la SOCIEDAD

ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.) es o no justificada; y (II) si las Administraciones públicas españolas, en razón de las ventajas inherentes a esa *fehaciencia*, pueden, al amparo de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 97/67/CE, adoptar medidas organizativas dirigidas a asegurar en las notificaciones administrativas la presencia de esas ventajas.

La respuesta a uno y otro interrogante tiene que ser afirmativa por lo que seguidamente se explica.

OCTAVO.- En lo que hace a la primera de las dos cuestiones antes apuntadas, ha de decirse que la meta de eficacia que para la actuación de las Administraciones públicas proclama el artículo 103.1 de la Constitución impone establecer los medios para que dicha actuación no pueda quedar obstaculizada bien por la resistencia o negativa de alguno de los interesados a recibir la notificación administrativa que les sea dirigida, o bien por la imposibilidad de localizarlos (...).

También ha de subrayarse que la constancia del rechazo de la notificación, para que pueda tener el valor de prueba eficaz, deberá provenir de un órgano inserto o dependiente de la Administración pública a quien la Ley confiera *fehaciencia* en su actividad notificadora; y, de no ser así, por haber sido encomendada la notificación a una empresa privada, no bastará con la documentación que unilateralmente ésta haya confeccionado o con la simple manifestación de sus interesados, pues para asegurar la imparcialidad u objetividad de los justificantes del rechazo o la imposibilidad de la notificación será necesario que éstos sean acompañados de las declaraciones de un tercero ajeno a dicha empresa privada.

Y lo que se deriva de lo anterior es lo siguiente: (a) que la *fehaciencia* reconocida a órganos o entidades dependientes de la Administración pública (*CORREOS* tiene esa dependencia por su condición de sociedad estatal) no es un privilegio injustificado o arbitrario sino un mecanismo dirigido a asegurar el principio constitucional de eficacia administrativa); y (b) que el reconocimiento de esa *fehaciencia* únicamente a órganos de la Administración Pública o a entidades directamente dependientes de ella está relacionado con el principio de objetividad que debe regir en toda actuación administrativa por imperativo del antes citado artículo 103.1 de la Constitución.

NOVENO.- Por lo que se refiere a la segunda de esas dos cuestiones que han sido enunciadas, también debe responderse en sentido afirmativo que las Administraciones

públicas españolas, en razón de las ventajas inherentes a esa *fehaciencia*, pueden, al amparo de lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 97/67/CE, adoptar medidas organizativas dirigidas a asegurar en las notificaciones administrativas la presencia de esas ventajas.

Y ha de señalarse que estas medidas organizativas, cuando se opte por contratar el servicio de notificaciones administrativas, podrán consistir en una de estas dos: (a) utilizar el procedimiento negociado previsto en la legislación de contratos públicos para elegir un licitador que reúna esa *fehaciencia* de que se ha venido hablando (fue el caso resuelto en la sentencia de 10 de junio de 2.015 dictada por esta Sala y Sección en la casación 1.374); o (b) utilizar un procedimiento abierto no sólo limitado a licitadores que tengan reconocida esa *fehaciencia*, pero con la exigencia de que quienes carezcan de esa calidad ofrezcan un sistema de constancia que, en lo que se refiere a la prueba del rechazo o imposibilidad de la notificación, supla las ventajas que son inherentes a la *fehaciencia* con parecidas cotas de eficacia y mediante elementos de prueba ajenos a la documentación unilateral de la empresa o al testimonio de sus empleados”.

Conviene citar a este respecto, igualmente, el Acuerdo 53/2.018⁴³⁷, de 6 de julio de 2.018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve en sentido desestimatorio el recurso especial interpuesto por “RECERÇA I DESENVOLUPAMENT EMPRESARIAL, S.L.”, frente a su exclusión en la licitación denominada “Servicios postales relacionados con la correspondencia ordinaria, certificada y notificaciones administrativas”, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza y que, en el FD Tercero de su Resolución, párrafo segundo, expone que “por su parte, el órgano de contratación considera que, para que la notificación surta efecto, ha de quedar constancia de la misma y que, ante los supuestos de imposibilidad de entrega o rehúse de aquélla, el sistema descrito por la recurrente -en que la intervención de un tercero ajeno se limita al sellado de tiempo y no a las demás circunstancias que deben reflejarse en el acto de notificación- entiende que no es suficiente para acreditar la constancia, que no fehaciencia, de la misma”.

No obstante, es importante considerar el Informe⁴³⁸ emitido con fecha 25 de junio de 2.014 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), a solicitud

⁴³⁷ RE 028/2.018, pág. 8.

⁴³⁸ Informe sobre los Pliegos del Contrato de Servicios Postales de la Administración General del Estado (FASE I) -INF/DP/0012/14-.

de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (DGRCC) sobre los pliegos del contrato de servicios postales de la Administración General del Estado (AGE), en cuanto a las observaciones incluidas ya entonces en el mismo y relativas a la valoración del requisito de *fehaciencia* en este ámbito, planteando sobre la exigencia de que las notificaciones y administrativas deban ser fehacientes dos cuestiones diferentes:

- Por un lado, la capacidad distorsionadora de la presunción legal de *fehaciencia* que la LSPU atribuye a un operador;
- Por otro, la consideración del procedimiento de notificación utilizado como un criterio de adjudicación.

Y la CNMC señala determinadas medidas para minimizar los efectos de esa presunción legal de *fehaciencia*, concretamente:

“a. cambiar el enfoque de forma que se afirme en primer lugar, y no como una afirmación tangencial, que los operadores pueden llevar a cabo dichas notificaciones siempre que cumplan con lo recogido en las leyes troncales de procedimiento.

b. afirmar con claridad que la acreditación de la fehaciencia por parte de cualquier operador será valorada en igualdad de condiciones que la presunción de fehaciencia del operador designado prestador del servicio universal.

c. exigir al operador designado prestador del servicio universal que presente el mismo detalle de información sobre su procedimiento de notificación que el exigido al resto de licitadores, con independencia de la aplicación de la presunción señalada.

d. realizar la Administración contratante un esfuerzo por describir con claridad, objetividad y transparencia los elementos que acreditarían la fehaciencia de la notificación en ese procedimiento, de cara a que los operadores puedan realizar los ajustes de adaptación oportunos”.

En contestación a dicho Informe de la CNMC, la DGRCC del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, evacúa Nota⁴³⁹ alusiva realizando las siguientes

⁴³⁹https://contratacioncentralizada.gob.es/documents/11614/0/Respuesta%20DGRyCC%20a%20IN FDP001214%20CNMC_Postales/50dc4800-83d4-416f-a522-5ac4e930f3bd, págs. 2-3.

consideraciones:

“Estas medidas que plantea la CNMC no pueden ser atendidas, dado que los pliegos no señalan ninguna discriminación a favor del operador designado para la prestación del servicio postal universal.

Por ello, introducir específicamente que todos los operadores pueden realizar las notificaciones, que la fehaciencia se valorará en igualdad de condiciones o que el operador designado tendrá que acreditar cual será el procedimiento de notificación como el resto de operadores, son cuestiones consustanciales a un procedimiento de contratación que debe regirse por los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos no siendo necesario ni útil incluir en los pliegos menciones específicas en relación con un potencial licitador.

Una última recomendación menciona la delimitación de los elementos que acreditan la fehaciencia. El requisito de fehaciencia es un término jurídico de conocimiento general, por lo que no procede una explicación relativa al mismo.

Respecto a su utilización como criterio de adjudicación, debe resaltarse que no se ha incluido como tal sino como obligación de la prestación del servicio en el PPT, de tal forma que no se valora la fehaciencia, que se tiene que producir en todo caso ya que si no es un incumplimiento de un aspecto esencial de la prestación del servicio que conduce a su no valoración, sino el procedimiento. Si se trasladara a requisito de solvencia se estaría exigiendo que a fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas se dispusiese de ese sistema, lo cual entendemos restrictivo”.

En este ámbito, Corvinos Baseca⁴⁴⁰ recuerda que “el TS, en la Sentencia 1.645/2.018, de 10 de mayo (recurso de casación núm. 306/2.016), resolviendo uno de los muchos conflictos planteados por la prestación de este servicio postal de notificación administrativa, ha interpretado que éste no forma parte del servicio universal. Estos conflictos son la consecuencia lógica del proceso de liberalización del servicio postal, que está dando lugar a una pugna entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.

⁴⁴⁰ CORVINOS BASECA, P.: El servicio de notificación de actos administrativos como servicio postal universal: incidencia en la contratación administrativa de este servicio (II), Zaragoza, 19 de octubre de 2.019. <http://pedrocorvinosabogado.es/el-servicio-de-notificacion-de-actos-administrativos-como-servicio-postal-universal-incidencia-en-la-contratacion-administrativa-de-este-servicio-ii/>

(Correos), que es la entidad que con distintas formas jurídicas ha venido prestando los servicios públicos postales y pretende no perder su cuota de mercado, y las distintas empresas interesadas en entrar en el mercado de estos servicios”.

Añade este autor⁴⁴¹ que “en el caso resuelto en la Sentencia 1.645/2.018, el origen del conflicto es una instrucción de Correos del año 2.010, en la que decide que a partir de aquel momento...*los envíos de correspondencia remitidos por las Administraciones Públicas que requieran constancia de su entrega a destinatario y sean depositados en la red postal de Correos por operadores postales y empresas consolidadoras, serán considerados por Correos desde su admisión, como envíos de cartas certificadas...*Es decir, Correos se niega a que otras empresas utilicen su red para prestar el servicio de notificación administrativa. La asociación de empresas de reparto de correspondencia, solicitó a la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) la anulación de esta instrucción y el inicio de un procedimiento sancionador a Correos. El argumento utilizado por esta asociación era fundamentalmente que el servicio de notificación administrativa era un servicio postal universal -artículos 20 y 21 de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal (LSP)-, por lo que el operador designado para su prestación (Correos) debería prestarlo a instancia de los demás operadores postales, conforme a lo establecido en el artículo 45 LSP. Lo que pretendían estas empresas de reparto de correspondencia era, en resumen, que se considerase el servicio de notificación administrativa como un servicio postal universal, para tener derecho de acceso a la red postal de Correos y poder prestar el servicio. La solicitud fue rechazada por la CNSP y desestimado por la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la CNSP”.

En este mismo aspecto y, recientemente, la STJUE (Sala Quinta)⁴⁴², de 16 de octubre de 2.019, Asuntos acumulados C-4/18 y C-5/18 (procedimiento prejudicial -fiscalidad- sistema común del impuesto sobre el valor añadido: IVA -Directiva 2.006/112/CE- artículo 132, apartado 1, letra a) -exenciones aplicables a ciertas actividades de interés general- servicios públicos postales -Directiva 97/67/CE- proveedor de servicio postal universal -operador privado que presta un servicio de notificación formal de documentos que provienen de órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas-), en su *Fallo* declara:

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² DO C 423, de 16.12.2019.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2019.423.01.0004.02.SPA&toc=OJ:C:2019:423:FULL

“Los artículos 2, punto 13, y 3 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1.997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, en su versión modificada por la Directiva 2.008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2.008, deben interpretarse en el sentido de que proveedores del servicio de distribución de correspondencia como los controvertidos en los litigios principales, que, en su condición de titulares de una licencia nacional que los autoriza a ofrecer dicho servicio, están obligados a llevar a cabo, de conformidad con las disposiciones del Derecho nacional, la prestación de notificaciones formales de documentos que provienen de órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas, deben considerarse *proveedores de servicio universal* en el sentido de dichas disposiciones, de modo que dicha prestación debe estar exenta del impuesto sobre el valor añadido como prestación de los servicios efectuados por los *servicios públicos postales* en virtud del artículo 132, apartado 1, letra a), de la Directiva 2.006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2.006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido”.

Por su parte, la Directiva 2.006/112/CE⁴⁴³, Título IX. “Exenciones”, Capítulo 2. “Exenciones aplicables a ciertas actividades de interés general”, establece en su art. 132, apartado 1. “Los Estados miembros eximirán las operaciones siguientes:

a) las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias de las mismas realizadas por los servicios públicos postales, con excepción de los transportes de pasajeros y de las telecomunicaciones;

(...)”.

Al hilo de esta STJUE que acabamos de comentar, Corvinos Baseca⁴⁴⁴ realiza una serie de consideraciones sobre la incidencia de su aplicación *-especialmente en la contratación por parte de las Administraciones Públicas del servicio postal de notificación administrativa-* y que, a continuación, procedemos a exponer:

“La primera consecuencia es que las empresas que lo presten tengan derecho de acceso a la red postal de Correos. Es decir, podrán hacerlo en las condiciones, entre otras económicas, establecidas en el contrato tipo de acceso a la red postal al que se refiere el

⁴⁴³ DO L 347, de 11.12.2006, págs. 1-118 <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/112/oj>

⁴⁴⁴ Obra citada, pág. 3.

artículo 45 LSP.

Previsiblemente deberá modificarse el contrato tipo de acceso a la red postal, aprobado mediante Resolución de la CNMC de 25 de abril de 2.018, dado que no incluía el servicio de notificación administrativa. Las Administraciones públicas que contraten este servicio, deberían tener en cuenta todo esto al decidir el procedimiento de adjudicación y al establecer los requisitos de solvencia técnica. Y deberían tener en cuenta también las medidas que la CNMC propone para minimizar la capacidad distorsionadora de la competencia provocada por la presunción legal de fehaciencia de las notificaciones practicadas por Correos en los casos de rehúse o imposibilidad de entrega.

La segunda consecuencia, se refiere al precio del contrato de prestación de este servicio. Parece lógico que las Administraciones públicas contratantes, a la hora de determinar el precio del contrato y la ponderación de éste como criterio de adjudicación, tengan en cuenta lo establecido en los artículos 34 y 35, ambos LSP. El artículo 34 establece que los precios de los servicios que forman parte del SPU *deberán ser asequibles, transparentes y no discriminatorios y fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio, de modo que ofrezcan incentivos para la prestación eficiente del mismo*. Y el artículo 35, referido a los descuentos y precios especiales a los usuarios, dispone en el apartado 1 que: *Cuando el operador designado para la prestación del servicio postal universal aplique descuentos a los remitentes de envíos masivos de correo, en la prestación de los servicios para los que ha sido designado, deberá respetar los principios de transparencia y no discriminación, tanto en lo que se refiere a los precios como a las condiciones asociadas*. Y añade en el apartado 3 que: *La Comisión Nacional del Sector Postal (CNMC) verificará que los precios especiales y los descuentos no supongan incremento de las necesidades de financiación del Servicio Postal Universal y de la carga financiera injusta compensable al operador designado*".

En cuanto a la fijación del precio en los respectivos contratos, este autor⁴⁴⁵ plantea que:

"Para saber cómo determinar de los contratos de prestación de servicios incluidos en el SPU y, sobre todo, los descuentos que se suelen aplicar a las Administraciones públicas contratantes, es muy recomendable atender a las consideraciones que hace la CNMC en las Resoluciones que revisan los precios de los servicios postales prestados bajo régimen

⁴⁴⁵ *Ibídem*.

de obligaciones de servicio público. La última es la Resolución de 10 de enero de 2.019, que aprueba la revisión de estos precios para el año 2.019. Vuelve a dejarse claro en esta Resolución que los descuentos que el operador designado aplique a los grandes clientes, como suelen ser las Administraciones públicas, deberán fijarse teniendo en cuenta los costes reales del servicio, frente a los que pretende Correos. Entre otras razones, porque el no orientar los descuentos a los costes incide de forma directa en las condiciones de la competencia. Se argumenta en esta Resolución de la CNMC que *dado que Correos compite en un marco liberalizado y simultáneamente recibe financiación pública para compensar las pérdidas registradas por los servicios a esos clientes (grandes clientes). Esta Sala sigue considerando, tal y como expuso en las anteriores Resoluciones al respecto, que el control de los precios que pagan estos clientes es absolutamente esencial para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en este mercado, de acuerdo con el artículo 1.2 de la LCNMC. Este control tiene por objetivo garantizar que todos los operadores de este mercado puedan competir en iguales condiciones. Es decir, la finalidad es garantizar que Correos no aplica a esos clientes los descuentos necesarios para retenerlos (o recuperarlos) y expulse a cualquier competidor de ese segmento*.

Apunta Corvinos Baseca⁴⁴⁶, asimismo, que “se concluye en esta Resolución de revisión de los precios para 2.019 que: *SEGUNDO. Que los precios de determinados servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos no cumplen con el principio de adecuación a los costes de prestación del servicio*”, para acabar observando por último⁴⁴⁷ que “la consecuencia que tiene el que el servicio postal de notificación administrativa se considere como un servicio postal universal, es que queda exento del IVA, como se deja claro en la referida Sentencia del TJUE”.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC ha emitido posteriormente “Resolución por la que se revisan los precios de los servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público para el año 2.020”⁴⁴⁸, en cuyo epígrafe III. “Comprobación del cumplimiento de los principios previstos en el artículo 34 LSPU”, apartado relativo al “Principio de transparencia y no discriminación”⁴⁴⁹, expresa que:

⁴⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, pág.4.

⁴⁴⁸ STP/DTSP/058/19, de 23 de enero de 2.020. <https://www.cnmc.es/expedientes/stpdtsp05819>

⁴⁴⁹ *Ibíd.*, págs. 19-20.

“(…)

Se observa que en la Memoria Justificativa de los precios SPU 2.020 Correos no proporciona justificación sobre el principio de no discriminación en los precios de los usuarios con derecho a descuento.

No obstante, la publicación en la página web de Correos y de la CNMC del Contrato tipo de acceso a la red postal, de acuerdo a lo establecido en la Resolución CNMC de 25 de abril de 2.018, satisface la observancia del cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación en relación con los precios efectivos que pagan los clientes que se benefician de descuentos en función de los costes que evitan a Correos.

Tal y como se señala en dicha Resolución, el valor de los descuentos máximos por volumen se ha obtenido para las tarifas vigentes en 2.018, por lo que cualquier actualización por parte de Correos de las tarifas en vigor dará lugar, automáticamente, a las correspondientes variaciones en los porcentajes máximos de descuento, que tendrán que ser calculados de acuerdo con la metodología establecida en esa Resolución.

Asimismo, deberá considerar la variación de los porcentajes de descuento conforme a los hitos marcados en 4 plazos anuales (senda de ajuste) para los descuentos por volumen, las bonificaciones/penalizaciones por entregas en zonas de alto coste, y los descuentos por grado de clasificación, tal y como se indica en esa Resolución.

(…)”.

Además, la CNMC da cuenta de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 18 de diciembre de 2.019 (recurso núm. 374/2.018), por la que se estima el recurso de Correos contra la Resolución de 15 de febrero de 2.018 sobre el procedimiento relativo a la aprobación del Contrato Tipo de Acceso a la Red Postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (la primera de las dos Resoluciones del Expediente STP/DTSP/008/15).

Resuelve en este sentido la CNMC⁴⁵⁰:

⁴⁵⁰ Ibídem, pág. 21.

“(…).

SEGUNDO. Que los precios de determinados servicios postales prestados bajo régimen de obligaciones de servicio público que pagan los usuarios con derecho a descuentos no cumplen indiciariamente, a reserva de lo que resulte de la verificación de la contabilidad analítica de costes, con el principio de adecuación a los costes de prestación del servicio.

TERCERO. Que se observa el cumplimiento de los principios de transparencia y no discriminación en el caso de las condiciones tarifarias de acceso a la red postal, en virtud del contrato tipo de acceso aprobado por Resolución de 25 de abril de 2.018.

(…)”.

La STJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2.019⁴⁵¹, en el Asunto C-545/17, Mariusz Pawlak contra Prezes Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (Procedimiento prejudicial -Mercado interior de los servicios postales- Directivas 97/67/CE y 2.008/6/CE -Artículo 7, apartado 1- Concepto de “derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales” -Artículo 8- Derecho de los Estados miembros a organizar el servicio de envíos certificados utilizado en el marco de procedimientos judiciales -Plazo de presentación de un escrito procesal ante un órgano jurisdiccional- Interpretación conforme del Derecho interno con el Derecho de la Unión - Límites- Efecto directo invocado por una emanación de un Estado miembro en el contexto de un litigio que la enfrenta a un particular), declara:

“1) El artículo 7, apartado 1, primera fase, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1.997, relativa a las normas comunes para el desarrollo de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, en su versión modificada por la Directiva 2.008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2.008, en relación con el artículo 8 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho interno que sólo reconoce como equivalente a la presentación de un escrito procesal ante el órgano jurisdiccional de que se trate la presentación de dicho escrito en una oficina postal del único operador designado para prestar el servicio postal universal, y ello sin una justificación objetiva basada en razones de orden público o de seguridad pública.

⁴⁵¹ DO C 187, de 03.06.2019.

[file:///C:/Users/c002380/Downloads/c_18720190603es00190020.pdf.es%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/c002380/Downloads/c_18720190603es00190020.pdf.es%20(1).pdf)

(...)

Marchal Escalona⁴⁵² realiza un estudio monográfico sobre esta STJUE, en cuyo resumen dice que en ella “(...) se evidencia cómo el Derecho de la Unión puede llegar a afectar a los derechos procesales de los Estados miembros en una cuestión tan íntimamente ligada a la regla *lex fori regit processum*, como lo es el lugar y los plazos de presentación de los escritos procesales...” indicando, asimismo, que “(...) con arreglo a la misma, el Tribunal impone acertadamente la regla de *equivalencia de efectos* a aquellos escritos procesales dirigidos a un órgano judicial que sean presentados ante un operador postal, sea o no el designado para prestar el servicio postal universal, salvo que exista una justificación objetiva basada en *razones de orden público o de seguridad pública* que impida su aplicación...” y considerando, en definitiva, que “(...) se trata de una decisión que merece una atención especial por las implicaciones que puede proyectar en los derechos procesales de los Estados miembros y, entre ellos, el español”.

A su vez y, en relación con la presunción de veracidad y fehaciencia conferida en España (ex art. 22.4 Ley Postal) al Operador público postal, Anguiano Jiménez⁴⁵³ opina que, de acuerdo con la argumentación ofrecida por el TJUE en esta Sentencia, “la atribución de este derecho especial a Correos como operador designado para la remisión de notificaciones a órganos administrativos o judiciales parece que también pudiera cuestionarse...”, manteniendo que “como en nuestra normativa postal, la polaca también otorga a su operador designado (antiguo monopolio estatal) un derecho especial y exclusivo...”, señalando al respecto que “el Código de Procedimiento Civil polaco de 17 de noviembre de 1.964 establece que: La presentación de un escrito procesal en la oficina del operador designado en el sentido de la Ley postal de 23 de noviembre de 2.012 o en la oficina de un proveedor que garantice el servicio postal universal en otro Estado miembro de la Unión, equivaldrá a su presentación ante el órgano jurisdiccional”.

⁴⁵² Para profundizar más en este tema, ver: MARCHAL ESCALONA, N.: “Lugar y plazos de presentación de un escrito procesal. ¿Cuestión sometida a la *lex fori regit processum*? Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2.019, asunto C-545/17. Mariusz Pawlak/Prezes Kasy Rolniczego” -Universidad de Granada-, *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, número 71, 2.019. https://www.researchgate.net/publication/343336620_LUGAR_Y_PLAZOS_DE_PRESENTACION_DE_UN_ESCRITO_PROCESAL_CUESTION_SOMETIDA_A_LA_LEX_FORI_REGIT_PROCESUM

⁴⁵³ ANGUIANO JIMÉNEZ, J. M^a: “La fehaciencia en los procesos notificativos”, *Blog Centro de Estudios Garrigues -DERECHO EMPRESARIAL, TECNOLOGÍA Y DERECHO, TRIBUTACIÓN-*, 25 de octubre de 2.019. <https://blog.centrogarrigues.com/tecnologia-y-derecho/la-fehaciencia-en-los-procesos-notificativos/>

Manifiesta este autor⁴⁵⁴ que “como no podía ser de otra forma, la Sala 4ª del TJUE considera que esta norma supone la atribución de una prerrogativa exclusiva al operador designado (Poczta Polska). Para el Tribunal comunitario resulta evidente que sus servicios serán los preferidos por los remitentes de los escritos procesales al ser los únicos que gozan del privilegio (derecho especial) de que la entrega realizada a través de este operador equivale a la efectuada en la sede del órgano judicial”, expresando que “también reconoce la Sala que esta norma afecta a la capacidad de las demás empresas para realizar el trámite notificativo en condiciones equivalentes. De esta forma, el operador designado obtiene mayores ingresos que, de otro modo, se repartirían con el resto de operadores postales. Existe un desequilibrio real porque ningún competidor puede garantizar que un escrito procesal que se le confíe en los últimos días de un plazo legalmente establecido llegue al tribunal de destino antes del último día de ese plazo” y, “en consecuencia, el TJUE concluye declarando que la norma procesal polaca otorga un *derecho especial* prohibido, a tenor de lo dispuesto en el art. 7.1º de la Directiva”.

Anguiano Jiménez⁴⁵⁵ añade que “a la vista del tenor literal del art. 8 de la Directiva 97/67 en su versión modificada por la Directiva 2.008/6, el TJUE considera que la excepción prevista en ese artículo no puede interpretarse en sentido amplio y aplicarse a cualquier envío postal en el contexto de un procedimiento judicial. La Sala, siguiendo la posición tanto del órgano jurisdiccional remitente como de la Comisión, concluye que la referida norma no permite a los Estados miembros reservar dicho servicio a un único operador, ni los autoriza a introducir un privilegio, como el que resulta de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, sino que sólo les permite exigir que tales escritos se remitan a través del correo certificado”, sosteniendo que “por ello, el Tribunal admite la incompatibilidad de esta norma procesal con la Directiva y por lo tanto con el Derecho de la Unión Europea, por otorgar un privilegio sin una justificación objetiva para ello. Así las cosas, el TJUE propone la aplicación de la regla de *equivalencia de efectos* a aquellos escritos procesales dirigidos a un órgano judicial que sean presentados ante un operador postal, sea el designado o no para prestar el servicio postal universal. Ello salvo que exista una justificación objetiva basada en *razones de orden público o de seguridad pública*, que impida su aplicación”.

En referencia al tratamiento legal de esta materia, Anguiano Jiménez⁴⁵⁶ afirma que “una de las circunstancias en los procesos notificativos que generan debate es la atribución

⁴⁵⁴ *Ibidem.*

⁴⁵⁵ *Ibidem.*

⁴⁵⁶ *Ibidem.*

de un derecho especial a una sociedad de capital público como es en el caso de España, Correos. Me refiero a la *presunción de veracidad y fehaciencia* de la distribución, entrega y recepción de notificaciones a través de la misma. Una cuestión sobre la que existen varios aspectos polémicos, como son la atribución en sí y también su alcance”. Sobre su atribución a Correos, expresa que “...es sorprendente. En primer lugar porque se otorga a una sociedad de naturaleza mercantil, aunque sea de titularidad estatal. Lo habitual es que la atribución del privilegio sea personalísima -tras haber acreditado el candidato méritos suficientes para ello-. Sin embargo, en esta ocasión se opta por una suerte de atribución automática, trasladando el privilegio a una corporación. De esta forma, ser empleado de Correos es condición necesaria y al mismo tiempo suficiente para resultar acreedor de este privilegio acreditativo” incidiendo en el hecho, además, de que “la incorporación de las excepciones previstas en el artículo 8 de la Directiva 97/67 en su versión modificada por la Directiva 2.008/6, no se corresponden con la redacción dada al artículo 22.4 de la Ley 43/2.010”, aduciendo así que “efectivamente, parece que el gobierno traspuso la Directiva incorporando las excepciones que se prevén en este artículo y que le otorgan el derecho a *organizar la instalación de buzones en la vía pública, la emisión de sellos de correos y el servicio de correo certificado utilizado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos con arreglo a su Derecho interno*” y observando, no obstante, que “el derecho que se otorga a los gobiernos de los Estados miembros es a organizar el correo certificado en el marco de procedimientos judiciales o administrativos y no a las notificaciones cursadas por los órganos judiciales o administrativos cuando éstas no se refieran a un procedimiento. Sin embargo, la redacción del artículo 22.4 se refiere a las notificaciones cursadas por los órganos judiciales o administrativos sin hacer acotación alguna, extendiendo así de forma injustificada la reserva estatal”.

Refleja Anguiano Jiménez⁴⁵⁷ que “en un proceso notificativo, la fehaciencia puede resultar útil para dos diferentes propósitos: acreditar la inalterabilidad del documento remitido y certificar su entrega o, en su caso, la *efectiva puesta a disposición del destinatario*. El primero de los propósitos puede satisfacerse obteniendo una copia de lo remitido e invocando la fehaciencia o utilizando procedimientos de consenso colaborativo, mediante la utilización de registros de prueba distribuidos”. Y, en este sentido, advierte⁴⁵⁸ que “(...) lo más significativo de esta discusión sobre a quién se otorga la fehaciencia es que, en realidad, mientras se produce, el mundo está mutando a nuevas formas de entender

⁴⁵⁷ *Ibíd.*

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, apartado II. “Y mientras la fehaciencia es sustituida por el consenso de los registros distribuidos como *blockchain*”.

la credibilidad (presunción de veracidad y fehaciencia). Nos dirigimos hacia modelos basados en el consenso, donde las decisiones de incorporación en las *matrices de prueba* son consensuadas y además están diseminadas entre una pluralidad de personas para evitar la concertación y su subsiguiente alteración. Vamos hacia una realidad donde la fehaciencia ha sido superada por la tecnología. Vamos hacia *Blockchain*. A este término también se le conoce con el nombre de *Tecnología del Registro Distribuido*, que en definitiva supone diseminar la representación digital (*hash*) de las anotaciones que componen el registro entre distintos nodos, para que de esta forma sea necesaria la concertación de todos ellos para alterar el contenido de éstas en la matriz”.

Concluye Anguiano Jiménez⁴⁵⁹ su análisis sobre la problemática suscitada por la *presunción de fehaciencia* en los procesos notificativos, explicando que “la fehaciencia sobre lo sucedido durante la interposición del notificador resulta de especial aplicación cuando el intento es infructuoso. Al no haber entrega es imposible exhibir prueba de ella, debiéndose entonces acreditar que se ha actuado con diligencia suficiente para lograrla. Sin embargo, la atribución no personalísima del privilegio acreditativo resulta estéril. Al tratarse de testimonios humanos, otorgar prevalencia a uno simplemente por ser empleado de una sociedad mercantil, sin que exista motivo para ello compromete la asunción judicial del planteamiento. No obstante, es habitual que en las sentencias sus señorías se refieran a los empleados de Correos como *funcionarios*, lo que no es cierto”, apostillando finalmente que “es conocido que los repartidores de Correos son en su inmensa mayoría personal laboral sin que hayan tenido que demostrar mérito o requisito subjetivo alguno para otorgarles semejante privilegio acreditativo -la presunción de veracidad y fehaciencia-”.

Tras la culminación del proceso de liberalización de los servicios postales en el ámbito de la Unión Europea (UE) -*propiciado por la transposición y entrada en vigor de la legislación nacional interna dimanante de la aplicación de la tercera y última Directiva Postal (2.008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2.008)*-, en España y en la mayor parte de los Estados miembros (a excepción inicialmente de Italia y algún otro caso aislado más donde la legislación doméstica ha actuado y operado de forma más reticente y dilatoria su plena apertura a la competencia), el servicio postal de entrega de notificaciones administrativas se presta en régimen de libre competencia junto al resto de los Operadores postales privados, al margen de su inclusión o no dentro de la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) y de la consideración legal de *fehaciencia* otorgada al

⁴⁵⁹ *Ibídem*, apartado I. “El problema de la fehaciencia en los procesos notificativos”.

Operador postal público con carácter de derecho especial y/o exclusivo.

A modo de ejemplo ilustrativo y, en contraste a la normativa postal española, la legislación sectorial y general en Alemania regula el concepto, contenido y alcance del Servicio Postal Universal (SPU) así como la obligación de “notificación formal”, de la manera que se expone a continuación:

El artículo 11 de la *Postgesetz* (Ley Postal), de 22 de diciembre de 1.997⁴⁶⁰, en su versión aplicable a los litigios principales, titulado “Definición y alcance del servicio universal), establece:

“(1) El servicio universal se compone de una oferta mínima de servicios postales contemplados en el artículo 4, punto 1, y prestados en todos los puntos del territorio, de calidad determinada y a un precio asequible. El servicio universal queda limitado a los servicios postales sujetos a licencia y a los servicios postales que, desde el punto de vista de la técnica del transporte, se prestan al menos en parte junto con servicios postales sujetos a licencia. Comprende únicamente los servicios considerados generalmente como imprescindibles.

(2) Se faculta al Gobierno federal para que, mediante reglamentos, que requerirán la aprobación del Bundestag (Parlamento Federal, Alemania) y del Bundesrat (Consejo federal, Alemania), pueda, de acuerdo con el apartado 1, fijar el contenido y el alcance del servicio universal (...).”

El artículo 33, apartado 1, de la Ley Postal referida, denominado “Obligación de notificación formal”, dice lo siguiente:

“El licenciatario que preste servicios de distribución de correspondencia estará obligado a notificar formalmente documentos, con independencia de su peso, de acuerdo con las normas de los códigos de procedimiento y las leyes que regulen las notificaciones administrativas. En el marco de esta obligación, el licenciatario estará provisto de poder público (empresario delegado)”.

Asimismo y, según el artículo 34. “Remuneración por notificación formal” de dicha

⁴⁶⁰ BGBl. 1.997 I, pág. 3.294.

Ley:

“El licenciatario obligado tendrá derecho a percibir una remuneración. Con la misma quedarán abonados todos los servicios prestados por el licenciatario, incluidas las certificaciones estatales y la devolución de la documentación de la certificación de la entidad remitente. La remuneración deberá cumplir los parámetros establecidos en el artículo 20, apartados 1 y 2, y estará sujeta a la aprobación de la autoridad reguladora (...)”.

Por otro lado, el artículo 1 del *Post-Universaldienstleistungsverordnung* (Reglamento del Servicio Postal Universal), de 15 de diciembre de 1.999⁴⁶¹, en su versión aplicable a los litigios principales, dispone:

“(1) Por servicio universal se entenderán los siguientes servicios postales:

1. El transporte de envíos de correspondencia en el sentido del artículo 4, punto 2, de la Ley postal, siempre que su peso no supere los 2.000 gramos y sus medidas no superen las definidas en el Convenio de la Unión Postal Universal y en los correspondientes reglamentos de ejecución.
2. El transporte de paquetes con destinatario cuyo peso individual no supere los 20 kilos y cuyas medidas no superen las definidas en el Convenio de la Unión Postal Universal y en los correspondientes reglamentos de ejecución.
3. El transporte de diarios de prensa y revistas, en el sentido del artículo 4, punto 1, letra c), de la Ley postal (...).

(2) El transporte postal también incluye las siguientes formas de envío:

1. Envío certificado (el envío de correspondencia consistente en una garantía fija contra los riesgos de pérdida, robo o deterioro y que es entregado a cambio de un acuse de recibo).
2. Envío con valor declarado (el envío de correspondencia cuyo contenido está asegurado por el valor declarado por el remitente, en caso de pérdida, robo o deterioro).
3. Envío a portes debidos (el envío de correspondencia que sólo es entregado al

⁴⁶¹ BGBl. 1.999 I, pág. 2.418.

destinatario previo cobro de una determinada cantidad de dinero).

4. Envío urgente (el envío de correspondencia que es distribuido a la mayor brevedad posible por carteros especiales tras haber sido depositado en una oficina de distribución)".

Por último, la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana -ZPO- (*Zivilprozessordnung*⁴⁶²), de 12. 09.1950, en relación con la "notificación formal", contempla:

Artículo 176, apartado 1:

"En caso de expedirse un mandato de notificación al servicio de correos, aun funcionario de justicia o a un agente judicial o de solicitarse a otra autoridad la práctica de la notificación, la oficina judicial entregará el escrito que debe notificarse en un sobre cerrado y un formulario preparado de acta de notificación (...)."

En último término, el artículo 182 de esta norma, prescribe:

"(1) Como justificante de la notificación (...) se deberá levantar acta en el formulario previsto a tal efecto (...).

(...)

(3). El acta de notificación deberá ser devuelta inmediatamente a la oficina judicial en formato original o como documento electrónico".

El análisis del propio TJUE sobre la legislación postal alemana referida a las notificaciones (tanto administrativas como judiciales), realizado en su Sentencia anteriormente mencionada y revisada aquí (Sala Quinta, de 16 de octubre de 2.019), párrafo número 57, es el siguiente:

"En particular, en virtud de dicha normativa, **el titular de una licencia que lo autoriza a prestar servicios de distribución de correspondencia está obligado a notificar formalmente los actos con independencia de su peso, de conformidad con las normas de procedimiento y las leyes que rigen la notificación administrativa.** Además, la remuneración de dicho licenciario

⁴⁶² "Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2633) geändert worden ist. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>

obedece a los requisitos establecidos en esa normativa y debe ser autorizada por la autoridad nacional competente. Por otra parte, de los elementos de que dispone el Tribunal de Justicia se desprende que **la notificación formal de las resoluciones judiciales** da lugar al comienzo del plazo de interposición de recurso e **implica una delegación de funciones de servicio público en la medida en que, con arreglo a la normativa alemana, cuando se le exige que ejecute un mandato de notificación formal, el proveedor de servicios de distribución de correspondencia está provisto de un poder que le permite cumplir con sus obligaciones**".

CAPÍTULO V.- SÍNTESIS MATERIA OBJETO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN

1. DELIMITACIÓN JURÍDICA SECRETO COMUNICACIONES POSTALES Y TELEGRÁFICAS

La jurisprudencia del TC, desde su Sentencia 114/1.984⁴⁶³, puso de manifiesto -*con apoyo en el art. 18.3 C.E.*- que el derecho al *secreto* de las comunicaciones consagra, de modo implícito, la libertad de las comunicaciones y, expresamente, su *secreto*, destacando así su aspecto eminentemente formal.

Y, por lo que atañe específicamente al secreto de las comunicaciones postales, el TC⁴⁶⁴ extiende este Derecho *Fundamental* no sólo a la libre circulación de envíos postales y al contenido de lo enviado, sino también y, de modo expreso, a la propia existencia de dicho envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario, y a sus direcciones postales. Es decir, el ámbito del contenido de este derecho, según la normativa vigente, es más amplio que la comunicación postal propiamente dicha, esto es, la Carta personal o el Paquete postal, pues comprende también, como hemos visto, determinados datos periféricos que integran la misma.

En todo caso y, sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de *comunicación* y del sistema, método o aparato técnico utilizado para su realización, este Derecho *Fundamental* se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros -*ya sean éstos personas públicas o privadas*, físicas o jurídicas-, ajenos a la comunicación misma y, de tal manera, que el Derecho constitucionalmente reconocido no puede ser vulnerado por ninguno de los que intervienen directamente en la comunicación establecida. Esto es, pues, hay afectación del derecho al *secreto* de las comunicaciones cuando se trata de un tercero que incide en el ámbito de la comunicación entre dos interlocutores mediante la utilización de aparatos de captación, sintonización o desvío de la señal -*a través de un medio técnico, cualquiera que sea éste*- si se trata de comunicaciones telegráficas, bien vía envío postal, en el caso del *secreto* de la *correspondencia* postal, y cuando el acto de dicha comunicación aún no ha

⁴⁶³ Reiterada posteriormente en su criterio doctrinal -*entre otras*- por las SSTC 34/1.996, de 11 de marzo, FJ 4; 230/2.007, de 5 de noviembre, FJ 2; o 145/2.014, de 22 de septiembre, FJ 4.

⁴⁶⁴ STC 281/2.006, de 9 de octubre, FJ 3 b): "Si (...) el derecho fundamental protege el secreto de las comunicaciones frente a cualquier clase de interceptación en el proceso de comunicación, es indiferente el procedimiento a través del cual se acceda al conocimiento del proceso de la comunicación postal o del contenido de la correspondencia, por lo que se vulnera este derecho aun cuando a tal conocimiento no se acceda mediante la apertura del continente o de la propia carta, documento u objeto, de otro modo cerrado. La existencia de la comunicación, la identidad de los corresponsales, el momento en que se produce, los lugares de remisión y destino, son todos ellos datos que, una vez iniciado el proceso de comunicación, son secretos para cualquier persona ajena a la comunicación, de modo que su conocimiento por quien presta el servicio postal puede ser utilizado a los solos efectos de la prestación del servicio".

concluido.

Así, pues, únicamente habrá intromisión en este derecho cuando la injerencia se produzca en el transcurso de la comunicación o con relación a la misma, porque una vez emitido el mensaje y acreditado que ha sido leído por el receptor, o tenido lugar la conversación mantenida, no hay afectación al Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, sino *-en su caso-* al Derecho *Fundamental* a la intimidad⁴⁶⁵ (ex art. 18.1 C.E.).

En este apartado, hay que hacer referencia expresa necesariamente a la STC 281/2.006, de 9 de octubre (B.O.E. núm. 274, de 16 de noviembre de 2.006), que ha establecido doctrina al respecto de la vertiente clave del derecho al *secreto* de las comunicaciones cual es la del derecho al *secreto* de la *correspondencia*, y que podemos sistematizar de la siguiente manera:

- En primer lugar afirma la citada Sentencia del TC con carácter general que el art. 18.3 CE “no alude al secreto postal, sino al secreto de las comunicaciones postales”, añadiendo seguidamente que “la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales”.

- Se caracteriza la comunicación, a efectos constitucionales, como “el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”, incluyendo así otros soportes *-además del papel tradicional-*, como pueden ser las cintas de cassette o de vídeo, CDs o DVDs,...

Y, como también sostiene el TS⁴⁶⁶, “el derecho al secreto de las comunicaciones postales solamente protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es, desde la perspectiva constitucional, equivalente a la correspondencia”.

- La doctrina del TC (desde la STC 281/2.006, de 9 de octubre), ha delimitado de forma

⁴⁶⁵ STC 70/2.002, de 3 de abril (FJ 9 b): “La protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza el proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”. Ver también, la STS, de 27 de junio de 1.994 (RJ 1.994/5034).

⁴⁶⁶ STS de 2 de octubre de 2.013 -RJ 2.013/7097-, FJ 2.

diáfana también el contorno propio del contenido del derecho al *secreto* de la comunicación postal, hasta entonces simplemente tratado como *obiter dicta* en resoluciones anteriores del Alto Tribunal.

De este modo, el TC señala que este Derecho no se refiere al *secreto* postal, sino a la comunicación postal. Y la consecuencia natural de esta conclusión, es que no todo envío o intercambio de objetos o señales que puedan realizarse por medio de los Servicios Postales es una comunicación amparada y protegida por este Derecho *Fundamental*.

Precisa a este respecto el TC que por comunicación ha de entenderse todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Y, por lo tanto, la comunicación postal y el derecho al secreto que la garantiza sólo protege el intercambio de objetos por medio de los que se transmiten mensajes vía signos lingüísticos.

Y solamente en este sentido la comunicación postal equivale a *correspondencia*, quedando de esta manera amparada por el Derecho *Fundamental* aludido.

- En cuanto al objeto de la correspondencia (en su sentido y significado de comunicación postal) indica asimismo el TC que, en la medida en que los mensajes pueden expresarse, no sólo a través de palabras, sino también mediante otros signos o señales que pueden recogerse *-además de en papel, como ya advertimos-* en otros soportes distintos, a los efectos de delimitar dicho objeto y, teniendo en cuenta también la normativa que se ha establecido legalmente sobre el Servicio Postal Universal (SPU), hay que tomar en debida consideración los siguientes criterios:

a. Primero, las características externas sobre el tamaño del envío, que contienen los soportes físicos en donde se guarda el mensaje: Cartas, Paquetes,..., quedando excluidos del concepto de envío postal aquellos objetos que, por sus propias características, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual, sino que sirvan para el transporte de mercancías⁴⁶⁷.

b. Tampoco se incluyen aquellos tipos de Paquetes que, aun teniendo características propias de tales y que pudieran contener correspondencia, sin embargo la regulación legal los excluye expresamente (así, los Paquetes que tienen unas dimensiones *-peso y/o*

⁴⁶⁷ El art. 579. 4 a) LECrim, en la nueva redacción dada por la LO 13/2.015, de 5 de octubre, se refiere a este tipo de envíos.

medidas- que exceden de las establecidas normativamente en el RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre, en su artículo 13.2).

c. Quedan también fuera de la protección de este Derecho aquellas formas de envío de correspondencia que se configuran como comunicación abierta para inspección postal (v.g., los Paquetes con Etiqueta Verde), en la medida en que los titulares de los mismos habrán renunciado previamente al secreto, para que así puedan circular por la red postal.

- Se vulnera este Derecho cuando, empleando cualquier modo o procedimiento, se accede *-llegándose a conocer-*, el contenido del mensaje, con independencia de que se abra o no el Paquete o envío postal. E igualmente se producirá una injerencia intolerable en el derecho al secreto cuando, iniciada la comunicación, se tiene conocimiento de cualesquiera datos relacionados con la propia comunicación: la existencia misma de dicha comunicación, la identidad del remitente y del destinatario, el momento en que se produce, los lugares de remisión y de destino,... (ex art. 6 RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre - *Reglamento Postal*).

Finalmente, hay que resaltar que la protección constitucional del derecho al secreto se extiende a cualquier tipo de envío, con independencia de que se realice a través de un Servicio Público (Correos, en este caso) o, por el contrario, se haga mediante empresas privadas (de mensajería y/o de prestación de servicios postales).

En todo caso, sí es necesario que el envío se produzca a través de profesionales de la mensajería y/o servicios postales (y no por terceras personas que por razón particular porten el envío en un determinado momento), porque quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Postal los servicios realizados en régimen de autoprestación (ex art. 4 Ley 43/2.010).

En definitiva y, a modo de resumen, las principales consecuencias prácticas de esta importantísima doctrina jurisprudencial del TC, pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. El Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, en cuanto se refiere a las comunicaciones postales, no ampara el envío (transporte y/o tráfico) de mercancías o el transporte de enseres personales (maletas, maletines, bolsas de viaje,...), aunque sean efectuados por medio de empresas que realicen un Servicio Postal (porque ,en todo caso, resultaría afectado el Derecho *Fundamental* a la intimidad) pues, en estos supuestos, la

Policía Judicial *-siempre actuando con criterios de proporcionalidad y con la pertinente y necesaria habilitación legal-*, puede abrirlos e inspeccionarlos sin requerir autorización judicial.

2. El Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones postales, esto es, pues, el derecho al secreto de la correspondencia, no protege directamente el soporte físico donde se contenga el mensaje, sino el contenido del mensaje, de tal modo que cualquier objeto que pueda servir de soporte para la comunicación postal (sobres, paquetes, cartas, cintas,...) *únicamente gozará de esta protección constitucional cuando de modo efectivo sirva para el acto comunicativo y el proceso de comunicación haya sido iniciado, de tal forma que la interceptación ocurra mientras dicho proceso tiene lugar.*

Por tanto, no queda afectada este Derecho cuando los soportes mencionados (Cartas, Paquetes,...) se portan por sus propietarios o por terceros ajenos a los Servicios Postales, o viaja con ellos o los mantiene a su disposición durante el viaje.

Este aspecto es trascendental para el análisis que llevamos a cabo, por cuanto la Carta o el Paquete intervenido a una persona que no realice un servicio de mensajería o de envío postal por cuenta de tercero y prestado por el correspondiente Operador postal, podrá ser interceptado y abierto sin vulnerar en ningún caso el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones postales.

Sería, en su caso, el Derecho *Fundamental* a la intimidad (ex art. 18.1 C.E.), el que sufriría aquí la injerencia.

2. DESCRIPCIÓN PANORÁMICA ACTUAL

Este Capítulo final del presente Trabajo de Investigación dedicado al derecho al *secreto* de las comunicaciones en España *-en especial, de las postales y telegráficas-*, va a procurar realizar un esfuerzo de síntesis a nivel práctico de toda la materia tratada a lo largo de esta exposición, que ha sido objeto de estudio y consideración tanto desde el punto de vista doctrinal cuanto básicamente jurisprudencial a través de una visión necesariamente general y fundamentalmente teórica.

Para ello y, en primer lugar, se propone realizar un corto pero enriquecedor viaje por la rica y singular historia del Servicio Postal y Telegráfico en nuestro país, reparando tan

solo en los hitos más importantes desde sus incipientes y precarios orígenes hasta la espectacular evolución alcanzada actualmente al albur de los incesantes avances científicos y tecnológicos que una sociedad moderna y desarrollada como la nuestra ha puesto al mejor servicio de las comunicaciones interpersonales.

Tras este breve repaso histórico del Servicio Postal y Telegráfico, se hará una descripción analítica detallada de los principales productos *-postales y telegráficos-* existentes hoy en día en el Mercado español, centrando la atención únicamente en aquellos más destacados y representativos de cada categoría comercializada por los distintos Operadores del Sector.

Se trata, en suma, de poder llegar a establecer y determinar con suficiente nitidez *-a la luz de la legislación vigente-*, en qué grado y bajo qué condiciones concretas y específicas circunstancias dichas expresiones particulares de comunicación postal y telegráfica entre las personas están, por un lado sujetas y, al mismo tiempo, amparadas, por el Derecho *Fundamental* al secreto (ex art. 18.3 CE).

Finalmente, sin desconocer *-como hemos visto y reconocido en los Capítulos primero y cuarto anteriores-* que este Derecho está inescindiblemente relacionado asimismo con otros Derechos igualmente garantizados constitucionalmente (v.g., el derecho a la intimidad y a la protección de datos *-ex art. 18.1 y 4 CE, respectivamente-*), así como también asociado en cierta medida a conceptos tales *-entre otros-* como la inviolabilidad, confidencialidad y fehaciencia, se aprovechará la oportunidad que se nos ofrece aquí para complementar vínculos, conexiones y ciertos aspectos esenciales relativos a los mismos.

2.1. SERVICIO POSTAL Y TELEGRÁFICO EN ESPAÑA

El Sector Postal constituye el servicio público de comunicación más antiguo en España, pues como advierte Pemán Gavín⁴⁶⁸, “es el que más tempranamente aparece y se consolida”.

En el Capítulo II de su monografía sobre el Servicio Postal en la Unión Europea dedicado al sistema español, Menéndez Sebastián⁴⁶⁹ se refiere al fenómeno de la

⁴⁶⁸ PEMÁN GAVÍN, J.M.: “Correos”, en *Enciclopedia Jurídica Básica I*, Madrid, Civitas, 1.995, pág. 1.747.

⁴⁶⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *La Liberalización del Servicio Postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A., 2.004, págs. 100-101.

Liberalización como “la tercera fase en la historia reciente de estos servicios”. Indicando a continuación que “la primera de ellas vendría a ser aquella en la que se tenía una concepción fiscal del correo, como renta o fuente de ingresos para la Corona, y que se vinculaba con las funciones de seguridad y defensa del Estado”.

Y señala esta autora que “en la segunda fase pasa a ser concebido ya como un servicio público, que se ofrece a la población como instrumento para las comunicaciones interpersonales...”. Afirmando que “esta concepción es la que se ha mantenido desde la segunda mitad del siglo XIX, período en el que se generaliza en todos los países y en el que mediante el franqueo por sellos, la instalación de buzones, tarifas reducidas y uniformes y una mejora de los medios empleados, se logra que deje de ser un servicio deficiente y caro para constituirse en un medio de comunicación accesible a todos y de extraordinaria utilidad, que generaliza e impulsa el progreso económico, social y cultural, y que se basa en un elemento primordial, como es el secreto de la correspondencia y su inviolabilidad...”. Añade, además, que “por medio de la Unión Postal Universal se logra una rápida universalización de este servicio”. También mantiene⁴⁷⁰ que “el Sector Postal en España (...) ha supuesto un medio fundamental para la comunicación entre Administraciones y particulares”.

En cuanto a la segunda fase mencionada correspondiente a la evolución experimentada por el mismo en nuestro país, precisa que “es en la que se estableció el monopolio del sector postal por parte del Estado con la finalidad de garantizar su adecuada prestación en el Estado del bienestar que estaba en pleno auge y desarrollo”. Sosteniendo que “la prestación de los servicios postales ha constituido en la práctica totalidad de los países un monopolio estatal, con limitación por tanto de acceso al mercado y con un único operador público”.

Sin embargo, señala que “actualmente estamos asistiendo al paso siguiente (...) en el que el monopolio debe dejar paso a la libre competencia e iniciativa privada por medio de la liberalización...”. Expresa al respecto Menéndez Sebastián⁴⁷¹ que “es en la segunda mitad de los años ochenta del pasado siglo cuando concurrieron diversas circunstancias que motivaron un cambio profundo en la intervención estatal en las actividades postales...”. Dice que “uno de los detonantes se debió a que la corriente privatizadora y desreguladora del mundo anglosajón empezó a extenderse por Europa...”. Explicando seguidamente que

⁴⁷⁰ *Ibidem*, págs. 101-102.

⁴⁷¹ *Ibidem*, págs. 103-104.

“este método de tradición anglosajona entiende que la exigencia de la sociedad civil de contar con unos servicios esenciales garantizados por el Estado se puede satisfacer mediante la imposición de obligaciones jurídicas concretas a los operadores, sin que sea necesario que el propio Estado, directa o indirectamente, se convierta en el prestador de los mismos”.

Continúa observando que “de otro lado estas políticas de liberalización encontraron eco en sociedades en las que los sectores intervenidos por el Estado no satisfacían adecuadamente las necesidades de los consumidores en términos de calidad, variedad y precio y que creían incluso que a veces quienes ostentaban esos monopolios abusaban de su posición privilegiada en detrimento del bienestar de la sociedad”. Apunta, asimismo, que “un segundo elemento determinante de la acogida de estas nuevas políticas responde al proyecto de mercado único europeo, propuesto en estas fechas y que persigue configurar un mercado integrado a escala europea, para lo cual es necesario suprimir las barreras a la competencia también en el ámbito de los servicios, a lo que se une un importante cambio técnico que hace pensar que ya no se dan los presupuestos que antaño hacían razonable y necesaria la intervención estatal”.

Finaliza sumando a todo ello “la conciencia que se adquiere respecto a que el correo es un elemento primordial en la economía además de en la cohesión social, y que es determinante para el incremento de la competitividad de las empresas y el desarrollo del comercio. Por lo cual se entiende imprescindible en la Comunidad una red postal integrada que permita la circulación eficaz de información y se favorezca así la competitividad de la industria europea y el desarrollo del comercio, cumpliendo de este modo la previsión del art. 2 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que dice que ésta tendrá por misión promover, entre otras cuestiones, un crecimiento sostenible y no inflacionista, y un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos”.

En cualquier caso y, al abordar la evolución histórica del Servicio Postal y Telegráfico en España *-casi hasta el mismo instante de su completa liberalización, el 1 de enero de 2.011-*, necesariamente hemos de hacerlo focalizando la atención en el ente público Correos y Telégrafos que, *de facto* y hasta entonces, operó como monopolio en el Sector y, actualmente en su calidad de heredero natural de aquél, sigue siendo el Operador de referencia en el Mercado Postal Tradicional al que se ha encomendado por Ley la prestación del Servicio Postal Universal (SPU).

2.1.1. Breve referencia histórica

Al igual que ocurre en el resto de facetas en que se desenvuelve la actividad de la humanidad, la *correspondencia* -postal y telegráfica- desde su aparición y a lo largo del tiempo ha experimentado una constante evolución⁴⁷².

Los llamados *Correos*, son conocidos desde la antigüedad. Al comienzo, como un servicio exclusivo de Jefes, Señores y Reyes. Después, como institución oficial principalmente establecida para uso y servicio de profesionales eminentes (médicos, letrados, religiosos, comerciantes,...). Y, muy posteriormente, como organización estatal para todos los ciudadanos en general.

El término “postal” proviene de *posta* (del latín, *postum*) más el sufijo *-al*, que significa “relativo a”. De manera que las *postas* eran las estaciones fijas en el camino, donde descansaban los mensajeros, alimentaban a los caballos y reponían fuerzas para continuar con la travesía encomendada.

Cabe decir que el primer uso documentado de un servicio de mensajería organizado lo encontramos en el antiguo Egipto en el año 2.400 a.C., cuando los faraones utilizaban este sistema para enviar decretos a todos los territorios del Reino. Así, la pieza con vestigios de carácter postal más antigua que ha sobrevivido pertenece a esta vasta cultura, y data aproximadamente del año 255 a.C.

Empero, el primer establecimiento de *postas* del que se hace mención en la historia antigua, es en Persia. En la tradición babilónica, cuando Ciro II “el Grande” -*Rey aqueménida de Persia*- creó un servicio de mensajeros con numeroso puestos, donde los mensajes pasaban de un mensajero a otro, hasta llegar al puesto de destino. Este sistema era conocido como el *angarium* o red persa de mensajería.

También hay algunas referencias que datan de 4.000 a.C. en China, donde parece

⁴⁷² Respecto a la historia del Servicio Postal en España, puede consultarse PEMÁN GAVÍN, J.M.: *Régimen Jurídico del Servicio de Correos*, Madrid, INAP, 1.983; BALLESTER ROS, I.: “Los servicios postal, telegráfico y telefónico en los ámbitos autonómico y local”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 218, Madrid, 1.983, págs. 327-344; Telecomunicaciones y Correos. II Plan de desarrollo económico y social. Presidencia del Gobierno, Edición Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1.967; Telecomunicaciones y Correos. Subsectores de Correos, Telégrafos, Telefonía, Teleinformática y Comunicaciones móviles, Subsecretaría de Planificación. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1.976, entre otros.

ser que se utilizaban mensajeros a caballo recorriendo los caminos, inicialmente con comunicados oficiales.

El medio de mensajería en la antigua Grecia eran los denominados *hemeródromos* (corredores-mensajeros de la Grecia clásica, que realizaban la función de mensajería entre las polis griegas), también llamados *correos* o *heraldos*. A nuestros días ha pasado la figura *-casi mitológica-* de Fidípides, como aquel corredor que anunció la victoria ateniense en el campo de batalla de Maratón con un escueto “vencimos”, cayendo fulminado inmediatamente después completamente agotado y extenuado tras el esfuerzo sobrehumano realizado.

En Roma se adaptó el antiguo *angarium* persa creado el emperador Augusto el servicio de *cursus publicus* o *vehiculatio*, heredado más tarde por el Imperio Bizantino. Servía para la comunicación (transporte de mensajes, ingresos fiscales,...) entre Roma y las provincias del Imperio.

Durante esta época greco-romana de la historia, los mensajes (epístolas, misivas, correspondencia,...) se escribían normalmente en papiro, que se enrollaba y anudaba a modo de atado con cordones. La carta cristiana privada manuscrita en papiro más antigua que se conserva, está fechada en 230 d. C. (Universidad de Basilea -Suiza-)⁴⁷³. Antes de la invención del papel (105 d.C., China), la correspondencia epistolar no estaba muy extendida. Progresivamente, fue extendiéndose y ampliándose el *Correo* como la forma más tradicional de comunicación interpersonal conocida en el mundo.

Por razones impuestas por la propia naturaleza de esta Obra, que exige contención y brevedad en la exposición de antecedentes históricos, vamos a citar algunos de los episodios considerados especialmente relevantes, que marcaron un punto de inflexión en la evolución del Servicio Postal:

- En 1.166 se creó (a iniciativa del barcelonés Bernat Marcús) un servicio de *Correos* en parte de Europa destinado a atender las necesidades de la incipiente burguesía comercial. Se estandarizaron precios y rutas, constituyendo de esta forma la primera red postal de estas características.
- En Francia, Luis XI organizó en 1.464 el servicio de *postas* (por el Edicto de

⁴⁷³ Anexo Documental: Documento Nº 1.

Dourlens), aprovechando los conductores de la Universidad de París que había establecido un servicio de comunicación con sus estudiantes, extendiéndolo así a todas las provincias del reino y sus habitantes.

- Los primeros buzones, tal y como hoy los conocemos, aparecieron también en Francia, concretamente en París (De Valayer, fue su promotor).
- Francisco de Tassis estableció *Correos* a su costa en Alemania, y el emperador Maximiliano I, a finales del s. XV le confirió a él y a sus herederos el encargo de dirigir el Servicio de *Correos* implantado, que se extendería a España en el s. XVI.
- En el s. XVI se establecieron en la mayor parte de los pueblos cultos y de Europa los servicios de *Correos* y *postas* regladas en diligencia, que fueron después extendiéndose y llegando poco a poco a cito todos los Estados mínimamente desarrollados.
- En Reino Unido hay que destacar un acontecimiento muy importante, cual es la invención del sello postal en el mundo (Rowland Hill, 1.837), efecto que fue emitido en Inglaterra en 1.840, creándose además del sello adhesivo referido tarifas de franqueo uniformes basadas en el peso y tamaño de los envíos.
- El s. XIX revolucionó el avance del Servicio Postal en general. En primer lugar, porque entre 1.840-1.850 apareció y empezó a funcionar el ferrocarril, que mejoró exponencialmente las condiciones de transporte y distribución de los envíos postales. Y, a mediados del siglo, puesto que los imparables progresos tecnológicos darán lugar también a la creación y difusión del telégrafo eléctrico.
- La Unión Postal Universal (UPU), fundada en 1.874, estableció reglas y normas para el intercambio internacional de envíos postales y, hoy en día, incluye en su organización 192 países miembros. El día 9 de octubre se celebra el Día Mundial del *Correo*, conmemorando así la fundación de la UPU.
- Por último, el año 1.957 y, ya en pleno s. XX, marcó un antes y un después en la historia postal global, dado que el ingeniero canadiense Maurice Levy inventó un clasificador postal automático con capacidad para procesar 200.000 cartas por hora, con un margen de error de aproximadamente 1/10.000. Esto hizo que tanto la

correspondencia como la paquetería llegase antes a destino, entrañando así un paso decisivo en la mejora de la calidad y rapidez en la prestación del servicio.

2.1.2. El Correo

La misiva más antigua⁴⁷⁴ que se conserva en España data del s. VI a.C., aunque la organización del *Correo* en España tiene como punto inicial de partida el Imperio Romano, pues gracias al despliegue por la Península Ibérica de su gran red viaria (vías y calzadas, fundamentalmente) se propiciaron los primeros atisbos de un incipiente y aún rudimentario Servicio Postal.

De esta manera, el *cursus publicus*, como se conocía este servicio de transporte y mensajería, recorría toda la geografía de Hispania a través de esta cuidada red de caminos, portando mensajes oficiales para el ejército o los administradores romanos de las distintas provincias del Imperio.

Posteriormente y, ya durante la Edad Media, los numerosos reinos en los que se fragmenta Hispania tras el ocaso y caída del Imperio Romano crearon, asimismo, sus propios métodos o sistemas de *Correo*. Los denominados *mandaderos* iban de una Corte a otra con los encargos encomendados por sus señores y Reyes. También los comerciantes más pudientes y las instituciones religiosas o universitarias disponían de su propia red de mensajeros.

Tras la unificación de los divididos reinos cristianos bajo la monarquía de los Reyes Católicos, con el descubrimiento de América y luego con la ampliación de territorios en Europa durante el reinado de Carlos I, el *Correo* siguió paulatinamente transformándose en España, datando del s. XVII la carta certificada más antigua⁴⁷⁵ que se conserva en España.

Lorenzo Cadarso⁴⁷⁶ afirma que “durante los siglos XVI y XVII la correspondencia epistolar jugó un papel esencial en el funcionamiento del Estado Absoluto, hasta el punto

⁴⁷⁴ Anexo Documental: Documento Nº 2.

⁴⁷⁵ Anexo Documental: Documento Nº 3.

⁴⁷⁶ En *Actas del VI Congreso Internacional de Historia de la Cultura Escrita Vol. 1: La correspondencia en la historia: modelos y prácticas de escritura epistolar*, C. Sáez y A. Castillo (eds.), Madrid, Ed. Calambur, 2.002, LORENZO CADARSO, P.L.: “La correspondencia administrativa en el Estado absoluto castellano (SS. XVI-XVII)”, pág. 121.

de que éste resultaría inexplicable sin tomar en consideración el ingente volumen de cartas que a diario circulaban por la Corte entre los altos dignatarios y entre éstos y toda clase de entidades y personas de dentro y fuera del Reino. La Historia las viene utilizando como fuente desde hace tiempo, aunque, ciertamente, no siempre los historiadores han sido conscientes plenamente del papel político-administrativo que jugaban (y menos aún de su categorización diplomática), limitándose en la mayoría de los casos a valorar su contenido informativo”, constatando asimismo que “(...) la frontera entre lo público y lo privado nunca estuvo clara en la época”.

Sin embargo, el *Correo* en España era una concesión del Monarca, otorgándosele este privilegio a la familia Tassis que, como ya indicamos, centralizó en sus manos todo el orden postal tanto aquí como en gran parte de Europa. En consecuencia, el *Correo* no fue responsabilidad del Estado hasta principios del s. XVIII, cuando dejó de ser una concesión pasando a convertirse en una Renta Real.

Así fue, pues tras el cambio de dinastía y la llegada del primer Borbón al trono, el 8 de julio de 1.716 el Rey Felipe V decretó con el nombramiento de Juan Tomás de Goyeneche como Juez Superintendente y Administrador general de las Estafetas (“de dentro y fuera destes Reynos...”) que el Servicio de *Correos* fuese administrado por el Estado y dejara así de estar en manos privadas, indemnizando a la familia que hasta entonces había ejercido el cargo de Correo Mayor del Reino por concesión real.

A partir de ese momento, se iniciaron una serie de reformas tendentes a organizar la nueva renta: tarifas, implantación de itinerarios postales con cierta periodicidad, y la promulgación de Ordenanzas, que establecieron un marco legal para los servicios y los empleados de la *posta*.

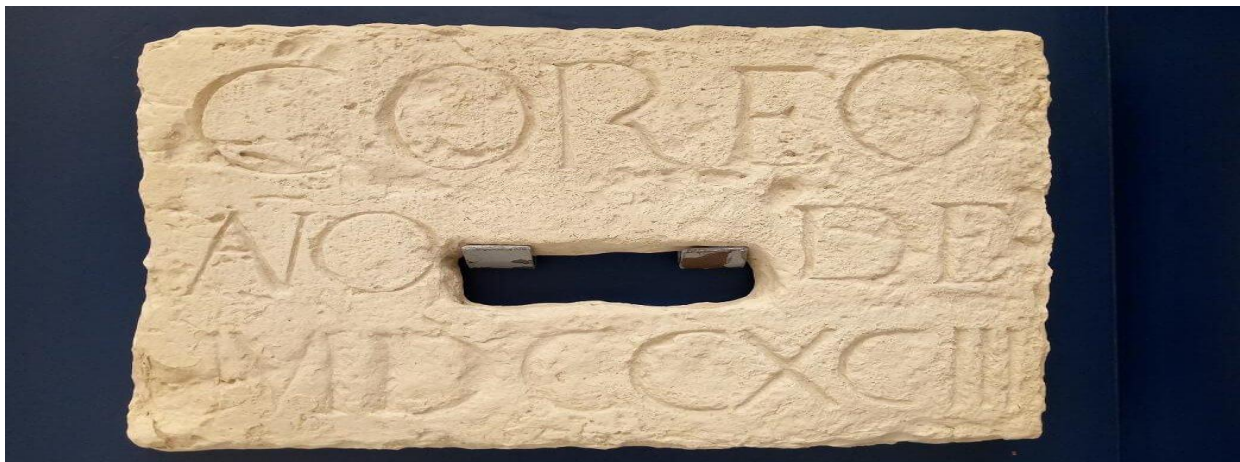
Este trascendental hito histórico supuso el definitivo asentamiento en nuestro país del Servicio Público del *Correo*, representado durante más de tres siglos ya (1.716-2.020) por Correos como compañía estatal que ha actuado como testigo de excepción a la par que cómplice unas veces y cooperador necesario las más de las veces del impulso, desarrollo y progreso socio-económico y cultural alcanzado hasta ahora en España.

En 1.762 Correos implantó los primeros buzones para que los ciudadanos depositaran sus envíos postales. Y, como buzón más antiguo existente actualmente en España -*tras proceder a su restauración en abril de 2.005*- se conserva el que mostramos

en las siguientes ilustraciones, del año 1.793:



Mayorga de Campos (Valladolid)



Buzón más antiguo de España. -Museo Postal y Telegráfico (Madrid)-.

En el año 1.764 se creó el *correo* de Indias, en ambos sentidos (yente y viniente). Los paquebotes que conducían los pliegos, salían de Coruña todos los meses para los diferentes puntos de destino en América.

En el resto del reinado de Carlos III y, en especial, durante el ejercicio de la Superintendencia por parte del Conde de Floridablanca, el Servicio Postal recibió un impulso extraordinario y obtuvo mejoras de gran calidad.

A continuación, se va a enumerar aquellos hitos más sobresalientes de la historia

postal en España desde el s. XIX, período caracterizado por lo rápido que Correos aprovechó los avances tecnológicos para incorporarlos a la prestación del Servicio Postal.

Así:

- Los primeros sellos⁴⁷⁷ en España se emitieron el 1 de enero de 1.850, mostrando la efigie de la Reina Isabel II. A partir de esta fecha, el *Correo* comenzó a ser un servicio masivo, al popularizarse el novedoso sistema del franqueo pagado -*esto es, el prepago*- que incorporaba el sello que se tenía que adquirir en la Oficina (se abonaba por el remitente, y hasta ese momento, el coste del servicio -*con carácter general y en su caso*- debía ser satisfecho por el destinatario del mismo). Desde entonces, el servicio de Correos se generalizó y utilizó indistintamente para enviar comunicaciones comerciales, administrativas y personales o particulares.
- En 1.850 también se empezó a disponer de una flota propia de vehículos dedicados al transporte de envíos postales por carretera.
- En el ámbito de la innovación, en 1.855 el Operador postal introdujo el Telégrafo en España -*lo que redujo considerablemente el tiempo de transmisión y recepción de los mensajes*- y comenzó a transportar *correo* por ferrocarril (estableciéndose la primera conducción de *correo* ambulante entre Madrid y Albacete). A partir de aquí y, según avanzaba el tendido ferroviario, fueron suprimiéndose las líneas generales de diligencias, exceptuando Galicia, que no se unió por tren con Madrid hasta 1.883.
- Correos fue pionera en la incorporación de la mujer al trabajo en España, pues en 1.882 ya contaba con una plantilla mixta, concretamente en el Servicio de Telégrafos (una de ellas fue la activista política Clara Campoamor, que en 1.890 consiguió una plaza como funcionaria).
- A finales del s. XIX se creó un Cuerpo Especial de Funcionarios, de Correos por una parte, y de Telégrafos, por otra.
- Unos años más tarde, en 1.884, Correos fue el encargado de instaurar el primer servicio telefónico público del país.

⁴⁷⁷ Puede consultarse la historia de Correos y del sello en España en la Tesis de SALDAÑA FERNÁNDEZ, C.: *Monopolio y Liberalización Postal. El Régimen Jurídico de los Sellos de Correos en España*, Madrid, UNED, 2.011.

- El s. XX estuvo marcado por las novedades en los medios de transporte, los nuevos servicios postales y por la verdadera vocación de Servicio Público que impulsaba cada avance de la empresa encargada de transportar *correspondencia* y paquetería de punta a punta del país.
- Según pasaban los años, las exigencias para Correos eran mayores, ya que España se convertía en una sociedad más desarrollada y el Servicio Postal tenía que estar a la altura de las mismas. Así, en 1.905 nació el correo urgente.
- Es en 1.911 cuando Correos inició la prestación de servicios bancarios y del giro postal.
- En 1.916 se inició también el servicio de envíos contra reembolso y de paquetería postal.
- En 1.919 la compañía postal lanzó su primer servicio aerpostal (de esta forma, las sacas de Correos viajaban a sus destinos a través de aviones de la compañía pública española Iberia).
- En 1.946 se creó el Servicio Filatélico de Correos, que proporciona un servicio de abono para que a los coleccionistas les lleguen los productos en los que estén interesados. Correos tiene la capacidad de proponer al Estado la emisión de Sellos de Correos y de otros signos de franqueo, como sobres y tarjetas con los sellos ya impresos, sobres del primer día de circulación, matasellos especiales, estuches conjuntos de filatelia y numismática.
- Uno de los grandes aspectos a destacar del siglo XX, fue la difusión de los buzones domiciliarios, que se habían empezado a instalar en 1.962 para agilizar la distribución y garantizar la privacidad de las comunicaciones postales.
- En 1.981 se idearon los Códigos Postales. Esta innovación nacía para dar respuesta al cambio urbano experimentado por España. Y, puesto que la misión de Correos consistía en extender el reparto a todas las zonas del territorio, la creación de los Códigos Postales tuvo la finalidad de ayudar al cambio logístico necesario para allanar el camino hacia la más eficiente automatización de la clasificación de los envíos postales.

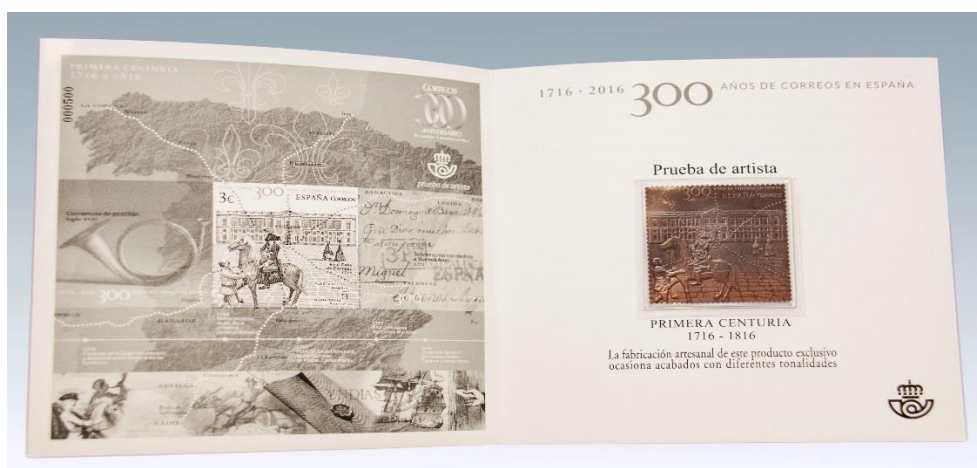
- El 30 de junio de 1.993, la compañía postal pública española abandonó el sistema de transporte ferroviario y lo sustituyó por un sistema de transporte por carretera más versátil. Esto supuso la mayor revolución organizativa en más de siglo y medio. Es decir, la clasificación y transporte de los envíos postales dejó de realizarse en función de las estaciones de tren y sus rutas y empezó a hacerse por Provincias. Finalmente, los envíos recibidos en cada Capital de Provincia se clasificaban, a su vez, para enviarlos a la distribución en las distintas localidades de la misma.
- En 1.998, Correos de España estrenó su primera página Web, adaptándose de esta manera a la evolución que requieren los nuevos tiempos que vivimos.
- Durante el último tercio del s. XX y en el actual s. XXI se ha dado forma a los diferentes Servicios de Correos, profundizándose asimismo en la automatización del tratamiento y clasificación de los envíos postales (*correspondencia* y paquetería).
- En el año 2.002, el Operador postal lanzó el Plan que permitió que actualmente todos los envíos se gestionen de forma automática, y en esas fechas también comenzaron a convertirse sus Oficinas en espacios “multiservicios”, que hoy en día permiten realizar múltiples gestiones (desde recargar el saldo del móvil hasta adquirir un cupón de la ONCE, pagar recibos,..., hasta enviar documentación de forma digital a las Administraciones Públicas, o comprar un embalaje ecológico).
- En 2.011 nace el Grupo Correos, configurándose como un auténtico Operador global de soluciones de comunicación en todos y cada uno de los Mercados en los que actúa, presentando la oferta más completa a los clientes de Servicios Postales en España.
- Correos se ha transformado, pasando del mundo analógico al digital. En esta nueva dimensión tecnológica, todos los empleados de reparto (*carteros*) disponen ya de dispositivos móviles inteligentes, en vez de carpetas y libretas.
- Fuera de España, se ha lanzado Correos Express Portugal, primera operación internacional en su larga historia, con el fin de posicionarse como líder del Sector de la paquetería proveniente del *eCommerce*.
- Hoy en día, Correos es una empresa de capital 100 % público, propiedad del Estado español a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), que está

viviendo un proceso de integración tecnológica y de permanente transformación digital en busca de nuevas Áreas de Negocio y prestación de Servicios que satisfagan las necesidades demandadas en un Mercado completamente liberalizado en España donde desde el 1 de enero de 2.011 rige la libre competencia.

- Han transcurrido más de 300 años desde que Correos echase a andar en España como Servicio Postal Público, y actualmente se ha especializado y, al mismo tiempo, diversificado, no sólo en el envío de cartas o *correspondencia*, sino también de paquetería (mercado emergente y especialmente activo y dinámico por efecto directo del comercio electrónico o *eCommerce*, tanto a nivel nacional cuanto internacional), además de servicios y/o productos telemáticos que se cursan a través de los canales electrónicos (telegramas, burofax,...).

Correos, tras su constitución en 1.716 y habiendo cumplido ya más de 300 años de vida como servicio postal, trabaja de forma permanente al ritmo de los tiempos en su actual conversión y transformación digital para sortear así el descenso exponencial que registra su actividad tradicional de envío de *correspondencia*.

En 2.016, Correos conmemoró su Tricentenario y, entre otras celebraciones, emitió tres hojas bloque de sellos, dedicados a los tres siglos de vida postal y telegráfica de la entidad. El sello relativo a la primera centuria (1.716-1.816), tuvo como motivo principal la dieciochesca Real Casa de Correos, enclavada en la Puerta del Sol madrileña. Y en las viñetas bronceíneas que lo enmarcan se recogen, sobre un fondo de la España peninsular, las seis grandes rutas radiales de las *postas* y detalles alusivos como un sobrescrito de la época, una cornamusa o los hitos relativos al *correo* más importantes de este período.



300 años Correos. Primera Centuria: 1.716-1.816 (sello BRONCE). Fuente: www.correos.es

Se suma a esta era digital con la incorporación a su *portfolio* de nuevos productos y servicios íntegramente digitales, impulsado por su empeño de intentar ir siempre por delante adaptándose al continuo cambio que experimenta el Mercado, y buena muestra de ello hasta ahora han sido los hitos que jalonan su secular historia en España.

Correos y Telégrafos *-como Operador público que es en el mundo de las Comunicaciones-* basa su actividad en el servicio de carácter social, que consiste en facilitar de manera universal a todos los ciudadanos *-cualquiera que sea su situación geográfica nacional-*, el ejercicio del derecho a la comunicación escrita y a la telecomunicación. Y, para ello, desarrolla una actividad económica de prestación de servicios comerciales que consiste en recoger, transportar y distribuir a domicilio, con la mayor rapidez y regularidad posibles, toda clase de objetos y productos *-ya sean éstos de comunicación escrita o no-* que los clientes (particulares, empresas y Administraciones Públicas) demanden.

2.1.3. El Telégrafo

Desde los orígenes de la humanidad, el hombre ha tenido la necesidad de comunicarse a distancia de forma rápida ya fuese, en principio, para prevenir posibles ataques o, en general, para conocer las consecuencias y el desarrollo de acontecimientos bélicos. Siempre, ya desde épocas históricas remotas, se utilizaban diferentes símbolos o señales para transmitir mensajes distantes y a gran velocidad. Normalmente, se trataba de mecanismos rudimentarios asociados con la luz y el sonido que solamente podían percibirse mediante el oído y la vista y que permitían ganar tiempo en la comunicación, superando a los mensajeros convencionales (por ejemplo, a través del sonido de los tambores y el humo producido por el fuego, o por medio de otras señales visuales como banderas y reflejos ópticos de espejos utilizados durante siglos,...). Empero, la información así transmitida era necesariamente muy breve y simplemente permitía confirmar hechos, pero en ningún caso comunicar las circunstancias en que los mismos se habían producido.

Todos estos sistemas empleados con anterioridad por el hombre, podrían considerarse auténticos antecedentes del Telégrafo⁴⁷⁸, cuya historia va indisolublemente

⁴⁷⁸ Para ampliar información sobre este apartado, puede consultarse: OLIVÉ ROIG, S.: *Telégrafos. Un relato de su travesía centenaria*, Madrid, Ed. Ariel y Fundación Telefónica, 2.013; CRESPO GUTIÉRREZ, M^a V.: “Los Caminos de la Comunicación: La Telegrafía Eléctrica en España”, *Revista Asociación Amigos del Telégrafo de España*, 2.016; CRESPO GUTIÉRREZ, M^a V.: “163 Aniversario de la Telegrafía Eléctrica en España y de la creación del Cuerpo de Telégrafos”, *Revista Asociación Amigos del Telégrafo de España*, 2.018; “160 Aniversario de la Telegrafía Eléctrica en España”, *Ministerio de Fomento*, 2.014, entre otros.

unida al descubrimiento de la electricidad, que era capaz de recorrer grandes distancias y se buscaba la forma de emplearla para enviar mensajes a gran distancia y velocidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE) *-en su vigésimo tercera edición, Madrid, 2.014-*, el término *Telégrafo* está formado por la unión de dos vocablos: *tele* y *grafo* y, en su primera acepción, significa “sistema de comunicación que permite transmitir con rapidez y a distancia mensajes codificados”.

Como afirma el Catálogo de la Exposición conmemorativa del “160 Aniversario de la Telegrafía Eléctrica en España”, editado por el Ministerio de Fomento en 2.014 (pág. 13), “la actividad telegráfica que se iniciaba en España (...) representaba entonces mucho más que una novedad. La telegrafía era la primera utilización práctica de la electricidad, que todavía era un ente inmaterial, imponderable, desconocido y misterioso, y constituía la punta de lanza del progreso”.

El Telégrafo es, así pues, una máquina creada para transmitir información codificada mediante señales eléctricas. Estos dispositivos se caracterizaron en su época por la velocidad para la transmisión de los datos y por la distancia que eran capaces de alcanzar, aunque con el avance tecnológico experimentado a partir de la 2ª mitad del s. XX y, tras la sucesiva consolidación y extensión masiva del uso del teléfono (primero, fijo y, después, móvil) y de otros modernos medios de telecomunicación (Internet, correo electrónico, redes sociales,...), han quedado ya obsoletos.

Un resumen en forma cronológica o siguiendo la línea del tiempo (*timeline*) de la historia del Telégrafo a nivel mundial, desde su aparición, es el que seguidamente exponemos:

-Año 1.729.- Desde el s. XVIII se comenzó a estudiar el fenómeno de la electricidad. La tecnología central del Telégrafo supone el envío de cargas eléctricas a través de un cable, y fue el físico inglés Stephen Gray quien en 1.729 demostró que la electricidad se transmitía por unos materiales y no por otros. Gray envió una señal eléctrica entre dos puntos, consiguiendo así demostrar el principio básico de la Telegrafía.

-Año 1.791.- En Francia, Claude Chappe ideó un sistema óptico de comunicaciones que se valía del uso de catalejos para enviar mensajes codificados. Las imágenes producidas de este modo, podían ser visibles a distancia (aproximadamente, hasta 12 km.).

-Año 1.796.- En España, Francisco Salvá y Campillo presentó varios estudios sobre la aplicación de la electricidad, llegando incluso a realizar una demostración de sus experimentos científicos ante la propia familia real.

-Año 1.809.- El alemán Thomas von Soemmerring construye un telégrafo electroquímico basado en la electrolisis del agua.

El sistema estaba compuesto por 35 hilos conductores, uno por cada letra del alfabeto más los números del 0 al 9, conectados a una pila, que iban desde un cuadro con un selector del signo correspondiente (transmisor) a un electrodo en una especie de urna transparente llena de líquido (receptor) en donde se cerraba el circuito, provocando que desde cada signo seleccionado *-marcado en la base de la urna-* saliesen burbujas de gas motivadas por la descomposición del agua.

De esta manera, se movía el selector para formar palabras y, en definitiva, mensajes, que eran reproducidos al otro extremo de los hilos.

-Año 1.820.- En Dinamarca, Hans Christian Oersted demostró la relación entre la electricidad y el magnetismo. Esto es, pues, que el paso de una corriente eléctrica mueve una aguja imantada.

-Año 1.832.- El barón ruso Pavel Lvovich Shilling, científico e ingeniero eléctrico, construye el primer telégrafo electromagnético en su domicilio con un cable por el que pasa la corriente y una aguja imantada que marca en un dial una posición diferente, según sea la intensidad de la corriente.

-Año 1.833.- los científicos Johan Carl Friedrich Gauss y Wilhelm Eduard Weber lograron instalar una de las primeras líneas telegráficas sobre los tejados de la ciudad de Gotinga (Alemania). Dicha línea abarcaba una extensión de 1.200 metros y permitía la unión del Observatorio astronómico con la Universidad de la ciudad.

-Año 1.835.- El pintor e inventor estadounidense Samuel Morse *-con la ayuda del maquinista Alfred Vail-* presenta en público su Telégrafo y empieza a desarrollar el llamado Código Morse (sistema binario que forma caracteres a través de la combinación de tres símbolos: espacio, punto y raya que, a su vez, representan las letras, las cifras y los signos necesarios en la escritura).

Este método permitía codificar el alfabeto mediante la apertura y el cierre *-corto o largo-*, de un circuito eléctrico y, de esta forma, facilitaba el intercambio de comunicaciones interpersonales.

También en la actualidad los astronautas, por ejemplo, aun disponiendo de modernos sistemas de comunicaciones, llevan en sus equipamientos elementos adecuados para utilizar el código Morse en caso de emergencia, y las letras SOS *-en dicho Código-* han sido adoptadas de forma universal como señal de socorro.

-Año 1.837.- Los inventores y científicos William F. Cooke y Charles Wheatstone habían patentado ya su primer telégrafo en Inglaterra.

-Año 1.844.- Sin embargo, se atribuye a Samuel Morse el invento de la telegrafía eléctrica y se considera el primer mensaje telegráfico de la historia (*telegrama*) el transmitido el 24 de mayo de 1.844 entre el Capitolio de Washington y Baltimore, conteniendo la siguiente cita bíblica: "What Hath God Wrought? (¿Qué ha creado Dios?).

Morse patentó su invento y fomentó la instalación de líneas telegráficas que, poco a poco, se extendieron por Norteamérica y por algunas regiones europeas.



Manipulador Morse. -Museo Postal y Telegráfico (Madrid)-

-Año 1.845.- El francés Antoine Breguet diseña un telégrafo de cuadrante que sigue los principios de la telegrafía óptica. Se componía de un transmisor y un receptor que consta de un círculo dividido en veintiséis partes, en el que estaban grabadas las letras, cifras y diversos signos.

-Año 1.855.- David Edward Hughes, ingeniero estadounidense de origen británico, inventó el telégrafo que lleva su nombre, caracterizado porque los signos a transmitir se transformaban en

un código perforado, dando lugar a un telégrafo impresor más avanzado.



Aparato transmisor/receptor Hughes. -Museo Postal y Telegráfico (Madrid)-

-Año 1.858.- Se consigue cruzar el océano Atlántico y, a través de la instalación de cables submarinos, supuso una evolución extraordinaria del dispositivo telegráfico, quedando definitivamente comunicados ambos continentes (América y Europa) en 1.866. La red de cables terrestres y submarinos significó la primera globalización de las comunicaciones a nivel mundial, hasta entonces desconocida.

-Año 1.880.- El ingeniero francés Émile Baudot crea un sistema telegráfico que permitía realizar cuatro comunicaciones de manera simultánea y recibir los mensajes impresos directamente en caracteres alfabéticos, aumentando significativamente el rendimiento de una línea telegráfica. Inventó, asimismo, el código Baudot, utilizado por los teletipos.



Manipulador Baudot. -Museo Postal y Telegráfico (Madrid)-

En su momento, la introducción de la Telegrafía eléctrica por conducto de un alambre, desarrollada principalmente por Samuel Morse y Alfred Vail (1.844) en Norteamérica y, más tarde, la inalámbrica o radiotelegrafía de Marconi (1.897) en Europa - *entre otros muchos ilustres nombres que condujeron a la ciencia hacia excelsas innovaciones*-, propició avances sustanciales en diferentes órbitas de la actividad humana, y su derivación posterior en la radio (que se denominó en su primera época, “Telegrafía sin hilos” -TSH-), y sólo después de mucho tiempo se identificó “radio” con radiodifusión, influyó de manera notable y decisiva en diferentes campos de la sociedad del s. XIX y buena parte también del s. XX.

Su impacto positivo se hizo sentir en la industria y el comercio, dinamizó el acceso a la información y amplió la oferta cultural, facilitó la *correspondencia* entre las personas, generó información estratégica en las guerras internas e internacionales y, en fin, constituyó un aspecto vital de la comunicación que solamente llegaría a tener parangón contemporáneo con la eclosión de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), siendo Internet la más destacada y revolucionaria hasta el presente.

Para intelectuales como Alexandre-Théophile Vandermonde (1.735-1.796) la invención del Telégrafo simbolizó una auténtica revolución democratizadora, por cuanto la concepción de este aparato capaz de comunicar a muchas personas a través de grandes distancias permitía que cada cual pudiera expresar sus propias voluntades y opiniones.

Pese a todo ello y, sobre todo a partir de 1.985, el Telégrafo comenzó a perder importancia como medio de comunicación, debido en primer lugar a la aparición de sistemas de telefonía por medio de mensajes cortos y después, fundamentalmente, tras la extensión de Internet que favoreció exponencialmente la comunicación (correo electrónico, redes sociales,...).

No obstante, hay que decir que el telégrafo destacó como forma de comunicación vanguardista durante más de un siglo (desde finales del s. XIX hasta finales del s. XX), y contribuyó decisivamente a los ulteriores progresos de las comunicaciones inalámbricas que hoy en día utilizamos de manera cotidiana.

En la mayoría de los países europeos, la llegada del Telégrafo se produjo cuando el ferrocarril ya había hecho acto de presencia. España, sin embargo, fue una excepción. Y, aunque también se sentía la necesidad de la rapidez en las comunicaciones -*más aún si*

cabe al ir teniendo noticia de lo que iba ocurriendo en el resto de Europa, aquí no existían líneas de ferrocarril en las que apoyarse. Así, pues, en la década de 1.850, España se enfrentaba al doble reto de la implantación de la Telegrafía eléctrica y del Ferrocarril, pero el retraso de estas últimas infraestructuras supuso postergar también el desarrollo de la red telegráfica. En esta situación, el gobierno optó por tender las líneas telegráficas necesarias siguiendo los caminos y carreteras preexistentes, a través de la colocación de postes telegráficos de madera. Era el comienzo del bienio progresista (1.854-1.856), con ideas revolucionarias que, con respecto al Telégrafo, entrañaron grandes inversiones en red y la adopción de nuevas tecnologías.

En 1.854 la Administración del Estado construyó una primera línea de prueba entre Madrid e Irún, para poder así enlazar con la red telegráfica francesa y, por medio de ella, con algunos otros países europeos. Es importante reseñar que cuando esta línea empezó efectivamente a funcionar y estuvo plenamente operativo el servicio, solamente se enviaban telegramas o comunicaciones telegráficas de carácter oficial.

El primer mensaje (*telegrama*) telegráfico que se envió desde España y cruzó la frontera, fue el discurso de la Reina Isabel II inaugurando las Cortes constituyentes el 8 de noviembre de 1.854.

Seguimos en este punto y a partir de aquí el excelente artículo de Crespo Gutiérrez⁴⁷⁹ -*Directora del Museo Postal y Telegráfico*-, cuando afirma que “debido al éxito de la prueba y los beneficios que podría traer el telégrafo eléctrico para la Administración y para los particulares, el Ministerio de Fomento pidió un Informe a la Real Academia de las Ciencias de Madrid sobre la telegrafía eléctrica, para la implantación de la red telegráfica en España y los aparatos transmisores y receptores que fuesen más idóneos...”.

Indica que “el Informe se aprobó el 29 de diciembre de 1.854 y gracias a este Informe solicitado por Fomento el Gobierno envió a las Cortes un proyecto de ley para la construcción de una red telegráfica que uniera Madrid con todas las capitales de provincia y departamentos marítimos, y que llegara además a las fronteras de Francia y Portugal...”.

Y señala a este respecto que “la ley se aprobó el 22 de abril de 1.855, fecha que se considera como la del nacimiento del telégrafo en España. Así pues, desde sus orígenes el

⁴⁷⁹ CRESPO GUTIÉRREZ, M^a. V.: “Los Caminos en la Comunicación: La Telegrafía Eléctrica en España”, *Revista Asociación de Amigos del telégrafo de España*, 2.016, pág. 4.

telégrafo eléctrico nace con vocación de servicio público” apuntando que “la conservación y el manejo pasaron a la Dirección general de Telégrafos. Se destinaron 15 millones de reales de vellón para la construcción de las líneas telegráficas”. También esta fecha es la de la conmemoración de la creación del Cuerpo de Telégrafos.

Durante 1.855, además, España se integraría en la Unión Telegráfica de Europa Occidental, junto con Francia, Bélgica, Cerdeña y Suiza. En el seno de esta organización, se llegó al acuerdo de establecer una tarifa uniforme y adoptar el alfabeto Morse como sistema de comunicación internacional.

Explica Crespo Gutiérrez⁴⁸⁰ que “la red telegráfica inicial de 1.855 tenía una configuración radial, con centro en Madrid y en los años sucesivos se fue cerrando en forma de polígono con líneas transversales. La estructura radial respondía al carácter centralista de la construcción del estado liberal en España” y que “hacia 1.857 la estructura de red telegráfica española quedó configurada, entendiéndose como tal los medios necesarios para unir dos puntos de la península. La red básica estaba ya muy completa hacia 1.864, tenía una longitud de más de 10.000 km. de líneas, 194 oficinas telegráficas y se cursaba casi un millón de telegramas al año...”.

Continúa su didáctico artículo la Directora del Museo Postal y Telegráfico⁴⁸¹ comentando que “cuando terminó el siglo, en 1.900, Telégrafos era una entidad plenamente consolidada y compleja, y el telégrafo era el único medio de comunicación que cubría todas las necesidades sociales...” y también que “entre 1.860 y 1.900 se puede hablar de un proceso de socialización del telégrafo debido a una política de tarifas más baratas y de los efectos derivados de la extensión de la red telegráfica española”. Observa que “con el tiempo, el telégrafo que comenzó su andadura siendo utilizado por la Administración, se introdujo después en el mundo empresarial y en las clases medias, y el primer tercio del siglo XX lo fueron utilizando las clases populares...”, afirmando que “desde 1.875 a 1.924, puede considerarse la época dorada del telégrafo, ya que era el único medio de comunicación que cubría ampliamente las necesidades de la sociedad”.

En paralelo al progreso tecnológico, los aparatos telegráficos fueron evolucionando, tratando de conseguir un mayor rendimiento en las comunicaciones y responder a las demandas de la sociedad, entre ellas la consolidación de una prensa de opinión, la

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pág. 5.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pág. 6.

expansión de una red financiera y la atención a los particulares. El objetivo era dar una respuesta ágil a todas las necesidades y conseguir mediante el progreso tecnológico la simplificación del código telegráfico y del manejo de los aparatos.

Así, en 1.855 el norteamericano Hughes inventó un nuevo Telégrafo que se instaló en España hacia 1.875 y que permitía que los mensajes se recibieran impresos en caracteres alfabéticos.

Y, como asegura Crespo Gutiérrez⁴⁸², “con este aparato los operadores expertos podían llegar a una velocidad de transmisión de 70 palabras por minuto. El hughes fue aceptado por todas las Administraciones telegráficas para usarlo en las comunicaciones internacionales. En nuestro país, hasta 1.910, fue el aparato destinado a las comunicaciones más importantes, y se mantuvo en servicio hasta la década de 1.950-60”.

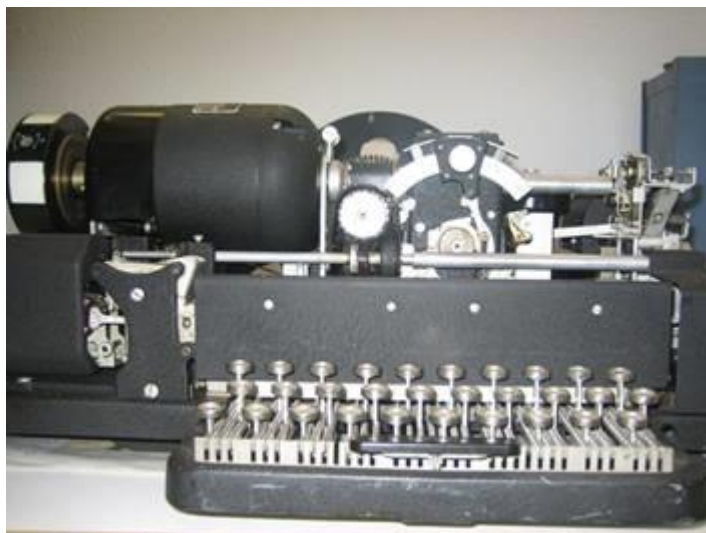
Además, en el cuarto del s. XIX, la Administración francesa adoptó el sistema múltiple telegráfico Baudot, que también se impuso en el resto de países, al permitir multiplicar por cuatro el rendimiento de una línea. En 1.906 se introdujo en España, en la línea Madrid-París y funcionó hasta mediados del s. XX.

Precisa Crespo Gutiérrez⁴⁸³ que “en la década de 1.920-1.930 aparecieron los primeros teleimpresores o *teletipos*. Aparatos que sustituyeron a los demás terminales telegráficos. Los primeros aparatos de este tipo utilizados fueron los Morkrum norteamericanos y, enseguida, los Siemens alemanes y los Creed ingleses (...). Tuvieron que pasar veinte años para que los teleimpresores se convirtieran en los únicos aparatos telegráficos. Los avances de la tecnología facilitaron que los teleimpresores pudieran ser manejados por personas sin conocimientos telegráficos específicos, por su gran semejanza a las máquinas de escribir convencionales y que entraran en las oficinas y después en los domicilios particulares con el servicio télex con el que el telégrafo se subía a la modernidad”.

Asimismo, apunta que Telégrafos tuvo un servicio pionero, el giro telegráfico, implantado en 1.922, que se anticipó a los bancos con las transferencias bancarias, y permitió en los años 50 y 60 que los inmigrantes enviaran dinero en pocas horas a sus pueblos de procedencia, y que muchas familias remitieran dinero a sus hijos que estaban haciendo el servicio militar”.

⁴⁸² *Ibíd*em, pág. 7.

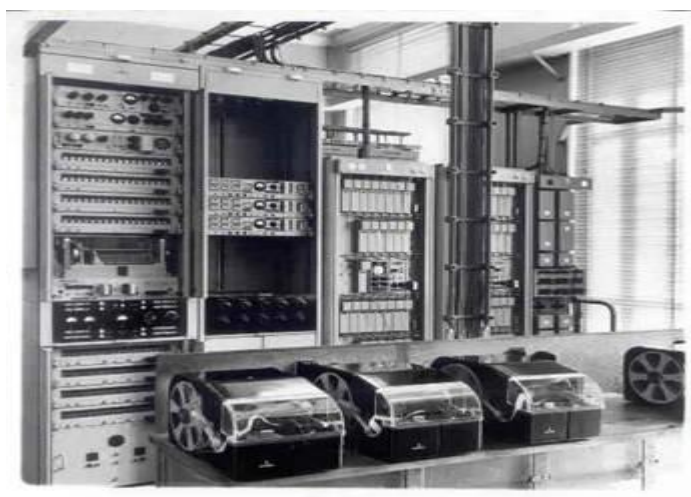
⁴⁸³ *Ibíd*em, pág. 8.



Teletipos Creed y Teletype. -Museo Postal y Telegráfico (Madrid)-

A mediados del siglo XX, los agentes económicos más dinámicos de la sociedad (grandes empresas, prensa, bancos,...) querían disponer de enlaces telegráficos que conectaran sus oficinas.

Para satisfacer dicha demanda, se ideó un sistema que permitiera la conexión entre sí de abonados, empresas o particulares, por medio de teleimpresores. Este sistema que utilizaba los mismos procedimientos que las centrales telefónicas, se denominó Télex.



Central Télex, de Conde de Peñalver. -Museo Postal y Telegráfico (Madrid)-

Informa Crespo Gutiérrez⁴⁸⁴ que “en España el servicio Télex se inició en 1.954, con

⁴⁸⁴ *Ibíd*em, pág. 10.

20 abonados en Madrid, y fue prestado por Telégrafos. La Administración telegráfica española quería ofrecer un telégrafo moderno, con buenas prestaciones. Para ello fue necesario modernizar la red, adaptar las líneas, aumentar el número de circuitos y adquirir e instalar centrales de conmutación, en las que las conexiones se realizaban en tiempo real". Añadiendo que "las primeras líneas que adaptaron fueron las de Madrid a Irún para conectar con Francia y las de Madrid-Badajoz para conectar con Portugal, facilitando así las conexiones internacionales. Estas líneas seguían siendo de hilos de cobre sobre postes, pero sobre ellas ya no se encaminaban los aparatos telegráficos, sino que su conexión se hacía sobre equipos de portadoras con mayor número de circuitos".

Sostiene la autora citada que "las conexiones Télex ofrecían algunas ventajas sobre las comunicaciones telefónicas. Además de recibirse los mensajes impresos, no hacía falta que el receptor estuviera presente para recibirlos, lo que facilitaba el enlace entre países con horarios diferentes. En el mensaje enviado figuraba la hora de envío y, por último, los mensajes eran más baratos al poder enviar hasta 24 enlaces telegráficos por un solo enlace telefónico". Completa esta información aportando que "el servicio telegráfico convencional aprovechó el establecimiento de la red Télex y se creó un servicio Géntex, que era la conexión directa de las oficinas telegráficas de todo el mundo utilizando las mismas soluciones técnicas y las mismas infraestructuras que la red Télex".

Con el paso del tiempo, las centrales de conmutación fueron incorporando tecnologías electrónicas, eran centrales de conmutación de mensajes que ya no tenían elementos mecánicos, sino que eran ordenadores convencionales que almacenaban y enviaban la información en circuitos especializados. De esta forma, los teletipos también cambiaron, asemejándose a los ordenadores de oficina.

El servicio Télex tuvo un gran desarrollo, creciendo tanto en número de abonados como en transmisión de mensajes hasta 1.987, que alcanzó 40.000 abonados en España. Pero subraya Crespo Gutiérrez⁴⁸⁵ que "los avances en las prestaciones telefónicas, la aparición de los sistemas de fax y, sobre todo, la implantación de redes de transmisión de datos, provocaron su regresión...". Manifestando a continuación que "sin embargo, la red télex puede considerarse un ensayo de Internet".

Hay que recordar también que otro servicio de comunicación electrónica nació en 1.983, el burofax, que permitía reproducir al momento y a distancia cualquier documento o

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pág. 11.

imagen con exactitud a través de las Oficinas de Correos y Telégrafos, con la ventaja añadida de tener efectos legales.

Cabe decir que en los años 90 tuvo lugar la liberalización de los Servicios de Telecomunicación en España, y la Secretaría General de Comunicaciones *-adscrita al Ministerio de Fomento-*, creó la denominada Red Integrada de Comunicaciones Oficiales (RICO) para dar un servicio integral de voz y datos a las dependencias de la Administración utilizando la red de Telégrafos, que en esa fecha disponía de radioenlaces digitales que cubrían todo el país y de enlaces por satélite *-tanto para oficinas pequeñas, mediante estaciones VSAT, como para las capitales de Provincia por medio de enlaces de gran capacidad, todos ellos proporcionados por el satélite HISPASAT-*.

Actualmente, la Telecomunicación está muy presente en nuestra sociedad (Internet, ordenadores multimedia que posibilitan enviar y recibir correos electrónicos, redes sociales, telefonía móvil,...). Y es por todo ello que, en opinión de Crespo Gutiérrez⁴⁸⁶, “podemos afirmar que los telegramas que los telegrafistas transmitían equivalen a los correos electrónicos y a los mensajes SMS, que hoy envía cualquier usuario de un ordenador o de un teléfono móvil...”. Para terminar sosteniendo que “si consideramos que estas formas de comunicación son de las más modernas y entendemos por telegrama un mensaje escrito enviado por cualquier medio de telecomunicación, como lo define el diccionario de la Real Academia Española, al chatear, al mandar WattsApps estamos usando la comunicación escrita, la telegráfica, no la voz.”. Y concluye su argumentación señalando que “nuestros jóvenes que están todo el día interconectados, prefieren, gracias a las tarifas planas telefónicas, enviar mensajes a descolgar sus smartphones y hablar...”. En consecuencia y, según la Directora del Muso Postal y Telegráfico, “el telégrafo le está ganando la partida al teléfono y está inmerso en la modernidad”.

2.2. PRODUCTOS POSTALES

En este apartado se va a realizar una breve descripción conceptual básica sobre una muestra suficientemente representativa previamente seleccionada de algunos de los productos postales principales que, además, ostentan la singular condición de ser también los más tradicionales y significativos de la completa oferta comercial existente actualmente en el mercado español correspondiente a este Sector de actividad que se encuentra ya

⁴⁸⁶ *Ibíd*em, pág. 12.

completamente liberalizado (desde el 1 de enero de 2.011).

En julio de 1.999 Correos publicó el *Manual de Productos y Procedimientos*. La elaboración del mismo vino motivada fundamentalmente por exigencias de la Ley Postal que había transpuesto al ordenamiento jurídico interno la Directiva 97/67/CE. El art. 1.3 de dicha norma (Ley 43/2.010 -*Ley Postal*), señala que:

“Se regirán por lo dispuesto en esta ley:

- a) Los servicios de recogida, admisión, clasificación y entrega de envíos postales.
- b) Los envíos de giro mediante los cuales se ordenan pagos a personas físicas o jurídicas por cuenta y encargo de otras, a través de la red postal pública y cualesquiera otros servicios que tengan o pudieran tener naturaleza postal, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea y de la Unión Postal Universal”.

En este mismo Título I. de la Ley Postal (intitulado “Disposiciones generales”), el artículo 4. “Servicios excluidos”, indica:

“Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los servicios realizados en régimen de autoprestación, así como los servicios relativos a los envíos sin dirección postal del destinatario.

Se entiende que existe régimen de autoprestación cuando la prestación de los servicios postales se efectúe directamente por el propio remitente de los envíos, o bien cuando se realice valiéndose de un tercero que actúe, en exclusiva, para el mismo. En este último caso los servicios prestados al remitente por el tercero deberán comprender la totalidad del proceso postal de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de los envíos”.

Asimismo, la Disposición adicional primera de la Ley Postal indica que el Operador designado por el Estado para prestar el Servicio Postal Universal (SPU) en España, es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima. En efecto, Correos es la encargada de que estos productos afectos al SPU más el resto de los servicios que presta en régimen de libre concurrencia lleguen diariamente -y aproximadamente-, a 17 millones de direcciones particulares y a 2 millones de empresas en todo el país. Esto supone realizar

todos los procesos operativos requeridos por los envíos postales (desde la recogida y la admisión de los mismos, hasta la distribución y entrega, pasando por las fases intermedias del denominado en argot postal *Circuito General de la Correspondencia*, como son su tratamiento, curso y transporte). No obstante, cabe decir que algunos envíos postales comparten procesos operativos (por ejemplo, se tratan conjuntamente en la clasificación, utilizan la misma red de transporte,...), plazos de calidad y entrega iguales o muy similares, tipos de clientes,...

Por lo que respecta a Correos, fue el Real Decreto 1.323/1.990, de 26 de octubre (actualmente ya derogado), el que incluyó los productos comerciales en *líneas operativas*, según los diferentes niveles de calidad exigidos para cada uno de ellos, que también ha ido variando a demanda del Mercado.

Entre todos estos productos postales, unos encajan con las características que sobre ellos se determina en la legislación sectorial vigente (Reglamento de Prestación de los Servicios Postales, Ley Postal, y normas UPU a nivel internacional, básicamente) y demás normativa de desarrollo y/o modificación, y otros han evolucionado en función de la ley que impone el propio Mercado, y sin cuya adaptación a ella ninguna empresa podría subsistir en este mundo cada vez más interdependiente y globalizado.

Aunque todos los productos que se van a incluir aquí se comercializan hoy en día por Correos, tienen naturaleza genérica como tales envíos postales y, por tanto, son susceptibles de prestarse *-obviamente y, como no podría ser de otro modo, con otras denominaciones y servicios o valores añadidos diferentes, en función de la propia estrategia y política comercial de cada Operador-* por todos los prestadores partícipes en el Mercado Postal Español, ya sea a través de la preceptiva autorización administrativa singular (para aquellos productos incluidos en el ámbito de prestación del Servicio Postal Universal *-SPU-*) o, simplemente, mediante la pertinente declaración responsable (requisito previo establecido para los productos y servicios no pertenecientes al SPU).

Todos los productos tienen sus características propias, que los diferencian de los demás: peso, dimensiones, acondicionamiento, ámbito, plazo de calidad, garantías, etc.... La metodología y sistemática que vamos a aplicar, va a consistir en proceder a su definición, aportar información elemental relativa a sus atributos y rasgos más distintivos a modo de una ficha técnica resumen sobre cada producto en cuestión y, a raíz de ella, intentar alcanzar el propósito y verdadero objetivo final consistente en llegar a determinar y

establecer con meridiana claridad si queda o no afectado *-y, en su caso, en qué medida-* por el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE), advirtiendo ya de antemano que siempre existe regulación infraconstitucional *ad hoc* que condiciona y determina en cada caso su particular nivel o grado de prestación.

Así, pues, se parte en definitiva de la consideración esencial de que todas ellas son formas reales y válidas utilizadas normalmente para la materialización y exteriorización de la comunicación postal, pero no todas forman parte de ese concepto primordial y específico de *correspondencia*, más restrictivo y exigente aún si cabe, establecido por el TC en su relevante Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, que actúa y se erige a un tiempo como auténtica *conditio sine qua non* para que el precepto estudiado de nuestra Carta Magna despliegue en su máxima expresión toda su virtualidad práctica en cuanto se refiere a la efectiva salvaguarda y protección constitucional dimanante del proclamado Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones *-y, en especial, de las postales y telegráficas-*.

2.2.1. Carta

Cabe recordar a modo de recopilación final que la carta es el producto postal básico, y que su regulación normativa se contempla en el Reglamento Postal actualmente vigente (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre), Título I. “De los servicios postales en general”, Capítulo III. “Envíos y servicios postales”, artículo 13. “Envíos postales”, apartado segundo, que señala:

“En el ámbito de aplicación de este Reglamento, se entenderá por:

A) Carta: todo envío cerrado cuyo contenido no se indique ni pueda conocerse, así como toda comunicación materializada en forma escrita sobre soporte físico de cualquier naturaleza, que tenga carácter actual y personal y toda aquella que, aun no reuniendo los requisitos antedichos, cumpla los restantes que establece el presente Reglamento para su admisión con arreglo a esta modalidad.

En todo caso, tendrán la consideración de carta los envíos de recibos, facturas, documentos de negocios, estados financieros y cualesquiera otros mensajes que no sean idénticos”.

Asimismo, la actual Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre), en su Título I.

“Disposiciones generales”, artículo 3. “Definiciones”, previene:

“A efectos de la presente ley, se entenderá por:

(...)

3. *Envío de correspondencia*: la comunicación materializada en forma escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza, que se transportará y entregará en la dirección indicada por el remitente sobre el propio envío o sobre su envoltorio (...).”

Así, pues, la carta es la forma más típica de comunicación postal que constituye, a su vez, la principal vía o modalidad de *correspondencia* tradicional, aunque se trata de un servicio que hoy en día se presta también en formato digital vía Internet.

Además, las cartas de hasta 2 kilogramos de peso forman parte del Servicio Postal Universal (SPU) que ha de prestarse de forma permanente en todo el territorio nacional y a un precio asequible para todos los usuarios, que incluye la prestación de los servicios accesorios de certificado y valor declarado, garantizándose la confidencialidad y fiabilidad en su entrega.

A continuación, se exponen los datos de síntesis del producto carta⁴⁸⁷ en la siguiente ficha técnica:

- Ámbito

- Nacional: España y Andorra.
- Internacional:
 - Zona 1: Europa, incluida Groenlandia.
 - Zona 2: Resto de países.

- Plazos de calidad

- Local: 1 día hábil.
- Provincial: 2 días hábiles.

⁴⁸⁷ Fuente:

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-carta_ordinaria_empresas-todos_cartas_documentos/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

- Nacional: 3 días hábiles.
- Europa: de 2 a 4 días hábiles.
- Resto de destinos: según país.

- Acondicionamiento

El cliente puede utilizar sobres y embalajes que permitan garantizar la integridad del contenido. En este sentido, se ofrece una amplia gama de modelos de embalajes adaptados a sus distintas necesidades: sobres, cajas, prepagados, etc.,... Y, una vez cerrado el envío, los datos del remitente y destinatario deben ir en lugar visible sobre el embalaje.

- Embalaje

En forma de sobre/caja/tubo o rollo, que garantice la integridad del contenido.

- Peso

Hasta 2 Kg.

- Dimensiones

- Máximas:
 - Sobre/Caja: $L + A + A$ (Largo, más Alto, más Ancho) = 90 cm., sin que la mayor exceda de 60 cm.
 - Rollo: $L + 2 \text{ veces } D$ (Largo, más dos veces el Diámetro) = 104 cm., sin que la mayor exceda de 90 cm.
- Mínimas:
 - Sobre/Caja: 14 x 9 cm.
 - Rollo: $L + 2 \text{ veces } D$ (Largo, más dos veces el Diámetro) = 17 cm., sin que la mayor sea inferior a 10 cm.

Los envíos con dimensiones inferiores a las mínimas, deben circular con una etiqueta de 10 x 7 cm. en la que figure la dirección y el franqueo.

La carta es, en suma, una forma de comunicación que, por su propia naturaleza intrínseca, se configura como el ejemplo paradigmático y principal exponente de la

modalidad postal conocida como *correspondencia*. Por ende y, siguiendo el planteamiento exegético realizado por el TC en su Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, a ella se extiende en su máxima amplitud y plenitud el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE de 1.978).

En definitiva, éste es el único resultado lógico que se deriva de la aplicación sistemática del razonamiento interpretativo expresado por el Alto Tribunal y que nos lleva a dicha conclusión, tomando como premisa principal del mismo en primer lugar que en el ámbito postal el término constitucional comunicaciones equivale a *correspondencia* y que, por tanto, cualquier forma de *correspondencia* en España que cumpla las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico está amparada por el derecho constitucional al *secreto* de las comunicaciones y, posteriormente como premisa secundaria, que ha quedado suficientemente acreditado que el envío postal que adopta la forma de carta representa por antonomasia y sin lugar a duda alguna un tipo de *correspondencia* de carácter básico y preferente.

2.2.2. Tarjeta postal

El Reglamento Postal, en su artículo 13, apartado segundo, letra B), contiene la siguiente definición:

“Tarjeta postal: toda pieza rectangular de cartulina consistente o material similar, lleve o no el título de tarjeta postal, que circule al descubierto y que contenga un mensaje de carácter actual y personal.

La indicación del término de *tarjeta postal* en los envíos individuales implica automáticamente esta clasificación postal, aunque el objeto correspondiente carezca de texto actual y personal.

En todo caso, la consideración legal de la Tarjeta postal (ex art. 3.3 Ley Postal), es la de ser un envío de *correspondencia* (esto es, pues, “comunicación materializada en forma escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza...”).

Ésta es la ficha técnica básica del producto Tarjeta postal⁴⁸⁸:

⁴⁸⁸ Fuente: https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-tarjeta_postal_empresas-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

- Ámbito

- Nacional: España y Andorra.
- Internacional:
 - Zona 1: Europa, incluida Groenlandia.
 - Zona 2: Resto de países.

- Plazo de Calidad

- Local: 1 día hábil.
- Provincial: 2 días hábiles.
- Nacional: 3 días hábiles.
- Europa: de 2 a 4 días hábiles.
- Resto de destinos: según país.

- Acondicionamiento

Cartulinas consistentes.

- Peso

Hasta 20 gramos.

- Dimensiones

- Máximas: largo 23,5 cm. x 12 cm. de ancho.
- Mínimas: largo 14 cm. x 9 cm. de ancho.
- Espesor máximo de 5 mm.

- Valores añadidos

Aunque generalmente no se usan en este tipo de producto, por sus especiales características, el envío admite certificado y aviso de recibo *-tanto en el ámbito nacional como en el internacional-*.

Y, por supuesto, al tratarse de una comunicación que adopta la forma postal de *correspondencia* (Tarjeta postal), despliega también sobre ella todos sus efectos el Derecho

Fundamental proclamado al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) pues, como mantiene Díaz Revorio⁴⁸⁹, “con todo, han de tenerse en cuenta las peculiaridades de los diversos medios, que vienen a plantear algunos supuestos de comunicación algo más abierta, o que plantean dudas por diversos motivos. Así, por ejemplo, una tarjeta postal incorpora un texto no cerrado, y con el mismo nivel de accesibilidad que la dirección del destinatario *-aunque no por ello deja de estar protegida por el secreto de las comunicaciones-*”.

2.2.3. Notificación

Además de todo lo antedicho respecto de las notificaciones físicas o en formato papel con ocasión de su tratamiento específico en el Capítulo IV de este Trabajo (epígrafe 3. “Comunicaciones y fehaciencia”, subepígrafe 3.4. “Presunción de veracidad legal”), hay que señalar que se configuran como un producto indicado exclusivamente para organismos públicos, entidades administrativas y judiciales que necesiten tener constancia de que se ha realizado la entrega de sus comunicaciones de carácter legal.

En consecuencia, conviene distinguir entre la regulación de las notificaciones administrativas, por una parte y, por otra, la normativa aplicable a las judiciales.

Así, en cuanto se refiere a las notificaciones judiciales, su tratamiento se produce en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁹⁰ (LOPJ), Libro III. “Del régimen de los Juzgados y Tribunales”, Título III. “De las actuaciones judiciales”, Capítulo VII. “De las notificaciones”, cuyo artículo 270⁴⁹¹ establece:

“Las resoluciones dictadas por jueces y tribunales, así como las que lo sean por secretarios judiciales en el ejercicio de las funciones que le son propias, se notificarán a todos los que sean parte en el pleito, causa o expediente, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad

⁴⁸⁹ Obra citada, pág. 163.

⁴⁹⁰ Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 02/07/1.985. Referencia: BOE-A-1985-12666. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

⁴⁹¹ Modificado por la Ley Orgánica 7/1.988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 1.988. Referencia: BOE-A-1988-29621. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-29621-consolidado.pdf>

con la ley”.

Las notificaciones administrativas *-que han sido ya analizadas in extenso, como observamos-*, encuentran su concreción normativa en la citada LPACAP (Ley 39/2.015, de 1 de octubre), Título III. “De los actos administrativos”, Capítulo II. “Eficacia de los actos”, entre otros en el artículo 40. “Notificación”, que dispone:

“1. El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos, en los términos previstos en los artículos siguientes.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.

(...)”.

En ambos casos (notificaciones administrativas y/o judiciales), se trata de envíos con carácter certificado (es decir, con entrega al destinatario bajo firma de su recepción) e incluyen hasta dos intentos de entrega, permaneciendo una vez avisadas normalmente 7 días naturales en Lista de Correos a disposición del cliente o persona autorizada.

La ficha técnica del producto postal “Notificación”⁴⁹², es la siguiente:

- Ámbito

España.

- Plazo de Entrega

El compromiso del plazo de calidad de entrega del 93% de los envíos se establece legalmente en 3 días hábiles desde su admisión, distribuyéndose por ámbitos en todo el territorio nacional de la siguiente manera:

- Local: 1 día hábil.
- Provincial: 2 días hábiles.
- Nacional: 3 días hábiles.

- Peso

Hasta 2 kg., máximo.

- Dimensiones (son las mismas que las cartas)

- Máximas:
 - Sobre o caja: Largo + Alto + Ancho = 90 cm., sin que la mayor dimensión exceda de 60 cm.
 - Rollo/Tubo: Largo + 2 veces el Diámetro = 104 cm., sin que la mayor dimensión exceda de 90 cm.
- Mínimas:
 - Sobre o caja: 14 x 9 cm.
 - Rollo/Tubo: Largo + 2 veces el Diámetro = 17 cm., sin que la mayor dimensión sea inferior a 10 cm.

Los envíos con dimensiones inferiores a las mínimas deberán llevar una etiqueta anexa de

⁴⁹² Fuente principal, entre otras:

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-notificaciones_administrativas-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

10 x 7 cm. en la que figure la dirección y el franqueo.

- Acondicionamiento

En el anverso del envío, deberá incluirse la palabra “Notificación” y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución,...), y la indicación “Expediente núm...” o cualquier otra expresión que identifique el acto a notificar.

Cada objeto irá identificado con una etiqueta adhesiva que contiene un código de barras. En el caso de las notificaciones administrativas informatizadas, figurará tanto en el sobre como en el aviso de recibo la leyenda “NOTIFICACIÓN INFORMATIZADA”, con un código de barras alfanumérico.

Las notificaciones judiciales (denominadas genéricamente como JD), no regidas por la Ley 39/2.015, llevan en su anverso los siguientes códigos identificativos del producto:

- Código NJ, para las preparadas manualmente.
- Código NC, para las informatizadas.
- Código NF, para las prerregistradas en la Oficina Virtual (On Line).

Cada remesa o agrupación de envíos incorpora el documento justificativo de su admisión: relación por duplicado, fichero o recibo individual.

Asimismo, el cliente puede utilizar sobres y embalajes que permitan garantizar la integridad del contenido.

- Servicios adicionales

- Con carácter general:
 - Gestión de entrega de Notificaciones.
 - Aviso de recibo.
 - Prueba de Entrega Electrónica -PEE- (5, 10 o 15 años de custodia, por parte del Operador postal de referencia prestador del Servicio).
 - Petición de devolución, modificación o corrección de dirección nacional.
 - Recogida a domicilio (bajo contrato).

- Notificaciones con “Acuerdo Especial”.- Además de los servicios adicionales propios de las Notificaciones en general, ofrecen:
 - Nota de cortesía.
 - Retorno de información.
 - Clasificación de documentos.
 - Tercera entrega ordinaria o urgente.
 - Refuerzo de la entrega mediante SMS.
 - Digitalización de documentos y archivos.

La STJUE (Sala Quinta), de 18 de octubre de 2.019, Asuntos acumulados C-4/18 y C-5/18, contempla el servicio de prestación de notificaciones formales de documentos que provienen de órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas comprendido dentro del Servicio Postal Universal (SPU). Además, las notificaciones (administrativas y/o judiciales) son envíos especiales que tienen el tratamiento legal de cartas certificadas y, como tales, están asimismo incluidas dentro del ámbito de la *correspondencia*, por lo que son comunicaciones postales igualmente protegidas en toda su extensión por el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

2.2.4. Libros, impresos y publicaciones periódicas

El art. 13.2. E) del Reglamento Postal entiende por *Libros*:

“Las publicaciones, cualquiera que sea su soporte, encuadernadas o en fascículos, remitidas por empresas editoras, distribuidoras, establecimientos de venta y centros de enseñanza por correspondencia autorizados, siempre que no contengan otra publicidad que la que eventualmente figure en la cubierta.

El material fonográfico y videográfico tendrá el mismo tratamiento que los libros”.

Se trata de la solución postal más económica para el Sector editorial. De igual forma, tienen la misma consideración postal de *Libro* los elementos que lo acompañan (fascículos, tapas, guardas, etc,...).

Este artículo, en su apartado número dos, letra D), identifica las principales características de los impresos o envíos postales de publicidad directa, del siguiente modo:

“D) Publicidad directa: el envío que, destinado a la promoción y venta de bienes y servicios, reúna además los siguientes requisitos:

a) Que esté formado por cualquier comunicación que consista únicamente en anuncios, estudios de mercado o publicidad.

b) Que contenga un mensaje similar, aunque el nombre, la dirección y cualesquiera números concretos de identificación que se asignen a sus destinatarios, sean distintos en cada caso.

c) Que se remita a más de quinientos destinatarios.

d) Que se dirija a las señas indicadas por el remitente en el objeto mismo o en su envoltura.

e) Que su distribución se efectúe en sobre abierto, para facilitar la inspección postal.

f) Que en su cubierta figure la expresión “P.D.” a efectos de facilitar la identificación de estos envíos.

Las comunicaciones que combinen la publicidad directa con otro objeto en el mismo envoltorio, tendrán la consideración postal que, por su naturaleza, pudiera corresponder a dicho objeto, con independencia del tratamiento que reciban a efectos de tarificación”.

Llama poderosamente la atención que entre los rasgos distintivos de este tipo de envío postal, se encuentra la obligación de circular “en sobre abierto, para facilitar la inspección postal”.

Por último, la letra G) del precepto citado define así las publicaciones periódicas:

“Los objetos que se editan periódicamente, con el mismo título repetido en cada ejemplar y cuyo texto o contenido sea de índole o naturaleza diversa, distinguiéndose por la variedad de enunciados, trabajos, informaciones o noticias”.

Dado que la oferta en el competitivo mercado de impresos postales y publicidad directa asociada es múltiple, con distintos atributos diferenciales, resulta imposible presentar una única ficha técnica tipo de este producto postal. No ocurre así con el producto

Libro ni con las *Publicaciones periódicas*, por lo que a continuación presentamos sus datos básicos correspondientes.

Ficha técnica del producto postal *Libro*⁴⁹³:

- Ámbito

- Nacional: España y Andorra.
- Internacional: Todos los países.

- Plazo de Entrega

- Nacional: plazo de calidad de entrega del 95% de los envíos en 6 días hábiles como máximo en todo el territorio nacional.
- Internacional:
 - Europa: de 3 a 8 días hábiles.
 - Resto de destinos: según país.

- Embalaje

- Abiertos: bajo faja, sobre, entre cartones, dentro de tubos o en cajas abiertas, de modo que permita la verificación del contenido.
- Cerrados: con la indicación “Para inspección postal abrir aquí” en una de las solapas.
- Embalajes de plástico: siempre que en el reverso lleven una franja opaca o blanca que permita la impresión indeleble, mecánica o manuscrita, tanto en el ámbito nacional como internacional, siempre con la debida autorización.

- Acondicionamiento

Ha de figurar en la carátula del envío o envoltorio la inscripción “LIBRO”.

- Peso

⁴⁹³ Fuente principal:

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-libros-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

El máximo admisible para este producto, es de 2 kg.

- Dimensiones (son las mismas que las cartas)

- Máximas:
 - Sobre/Caja: $L + A + A = 90$ cm., sin que la mayor exceda de 60 cm.
 - Rollo: Largo + 2 veces el Diámetro = 104 cm., sin que la mayor exceda de 90 cm.
- Mínimas:
 - Sobre/Caja: 14 x 9 cm.
 - Rollo: $L + 2$ veces el Diámetro = 17 cm, sin que la mayor dimensión sea inferior a 10 cm.

Los envíos con dimensiones inferiores a las mínimas deberán llevar una etiqueta anexa de 10 x 7 cm. en la que figure la dirección y el franqueo.

- Servicios adicionales

- Recogida a domicilio (con contrato).
- Entrega a domicilio de envíos con peso superior a los 500 gramos (previo abono tarifa).
- Información de devoluciones, facilitada al cliente de forma telemática sobre los envíos devueltos de una remesa *-con o sin indicación del motivo de la devolución-* (bajo contrato).

Ficha técnica del producto postal *Publicaciones periódicas*⁴⁹⁴:

- Ámbito

- Nacional: España y Andorra.
- Internacional: Todos los países que admitan este servicio.

- Plazo de Entrega

⁴⁹⁴ Fuente:

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-publicacion_periodica-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

- Nacional: plazo de calidad de entrega del 90% de los envíos en 4 días hábiles como máximo en todo el territorio nacional.
- Internacional:
 - Europa: de 3 a 8 días hábiles.
 - Resto de destinos: según país.

- Embalaje

- Abiertos: bajo faja, sobre, entre cartones, dentro de tubos o en cajas abiertas, de modo que permita la verificación del contenido.
- Cerrados: con la indicación “Para inspección postal abrir aquí” en una de las solapas.
- Embalajes de plástico: siempre que en el reverso lleven una franja opaca o blanca que permita la impresión indeleble, mecánica o manuscrita, tanto en el ámbito nacional como internacional, siempre con la debida autorización.

- Peso

El máximo admisible para este producto, es de 2 kg.

- Dimensiones (son las mismas que las cartas)

- Máximas:
 - Sobre: $L + A + A = 90$ cm., sin que la mayor exceda de 60 cm.
 - Rollo: Largo + 2 veces el Diámetro = 104 cm., sin que la mayor exceda de 90 cm.
- Mínimas:
 - Sobre: 14 x 9 cm.
 - Rollo: $L + 2$ veces el Diámetro = 17 cm, sin que la mayor dimensión sea inferior a 10 cm.

Los envíos con dimensiones inferiores a las mínimas deberán llevar una etiqueta anexa de 10 x 7 cm. en la que figure la dirección y el franqueo.

- Servicios adicionales

- Recogida a domicilio (con contrato).
- Entrega a domicilio de envíos con peso superior a los 800 gramos (previo abono tarifa).
- Información de devoluciones, facilitada al cliente de forma telemática sobre los envíos devueltos de una remesa *-con o sin indicación del motivo de la devolución-* (bajo contrato).
- Posibilidad de entrega en Oficinas de promociones de prensa.

La Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre), en su artículo 3, apartado tercero, segundo inciso, es absolutamente diáfana y transparente al respecto de estos tres productos aquí analizados, al disponer que:

“(...) La publicidad directa, los libros, catálogos, diarios y publicaciones periódicas no tendrán la consideración de envíos de correspondencia”.

Por tanto, los impresos (publicidad directa), los libros y las publicaciones periódicas *-entre otros muchos productos postales existentes de similar condición y/o categoría, como una muestra representativa-* no son productos considerados legalmente como envíos de *correspondencia*, siendo todos y cada uno de ellos susceptibles de inspección postal a través de diferentes disposiciones infraconstitucionales. Y, en consecuencia, tampoco son comunicaciones postales a las que afecte o salvaguarde en modo alguno el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

2.2.5. Paquete postal

El artículo 13.2.C) del Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre) define los Paquetes postales de la siguiente manera:

“Los envíos que contengan cualquier objeto, producto o materia, con o sin valor comercial, cuya circulación por la red postal no esté prohibida y todo envío que, conteniendo publicidad directa, libros, catálogos, publicaciones periódicas, cumpla los restantes requisitos establecidos en este Reglamento para su admisión bajo esta modalidad. Cuando estos envíos contengan objetos de carácter actual y personal, deberá manifestarse expresamente, en su cubierta, dicha circunstancia.

No podrán constituir paquetes postales los lotes o agrupaciones de las cartas o cualquier

otra clase de correspondencia actual y personal”.

Hay que hacer inicialmente, al menos, tres observaciones derivadas directamente de esta regulación normativa que resultan fundamentales para poder dirimir en su momento acertadamente y con justificación jurídica razonada la cuestión central que ahora nos ocupa, a saber:

- 1) Con carácter general, los Paquetes postales contienen objetos, productos o materias, con o sin valor comercial, no prohibidos legalmente y, además, también puede admitirse bajo esta modalidad postal: publicidad directa, libros, catálogos y publicaciones periódicas *-siempre y cuando cumplan los requisitos reglamentarios exigidos-*.
- 2) Excepcionalmente, los Paquetes postales pueden contener objetos de carácter actual y personal. Pero, en estos casos, dicha circunstancia debe manifestarse expresamente en la cubierta o superficie exterior del envío, para su conocimiento.
- 3) En ningún caso y, bajo ningún supuesto, pueden constituirse en Paquetes postales “los lotes o agrupaciones de las cartas o cualquier otra clase de correspondencia actual y personal”.

La Ley Postal, en su artículo 3. “Definiciones”, apartado número 2, establece así lo que se entiende por *Envío postal*.

“Todo objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada por el remitente sobre el objeto mismo o sobre su envoltorio, una vez presentado en la forma definitiva en la cual debe ser recogido, transportado y entregado. Además de los envíos de correspondencia incluirá la publicidad directa, los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y los paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que sea su peso”.

Varias conclusiones relevantes podemos sacar al respecto:

A. La primera y principal, que la Ley Postal distingue entre:

- i. Envío postal.- “Todo objeto destinado a ser expedido a la dirección indicada

por el remitente sobre el objeto mismo o sobre su envoltorio, una vez presentado en la forma definitiva en la cual debe ser recogido, transportado y entregado” incluyendo, obviamente, a los envíos de *correspondencia* y, entre otros productos, también a los Paquetes postales.

- ii. Envío de *Correspondencia*.- “La comunicación materializada en forma escrita sobre un soporte físico de cualquier naturaleza (...)” expresando el mismo artículo 3.3, en su segundo inciso: “La publicidad directa, los libros, catálogos, diarios y publicaciones periódicas no tendrán la consideración de envíos de correspondencia”.

- B. Normalmente, los Paquetes postales contienen mercancías *-con o sin valor comercial-* (cualquiera que sea su peso), y no documentos de carácter actual y personal.

Hemos expuesto la parte nuclear y más sustancial de la legislación postal española referida a la regulación actual del producto *Paquete postal*, aunque recordamos que toda la normativa sectorial básica vigente en la materia *-tanto en el ámbito nacional interno (Ley Postal y Reglamento Postal, que acabamos de revisar nuevamente) como internacional (Reglamentos UPU: Encomiendas Postales y Correspondencia), Directivas UE, Reglamento UE 2.018/644 sobre los servicios de paquetería transfronterizos,...)-* ha sido ampliamente considerada en su conjunto y en detalle en el Capítulo II de este Trabajo (epígrafe 7. “Distinción entre correspondencia y otros envíos postales”, págs. 140-156).

El producto *Paquete postal* encuentra actualmente en España una amplia tipología adaptada a la creciente demanda real (empresarial, industrial, particular, *e-Commerce*,...), y que dificulta enormemente su reducción a una mínima expresión común. Así, la ficha técnica de este producto que incluimos seguidamente corresponde al *Paquete Azul*, puesto que es el único comprendido dentro del ámbito doméstico de prestación del Servicio Postal Universal (SPU).

Ficha técnica del producto *Paquete Azul*⁴⁹⁵:

⁴⁹⁵ Fuente:

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-paqazul-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

Se trata de un envío de paquetería con entrega en domicilio y bajo firma del destinatario.

- **Ámbito:** España y Andorra.
- **Peso:** Máximo 20 kg.

Se puede tratar de envíos con o sin valor comercial.

Cuenta con un intento de entrega, si no se produjera la entrega el destinatario dispone de 15 días para recoger el envío en la oficina de referencia de su domicilio.

Es posible concertar gratuitamente un segundo intento de entrega, simplemente con una llamada de teléfono.

Características:

Circula registrado. Es decir, se entrega bajo firma en el domicilio. Y, en caso de imposibilidad de la entrega, se deja un aviso para que pueda ser retirarlo en un plazo de 15 días en la Oficina postal más cercana.

Plazo de Entrega

Para envíos con destino en la península, islas Baleares, Ceuta y Melilla, el plazo de calidad en la entrega es **de 3 a 5 días hábiles**. Para envíos a Canarias, el plazo de entrega será de 8 días hábiles.

En los envíos que tengan como origen y destino Canarias, Ceuta y Melilla, las eventuales retenciones aduaneras no computarán a efectos del compromiso asumido de plazo de entrega.

Envío Monobulto (un solo envío):

Peso del Bulto:

- **Peso real Máximo:** hasta 20 Kg.
- **Peso Volumétrico:** máximo de 50 Kg.

Peso Volumétrico: Para aquellos envíos en los que no tenga relación el peso con el tamaño, se aplicará el criterio peso/volumen entre (167Kg/m³). Se procederá a verificar esta relación en el momento de la admisión, siguiendo la siguiente fórmula: largo x alto x ancho, expresado en cm / 6.000.

Dimensiones:

Medidas:

- Caja: Máximas L+A+A= 200 cm., sin que la mayor exceda de 100 cm. Mínimas: 14 x 9 cm.
- Rollo o Tubo: Máximas L= 100 cm., Diámetro= 15 cm. Mínimas: L + 2 veces el Diámetro = 17 cm., sin que la mayor dimensión sea inferior a 10 cm.

Los envíos con dimensiones inferiores a las mínimas deberán llevar una etiqueta anexa de 10 x 7 cm. en la que figure la dirección y el franqueo.

Garantías:

Por pérdida o extravío de un envío (causa imputable al Operador postal): 23,44 €.

Se puede realizar un seguimiento del estado o situación (evento) del envío a través de la página Web del Operador postal de referencia, o también vía telefónica.

Servicios Adicionales ámbito Nacional

- Aviso de recibo.
- Reembolso.
- Valor declarado nacional.

Una vez analizada la regulación específica del producto *Paquete postal* (nacional e internacional), así como el FJ 3º de la STC 281/2.006, de 9 de octubre -*resumen de la interpretación que realiza el Alto Tribunal del art. 18.3 CE-*, y que nos sirve de rigurosa exégesis en la materia, obtenemos los siguientes datos de síntesis:

- El producto *Paquete postal*, es una forma de comunicación, pero no un envío de *correspondencia*.
- Tanto la normativa internacional (Reglamento UPU, Directiva Postal, Reglamento UE 2.018/644) como la interna (Ley Postal y Reglamento Postal), prohíbe expresamente la inclusión de *correspondencia* en la *Encomienda* o en el *Paquete postal*.
- Únicamente la legislación interna -*ex art. 13.2.C), párrafo primero, segundo inciso, del Reglamento Postal*- admite envíos bajo esta modalidad postal que contengan “objetos de carácter actual y personal”, aunque condiciona y matiza dicha posibilidad a la obligación por parte del remitente/expedidor de que “(...) deberá manifestarse expresamente, en su cubierta, dicha circunstancia”.

Tradicionalmente, el producto *Paquete postal* es el que más controversia jurisprudencial y doctrinal ha suscitado en torno a su afectación o no por el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE). Y es precisamente por ello que vamos a intentar condensar, por una parte, la Jurisprudencia del TS a este respecto -*que ha sido sumamente vacilante*- y, por otra, alguna posición de la doctrina científica⁴⁹⁶ que, en general, no ha defendido un concepto tan amplio de este Derecho *Fundamental*.

Así, el FD Tercero de la STS (Sala Segunda, de lo Penal), de 23 de marzo de 1.995, mantiene que “las SS de esta Sala de 10 de marzo de 1.989, 22 de octubre de 1.992 y 27 de enero de 1.994 diferencian la correspondencia, comunicación escrita como ya se ha dicho, y el paquete postal que es un transporte de mercancías por el Servicio de Correos. En el caso de autos, el peso del paquete de que se trataba era de 2.500 gr y de dimensiones 40 x 25 x 10; es decir, un auténtico bulto, conteniendo un reloj de pared que, en pura semántica, no es correspondencia, carta, mensaje, información, comunicación ni noticia; ni puede dársele valor de intimidad; ni puede ser leído por el Juez *para sí* como ordena el art. 586 de la Ley procesal. Parece cuando menos dudoso que deba encajar en el ámbito de los términos *comunicación* (Constitución art. 18) o *correspondencia* (LECr arts. 579 y 586). Dudas que recoge la S. de 23 de febrero de 1.994, aunque parezca al final eludir la cuestión por resolverse en base a otro argumento menos discutible. Y está prohibido incluir en el

⁴⁹⁶ Cfr., entre otros: JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto 1.987, págs. 46-48, manifestándose en contra de la extensión de la garantía del *secreto* (ex art. 18.3 CE) a todo envío postal; y, en la misma línea, MARTÍN MORALES, en *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Editorial Civitas, págs. 53-54.

paquete (*encomienda*, en la terminología sudamericana) cartas, etc, pues sería un fraude ya que el franqueo postal es muy diferente, mucho más económico, en proporción al peso”.

No obstante y, según comenta Gascón Inchausti⁴⁹⁷, “tras algunos titubeos y vacilaciones, el Tribunal Supremo, por acuerdo expreso de su Sala Segunda, de 4 de abril de 1.995, llegó a la conclusión de que los paquetes postales han de recibir en el plano procesal penal el mismo tratamiento que la correspondencia postal, pues pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial...” y, nuevamente, este asunto fue objeto de debate por parte de todos los Magistrados de la Sala Segunda del TS en una segunda reunión, que cristalizó en otro Acuerdo adoptado en el mismo sentido el 17 de enero de 1.996.

Vegas Torres⁴⁹⁸ señala que “(...) lo que la Constitución protege son las *comunicaciones* postales y no cualquier clase de envío postal. Y a este respecto, conviene reparar en que las normas que regulan el servicio de correos distinguen nítidamente el ámbito de las comunicaciones personales y el del transporte de mercancías u otros objetos...”. Continúa indicando este autor de referencia⁴⁹⁹ que “partiendo de estas disposiciones, se puede establecer una clara distinción entre *comunicaciones* postales (...) y el resto de los servicios que puede prestar el Correo o las empresas privadas de transporte. Las *comunicaciones* se ciñen a las cartas y tarjetas postales, y sólo pueden canalizarse lícitamente a través del servicio público de Correos o, excepcionalmente, y en sus respectivos ámbitos de actuación, a través de las empresas debidamente registradas de mensajería urbana o a través de las empresas administrativamente autorizadas para prestar el servicio de transporte internacional urgente de cartas y tarjetas postales. Fuera de esto no existe *comunicación*, sino simple transporte, ya se realice a través del servicio de correos (paquetes postales) o de empresas privadas de transporte de mercancías. La distinción se refuerza, además, con la prohibición de incluir en los paquetes postales *correspondencia actual y personal*, prohibición que aparece expresamente formulada en todas las regulaciones internas e internacionales de los servicios de correos”. Hay que aclarar que estas manifestaciones corresponden a un período (1.997) anterior a la plena liberalización del Sector Postal en España (1 de enero de 2.011), cuando todavía se mantenía un ámbito reservado o *monopolio* postal a cargo del Operador público.

⁴⁹⁷ Obra citada, pág. 593.

⁴⁹⁸ Obra citada, pág. 850.

⁴⁹⁹ *Ibídem*, pág. 851.

Indica Vegas Torres⁵⁰⁰ que “el concepto de *comunicaciones postales* es, por tanto, un concepto preciso, avalado por una larga tradición, y no existe razón alguna para presumir que cuando fue utilizado por el constituyente en el artículo 18.3 de la Constitución se haya querido dar a dicho concepto un alcance más amplio. Por otro lado, y en contra de lo que se dice en algunas sentencias, no existe dificultad práctica alguna para distinguir las *comunicaciones postales* de los envíos postales que no tienen ese carácter. Por lo que se refiere a los envíos que se realizan a través del servicio de Correos, la identificación de los paquetes es sumamente sencilla, atendiendo al franqueo y, muy especialmente, a las etiquetas especiales que identifican esos envíos como paquetes postales. En cuanto a los envíos a través de empresas privadas, bastará con comprobar que se trata de empresas registradas como empresas de mensajería urbana o de empresas autorizadas a prestar el servicio rápido de transporte internacional de cartas y tarjetas postales. Fuera de esos casos, se tratará de empresas ordinarias de transporte cuya actividad, por definición, no puede extenderse a la recogida, transporte y entrega de comunicaciones personales”, citando a este respecto parte del contenido de la STS de 23 de mayo de 1.996 (R.A. 4556): “la distinción entre correspondencia y paquetes postales puede ser difícil en algunos casos, con disquisiciones y distinciones abocadas al descrédito, a la inseguridad o a la injusticia sobre la base de agravios comparativos nada edificantes en la esfera del Derecho”.

Concluye su argumentación Vegas Torres⁵⁰¹ de esta forma: “podría decirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha dejado llevar, quizá, de un excesivo entusiasmo garantista al definir el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones postales. Ha llevado la garantía, probablemente, mucho más allá de lo que el precepto constitucional exige. Ciertamente, en materia de garantías constitucionales, es preferible siempre un error por exceso que un error por defecto. Pero también de los errores por exceso pueden derivarse no desdeñables perjuicios. En este sentido, producen grave desazón algunos pronunciamientos absolutorios en causas por delitos de tráfico de drogas que no tendrían por qué haberse producido si se hubiera interpretado de manera más razonable lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución” poniendo, en su opinión, “un ejemplo bastante llamativo...”: “(...) citaré el caso de la sentencia de 14 de noviembre de 1.996 (R.A. 8204) en la que se aplicó la garantía del secreto a un paquete que pesaba 101 kg., que había sido remitido desde Perú por vía aérea a través de una empresa privada de transporte (“Servicios y Transportes, S.A. Aeropuerto Jorge Chávez”), y que contenía, aparte de prendas de lana y artesanía en piel, más de cuatro kilos de cocaína. Entender que tal envío

⁵⁰⁰ *Ibidem*, págs. 851-852.

⁵⁰¹ *Ibidem*, pág. 852.

entra en el concepto de *comunicación postal*, me parece, sinceramente, excesivo”.

Sin embargo, Díaz Revorio⁵⁰² mantiene que “(...) aunque el secreto de las comunicaciones no incluye el envío de mercancías, el paquete postal, bien sea enviado a través del servicio de correos o por mensajería privada, es también vía idónea para transmitir cualquier tipo de mensaje o comunicación, que sí deben quedar protegidos, sin que quepa diferenciar *a priori* el contenido; de ahí que la jurisprudencia más reciente tienda a incluirlos en el ámbito de la garantía constitucional –por ejemplo, SSTS del 26 de junio de 1.993 y del 2 de junio de 1.997-“.

Dicho todo lo cual y, tomando de referente principal en la materia -*como no podría ser de otra manera*- la interpretación del TC contenida en su Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, que considera el término constitucional “comunicaciones postales” equivalente a *correspondencia*, llegamos a varias conclusiones finales:

- I. Al tratarse de un envío postal y no de *correspondencia*, con carácter general el producto *Paquete postal* no está cubierto por el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).
- II. No obstante ello, cabe significar que, independientemente de si la alocución mencionada en el Reglamento Postal (“objetos de carácter actual y personal”) comprende por extensión también o no documentos (es decir, *mensajes*) de esa índole o naturaleza, única y exclusivamente si aparece referida expresamente dicha circunstancia en el envoltorio, carátula o superficie exterior del envío en cuestión y, en aras de ofrecer la máxima garantía legal que contempla nuestro ordenamiento jurídico, entiendo que deberá actuarse arreglo al mandato contenido en el art. 18.3 CE. Esto es, pues, surtirá plenamente efecto el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones -*en este caso, postales*-.

2.3. PRODUCTOS TELEMÁTICOS

Actualmente no se utilizan por parte de los Operadores del Sector de las Telecomunicaciones los dispositivos de transmisión ni las redes telegráficas, pues se trata de un sistema de comunicación que ha quedado ya obsoleto y ha sido sustituido por medios de comunicación más avanzados y modernos tecnológicamente, vía telemática y/o

⁵⁰² Obra citada, pág. 163.

electrónica.

Los Servicios de Telecomunicación esenciales ofrecidos hoy en día en este Mercado, son el Burofax y el Telegrama, aunque incluimos también el Giro *-pese a ser un servicio financiero-*, porque se transmite asimismo vía electrónica entre Oficinas postales y telegráficas y, además, *Correos* lo considera y le da un tratamiento idéntico al resto de productos y servicios que integran legalmente el ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU).

Hay que destacar que los Servicios de Telecomunicación básicos aquí tratados (Burofax, Telegrama y Radiotelegrama) no están comprendidos dentro del ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU) ni se regulan tampoco por la Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre).

A continuación, vamos a seguir el mismo esquema de exposición empleado anteriormente con los Productos *postales*.

2.3.1. Telegrama y Radiotelegrama

El Telegrama⁵⁰³ es todo escrito destinado a ser transmitido por Telegrafía. Es decir, mediante el uso de un código de señales para su entrega al destinatario, quien no recibe el escrito original sino una transcripción del mismo.

Permite el envío urgente de mensajes con entrega registrada (esto es, bajo firma del destinatario), cursados por medios electrónicos desde el origen hasta el centro de distribución de destino, con posibilidad de certificar fehacientemente tanto su entrega como su contenido. Se trata, en definitiva, de un medio de comunicación interpersonal.

Su admisión puede llevarse a cabo por una Oficina postal, por teléfono o a través de la Web (*On line*, a través del intercambio de ficheros).

Según el DRAE⁵⁰⁴, el Radiotelegrama es un mensaje telegráfico transmitido por radio. En cualquier caso, cabe señalar que su origen o destino es una estación móvil (marítima o terrestre *-costera-*), cuya naturaleza y tratamiento es similar al Telegrama y que circula, en todo o en parte de su recorrido, por vías de radiotelecomunicación (aunque cada

⁵⁰³ Anexo Documental: Documento N° 4.

⁵⁰⁴ En su vigesimotercera edición, octubre de 2.014.

vez está más en desuso).

Ficha técnica del producto *Telegrama*⁵⁰⁵:

- Ámbito

- Nacional
- Internacional

- Plazos de Entrega

- Nacional.- El mismo día de su admisión, para envíos depositados antes de las 13:00 horas y destinados a localidades con unidades de reparto especial, y las 12:45 horas si el proceso de admisión *on line* se ha completado antes de esa hora. A la mañana del siguiente día hábil para el resto de los envíos destinados a otras localidades, o para los admitidos después de las 13:00 horas.
- Internacional.- Según país de destino.

- Clasificación de los Telegramas

- Según origen y destino:
 - Interiores.- Son los que circulan únicamente en territorio nacional. También los intercambiados entre España y Andorra.
 - Internacionales.- Dirigidos al extranjero. A los efectos de aplicación de tarifas, estos Telegramas se subdividen en:
 - De régimen continental. Todos los países de Europa continental e insular, además de Turquía, Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Marruecos, Siria y Túnez.
 - De régimen intercontinental.- El resto de países.
- Según el expedidor:
 - Privados.- Son los que cualquier persona o entidad expide y están sujetos a pago con arreglo a tarifa.
 - De servicio.- Los intercambiados entre las Oficinas, departamentos y/o

⁵⁰⁵ Fuente:

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-telegrama_empresas-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

empleados del servicio telegráfico para asuntos urgentes del mismo.

- Según la indicación del servicio:
 - SVH.- Relativos a la seguridad de la vida humana. Tienen prioridad absoluta en su transmisión. Pueden llevar acuse de recibo y ser expedidos por autoridades y particulares.
 - OBS.- Los intercambiados entre los departamentos de los servicios de meteorología.
 - ETAT.- De régimen continental, relativos a asuntos de Estado. Deben llevar el sello de la autoridad que los expida. Se tasan con arreglo a las tarifas vigentes entre España y el país de destino. Pueden expedirse con prioridad (*ETAT PRIORITÉ*).
 - RCT.- Relativos a personas protegidas en tiempo de guerra por los Convenios de Ginebra.
 - A.- Avisos de servicio referidos al servicio telegráfico. Están exentos del pago de tarifas. Son Telegramas generados para gestionar incidencias.
 - PC.- Telegrama con acuse de recibo.
 - POSTFIN.- Telegramas de los servicios financieros postales, en el régimen intercontinental.
 - CONFERENCE.- Con franquicia de la UIT.

- Modalidades

- De admisión.- Los Telegramas admiten las siguientes modalidades de depósito:
 - En ventanilla.
 - Por teléfono.
 - *On line* (a través de la Web).
- De curso y entrega.- Se pueden clasificar, a petición del expeditor, en los siguientes grupos:
 - Dirección completa a domicilio.
 - Dirección telefónica.
 - Dirección Télex.
 - Dirección Telefax.
 - Dirección Lista (“De Telégrafos”).- El Telegrama se entrega en dependencias y Oficinas del Operador.
 - Dirección apartado de Correos.
 - Telegrama de curso mixto.

- Telegramas por correo (postalizados).

- Tarifas (A todos los Telegramas con importe asociado, se les aplica IVA)

- Nacional:
 - Telegramas con o sin entrega domiciliaria (a entregar en Lista, apartado, o a comunicar por teléfono o fax).
 - Importe fijo por Telegrama.
 - Importe fijo por cada 50 palabras o fracción.
 - Telegramas admitidos por teléfono.
 - Además de las tarifas que les correspondan, según su clase, devengarán una tarifa adicional por cada despacho.
- Internacional:
 - Telegramas régimen continental.- Una cantidad fija más otra cantidad por cada palabra, sin mínimo de percepción.
 - Telegramas régimen intercontinental.- Una cantidad por palabra, con un mínimo de percepción de 7 palabras.
 - Telegramas admitidos por teléfono.- Además de las tarifas que les correspondan, según su clase, devengarán una tarifa adicional por cada despacho.

- Garantías.- Por retraso o demora imputable al Operador, devolución de la tarifa abonada.

- Acondicionamiento.- El Telegrama se entrega al destinatario en un sobre cerrado, con carácter certificado (bajo firma).

El Telegrama y todos los productos afines y/o similares (Radiotelegrama,...) está sin lugar a duda alguna también amparado por el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE), pues constituye a todos los efectos un medio o sistema de transmisión de mensajes y, en consecuencia, *correspondencia* telegráfica. Y, a este respecto, Díaz Revorio⁵⁰⁶ señala que “(...) el uso del telégrafo requiere que, además de los partícipes, al menos dos personas más –el funcionario o trabajador encargado de transmitirlo, y el encargado de recibirlo– conozcan el contenido de la comunicación, aunque éstos están obligados por el secreto y deberán guardar la correspondiente reserva...”.

⁵⁰⁶ Obra citada, pág. 163.

2.3.2. Télex

El DRAE *-en su vigesimotercera edición, octubre de 2.014-* define *Télex* como “sistema telegráfico de comunicación, que se sirve de un transmisor semejante a una máquina de escribir y de un receptor que imprime el mensaje recibido”.

Se trata de un servicio que ya en 2.017 pasó a ser residual, y en las Tarifas oficiales de Correos para el año 2.020 no aparece ofertado, quedando únicamente su prestación reservada para los abonados privados preexistentes.

Permite la comunicación impresa a distancia entre abonados a la red pública Télex, mediante equipos o terminales instalados en sus empresas, despachos, domicilios, etc, accediendo entre sí automáticamente (comunicación directa y temporal), tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Los equipos *Télex* son arrítmicos y transmiten los datos a una velocidad de 50 baudios (un baudio es la velocidad de transmisión que equivale a transmitir un impulso por segundo), por medio del alfabeto telegráfico internacional (UIT).

Para su identificación, cada abonado dispone de un indicativo compuesto por cinco cifras y hasta un máximo de seis letras, la última de las cuales corresponde al país del abonado. Este indicativo se graba en el teleimpresor de los abonados para que automáticamente pueda ser extraído por la persona que acceda a un determinado terminal, con el fin de comprobar si efectivamente es el abonado seleccionado, así como para su propia identificación.

La explotación del servicio Télex, puede ser:

- Automática.

- Semiautomática (a través de operador).

- Manual (mediante operador).

El servicio Télex, una vez concedida la autorización y efectuada la conexión, supone para el abonado quedar integrado en dicha red y poder realizar comunicaciones interiores (nacionales) e internacionales.

Ficha técnica del producto *Télex*⁵⁰⁷:

- Ámbito.- Nacional e internacional.

- Plazo.- Inmediato.

- Conceptos tarifarios

- Tarifas mensuales (mes o fracción).
 - Cuota de abono.
 - Las tarifas de constitución de línea de enlace y las tarifas de línea, serán las que establezca en cada momento la entidad autorizada para realizar el servicio.
- Tarifas por comunicaciones medidas por cada minuto o fracción.
 - Interiores: incluye el territorio del Estado español.
 - Internacionales.
- Comunicaciones Télex con estaciones móviles.
 - Vía Satélite Inmarsat, por cada minuto o fracción.

Asimismo, los mensajes transmitidos vía *Télex* ostentan la condición de comunicaciones interpersonales equivalentes a *correspondencia* y, por ende, afectados plenamente por el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

2.3.3. Giro

La Disposición final tercera de la Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre), relativa a los “Servicios adicionales o complementarios a los servicios postales”, establece:

“Sin perjuicio de que el Gobierno pueda fijar otros servicios adicionales, se considera como servicio complementario a los servicios postales el servicio de giro postal, mediante el cual se ordenan pagos a personas físicas o jurídicas por cuenta y encargo de otras, a través de la red postal, tal como se define en la presente ley.

Este servicio tiene la consideración de servicio financiero de interés económico general que deberá prestarse, directamente o a través de terceros, por el operador designado por el

⁵⁰⁷ Fuente: Correos y Telégrafos. <http://www.correos.es/>

Estado para prestar el servicio postal universal, de conformidad en todo lo que resulte aplicable, con la Ley 16/2.009, de 13 de noviembre, de servicios de pago y su normativa de desarrollo.

La extensión, con especial atención a las zonas rurales, la modalidad de prestación y el sistema de financiación de este servicio se determinarán en el correspondiente contrato que se suscriba con el citado operador a estos efectos, conforme a los requisitos que reglamentariamente se determinen”.

Al servicio de giro le es aplicable también la Ley 10/2.020⁵⁰⁸, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo.

La Ley Postal, en su Título III, Capítulo I, art. 21, no incluye el giro dentro del ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU). Sin embargo, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre), en su Capítulo III, Sección 1ª, artículo 27.2.A), sí lo hace y, en su Capítulo V (arts. 53 a 58, a.i.), regula el “Servicio postal financiero”.

No obstante, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E., a pesar de no estar expresamente incluido este servicio en la Ley, amparándose en la citada Disposición final tercera de la misma, sí lo considera y trata como tal.

Es un servicio por el que se ordenan pagos a personas físicas o jurídicas, por cuenta y encargo de otras, a través de la red postal pública, garantizando la cantidad girada. Implica la entrega bajo firma al destinatario o a la persona autorizada del importe económico en la dirección indicada, admitiendo en su ejecución distintas calidades en función de su forma de entrega.

Gracias al control y confidencialidad de todo el proceso de transmisión (vía electrónica), el giro es un servicio totalmente personalizado.

Ficha técnica del producto *Giro*⁵⁰⁹:

⁵⁰⁸ BOE núm. 103, de 29/04/2.010. Referencia: BOE-A-2010-6737.

<https://www.boe.es/eli/es/l/2010/04/28/10/con>

⁵⁰⁹ Fuente.

https://www.correos.es/ss/Satellite/site/pagina-envio_dinero_servicios_financieros/sidioma=es_ES

- Ámbito

- Nacional: España y Andorra.
- Internacional.- Los envíos se pueden realizar utilizando las siguientes vías:
 - Electrónico Zona 1 (Eurogiro): más rapidez en la entrega. Los países que prestan este servicio son: Albania, Alemania, Bosnia Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Cabo Verde, Eslovenia, Francia, Filipinas, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Marruecos, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Senegal, Serbia y Montenegro, Suiza, Turquía, Tailandia y Ucrania.
 - Giro UPU Electrónico IFS (disponibilidad inmediata): Entrega en unos minutos en oficinas en Chile, Uruguay, Paraguay, Marruecos, Portugal, Perú, Colombia, Cuba y Moldavia. Consultar oficinas donde se presta este servicio.

- Plazos y Modalidad de Entrega

- Nacional.
 - De forma ordinaria: Entrega en todo el territorio nacional del 95% de los giros en 3 días hábiles.
 - De forma urgente: El mismo día, para giros depositados en oficina antes de las 13:00 horas y destinados a grandes poblaciones.
- Internacional.
 - Giro Electrónico Zona 1 o Eurogiro: De 4 a 6 días hábiles.
 - Giro IFS (Giro Postal Internacional Urgente): En 15 minutos siguientes a su admisión, dependiendo de la diferencia horaria.

- Forma de Abono

- Nacional.
 - Efectivo.
 - Ingreso en cuenta corriente.
- Internacional.
 - Metálico.
 - Cheque.

- Importes girados

- Nacional.
 - Máximo por giro es de 2.499,00€.
 - Mínimo de un giro es de 0.01€.
- Internacional.
 - El importe nominal máximo por orden de pago (giro) está en función del país de destino.
 - Además, el importe máximo a girar por persona no podrá superar los 2.499,99 €, o su contravalor en moneda extranjera.

- Operativa.- El servicio incluye, sin coste adicional, el envío de una comunicación privada de hasta 140 caracteres.

De este modo, el *Giro* es un servicio financiero de transmisión y comunicación telemática que, además, está protegido por el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).

2.3.4. Burofax

Aunque “Burofax” es marca registrada de Correos de España (M-2929970), el término se emplea frecuentemente como genérico.

Consiste en un servicio de Telecomunicación que permite intercambiar imágenes de documentos entre aparatos facsímil u otros equipos capaces de trabajar en formato Fax.

Este servicio se presta tanto en el ámbito nacional como en el internacional, entre Oficinas del Operador postal de referencia (incluido Correos), con entrega bajo firma al destinatario en domicilio o en Oficina, y tiene carácter de prueba legal (fehaciencia) frente a terceros.

Ficha técnica del producto *Burofax*⁵¹⁰:

- Ámbito

⁵¹⁰ Fuente:
https://www.correos.es/ss/Satellite/site/producto-burofax-productos_az/detalle_de_producto-sidioma=es_ES

- Nacional.- Para envío de documentos a todo el territorio nacional, Andorra y Gibraltar, con certificación de su contenido y entrega en el domicilio del destinatario de manera urgente y bajo firma. Burofax es ideal para comunicar cualquier información importante como citaciones, reclamaciones o renovaciones de contrato.
- Internacional.- Desde Oficinas de Correos a las de otra Administración o a usuarios privados de otros países que dispongan de terminales Fax.
 - Zona A: Europa, Turquía, Argelia, Libia, Marruecos y Túnez.
 - Zona B: Resto de países.

- Operativa Logística

Se puede enviar un Burofax desde cualquier oficina de Correos, acudiendo con el documento que se desea enviar a través de este servicio.

La entrega se realiza:

- En el domicilio del destinatario.
- En Oficinas de Correos.
- En Apartados de Correo.

- Garantías

Por demora imputable a Correos, se devuelve la tarifa correspondiente al Burofax sin incluir los valores añadidos.

- Plazos de entrega

La entrega se realizará el mismo día (para envíos admitidos antes de las 13:00 y destinados a localidades con Unidades de Reparto Especial) y a la mañana del día hábil siguiente (para el resto de envíos. Quedan excluidos en el cómputo los sábados, domingos y festivos).

- Servicios Adicionales ámbito Nacional

- Acuse de recibo.
- Prueba de Entrega Electrónica (PEE).
- Copia certificada.
- Certificación de contenido.

- Custodia 120 meses.

- Servicios Adicionales ámbito Internacional

- Copia certificada.

El producto *Burofax* es un servicio de Telecomunicación que garantiza la comunicación interpersonal y al que se reconoce también la máxima tutela proclamada en el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

2.4. INTERNET Y CORREO ELECTRÓNICO

Internet juega un papel fundamental en la Sociedad y es uno de los pocos sectores de actividad que actualmente continúa creciendo, posicionándose como pionero en la economía local y europea, contribuyendo hoy en día en un 3,8 % del PIB de la Unión Europea (UE) y, a nivel nacional, ya en el año 2.018 representaba el 7% *-aportando 81.600 millones de euros al PIB español de forma directa⁵¹¹-*.

En el ámbito de las Telecomunicaciones, el nuevo entorno 5G, el paulatino desarrollo del llamado *Internet de las Cosas* o la computación en la nube, hacen necesaria una mayor disponibilidad de nuevas infraestructuras para dar servicio a los millones de dispositivos conectados y a las ingentes cantidades de tráfico de datos que éstos generan.

El avance de todas estas innovaciones tecnológicas y sus aplicaciones prácticas (realidad aumentada, drones, vehículos autónomos, *blockchain*, inteligencia artificial,...) está propiciando la transformación de los modelos de negocio, favoreciendo así la mayor eficacia y calidad del servicio al cliente. Pero, en cualquier caso, este desarrollo digital *-incesante e imparable-* requiere garantizar la confianza de los usuarios en la Red, respetando siempre la efectiva tutela de su privacidad. Esto ha sido puesto de manifiesto y ha quedado reflejado, asimismo, en diversos documentos hechos públicos por las autoridades de Protección de Datos. Entre otros, en las Opiniones del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29⁵¹²), sustituido en la actualidad por el Comité Europeo de Protección de

⁵¹¹ Datos obtenidos del Informe anual del Sector TIC y de los contenidos en España 2.018, disponible en: www.onsi.red.es/onsi/sites/onsi/files/InformeAnualSectorTICC2018_0.pdf

⁵¹² El Grupo de Trabajo del Artículo 29 era el órgano consultivo independiente de la UE sobre Protección de Datos y la Vida Privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE.

Datos (CEPD).

Por otra parte y, en palabras de Rodríguez Laínz⁵¹³, “la reforma de la LECrim, adaptándose a la realidad del tiempo actual, impone la posibilidad de interceptación tanto de contenidos como de datos relacionados a accesos o contactos en los que intervengan prestadores de servicios de la sociedad de la información. Así se deduce con claridad de la lectura conjunta de los párrafos primero y tercero del art. 588 ter a, con su correlato en el art. 588 ter e.1. Existe una obligación de colaborar que alcanza al acceso a contenidos y datos de tráfico que se generen o que se conserven de ellos...”, sosteniendo este autor que “(...) sin embargo, ello nos lleva, inexorablemente, a enfrentarnos a serios problemas de dimensión transnacional, y que afectarán, principalmente, a dos dimensiones hasta ahora ajenas al clásico esquema de interceptación de las comunicaciones electrónicas:

- El marco normativo regulador de la sede física o jurídica en la que se ubique la información a la que se pretenda acceder, cuando sea ésta la única vía por la que pudiera llevarse a efecto el acto de injerencia. Por ejemplo: se acuerda la interceptación de toda la información que acceda o se emita desde un determinado blog alojado en un servidor ubicado en Singapur.
- La necesidad de cooperación del prestador del servicio que tenga la capacidad operativa para descifrar la información, hacerla comprensible, bien mediante la cesión de la tecnología, bien mediante su colaboración directa por medios propios”.

Admite en este sentido Rodríguez Laínz⁵¹⁴ que “por ello, el marco en el que habremos de manejarnos podría ser especialmente abierto, dependiendo de las características propias del servicio empleado por la persona investigada para transmitir o recibir información”.

Y, dado que los rasgos generales de la intervención de las comunicaciones en Internet son los aplicables con carácter general al sector de las Telecomunicaciones - *aunque no es el objeto central del presente estudio* -, en este apartado vamos a exponer

⁵¹³ Obra citada: RODRÍGUEZ LAÍNIZ, J.L.: “Intervención de las comunicaciones a través de servicios de la sociedad de la información”, *Editorial Jurídica Sepin*, 31-03-2.016.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

muy sucintamente algunos de sus aspectos singulares⁵¹⁵.

Fernández Rodríguez⁵¹⁶ precisa que, una vez obtenida la preceptiva autorización judicial y para proceder a la aplicación de la medida de interceptación previamente adoptada, es necesario acudir al denominado Proveedor de Servicio de Internet (ISP) para que sea posible su práctica efectiva, facilitándole la identidad del usuario o la localización de una Red a la que éste suministra servicios. Entiende este autor⁵¹⁷ que dicha medida de intromisión en las comunicaciones habrá de ajustarse siempre al caso específico, pues es importante tener en cuenta que las vías de comunicación en la Red son de lo más diverso, aunque lo más común es el correo electrónico y comenta también que, al menos ya desde 2.004, son habituales las ocasiones en que se ha intervenido de manera conjunta las comunicaciones del investigado. Es decir, se ha producido al mismo tiempo la injerencia en la línea ADSL. Además, explica Fernández Rodríguez⁵¹⁸ que las intervenciones ilícitas o fuera del marco legal establecido pueden responder *-entre otros muchos supuestos-* a varios motivos (entrada en el disco duro de un ordenador sin consentimiento, alteración o destrucción de información, acceso a la cuenta del administrador, interceptación de mensajes de correo electrónico,...), observando que las consecuencias aparejadas van desde el ámbito penal hasta la consideración de invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas y recordando lo ya explicitado con anterioridad referido a la intervención de las comunicaciones telefónicas.

En este contexto, deviene obligado referirse a la Ley 25/2.007⁵¹⁹, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Así, en su Capítulo I. “Disposiciones generales”, Artículo 1. “Objeto de la Ley”, dispone:

“1. Esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos

⁵¹⁵ Para ampliar información más exhaustiva al respecto de esta densa, actual e interesante temática, puede consultarse: LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Ed. La Ley, Madrid, 2.011. Obra ya citada.

⁵¹⁶ Obra citada, pág. 154.

⁵¹⁷ *Ibíd.*, pág. 158.

⁵¹⁸ *Ibíd.*, pág. 71.

⁵¹⁹ BOE núm. 251, de 19 de octubre de 2.007, págs. 42.517 a 42.523 (7 págs.). Referencia: BOE-A-2007-18243.

<https://www.boe.es/eli/es/l/2007/10/18/25/con>

datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2. Esta Ley se aplicará a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado.

3. Se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas”.

Asimismo, el art. 2. “Sujetos obligados”, dice:

“Son destinatarios de las obligaciones relativas a la conservación de datos impuestas en esta Ley los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones, en los términos establecidos en la ley 32/2.003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

Señalar, no obstante, que la vigente Ley General de Telecomunicaciones en España es la 9/2.014, de 9 de mayo (BOE núm. 114, de 10/05/2.014).

Es muy conveniente recordar ahora varios de los motivos expuestos por el legislador y contenidos en el apartado número I del Preámbulo de la citada Ley 25/2.007, del siguiente modo:

“La aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación, mediante una expansión de los contenidos transmitidos, que abarcan no sólo la voz, sino también datos en soportes y formatos diversos (...).

La naturaleza neutra de los avances tecnológicos en telefonía y comunicaciones electrónicas no impide que su uso pueda derivarse hacia la consecución de fines indeseados, cuando no delictivos.

Precisamente en el marco de este último objetivo se encuadra la Directiva 2.006/24/CE, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2.002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico es el objetivo principal de esta Ley.

El objeto de esta Directiva es establecer la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos, con el fin de posibilitar que dispongan de ellos los agentes facultados (...).

En este sentido, la Ley es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, especialmente, se articula a través de dos garantías: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afectan a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa.

En relación con esta última precisión, cabe señalar que la Directiva se refiere, expresamente, a que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de detección o investigación por delitos graves, definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro”.

En esta línea, la Circular 1/2.013 de la Fiscalía General del Estado (FGE), “sobre pautas en relación con la diligencia de investigación de las comunicaciones telefónicas”, de 11 de enero de 2.013, en su epígrafe número 26. “Conclusiones” (pág. 132), presenta los siguientes criterios metodológicos de carácter eminentemente práctico que incorporan la exégesis considerada suficientemente consolidada de la doctrina del TC y de la jurisprudencia del TS:

“12. Investigación del IP

12.-1 Los rastreos policiales para localizar direcciones IP pueden realizarse sin necesidad de autorización judicial, ya que no se trata de datos confidenciales preservados del conocimiento público.

12.-2 Tras la averiguación del IP, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quién sea la persona que tiene asignado ese IP se deben llevar a cabo bajo control judicial.

12.-3 Cuando en el marco de las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza es necesario dirigirse a una operadora para conocer el IP utilizado debe considerarse necesario obtener autorización judicial, conforme a las previsiones de la Ley 25/2.007.

13.- Correo electrónico

Debe considerarse necesaria la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico, ya se trate de correo electrónico enviado y recibido pero no leído, correo en fase de transferencia o correo ya enviado, recibido y leído y que se encuentra almacenado”.

Po lo tanto y, en definitiva, queda suficientemente claro y explicitado aquí que en todo cuanto al correo electrónico atañe para su intervención *-en cualquiera de sus fases e independientemente de su estado o situación dentro del proceso de comunicación en que se integra-*, se requiere siempre la preceptiva autorización judicial.

2.5. REDES SOCIALES

Las Redes Sociales (RRSS) son plataformas digitales formadas por comunidades de individuos con intereses o relaciones en común (amistad, parentesco, trabajo,...), que permiten el contacto entre personas y funcionan socialmente como medio preferente utilizado cada vez en mayor medida para comunicarse e intercambiar información de manera fácil, ágil y económica.

El 17 de junio de 2.020, *IAB Spain* (asociación de publicidad, marketing y comunicación digital en España) ha presentado el “Estudio Anual de Redes Sociales 2.020”⁵²⁰, del que pueden extraerse las siguientes conclusiones principales:

- Penetración de Redes Sociales (RR.SS.).- Actualmente, el 87% de los internautas entre

⁵²⁰ <https://iabspain.es/presentacion-estudio-redes-sociales-2020/>

16 y 65 años utiliza Redes Sociales, lo que representa casi 26 millones de usuarios en España. Estos datos reflejan un ligero incremento en relación al año 2.019, fenómeno probablemente generado por el reciente confinamiento a casa del COVID-19. Y el perfil del internauta que utiliza las Redes Sociales es muy similar en ambos sexos (hombres, 49%, *versus* mujeres, 51%), con una edad promedio de 40 años.

- Uso, preferencia y valoración.- En cuanto al uso de las RRSS, se utiliza una media de 4,5 redes por usuario de manera declarativa, lo que supone prácticamente 1 más que en 2.019 (3,7), y destaca el dato de que conocen más de 8,1 de forma sugerida. Lidera el ranking de uso WhatsApp (85%), seguida de Facebook (81%), YouTube (70%) e Instagram (59%). Tik Tok es la red con mayor incremento de usuarios, pasando del 3% al 16% en el intervalo de un año. Los más jóvenes (16-24 años) son los usuarios que utilizan mayor número de redes (5,4) y, a la vez que aumenta la edad, desciende el número de redes usadas.

Respecto a la preferencia de uso, WhatsApp sigue siendo la red favorita desde 2.017, seguida de Facebook. Por su parte, Instagram se sitúa en tercera posición, por delante de YouTube, especialmente utilizado entre las mujeres y el *target* más joven (16-24 años). El quinto lugar sigue ocupado por Twitter, que destaca entre los hombres.

Y, finalmente, si hablamos de valoración, WhatsApp y YouTube se posicionan como las RRSS mejor valoradas entre sus usuarios (8,4), seguidas de Spotify (8,2).

- Frecuencia de uso.- WhatsApp es la Red que registra una mayor frecuencia en declarativo (96% de los usuarios dice utilizarla a diario), seguida de Instagram (81%) que se instala en segunda posición y Facebook (78%) ocupa el Top 3. People y Tik Tok son las redes que más han aumentado su frecuencia de visita. El estudio mencionado también indica el tiempo de uso de las RRSS. Así, WhatsApp (1h43'), Twitch (1h40'), YouTube (1h39'), Spotify (1h38') y HouseParty (1h34'), son las redes donde más tiempo se pasa. Facebook pierde cuota de minutos, con relación a años anteriores. Y para el conjunto de todas las RRSS analizadas, los usuarios dedican un promedio de 1h 19 minutos diarios, siendo los hombres menores de 40 años quienes hacen un uso más intensivo.

- Actividades y acceso a RRSS.- Los usos principales de las Redes Sociales, son entretener (81%), interactuar (77%) e informarse (66%), de forma transversal. Las cuentas que más siguen los usuarios, son las de su entorno más cercano (96%), seguida de *influencers* (56%, con muchas variaciones por *target*). En cuanto al contenido, el 65% de los usuarios prefiere

un contenido duradero frente al efímero.

El móvil es el principal dispositivo de acceso (97%) y este año consolida su liderazgo, aumentando 2 puntos porcentuales con respecto al año pasado. El ordenador también se utiliza de forma generalizada (93%), mientras que la Tablet gana peso y sube hasta un 58%. Sobre la relación dispositivo/Red Social, este estudio indica que el móvil lidera las conexiones de WhatsApp, Facebook, Instagram y YouTube, mientras que el ordenador lo hace en Facebook, YouTube y Twitter. Por otra parte, la Smart Tv y el Smart Watch empiezan a ser dispositivos a tener en cuenta a la hora de conectarse a una Red Social.

- Relación con las marcas.- 1 de cada 3 usuarios declara que las marcas que tienen perfil en RRSS les generan más confianza, y la principal motivación para tener una conversación privada con una marca es la atención al cliente (75%). Los sectores más seguidos, son aquellos que aportan al usuario información/contenido más relevante o actualizado: entretenimiento, cultura y medios (50%); deportes (40%); viajes, transporte y turismo (39%); y alimentación y bebidas (35%).

- eCommerce.- Las RRSS son un canal de influencia y de información. El 56% de los encuestados considera que influyen a la hora de comprar un producto o servicio, y el 59% declara haber buscado información sobre productos/servicios en Redes Sociales antes de realizar una compra (+ 4 puntos porcentuales que en 2.019), sobre todo entre mujeres menores de 40 años. Además, el 44% participa activamente opinando en Redes sobre las compras realizadas en Internet.

Por lo que a la doctrina se refiere, Rodríguez Laínz⁵²¹ mantiene que “los blogs funcionan como auténticos dominios, en los que toda la información que se genera va quedando almacenada en los archivos electrónicos del correspondiente servidor o proveedor de servicios de Internet; y que incluso puede llegar a conservarse durante espacios de tiempo más o menos largos, gracias a la habitual realización por los prestadores de servicios de alojamiento de copias de seguridad, pese a su borrado o baja del blog...”, afirmando que “(...) las redes sociales tipo Twitter, Facebook, Google +, Tuenti, Instagram, etc., tienen un funcionamiento hasta cierto punto similar al de un blog. Los usuarios aportan y publican ideas, imágenes, datos o contenidos multimedia que quedan almacenados en esas inmensas bases de datos gestionadas por los correspondientes

⁵²¹ Obra citada: RODRÍGUEZ LAÍNZ, J.L.: “Intervención de las comunicaciones a través de servicios de la sociedad de la información”, *Editorial Jurídica Sepin*, 31-03-2.016.

administradores; y son accesibles a determinadas comunidades de usuarios, respecto de las que pueden establecer determinados niveles de aceptación o accesibilidad. La información permanecería en las bases de datos del servidor en tanto en cuanto el usuario no decidiera borrarlas, bien por una acción voluntaria o por causar baja en la comunidad”.

Expresa este autor⁵²² de referencia que “al igual que sucede con los blogs, los proveedores suelen conservar durante espacios de tiempo más o menos prolongados esta información, que suelen usar, aparte de como deferencia al usuario que pudiera decidir reincorporarse a la comunidad (durante el plazo de un mes, generalmente), al menos que se sepa, para finalidades estadísticas o de estudios de mercado”, asegurando en este sentido que “blogs y redes sociales tienen en común que el sistema de acceso se hace a nivel de usuario, por lo que para acceder a una cuenta de dominio, de usuario, perfil, etc., se debe emplear un nombre de usuario y una clave de acceso. Cada acceso generará unos datos de tráfico que, adheridos a la cabecera de cada correspondiente paquete de datos, hará accesible información sobre la IP de origen, datación, volumen de información, etc”.

Señala Rodríguez Laínez⁵²³ que “evidentemente, estas aplicaciones suelen contar con herramientas de mensajería instantánea, a través de las cuales los usuarios pueden compartir información o, simplemente, conversar; las cuales, no por ello dejan de regirse por las mismas Leyes innatas a su naturaleza. De hecho, según los casos, pueden comportarse como herramientas de mensajería instantánea canalizadas a través de la plataforma de la red, o valerse del mismo sistema de red social, como si de una simple utilidad del programa se tratara”.

Y explica, asimismo, que “(...) la estructura lógica de las plataformas de mensajería instantánea se rige, sin embargo, por reglas completamente diversas a las redes sociales. Sirven igualmente para transmitir y compartir información en todos los formatos posibles, incluso de voz -VoiP-, y hacerlo de forma simultánea a nivel tanto bidireccional como multidireccional. Sin embargo, no son soportadas por ningún sistema que conserve la información y al que se tenga que acceder sesión por sesión. Hablamos de aplicaciones móviles tales como Skype, WhatsApp, Telegram, BBM de BlackBerry, etc...”, manifestando al respecto que “(...) los administradores, por ello, no tienen más participación que la de administrar, canalizar el flujo de comunicaciones, a la vez que dotarlos de sistemas de seguridad que tratan de garantizar la accesibilidad exclusivamente a los usuarios que

⁵²² *Ibidem.*

⁵²³ *Ibidem.*

intercomunican entre sí, y a proteger, mediante el cifrado, los contenidos que se comparten; por lo que no conservan más información que aquella que se refiere al tráfico, origen y destino, así como información referente a las identidades facilitadas por los usuarios...”, y concluye su argumentación sosteniendo que “(...) su participación en la interceptación legal de comunicaciones se limitaría, por ello, simplemente a colaborar con la autoridad policial interviniente, bien en el descifrado o descriptado, bien en la facilitación del software adecuado para tal menester”.

Por último, la ya aludida Circular 1/2.013 de la Fiscalía General del Estado (FGE), “sobre pautas en relación con la diligencia de investigación de las comunicaciones telefónicas”, de 11 de enero de 2.013, en su epígrafe número 26. “Conclusiones” (págs. 133-134), contempla los siguientes aspectos sustanciales y de carácter esencial en relación al acceso a los datos almacenados y a la adopción de la medida de intervención de otras vías de comunicación electrónica a través de Internet, así como constata también la necesaria existencia de indicios suficientes para proceder a la práctica efectiva de la misma:

“14.- Cesión de datos almacenados por operadoras

14.-1 La Ley 25/2.007, de 18 de octubre de *Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas* exige autorización judicial para acceder no sólo a los datos de tráfico (terminales conectados, identificación de los usuarios y datación de la comunicación), sino también a otros que podrían ser calificados como servicios de valor añadido.

14.- 2 En el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras a las que se refiere la Ley 25/2.007, afecten o no al secreto de las comunicaciones, exigirá autorización del Juez de Instrucción.

14.-3 La Ley 25/2.007 restringe la posibilidad de cesión a la averiguación de delitos graves. Conforme a una exégesis teleológica y sistemática, la gravedad debe definirse en atención a las circunstancias concretas del hecho, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad, de conformidad con la jurisprudencia recaída en relación con los delitos susceptibles de ser investigados mediante intervenciones telefónicas.

15.- Otras vías de comunicación a través de Internet

15.-1 Las conversaciones o comunicaciones que tengan lugar en el seno de chats o foros de Internet abiertos a cualquier usuario no pueden considerarse comprendidas dentro del ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que no precisan de autorización judicial para su grabación u observación.

15.-2 Distinto habrá de ser el tratamiento de los supuestos en los que se use la opción de comunicación bidireccional cerrada entre dos usuarios, pues en estos casos, conforme a la propia naturaleza del acto comunicativo, deben activarse de nuevo las garantías del art. 18.3 CE.

15.-3 La apertura de archivos en un disco duro o de unidades externas de un ordenador tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden, sin autorización judicial, intervenir y reproducir un soporte magnético o electrónico (por ejemplo, la lectura de un disco duro), aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE si concurren razones de urgencia y se persigue un fin constitucionalmente legítimo.

16.- Concurrencia de indicios suficientes para acordar la intervención

16.-1 Los indicios suficientes para acordar la intervención son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

16.-2 las sospechas no han de ser tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan hallarse apoyadas en datos objetivos.

16.-3 la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo.

16.-4 No se puede confundir la exigencia de indicios para ordenar la injerencia, con que desde el primer momento queden ya cumplidamente probados los hechos que precisamente se van a comenzar a investigar”.

3. COVID-19: ESTADO DE ALARMA

Es obligado reconocer que la humanidad se enfrenta en la actualidad a una situación

atípica a causa del COVID-19, que exige adoptar medidas excepcionales y cuyos antecedentes conocidos de esta enfermedad son los siguientes:

-El 31 de diciembre de 2.019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, CHINA) informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, incluyendo 7 casos graves, con una exposición común a un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos en la ciudad de Wuhan.

-El comienzo de los síntomas del primer caso fue el 8 de diciembre de 2.019, y éstos fueron: tos seca, disnea y hallazgos radiológicos de infiltrados pulmonares bilaterales.

-El 7 de enero de 2.020, las autoridades chinas identificaron como agente causante del brote un nuevo tipo de virus de la familia *Coronaviridae*, que ha sido posteriormente denominado como SARS-COV-2, cuya secuencia genética fue compartida por las autoridades chinas el 12 de enero.

-La enfermedad causada por este nuevo virus que azota el mundo se ha llamado, por consenso internacional, COVID-19.

-Según los datos disponibles actualmente, se calcula que el plazo de incubación de COVID-19 es de 2 a 12 días, con un promedio de 5 días. Y, por analogía con otros tipos de virus de la misma naturaleza, se estima que este período podría llegar a tener una duración de hasta 15 días.

La LO 4/1.981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, en su Capítulo Primero. “Disposiciones comunes a los tres estados”, Artículo primero, apartado Uno, dice que “procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando las circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”. Y, por su parte, el Artículo cuarto del mismo cuerpo legal, en su Capítulo II. “El estado de alarma”, dispone: “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. (...) b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves (...)”.

A su vez, la CE 1.978, en su Título V. “De las relaciones entre el Gobierno y las

Cortes Generales”, Artículo 16, apartado número 2, establece: “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extenderán los efectos de la declaración”.

Y, en la misma CE, Título I. “De los derechos y deberes fundamentales”, Capítulo V. “De la suspensión de los derechos y libertades”, el art. 55.1, contempla que “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución (...)”.

El estado de Alarma es el único de los previstos en el art. 116 CE que había sido aplicado hasta la fecha, pues el 4 de diciembre de 2.010⁵²⁴ el Gobierno aprobaba en Consejo de Ministros la declaración del estado de Alarma en España para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo.

Hay que poner de relieve que “el estado de alarma no supone, en principio, efecto alguno sobre la vigencia de los derechos fundamentales, puesto que su declaración implica sólo una puesta de todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado, incluidos los cuerpos policiales, bajo las órdenes directas de la autoridad competente (...). Se produce en este caso una concentración de potestades en el Estado cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la STC 133/1.990, de 19 de julio, por entender que en estos supuestos aparece de forma indudable un interés general que la justifica”⁵²⁵.

3.1. REAL DECRETO 463/2.020, DE 14 DE MARZO

Inicia el Preámbulo este RD 463/2.020⁵²⁶, de 14 de marzo, expresando que “la Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2.020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional” y, por

⁵²⁴ Real Decreto 1.673/2.010. BOE núm. 295, de 4 de diciembre de 2.010, páginas 101.222 a 101.223 (2 págs.).

⁵²⁵ PASCUA MATEO, F.: Sinopsis art. 116 CE, pág. Web Congreso de los Diputados, diciembre de 2.003. Actualizada por GALINDO ELOLA-OLASO, F., en febrero de 2.011; y por MIRANDA LÓPEZ, L. M., en enero de 2.018.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=116&tipo=2>

⁵²⁶ BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2.020. Referencia: BOE-A-2020-3692.

tanto, “la rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura”, señalando a continuación que “las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”.

Se describe que “en este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública” y, en consecuencia, “para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma”, concluyendo que “las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”.

En este mismo sentido, el art. 1. “Declaración del estado de alarma” del RD 463/2.020, “(...) declara el estado de alarma con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19”; en su art. 2. “Ámbito territorial” proclama que se extiende dicha declaración “(...) a todo el territorio nacional”; y, por último, el artículo 3. “Duración”, manifiesta que la misma es de “(...) quince días naturales”, habiéndose producido en total seis prórrogas por iguales períodos de tiempo y finalizando efectivamente el estado de alarma en España el día 21 de junio de 2.020.

3.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS POSTALES

En el Título I. “Disposiciones generales”, art. 2. “Naturaleza y régimen de prestación de los servicios postales”, primer párrafo, de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, se determina que “los servicios postales son servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia”.

Por su parte, el segundo párrafo del mismo precepto legal, dispone que “están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios incluidos en el servicio postal universal encomendados al operador designado conforme a la disposición adicional

primera, y los que se impongan a los titulares de autorizaciones administrativas singulares en los términos dispuestos en esta ley”.

La Disposición adicional primera de la Ley Postal (43/2.010), en su párrafo primero, se refiere al “Operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal” de la siguiente forma: “La *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima* tiene la condición de operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal por un período de 15 años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, y en su virtud queda sujeto a las obligaciones de servicio público consistentes en la prestación de los servicios que se recogen en el título III, que deberá cumplir conforme a los principios, requisitos y condiciones que se establecen en esta Ley y en el plan a que se refiere el artículo 22”.

A su vez, en el Título IV. “Régimen general de prestación de los Servicios Postales”, Capítulo III. “Autorizaciones administrativas singulares”, establece el art. 42. “Ámbito de las autorizaciones administrativas singulares” que “se requerirá autorización administrativa singular para la ejecución de cualesquiera prestaciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal, en los términos que se define en el artículo 21.1”.

De manera que están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios postales incluidos en el ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU) y que, según el art. 21.1 de la Ley Postal incluyen las “(...) actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de:

- a) Cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta dos kilogramos de peso,
- b) Paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta veinte kilogramos de peso”.

Además, el último inciso de este apartado primero del art. 21, señala que “el servicio postal universal incluirá, igualmente, la prestación de los servicios de certificado y valor declarado, accesorios de los envíos...”. Y, en su segundo apartado, este artículo contempla que “los envíos nacionales y transfronterizos de publicidad directa, de libros, de catálogos, de publicaciones periódicas y los restantes cuya circulación no esté prohibida, serán admitidos para su remisión en régimen de servicio postal universal, siempre que éste se

lleve a cabo con arreglo a alguna de las modalidades previstas en el apartado anterior”.

3.3. REAL DECRETO-LEY 10/2.020 (29-O3-2.020). SERVICIOS ESENCIALES

El Real Decreto-ley 10/2.020⁵²⁷, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, en su ANEXO relaciona los servicios calificados como esenciales y que, por tanto, quedan exceptuados del ámbito de aplicación del mismo⁵²⁸.

Así, en su Exposición de Motivos, epígrafe I, afirma que “el Real Decreto 463/2.020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación ocasionada por el COVID-19, adoptó una serie de medidas en relación con la limitación de la movilidad de las personas, así como de las actividades sociales y económicas de nuestro país , que han contribuido a contener el avance del COVID-19”, indicando que “todas estas medidas, particularmente las que han incidido en la limitación de la movilidad de las personas, han contribuido a contener el avance del COVID-19” y, por ello, “atendiendo a las recomendaciones de los expertos en el ámbito epidemiológico, resulta necesario adoptar nuevas medidas que profundicen en el control de la propagación del virus y evitar que el acúmulo de pacientes en las Unidades de Cuidados Intensivos lleve a su saturación”.

En el apartado II, este Real Decreto-ley expresa que “la prioridad de la regulación contenida en esta norma es, por tanto, limitar al máximo la movilidad”, y sostiene que “los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se excluye del disfrute obligatorio del permiso se justifican por estrictas razones de necesidad”.

Avanza en el punto III señalando que por medio de esta disposición gubernativa se “regula un permiso retribuido recuperable personal laboral por cuenta ajena, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tal en el anexo”.

Por su lado, el epígrafe IV del Preámbulo recuerda que “el artículo 86 de la

⁵²⁷ BOE núm. 87, de 29 de marzo de 2.020. Referencia: BOE-A-2020-4166.

⁵²⁸ Véase, en relación con su ámbito de aplicación, los criterios interpretativos establecidos por la Orden SND/307/2.020, de 30 de marzo. Ref. BOE-A-2020-4196.

Constitución permite al Gobierno dictar reales decretos-leyes *en caso de extraordinaria y urgente necesidad*, siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general” manteniendo al respecto que “(...) este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución Española, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general”.

Y, en último término, el apartado V final de esta Exposición de Motivos comentada, manifiesta que “este real decreto-ley responde a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia, tal y como exige la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, justificando de esta manera su promulgación.

El art. 1 de la norma descrita, intitulado “Ámbito subjetivo de aplicación”, en su apartado primero, determina que “el presente real decreto-ley se aplicará a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades del sector público o privado y cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración de estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2.020, de 14 de marzo” y, en su apartado número 2, se excepcionan expresamente del ámbito de aplicación del mismo *-entre otras-*: “a) las personas trabajadoras que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el anexo de este real decreto-ley”.

Finalmente, el Anexo referido de este Real Decreto-ley⁵²⁹ (10/2.020, de 29 de marzo) establece: “no será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente real decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena:

(...)

22. Las del operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, con el fin de prestar los servicios de recogida, admisión, transporte, clasificación, distribución y entrega a los exclusivos efectos de garantizar dicho servicio postal universal”.

⁵²⁹ El Real Decreto-ley 10/2.020, de 29 de marzo, ha sido convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 9 de abril de 2.020. Ref. BOE-A-2020-4426.

En definitiva, el Servicio Postal Universal (SPU), siendo un servicio de interés económico general (ex art. 2 Ley Postal) se considera, además, servicio esencial por este Real Decreto-ley y, por ende, se garantiza su prestación por el operador habilitado al efecto: Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.

En este sentido, hay que constatar que Correos ha adoptado medidas organizativas para preservar en todo momento la continuidad en la prestación del SPU con el personal mínimo imprescindible para ello y, al mismo tiempo, proteger la salud de sus trabajadores y clientes.

El Servicio Postal Universal (SPU), garantizado en España a todos los ciudadanos estén donde estén (esto es, pues, vivan en ámbito urbano o rural), es un servicio postal público obligatorio, que comprende:

- Cartas de hasta 2 kg. de peso (nacionales e internacionales);
- Paquetes postales de hasta 20 kg. de peso (Paquete Azul, en el ámbito nacional; Paquete Internacional Económico, en el ámbito internacional);
- Giros postales; y
- Los servicios adicionales a los productos anteriormente mencionados de certificado y valor declarado.

CONCLUSIONES FINALES

En las siguientes conclusiones finales de este Trabajo de Investigación de Doctorado se pretende plasmar, por una parte, el estado de situación actual de la materia objeto de estudio *-haciendo especial hincapié en algún aspecto regulador que, a modo de consideración, propuesta o recomendación de lege ferenda y, a juicio del autor, sin duda alguna presenta amplio margen de mejora-* y, por otra, ofrecer un comentario o valoración personal sobre la evolución temporal experimentada por el tema examinado y que, necesariamente, supone una clara toma de postura o posicionamiento respecto del mismo.

PRIMERA.- El derecho al *secreto* de las comunicaciones es un Derecho *Fundamental* (ex art. 18.3 CE) autónomo y de carácter eminentemente formal, reconocido en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I y, en consecuencia, integra el bloque de derechos a los que la Carta Magna de 1.978 dispensa el máximo nivel de protección y garantía jurídica.

Sin embargo, la nítida definición de su contorno sustantivo principal (configuración, significado, alcance, límites, titulares, garantías, tratamiento de las intervenciones, ámbito constitucionalmente protegido, etc.) y, ante la ausencia hasta el momento de regulación material específica al respecto *-pues actualmente todavía no existe una Ley Orgánica que lo desarrolle (según disponen los artículos 53.1 y 81.1; ambos, de la propia CE)-*, se ha ido perfilando paulatinamente en España de manera paralela al avance producido en las nuevas formas de comunicación, tanto por la doctrina científica cuanto y, sobre todo, a través de construcciones jurisprudenciales, delimitando y definiendo así sus elementos básicos más relevantes en la concreción de su contenido esencial.

Y, aunque está estrechamente vinculado con el Derecho *Fundamental* a la intimidad (ex art. 18.1 CE), cabe concluir que no es una simple manifestación del mismo sino, muy por el contrario, se trata de un derecho independiente y que debe ser garantizado al margen de la naturaleza del contenido del mensaje ínsito en las comunicaciones *-ya sea éste de carácter íntimo o no-*.

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución “vinculan a todos los poderes públicos” (ex art. 53.1 CE). En este sentido, el TC señala que “toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa, además, una habilitación legal” (STC

145/2.014, de 22 de septiembre, FJ 7, en relación con la STC 49/1.999, de 5 de abril, FJ 3).

Igualmente, Díaz Revorio enumera las siguientes garantías constitucionales:

- *Debe ser desarrollado por Ley Orgánica* (arts. 53.1 y 81.1, CE).
- *La ley debe respetar su "contenido esencial"* (art. 53.1 CE).
- *Debe estar protegido por un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios* (art. 53.2 CE).
- *Es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional* (art. 53.2 CE).
- *Su reforma debe seguir el procedimiento agravado* (art. 168 CE).

Este Derecho *Fundamental* se puede tutelar a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 53.1, 161.1.a, y 163; CE) y por el Defensor del Pueblo (art. 54 CE). Además, este autor mantiene que, como parte integrante del Sistema de Derechos *Fundamentales*, debe presidir la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, de manera que las normas deben interpretarse de la forma más favorable a su ejercicio y previene, finalmente, que otras leyes y, en particular el Código Penal, establecen garantías específicas para este derecho.

SEGUNDA.- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1.984, de 29 de noviembre. Caracteres esenciales del derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).

Martínez de Pisón señala que ya desde la Sentencia 114/1.984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional identificó claramente los caracteres esenciales del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones -ubicado en el art. 18.3 CE junto con otros derechos, encabezados en su apartado primero por los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio (18.2) y, finalmente, la protección frente al uso de la informática (18.4)-, pudiendo subrayarse básicamente los siguientes:

- En primer lugar, diferenció como derecho autónomo y delimitó el ámbito de protección de este derecho en relación con el Derecho *Fundamental* a la intimidad personal (art. 18.1 CE), que sólo puede ser objeto de intervención por autorización de una resolución judicial mientras que, excepcionalmente, se admite la legitimidad constitucional de que, en

determinados casos y, con la suficiente y precisa habilitación legal, la Policía judicial realice determinadas prácticas que constituyen una injerencia leve en la intimidad de las personas, respetando siempre las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.

- Asimismo, determinó que el concepto de “secreto” en el art. 18.3 tiene un carácter “formal”, de modo que el secreto constitucionalmente protegido se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre 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”.

Esta condición formal del derecho al *secreto* de las comunicaciones es una presunción *iuris et de iure*.

- Otro rasgo esencial que resalta el TC en relación a este derecho, es que su protección alcanza a cualquier forma de interceptación mientras dure el proceso mismo de comunicación, siempre que ésta sea apta para desvelar bien la existencia misma de la comunicación, bien los elementos externos del proceso de comunicación, bien su propio contenido.
- Y, finalmente, destaca que este derecho “se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma”.

Así, pues, la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. Sin embargo y, posteriormente, ha tenido lugar un progresivo y muy profundo recorrido jurisprudencial por parte del propio TC que, a partir de la Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, introdujo un importante matiz a la doctrina plenamente asentada anteriormente. De esta forma, el Tribunal Constitucional precisó con mayor detalle el contenido esencial del Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, admitiendo y reconociendo expresamente que las resoluciones dictadas hasta la fecha por este Alto Tribunal referidas específicamente a las comunicaciones postales como objeto de protección constitucional y, salvo las relativas a internos en establecimientos penitenciarios, que tienen un régimen constitucional autónomo por aplicación del art. 25.2 CE, han sido “pocas” y, generalmente *obiter dicta* (ad exemplum, STC 137/2.002, de 3 de junio, FJ 3).

TERCERA.- El Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones despliega y proyecta sus potenciales efectos sobre todo proceso o artilugio técnico que posibilite de alguna manera mantener una comunicación interpersonal a distancia.

El precepto constitucional que lo proclama genéricamente cita expresamente como objeto de protección y salvaguarda, en especial, únicamente a las postales, telegráficas y telefónicas, por tratarse en 1.978 de las comunicaciones más utilizadas y conocidas hasta aquel momento. En cualquier caso, no se trata de una enumeración cualitativa tasada o taxativa cual *numerus clausus* o lista cerrada, sino de una mera enunciación ejemplificativa propia del estado de situación del conocimiento científico de la época y que, por tanto, hay que interpretar acertadamente como una cláusula totalmente abierta a los constantes avances tecnológicos que alumbra la humanidad en forma de sistemas y medios de comunicación interpersonal a distancia más modernos que, lógicamente, deberán incluirse también en el ámbito objetivo de aplicación que protege el derecho constitucional al *secreto*.

Ahora bien, dicho esto y, siendo necesario con carácter general que las comunicaciones susceptibles de amparo constitucional se efectúen o materialicen por algún proceso, dispositivo o medio técnico (actuando así como auténtica *conditio sine qua non*), ello no es en sí mismo condición suficiente. Adicionalmente, se requiere:

- Por un lado y, además de que exista una infraestructura o artificio comunicativo se exige, de alguna forma, una distancia real entre los comunicantes. Distancia que Belda Pérez-Pedrero entiende como imposibilidad racional de hablar en persona. Es decir, que la comunicación se produzca entre sujetos que se encuentren físicamente separados; y
- Por otro lado, que dicha comunicación se realice por canal cerrado -*esto es, que se desarrolle de forma privada, no pública*-, pues de lo contrario no surge la expectativa de *secreto* y, consecuentemente, no procede activar la garantía constitucional del derecho referido.

CUARTA.- La CE no aclara ni define o conceptualiza directamente el significado del término *comunicaciones*, motivo por el que demanda una precisa interpretación jurídica.

No siendo ello reprochable a una defectuosa regulación -*pues, como sostiene Martín Morales, no es menester de constituciones dar definiciones*-, nuestra doctrina entiende que tal expresión designa la transmisión de todo mensaje relacional (esto es, pues,

interpersonal) entre emisor y receptor canalizado a distancia a través de cualquier medio técnico apto para ello y *-siguiendo en este punto a Jiménez Campo-* con exclusión de las conversaciones directas o en persona (que se producen a través del aire como vía de conexión y no se usa otro medio de comunicación, sin perjuicio de que ostentan la protección constitucional dimanante del Derecho *Fundamental* a la intimidad del art. 18.1 CE), donde la tutela constitucional alcanza tanto comunicaciones cuyo contenido verse sobre aspectos íntimos como sobre cuestiones vanas y/o absolutamente intrascendentes.

Así, pues, el reconocimiento de este Derecho *Fundamental* implica libertad, reserva e impenetrabilidad de las comunicaciones frente a terceros y poderes públicos -efecto *erga omnes*-, decayendo finalizado el proceso comunicativo en que se incardina y sin extenderse hasta sus propios interlocutores o corresponsales partícipes, según se desprende de la STC 114/1.984, de 29 de noviembre. Sentencia que, en palabras de Rebollo Delgado, revitaliza la conexión existente entre el *secreto* de las comunicaciones y la libertad de comunicación.

El derecho al *secreto* de las comunicaciones comprende desde el inicio al final del proceso comunicativo. Es decir, no se extiende más allá *-esto es, pues, ni se activa antes, ni se mantiene después, de finalizado el mismo-* porque entonces y, en su caso, el Derecho *Fundamental* afectado sería el derecho a la intimidad (ex art. 18.1 CE) y, bajo ningún concepto, el derecho al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

QUINTA.- Ostenta la titularidad de este Derecho *Fundamental* toda persona *-física y/o jurídica-*, incluyendo también en su ámbito de protección a extranjeros y menores de edad.

La determinación de la titularidad de este Derecho *Fundamental* debe ser entendida en un sentido amplio y flexible. Y, por esta misma razón, en principio se extiende tanto a las personas físicas (mayores y menores de edad) como a las personas jurídicas (públicas y privadas), y también a los nacionales y a los extranjeros, puesto que el TC (STC 236/2.007, de 7 de noviembre, FJ 4) considera este derecho directamente fundamentado en el canon de la “dignidad humana” y, siendo consustancial a ésta, recae así su titularidad en toda persona, con independencia de su nacionalidad y, por tanto, sin que tengan cabida alguna excepciones, privaciones o limitaciones específicas por su condición de extranjeros.

En definitiva, es un Derecho *Fundamental* similar al derecho a la integridad física y moral, a la libertad religiosa, al honor, a la intimidad y a la propia imagen,..., y respecto de los que la diferencia en el desarrollo de su contenido basadas en el criterio de la

nacionalidad, no resulta posible. Como mantiene Goig Martínez, se trata de verdaderos derechos constitucionales para los extranjeros *-establecidos y fijados por la propia CE-*, derechos constitucionales de configuración legal, en suma, y no meros derechos legales.

Si bien es cierto que se presentan una serie de supuestos que incorporan, asimismo, limitaciones excepcionalmente lícitas al ejercicio legítimo de este Derecho y que, pese a ser *Fundamental*, no tiene carácter absoluto e ilimitado. Ello ocurre en atención a ciertas situaciones o estados concretos que se pueden dar en determinados momentos y circunstancias personales (entre otras, las siguientes: incapacidad, relaciones de especial sujeción *-internos en centros penitenciarios, proceso de concursados y quebrados, etc.-*, suspensión de derechos en los estados de excepción y sitio *-ex art. 116 CE-* y, obviamente, cuando media directamente el consentimiento del interesado).

SEXTA.- La vulneración del derecho al *secreto* de las comunicaciones sólo es constitucionalmente admisible por autorización de un órgano jurisdiccional, según así lo dispone expresamente la propia Norma Fundamental (“... salvo resolución judicial”), que se erige así como el presupuesto habilitante de la injerencia o intervención legal practicada.

Esto se justifica en un Estado de Derecho en aras de la superior tutela que demandan los bienes esenciales de la Comunidad y su correspondiente y respectiva investigación/persecución penal, si bien y, dado que la fase de Instrucción en los distintos procedimientos previstos en nuestro actual ordenamiento jurídico es un momento procesal sumamente importante encaminado a preparar el juicio oral, hay que tener bien presente y en debida consideración que el proceso penal tiene siempre para el sujeto investigado un alto carácter estigmatizante.

Y la vulneración del derecho al *secreto* se produce, de hecho, cuando hay una o más personas ajenas al proceso comunicativo que están siendo partícipes del mismo sin el debido consentimiento de los interlocutores y con intención, efectivamente, de proceder a la intromisión. A este respecto, la STC 230/2.007, de 5 de noviembre, en su FJ 2, ha reiterado que este derecho (ex art. 18.3 CE) consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su *secreto*, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es, así *-a través de la imposición a todos del secreto-*, la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto *-que suponga aprehensión física*

del soporte del mensaje, con conocimiento del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación-, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado *-apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo-*.

El TC destaca que el concepto de *secreto* de la comunicación cubre no sólo su contenido, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de ahí que se afirme que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las respectivas compañías a la Policía, sin consentimiento del titular, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituyen una forma de afectación del objeto de protección del derecho al *secreto* de las comunicaciones (por todas, SSTC: 123/2.002, de 20 de mayo, FJ 4; 56/2.003, de 24 de marzo, FJ 3; 115/2.013, de 9 de mayo, FJ 3; y SSTEDH: de 2 de agosto de 1.984, caso *Malone* contra Reino Unido, párrafo 84; y de 3 de abril de 2.007, caso *Copland* contra Reino Unido, párrafo 43).

SÉPTIMA.- Reforma de la LECrim por la LO 13/2.015, de modificación de la Ley Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LOMLECrim).

Es una Ley Orgánica (LO 13/2.015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica *-LOMLECrim-*) la que regula actualmente en España en qué circunstancias o en qué condiciones se habilita al poder público para proceder lícitamente a intervenir las comunicaciones, lo que supone una necesaria adaptación de la normativa actual con respecto al surgimiento, avance y desarrollo incesante de las nuevas tecnologías en este ámbito de actuación.

Los problemas suscitados y derivados de la intervención de las comunicaciones en el proceso penal, han quedado resueltos de modo parcial, circunstancial y transitorio en virtud de la LO 13/2.015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, que introduce nuevos supuestos en su tratamiento y provoca cambios jurídicos *-sustantivos y procesales-* en muchos aspectos relativos a la materialización efectiva de la medida de injerencia adoptada (haciéndose así eco de los avances e innovaciones tecnológicos surgidos en materia de Telecomunicaciones) y estableciendo, asimismo, una serie de disposiciones comunes a fin de regular detalladamente su aplicación práctica que afectan, en última instancia, tanto a las comunicaciones telefónicas y telemáticas *-diligencias de investigación que pueden limitar el Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones (ex art. 18.3*

CE) como a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos -y en cuya utilización pueden verse igualmente limitados los Derechos Fundamentales a la inviolabilidad del domicilio (ex art. 18.2 CE) y el Derecho Fundamental a la intimidad (ex art. 18.1 CE)-, diligencia esta última fruto de la reciente reforma llevada a cabo y respecto de la cual su desarrollo normativo previo era completamente inexistente.

Esta reforma legal de la LECrim, operada en su Título VIII. “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución” ha resultado, en términos generales, eficaz y absolutamente necesaria para reflejar en la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal (1.882) los reiterados criterios asumidos por la jurisprudencia del TS y por la doctrina del TC en materia de diligencias penales -y que, a su vez, trataban de orientarse en el sentido indicado por el TEDH- intentando superar o paliar en gran medida la hasta entonces insuficiente regulación normativa existente en España, derivándose de ello una gran trascendencia y repercusión sobre el conjunto de los derechos constitucionales afectados y, en especial, sobre el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).

Muestra evidente de la precaria situación descrita en el ámbito de la interceptación de comunicaciones telefónicas, es que sus lagunas legales tuvieron que ser colmadas principalmente por la jurisprudencia comentada. Se trata, por tanto, de una modificación legislativa ampliamente demandada por los operadores jurídicos que acerca su contenido actual a los países más avanzados de nuestro entorno y que procura dar respuesta adecuada de esta forma a las reiteradas y constantes exigencias y directrices postuladas por el TEDH, pues la STEDH, de 30 de julio de 1.998, caso Valenzuela Contreras contra España -entre otras-, ponía de relieve las deficiencias de la regulación española anterior a la LO 4/1.988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando dicho Tribunal que el ordenamiento jurídico español en su conjunto no permitía cumplir las condiciones derivadas del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) en cuanto a la “previsibilidad” de la Ley se refiere, al no preverse con detalle suficiente las garantías que precisan la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades.

Y, admitiendo que es una regulación esencialmente acertada, además de necesaria y que avanza decididamente en la dirección oportuna, considero que podría haber sido mucho más ambiciosa en algún aspecto concreto como, por ejemplo, el relativo a la exigencia *ex ante* de resolución judicial motivada frente a la decisión de la autoridad

gubernativa de implementar una medida de carácter tan grave en contra de la garantía constitucional amparada por el art. 18.3 CE y completamente irreparable en sus consecuencias prácticas *-en caso de urgencia y cuando las investigaciones se realizan para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (ex art. 579.3 LECrim)-*. Mantener únicamente *ex post* la revocación o su confirmación y ratificación judicial, es una oportunidad perdida que no se compadece bien con la exigencia dimanante de dotar a nuestro sistema legal de la máxima garantía jurídica posible *-al menos, en cuanto se refiere a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, pues “vinculan a todos los poderes públicos” (ex art. 53.1 CE)-*, pudiendo recurrir para su implementación a la figura del Juez de Instrucción *de guardia -que se convierte, de este modo, en un auténtico “Juez de garantías”-*. Todo ello teniendo en consideración, además, que el Anteproyecto de ley previsto de reforma de la LECrim contempla al Ministerio Fiscal a cargo de la investigación penal *-eso sí y, como no podría ser de otra manera, bajo el preceptivo control judicial-*.

OCTAVA.- Requisitos legales (LOMLECrim) y jurisprudenciales para la legítima adopción de la medida de intervención de las comunicaciones.

La protección del derecho al *secreto* supone que no podrá interferirse o intervenir la comunicación de cualquier persona, salvo resolución judicial y con las garantías previstas. No obstante ello y, en virtud del medio de comunicación elegido, se presentan distintos matices. En este sentido, se ha distinguido en la nueva regulación procesal entre, por un lado, la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica y, por otro, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas junto con los demás medios de investigación tecnológica. Esto es, pues, las mencionadas medidas o diligencias de investigación consistentes en la intervención de las comunicaciones interpersonales, se deben adoptar lícitamente y con la debida cautela, única y exclusivamente cuando se dan determinados presupuestos para ello y, siempre, con la necesaria y oportuna tutela judicial prevista en el ordenamiento jurídico *-esto es, pues y, según reiterada jurisprudencia, por medio de resolución especialmente motivada y en forma de auto-*.

En principio y, en virtud del art. 579.1 LECrim, su adopción está expresamente prescrita “si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto” la persecución de delitos suficientemente graves:

- *Con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión;*
- *Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y*
- *Delitos de terrorismo.*

Por otro lado, la jurisprudencia señala que debe tratarse de la existencia cierta de indicios racionales de criminalidad, no de simples sospechas infundadas. Se colige, así pues, que la investigación así iniciada no debe ser meramente prospectiva, debiendo estar la resolución judicial debidamente motivada e integrada por los datos policiales ofrecidos al Juez instructor y brindando elementos fácticos suficientes para efectuar el pertinente juicio de proporcionalidad de la medida dejando constancia, además, de las actuaciones practicadas, dando cuenta regularmente al Juzgado del resultado de las mismas y efectuando, asimismo, el órgano judicial competente, un seguimiento y control de todo el proceso en que se integra dicha injerencia autorizada en el ámbito de las comunicaciones.

De forma y manera que los requisitos concurrentes *-fruto en gran parte de la infatigable labor jurisprudencial y doctrinal en la materia, que ha cristalizado en cierta medida en la regulación actualmente vigente-* para legitimar de forma extrema la restricción y vulneración del Derecho *Fundamental* aquí analizado, se sintetizan a continuación:

- *Jurisdicción exclusiva;*
- *Procedimiento legalmente establecido;*
- *Indicios delictivos preexistentes; y*
- *Principio de proporcionalidad.*

Así, el principio de proporcionalidad deviene una exigencia o requisito esencial, pues limita la configuración de la instrucción penal y sirve básicamente para determinar si la medida de injerencia de los poderes públicos en el ámbito del Derecho *Fundamental* concernido (al *secreto*, ex art, 18.3 CE) guarda relación con el interés constitucionalmente protegido. La STC 55/1.996, en su FJ 5, precisa con mayor detalle los siguientes elementos que componen este principio, configurándose en las 3 condiciones o cautelas que hay que constatar para aplicar convenientemente el denominado principio de ponderación o “juicio de proporcionalidad”, y que definen su valor como verdadero canon de constitucionalidad:

- *Idoneidad*.- Verificar si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto;

- Necesidad.- Comprobar si, además, es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y
- Proporcionalidad estricta.- Es decir, si la misma es proporcional, esto es, ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

NOVENA.- Intervención de las comunicaciones telefónicas, telemáticas y las realizadas a través de las nuevas tecnologías. SITEL (Sistema Integrado de Interceptación Legal de las Telecomunicaciones).

Es una restricción del derecho al *secreto* ordenada por un Juez en la fase de instrucción o sumarial del procedimiento penal con el fin de obtener, de este modo, un instrumento lícito de indagación o un medio válido de prueba. El art. 588 ter a. "Presupuestos", del Capítulo V. "La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas", integrado en el Título VIII de la LECrim, determina que "la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas sólo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación".

La injerencia en las comunicaciones telefónicas *-por su mayor incidencia cuantitativa y cualitativa-*, es la que hasta ahora ha sido abordada con más profusión y extensión por la doctrina y la jurisprudencia. En relación con los aspectos procesales de la interceptación telefónica, hay que distinguir en términos generales, por una parte, entre la fase de instrucción y, por otra, el juicio oral, deviniendo siempre imprescindible el control judicial en la primera de ellas.

Se articula en el Título VIII del Libro II de la LECrim un nuevo Capítulo IV, dedicado a los medios de investigación a través de las nuevas tecnologías. Este capítulo, a su vez, queda dividido en el tratamiento de las siguientes cuestiones:

- Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas;
- Captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos;
- Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de

imágenes;

- Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de información, y
- Registros remotos de equipos informáticos.

El Capítulo V del Título VIII, del Libro II, está consagrado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, y concluye con dos secciones que comprenden cuatro artículos (588 ter, j, hasta 588 ter, m). Por su parte, el art. 588 ter, j regula la incorporación al proceso de datos de tráfico o asociados que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, que requerirán siempre autorización judicial. Y los arts. 588 ter, k al 588 ter, m, abordan el acceso a determinados datos de identificación de usuarios o dispositivos, que no requieren autorización judicial.

Hay que destacar también la exigencia normativa de los principios básicos que rigen estas intervenciones para que el acto de intromisión en la comunicación sea válido, y que son los siguientes (ex art. 588, bis a.):

- Principio de especialidad.-
- Principio de idoneidad.-
- Principio de excepcionalidad.-
- Principio de necesidad.-
- Principio de proporcionalidad.-

Conviene resaltar también que, gracias a la reforma operada en la LECrim, se le otorga sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que, anteriormente, no gozaban de regulación procesal alguna. De manera que las garantías jurídicas de la intervención de las comunicaciones se señalan en la LECrim.

SITEL es el acrónimo del denominado Sistema Integrado de Interceptación Legal de las Telecomunicaciones. Se trata, por tanto, de la herramienta o dispositivo técnico empleado en España para realizar la interceptación legal de las telecomunicaciones. López-Barajas Perea describe SITEL como “un sistema que utiliza un software o aplicación informática instalada en los proveedores de servicios de las redes de telecomunicaciones y, una vez introducidos los parámetros de interceptación, no se precisa de intervención humana para realizarla y transmitirla en tiempo real a un centro de interceptación...”.

La STS 1.215/2.009 (Sala 2ª, de lo Penal), Magistrado ponente Martín Pallín), de 30 de diciembre (recurso 404/2.009), dedica el apartado A. “rango legal de los sistemas de escucha”, de su FD Primero, a realizar una valoración y análisis previo relativo a la adecuación a la legalidad de los sistemas técnicos de escuchas telefónicas. En primer lugar, indica que la Resolución COM 96/C 329/01, de 17 de enero de 1.995, “estableció una serie de medidas exigibles para la interceptación legal de las telecomunicaciones...”, señalando que “(...) declara que la interceptación, legalmente autorizada, de las telecomunicaciones es un instrumento importante para proteger la seguridad nacional y para la investigación de los delitos graves...”, y recordando que “(...) la Resolución incluye un Anexo que contiene un glosario en el que se propugna que las autoridades competentes entre ellas, sin duda, las judiciales, pueden vigilar permanentemente, la interceptación de las comunicaciones en tiempo real”. Y, asimismo, continúa exponiendo esta STS -*en alusión a la Resolución de la UE mencionada*, que “siguiendo estas directrices, España, a través del Ministerio del Interior, adoptó el Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones (S.I.T.E.L.)...”, asegurando que “...se trata de una tecnología de intervención de teléfonos móviles, imprescindible técnicamente para su interceptación y escucha (...), debido a que los sistemas de captación de la telefonía fija no tienen capacidad técnica para realizar escuchas en el sistema de telefonía móvil”. Pero es en el FJ 17 de esta Sentencia donde el TS declara expresamente que “(...) El sistema de escuchas telefónicas, que se plasma en un documento oficial obtenido con autorización judicial y autenticado su contenido por la fe pública judicial goza de valor probatorio, salvo que mediante pericia contradictoria se demuestre la falsedad o alteración de las conversaciones grabadas”.

En suma, pues, si bien es cierto que resulta absolutamente necesario por esencial que la normativa vigente sea acorde con la realidad social de cada momento histórico (actual y futuro), y vaya de esta forma continuamente adaptándose al ritmo que marcan los avances tecnológicos -*que, sin duda alguna, seguirán produciéndose vertiginosamente*-, en orden a dotar y poner a disposición del órgano judicial las herramientas técnicas más modernas y adecuadas para poder actuar eficazmente en la fase de investigación procesal penal, es innegable que todo ello debe hacerse siempre con las máximas garantías legales.

DÉCIMA.- Hallazgos casuales y prueba ilícita.

Un tema relevante en el curso de la investigación penal y, a menudo problemático o conflictivo, es el de los hallazgos casuales descubiertos durante la intervención de las comunicaciones, contemplado en el art. 588 bis m) de la LECrim en su nueva redacción

dada por la LO 13/2.015. En estos casos y, para que sea posible la ampliación de la investigación inicialmente acordada y/o la continuación de forma autónoma de la *notitia criminis* posteriormente hallada y derivada de un descubrimiento casual, se requiere resolución del Juez competente, quien comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en que ésta se produjo, así como la imposibilidad manifiesta de haber solicitado incluir la medida que así lo incluyera en el momento procesal oportuno para, finalmente, proceder autorizando o no la misma.

Asimismo, el resultado de la apertura de la *correspondencia* escrita y telegráfica (ex art. 579 bis LECrim) podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, deduciéndose testimonio del cumplimiento de los requisitos legales para la validez de la injerencia practicada. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del Juez competente, evaluando asimismo el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Así, pues, el problema de los hallazgos casuales que trata el art. 579 bis LECrim, hay que abordarlo partiendo de 2 premisas básicas:

-En primer lugar y, conforme al principio de especialidad, decretar una intervención de las comunicaciones para tratar de descubrir en general actos delictivos, sin la debida precisión, a modo de una autorización prácticamente extendida en blanco, es inadmisibile. Como sostiene el TS, resulta necesario a este respecto concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado (SSTS, entre otras: 818/2.011, de 21 de julio; y 372/2.010, de 29 de abril).

-En segundo término, es fundamental también reparar en que, ante indicios de delito hallados casualmente por parte de los investigadores y comprendidos al margen de la autorización oficial que les habilite, la Constitución en modo alguno pide que se cierre los ojos a dicha apariencia delictiva. Obviamente, siempre y cuando ello no sea utilizado fraudulentamente para burlar las garantías de los Derechos *Fundamentales* (SSTC, por todas: 41/1.998, de 24 de febrero; y 49/1.996, de 26 de marzo).

Simultáneamente a tener todo esto en la exigida y debida consideración, cabe también constatar que no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque *-como prevé expresamente el precepto anteriormente citado-* ello precisa una nueva autorización judicial específica de la

que aquélla sea mero punto de partida. Es decir, los hallazgos convalidados son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial (STS 740/2.012, de 10 de octubre, entre otras muchas).

En este sentido, hay que subrayar que la autorización, ejecución y posterior utilización en el proceso penal de una medida tan invasiva como es la de la interceptación de las comunicaciones personales, ha de estar sometida siempre a un estricto control judicial, evitando de esta manera que surjan extralimitaciones e injerencias innecesarias y/o abusivas en los Derechos *Fundamentales* en conflicto (*secreto* de las comunicaciones, intimidad, protección de datos, presunción de inocencia,...) garantizando así, igualmente, el máximo respeto de los mismos frente a los sujetos afectados de alguna forma por esta medida extrema de intromisión -entiéndase, *terceras personas ajenas a la investigación*-, pues sus derechos deben ser preservados para impedir que la intervención de las comunicaciones se convierta en una intrusión indiscriminada en la vida privada de todo aquél que se relaciona en cierto modo con el sujeto inicialmente investigado.

Por el contrario, la prueba ilícita es aquella que vulnera algún Derecho *Fundamental* y, en consecuencia, deviene nula. Y no debe confundirse con la prueba irregular, que supone una infracción de tipo procesal de la legalidad ordinaria. Así, el efecto reflejo de la prueba ilícita afectará a las demás pruebas que de ella se hubieran servido, aunque hay que hacer una interpretación restrictiva evitando dicho efecto si cabe una desconexión causal entre las mismas. Además del interesado, la legitimación activa para reivindicar la violación del derecho transgredido se extiende a terceros cuyos derechos se vean afectados. Es posible también la impugnación por el Ministerio Fiscal de la nulidad de la prueba esgrimida a través de normas procesales y orgánicas reguladoras de la materia produciéndose, en su caso, la rehabilitación del derecho lesionado.

DECIMOPRIMERA.- Artículo 579 y ss. LECrim. Detención y apertura de la *correspondencia* escrita y telegráfica.

El derecho al *secreto* de las comunicaciones se reconoce en el art. 18.3 CE y, en el caso concreto de la *correspondencia*, protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos. La *correspondencia* postal a la que alude la LECrim y cuyo derecho al *secreto* proclama la CE, comprende todos aquellos envíos que, por sus características externas, sean susceptibles de contener mensajes escritos o grabados en cualquier tipo de soporte -*cintas de cassette, video, CD's o DVD's*,

etc.-, por lo que se protegerá a su través no sólo la *correspondencia* postal más convencional *-entendiendo por tal, la epistolar (carta y/o misiva)-*, sino también y, en principio (salvo excepciones), todo envío que *-por su naturaleza-* pueda contener aquél tipo de mensajes de carácter actual y personal. Si bien, dicho esto y, respetando un conjunto de garantías y requisitos legales, es posible retener y abrir la *correspondencia*, por orden judicial, como asimismo dispone expresamente la propia CE.

A este respecto, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LOMLECrim) reforma la LECrim en su Libro II. “Del Sumario”, Título VIII. “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”, Capítulo III. “De la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica” (arts. 579 a 588, a.i.).

Hay que destacar que la regulación jurídica que contempla la intervención (detención, apertura, examen, observación) de la *correspondencia*, comprende tanto la de naturaleza postal como la correspondiente al ámbito telegráfico (Telegrama, Burofax,...) aunque, en relación con la telegráfica y *-por razones meramente técnicas del sistema de transmisión utilizado al efecto-*, este tipo o modalidad de *correspondencia* circula a través de la red siempre con carácter abierto.

En cualquier caso y, por lo que se refiere a la detención y apertura de la *correspondencia* escrita y telegráfica, su regulación se actualiza en este nuevo art. 579 (LOMLECrim), donde también se acota su ámbito de aplicación, a la par que se fijan y modulan los plazos máximos de duración de la medida de intervención, así como las excepciones a la necesidad de autorización judicial. Si bien, esta modificación procesal se ha llevado a término *-en defecto de una inoperativa y deficiente regulación legal-*, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial imperante del TC, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y la enseñanza de la experiencia acumulada durante muchos años, recogida, descendida y plasmada a nivel de un texto legal vigente renovado.

Es importante señalar que solamente se podrá intervenir la *correspondencia* privada (postal y telegráfica) del *investigado*. Empero, la restricción de este Derecho *Fundamental* puede afectar al interesado como destinatario o remitente de la *correspondencia* del *investigado*, así como a las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus

finés delictivos *-pudiendo incluir "faxes, burofaxes y giros-*, que el investigado remita o reciba".

En el apartado tercero del art. 579 LECrim se introduce una excepción a la regla general que, de acuerdo con el precepto constitucional que protege el derecho al *secreto* de las comunicaciones (art. 18.3 CE), exige la necesaria resolución judicial para proceder a la intervención de las mismas con las máximas garantías posibles. El legislador establece que "en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad (...)". Las peticiones que por dichas razones de urgencia (ex art. 579.3 LECrim) sean dirigidas a las citadas Autoridades (el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad), deberán ser formuladas por el Jefe de la Unidad actuante, motivadas lo más ampliamente posible y a través de la Unidad Especial de Policía Judicial para Delitos de Terrorismo (TEPOL).

Existen también algunos supuestos (ex art. 579.4 LECrim) *-además de la excepción contemplada en el apartado tercero de este mismo artículo: "en caso de urgencia"-* en los que no se requiere autorización judicial (regla general) para llevar a cabo la intervención de envíos postales y de otras formas de envío de *correspondencia*. Esto implica que *-en estas situaciones y, este tipo de envíos postales en particular-*, pueden ser inspeccionados por las autoridades administrativas competentes en cada caso, sin necesidad de solicitar autorización judicial previa para proceder a su intervención arreglo a las formalidades legales exigidas en cada caso.

DECIMOSEGUNDA.- Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2.006, de 9 de octubre.
Contenido esencial de las comunicaciones postales.

El TC había elaborado con anterioridad una doctrina muy consolidada ya sobre el Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE (siendo la STC 114/1.984, de 29 de noviembre, referente paradigmático de consulta imprescindible en la materia). Sin embargo, respecto a una de las formas o manifestación más típica y tradicional de comunicación entre personas determinadas *-expresamente protegida y enunciada también en dicho precepto constitucional-*, cual es la comunicación postal, no existía pronunciamiento jurisprudencial específico que recogiera una delimitación

suficientemente precisa de sus perfiles, contornos y garantías jurídicas.

El TC, en Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, señala que el art. 18.3 CE no se refiere al *secreto* postal, sino a la comunicación postal, resultando como consecuencia de esta relevante y trascendente consideración jurídica que no todo envío o intercambio de objetos o señales que puedan realizarse por medio de los Servicios Postales es una comunicación amparada y protegida por este Derecho *Fundamental*. Y, a estos efectos, podemos sintetizar en sus aspectos esenciales del siguiente modo la importantísima doctrina del Alto Tribunal contenida en dicha Sentencia:

- Precisa el TC que por comunicación *-en el sentido constitucional del art. 18.3-* ha de entenderse todo proceso de transmisión de mensajes vía signos lingüísticos entre personas determinadas. Y solamente así la comunicación equivale a *correspondencia*, quedando de esta manera amparada por este Derecho, no protegiéndose por el mismo el envío (transporte y/o tráfico) o el transporte de enseres personales (maletas, maletines, bolsas de viaje,...) *-aunque sean realizados por medio de empresas del Servicio Postal-* pues, en su caso, sería el Derecho *Fundamental* a la intimidad (ex art. 18.1 CE) el que sufriera aquí la injerencia.
- La protección del derecho al *secreto* se extiende a cualquier tipo de envío, con independencia de que se efectúe a través de un Servicio Público (Correos) o, por el contrario, se haga mediante empresas privadas. En todo caso, sí es necesario que el envío se produzca por medio de profesionales (y no por terceras personas que porten el envío en un determinado momento), porque quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Postal los servicios realizados en régimen de autoprestación (ex art. 4 Ley 43/2,010).
- El Derecho *Fundamental* aludido *-derecho al secreto de la correspondencia, postal y telegráfica-* no protege directamente el soporte físico donde se contenga el mensaje, sino el contenido del mensaje. Y, únicamente gozará de tal protección constitucional vía art. 18.3, cuando de modo efectivo dicho soporte (sobres, paquetes,...) sirva para el acto comunicativo y el proceso de comunicación haya sido iniciado, de tal suerte que la interceptación ocurra mientras dicho proceso tiene lugar.
- Y, por último, se vulnera el Derecho *Fundamental* al secreto de la correspondencia *-postal y telegráfica-* cuando, empleando cualquier modo o procedimiento ilícitos, se accede *-llegándose a conocer-*, el contenido del mensaje y, con independencia de que se abra o

no el Paquete o el envío postal (Telegrama, por ejemplo). Igualmente, se produce injerencia intolerable en el mismo cuando, iniciada la comunicación, se tiene conocimiento de cualesquiera datos relacionados con la propia comunicación (existencia del envío, identidad de remitente y/o destinatario, momento en que se produce, lugares de remisión y destino,...), según proscribió expresamente el art. 6.1 RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre - *Reglamento de Prestación de los Servicios Postales* -.

DECIMOTERCERA. - Distinción entre *correspondencia* y otros envíos postales.

Vegas Torres entiende que basta un rápido repaso de antecedentes históricos y referencias internacionales y comparadas para comprender que no es sostenible una interpretación del art. 18.3 CE que extienda el *secreto* a toda clase de comunicaciones, sin limitación alguna. Y añade, en este mismo sentido, que tal interpretación sólo sería posible si se parte de la base de que los constituyentes de 1.978, apartándose de la tradición constitucional española, así como de los referentes internacionales y foráneos, hubieran querido establecer una nueva garantía *-hasta entonces inédita-*, más amplia y cualitativamente distinta del tradicional *secreto* de la correspondencia, y concluye diciendo que no existe ningún apoyo mínimamente sólido para defender que se pretendiera tal cosa en el actual art. 18.3 CE.

En el ordenamiento interno, la regulación jurídica que rige actualmente en el Sector Postal en España es, por una parte, la Ley Postal (43/2.010) que, en su art. 3 y refiriéndose al término *envío postal* dice: (...) además de los envíos de correspondencia incluirá la publicidad directa, los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y los paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que se a su peso". De ello y, a *sensu contrario*, se deduce de manera absolutamente cristalina *-y que no deja, por tanto, lugar a dudas-* que todos los envíos de *correspondencia* son envíos postales, pero no todos los envíos postales (publicidad directa, libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y paquetes postales) son envíos de *correspondencia*, distinguiendo así nítidamente ambas categorías de envíos.

Y, tomando como punto de partida la fundamental STC 281/2.006, de 9 de octubre, así como la doctrina mayoritaria y toda la legislación sectorial vigente sobre la materia, varias conclusiones ya definitivas pueden derivarse de los conceptos postales fundamentales considerados de forma genérica a lo largo de la presente exposición, a saber:

1.- La *Carta* es el producto postal básico por excelencia, toda *Carta* constituye siempre un envío postal susceptible de ser considerado como *correspondencia* y, por ende, comunicación postal a efectos constitucionales (ex art. 18.3 CE).

2.- Los atributos, rasgos y/o características principales, esenciales y definitorios de la *Carta* (que equivale siempre a *correspondencia*), son éstos:

- *Envío cerrado;*
- *Comunicación en forma escrita materializada en soporte físico de cualquier naturaleza (CD, DVD, cinta, cassette, audio, video,...); y*
- *Carácter actual y personal.*

3.- Si no presenta los requisitos exigidos anteriormente mencionados, para su admisión como envío postal modalidad *Carta* (con lo que ello lleva implícito en cuanto al conjunto de garantías, prestaciones y demás consideraciones, tanto a nivel funcional-operativo como de naturaleza legal), debe cumplir las estipulaciones establecida al respecto en el Reglamento Postal.

4.- Los *Paquetes postales* son envíos que contienen objetos, productos o materias (con o sin valor comercial), cuya circulación y tránsito esté permitida que, en principio y, con carácter general, no portan comunicaciones ni objetos de carácter actual y personal, sino mercancías que, en ningún caso y bajo ningún concepto, constituyen envíos de *correspondencia* ni, por lo tanto, comunicación postal alguna.

5.- Al referirse al *Paquete postal*, el Reglamento Postal (RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre) en ningún momento habla de su posible contenido en el sentido de “comunicación”, sino de “objeto, producto o materia” -como sí hace de forma expresa e inequívoca en el caso de la *Carta*, aunque admite que estos envíos puedan contener -*en su caso*- “objetos de carácter actual y personal”, si bien a condición de su previa identificación y preceptiva señalización exterior específica.

6.- Por ello y, de manera taxativa, se prohíbe la inclusión en los *Paquetes postales* de:

- Lotes o agrupaciones de *Cartas*; y
- Cualquier otra clase de *correspondencia* actual y personal.

La reflexión a la que llegamos no es otra que la *Carta -como un tipo específico de envío postal-* equivale siempre a *correspondencia* postal siendo, a la par, su modalidad de expresión y manifestación más propia y genuina. De este modo, equivale asimismo a comunicación postal en el sentido y bajo la perspectiva constitucional (ex art. 18.3 CE) que interpreta el propio TC en su aludida Sentencia 281/2.006. Sin embargo, aplicando al *Paquete postal* el mismo esquema básico de razonamiento propuesto en el análisis llevado a cabo respecto de la consideración postal de la *Carta*, el resultado al que arribamos es completamente distinto, por cuanto aquél no puede considerarse en modo alguno envío de *correspondencia* y, en consecuencia, tampoco equivale a comunicación postal, careciendo así *-en principio-* de las garantías constitucionales dimanantes del Derecho *Fundamental* al secreto (ex art. 18.3 CE).

Hay que señalar que la delimitación del ámbito de protección constitucional de las comunicaciones postales tiene también en cuenta el diferente régimen jurídico de los envíos postales y de los envíos de *correspondencia*, establecido al efecto tanto en la legislación sectorial internacional como interna.

DECIMOCUARTA.- Regímenes legales en la intervención de la *correspondencia -postal y telegráfica-*.

La detención de la *correspondencia* comporta la interrupción del curso normal del envío, desde el remitente (inicio de la comunicación) hasta el destinatario (punto final del proceso de comunicación). Y, aunque puede producirse en cualquier momento, lo normal es que se ordene, bien en la Oficina o establecimiento del Operador postal (servicio público de Correos o cualquier empresa privada de transporte) en la que se deposita el envío previamente por parte del remitente (propietario del mismo), bien en la Oficina o dependencia donde se recibe el envío para su distribución y posterior entrega al destinatario del mismo. En cuanto a la “detención” de la *correspondencia* (postal y telegráfica) se refiere, ha de entenderse la simple retención de la misma, para su ulterior examen por las autoridades que determina la Ley en este sentido.

A modo de resumen, hay que distinguir entre varios regímenes legales a la hora de proceder a la intervención y *-en su caso-*, apertura de la *correspondencia -postal y telegráfica-*, que describimos a continuación:

- 1) Envíos de *correspondencia* (esto es, transmisión de mensajes *-por escrito o en otro*

soporte-) y otros envíos postales susceptibles de contener también correspondencia (en cualquiera de sus formas y/o modalidades e incluidos también, en principio, aquellos Paquetes postales que así lo indiquen externamente de alguna forma). Respecto de estos envíos de correspondencia y/o asimilados, el ordenamiento jurídico vigente en España proyecta su máxima protección (a nivel constitucional, ex art. 18. 3 CE) y, en consecuencia, despliega de forma correlativa el más amplio elenco de garantías jurídicas. Así:

- Su intervención precisa previa autorización judicial motivada (ex art. 579.1 LECrim);
- La diligencia de apertura *-en su caso-*, se practica por el propio Juez competente; y
- Se requiere presencia del interesado o de la persona que designe, salvo que desista de este derecho que le asiste o estuviera en rebeldía (ex arts. 584 y 585 LECrim).

2) Envíos postales (normalmente, Paquetes y otros productos propios de tratamiento conforme a Paquetería, por formato, dimensiones, peso, tamaño,...) considerados en el ámbito de la circulación y/o entrega vigilada en actuaciones encaminadas a descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de un presunto delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas (precursores), ex art. 263 bis LECrim. En este supuesto específico contemplado en la actual regulación procesal penal, el procedimiento de apertura *-llegado ese extremo-* de los envíos postales objeto de investigación, es el siguiente:

- Autorización inicial de la medida (circulación y/o entrega vigilada) adoptada por el Juez de Instrucción competente, por el Ministerio Fiscal, así como por parte de los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial *-centrales o de ámbito provincial-*, y sus mandos superiores (ex art. 263 bis 1. LECrim);
- La garantía judicial se satisface con la intervención del Juzgado en las actuaciones (ya sea ésta *ab initio* o posteriormente) y, siempre, para la resolución de la diligencia de apertura; y
- Apertura por el Juez competente del envío postal afectado en el curso del procedimiento judicial abierto, aunque se exceptiona expresamente lo previsto en el art. 584 LECrim (citación y presencia del interesado o en quien designe (ex arts. 263 bis 4 y 586 LECrim)).

3) Envíos postales contemplados en el art. 579.4 LECrim:

-Aquellos que por sus propias características externas no sean usualmente utilizados para

contener *correspondencia* individual, sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido (art. 579.4.a);

-Otras formas de envío de la *correspondencia* bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección (art. 579.4. b); y

-Que sean susceptibles de inspección, de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío (art. 579.4 c).

Se trata, normalmente, de envíos postales que circulan abiertos, bajo el régimen de “etiqueta verde” o, en general, cuyo simple examen exterior permite deducir con exactitud la naturaleza del objeto o mercancía que contienen. En todos estos supuestos se produce una exclusión de la protección constitucional, al no quedar amparados por la garantía del *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) y, por ende:

- Como prescribe el propio art. 579.4 LECrim, “no se requerirá autorización judicial” alguna para su intervención.
- Si bien es cierto también que, en todo momento, se debe proceder de acuerdo a las formalidades prevenidas en la normativa sectorial respectiva (aduanera, postal,...).

Ello se produce a través de la utilización de diversas técnicas, que combinan procedimientos tradicionales o convencionales (empleo de perros especialmente adiestrados y entrenados para la búsqueda y detección de determinadas sustancias prohibidas -*psicotrópicos, estupefacientes, materias tóxicas,...*-, métodos de incisión, taladro, punción y/o punzamiento, catas,...) con actuaciones mucho más sofisticadas que usan sistemas modernos por medio de aparatos y dispositivos electrónicos (rayos X, escáneres,...), que captan la imagen o el contenido del interior de los envíos sin necesidad alguna de proceder en ningún momento -*salvo sospechas y evidencias fundadas que requieran entonces la adopción de otras medidas intrusivas con mayores exigencias legales*- a su manipulación, detención y/o apertura.

Conviene señalar, asimismo, que resulta igualmente innecesaria autorización judicial para proceder al examen de maleta, baúl o “bolsa de viaje” destinada a transportar enseres y objetos de uso personal.

DECIMOQUINTA.- El Sector Postal, actor de desarrollo socio-económico.

La Unión Postal Universal (UPU), en su Informe “La red postal, actor de desarrollo socio-económico en América Latina” manifiesta que “en un mundo en plena evolución, la función esencial de los Correos de contribuir al derecho a la comunicación a través del intercambio de mensajes, el transporte de encomiendas o el envío de dinero tiene más significado que nunca...”. Justifica esto porque “(...) las redes postales son fundamentales para el desarrollo del comercio electrónico al efectuar la entrega diaria de millones de encomiendas. También permiten contribuir a la facilitación del comercio, en especial para las (...) pequeñas y medianas empresas, gracias a una oferta de productos y servicios adaptados a las necesidades de éstas. Además, más de 1.500 millones de personas en todo el mundo tienen acceso a servicios financieros a través de una oficina de Correos, lo que hace de éstos el segundo mayor actor en la inclusión financiera en el mundo”. Y finaliza su planteamiento la UPU diciendo que para comprender mejor la importancia global del Sector Postal hay que tener en consideración que se trata de una red configurada en tres dimensiones (física, electrónica y financiera).

Los países miembros de la UPU tienen la obligación de implementar un Servicio Postal Universal (SPU). Esto es, la prestación a todos los habitantes de su territorio de un servicio postal básico a tarifas asequibles. Así, cada país designa a un Operador postal (que se denomina “operador designado”) a quien se le confía una misión de acceso al servicio postal. Y, al contrario de otros Operadores que se concentran en las grandes ciudades o en las zonas más desarrolladas, los Operadores “designados” tienen la obligación de cubrir la totalidad de su territorio nacional y de ofrecer sus servicios a una tarifa uniforme. En cualquier caso, la Red Postal pretende ser una red de proximidad, de confianza, que facilite la implementación de las políticas públicas desempeñando asimismo *-como argumenta la UPU-*, un relevante papel de catalizador del crecimiento económico.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) elabora anualmente un Informe donde aparecen las principales magnitudes del Mercado Postal, desde varios puntos de vista: ámbito objetivo, subjetivo, comparativa europea, economía nacional, mercado postal español y utilización de los Servicios Postales por parte de los usuarios. La información que contiene se refiere al año 2.018, último del que se dispone de datos consolidados.

El análisis del Mercado Postal Europeo se elabora a partir de los datos publicados

por la Comisión Europea en su página Web dedicada a los Servicios Postales. La información más reciente a este respecto, es la de 2.017. En este caso, se realiza una comparación entre el promedio de los indicadores más relevantes del Mercado Postal de la UE-28 (Operadores Postales designados para la prestación del SPU en sus respectivos países) y la situación en que se encuentra España con relación a los mismos, resaltando de esta manera las diferencias existentes.

El Mercado Postal Global en España, comprende el Sector de Mensajería y Paquetería y el Sector Postal Tradicional. A su vez, dentro del ámbito de la Mensajería y Paquetería, distinguimos dos segmentos claramente diferenciados:

- Paquetería empresarial.- Incluye paquetes ligeros, mensajería urgente y documentación.
- Paquetería industrial.- Paquetería más pesada *-generalmente, de más de 30 kg. de peso, en forma de bulto y/o paquetes individuales-*.

Las notas más relevantes que pueden extraerse de los datos registrados en España durante 2.018 en este Sector Postal *-recogidas en el Informe "Estudio Sectores DBK Mensajería y Paquetería", de julio de 2.019-*, son:

- Este Mercado (Mensajería y Paquetería) ha superado su máximo histórico (que databa del ejercicio 2.008), alcanzado en 2.018 los 7.100 millones de euros en total.
- Esta cifra es un 5,2 % superior a la del año anterior, produciéndose de esta forma una reactivación del negocio.
- El buen comportamiento del consumo de los hogares, de la actividad en algunas de las principales ramas industriales de clientes en el sector de distribución comercial, el crecimiento del transporte internacional, y el notable dinamismo del comercio electrónico, se encuentran entre los factores esenciales que explican el aumento de la demanda en este período.
- El segmento de Paquetería empresarial siguió experimentando un comportamiento algo más favorable que el conjunto del Mercado, al registrar una variación del 6,0 en 2.018, hasta llegar a los 4.425 millones de €.
- El Mercado de Paquetería industrial, por su parte, consiguió un incremento del 3,9 %, pág. 597

situándose en 2.675 millones de €.

- La actividad en el ámbito nacional aportó una facturación de 5.165 millones de €, un 4,8 % mayor a la obtenida en 2.017.
- La facturación ligada a servicios de transporte internacional continuó ganando penetración en el Mercado, generando unos ingresos de 1.935 millones de € (+ 6,3 %).

DECIMOSEXTA.- Regulación normativa del Sector Postal.

La normativa vigente en materia postal y por la que se rige la regulación del Sector en España en cuanto a la garantía del derecho al *secreto*, a su inviolabilidad y a la protección de datos se refiere, objeto prioritario de estudio de la presente investigación *-con especial consideración a las comunicaciones postales y telegráficas-*, se plasma de la siguiente forma:

- Por una parte y, a nivel internacional (normas de carácter imperativo y/o dispositivo *-en función primordialmente del órgano del que emanan y del instrumento en que se incorporan-*) provenientes tanto de la Unión Postal Universal *-UPU-* (Actas, Tratados, Reglamentos,...) como de la Unión Europea *-UE-* (Directivas sobre Liberalización de los Servicios Postales en la Comunidad, con carácter general y preferente).
- Y, por otro lado, a nivel del Ordenamiento jurídico interno, materializado su ámbito procesal a través de la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 13/2.015, de 5 de octubre *-LOMLECrim.-*, que regula y actualiza de manera necesaria y ampliamente demandada desde hace ya mucho tiempo por todos los operadores jurídicos concernidos la esencial cuestión del tratamiento de la intervención de las comunicaciones y, en su faceta más operativa administrativa y prestacional, por medio de la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre *-Ley Postal-* y del RD 1.829/1.999, de 3 de diciembre *-Reglamento de Prestación de los Servicios Postales-*.

El art. 3 de la Ley 43/2.010, de 3 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley Postal, actualmente vigente en España) delimita los Servicios Postales de la siguiente manera:

“1. *Servicios postales*: cualesquiera servicios consistentes en la recogida, la admisión, la

clasificación, el transporte, la distribución y la entrega de envíos postales.

(...)

Éste es el ámbito objetivo del Mercado Postal en España.

Por su parte, el ámbito subjetivo del mismo (esto es, pues, los Operadores Postales) se definen, asimismo, en el art. 3 de la Ley Postal citada, del siguiente modo:

“8. *Operador postal*: la persona natural o jurídica que, con arreglo a esta ley, presta uno o varios servicios postales. El tercero que preste servicios postales en exclusiva para un único remitente que actúe en régimen de autoprestación queda excluido de esta definición.

9. *Operador designado*: el operador al que el Estado ha encomendado la prestación del servicio postal universal, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.

(...)

En este mismo Título I. de la Ley Postal (intitulado “Disposiciones generales”), el artículo 4. “Servicios excluidos”, dispone:

“Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los servicios realizados en régimen de autoprestación, así como los servicios relativos a los envíos sin dirección postal del destinatario.

Se entiende que existe régimen de autoprestación cuando la prestación de los servicios postales se efectúe directamente por el propio remitente de los envíos, o bien cuando se realice valiéndose de un tercero que actúe, en exclusiva, para el mismo. En este último caso los servicios prestados al remitente por el tercero deberán comprender la totalidad del proceso postal de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de los envíos”.

DECIMOSÉPTIMA.- El Grupo *Correos*. Operador del Servicio Postal Universal (SPU).

Correos es la principal empresa del Mercado Postal Español, y una de las más relevantes también en el ámbito de la Paquetería. Es, además, el Operador Postal

designado por Ley para prestar el Servicio Postal Universal (SPU) en todo el territorio nacional, con criterios de eficiencia, calidad y asequibilidad, contribuyendo así a la sostenibilidad de las comunicaciones postales para todos los ciudadanos. Es en la Disposición adicional primera de la Ley Postal (43/2.010, de 30 de diciembre) donde se indica que el Operador designado por el Estado para prestar el Servicio Postal Universal (SPU) en España, es la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima. En efecto, Correos es la encargada de que estos productos afectos al SPU más el resto de los servicios que presta en régimen de libre concurrencia lleguen diariamente -y *aproximadamente*-, a 17 millones de direcciones particulares y a 2 millones de empresas en todo el país. Esto supone realizar todos los procesos operativos requeridos por los envíos postales (desde la recogida y la admisión de los mismos, hasta la distribución y entrega, pasando por las fases intermedias del denominado en argot postal *Circuito General de la Correspondencia*, como son su tratamiento, curso y transporte). No obstante, cabe decir que algunos envíos postales comparten procesos operativos (por ejemplo, se tratan conjuntamente en la clasificación, utilizan la misma red de transporte,...), plazos de calidad y entrega iguales o muy similares, tipos de clientes,...

La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E (Sociedad Anónima, Sociedad Mercantil Estatal), es la empresa matriz del Grupo Correos, constituido asimismo por 3 compañías filiales que citamos a continuación:

- *Correos Express, Paquetería Urgente, S.M.E.*- Empresa especializada en la entrega de Paquetería Urgente del Grupo Correos, para los segmentos *B2B* (empresa a empresa) y *B2C* (empresa a particular). La empresa cuenta con un amplio portfolio de servicios, diseñados para satisfacer todas las necesidades de entrega en plazo de sus clientes, así como soluciones específicas para sectores que requieren flexibilidad y plena adaptación a sus cadenas de valor.
- *Nexea Gestión Documental, S.M.E.*- Compañía dedicada a ofrecer servicios personalizados en Gestión Documental, para las comunicaciones masivas -*físicas y digitales*- de las empresas con sus clientes. La compañía aporta a sus clientes las máximas garantías de seguridad de la información, trazabilidad documental, integración total con sus sistemas tecnológicos, y fiabilidad en la entrega de todas sus comunicaciones.
- *Correos Telecom, S.M.E., M.P (Medio Propio)*- Gestiona y comercializa toda la red de infraestructuras de telecomunicación, así como da soporte tecnológico también al resto de empresas del Grupo Correos. Esta filial del Grupo está especializada en la provisión de servicios de conectividad de alta capacidad, de comunicaciones e infraestructuras de

telecomunicación, aportando valor a la actividad de sus clientes a través de la flexibilidad y la innovación.

El 5 de junio de 2012, todas las empresas del Grupo Correos -*esto es, la Sociedad Estatal, y sus filiales*- se integraron en SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales), que se convierte así en su único accionista. En suma, pues, Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (empresa matriz del Grupo Correos) está incluida dentro del Sector Público Estatal, pero no es a efectos legales Administración Pública. Igualmente ocurre con las 3 filiales del Grupo Correos (Correos Express Paquetería Urgente, S.M.E., Nexea Gestión Documental, S.M.E., y Correos Telecom, S.M.E., M.P.).

DECIMOCTAVA.- Derecho al *secreto* e inviolabilidad de la *correspondencia*.

Con la excepción expresamente prevista en la normativa vigente: “(...), salvo resolución judicial”, se garantiza constitucionalmente la libertad, el *secreto* y la inviolabilidad de la *correspondencia*, derechos todos ellos -*como no podría ser de otra manera*- comprendidos y, a su vez, subsumidos en el Derecho *Fundamental* reconocido de forma explícita en el art. 18.3 CE, que dice: “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas (...)”. Se llega a esta conclusión tras la interpretación del precepto referido de nuestra Carta Magna que realiza el Tribunal Constitucional (TC) en dos de sus Sentencias más esclarecedoras en relación con la materia objeto de estudio que abordamos en este Proyecto de Investigación, fijando y estableciendo de este modo un criterio hermenéutico clave para la correcta comprensión de su significado, alcance y extensión.

Así y, por una parte, la reveladora STC 114/1.984, de 29 de noviembre, en su FJ 7, determina: “(...) el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y, de modo expreso, su secreto (...)”. A mi entender, ello entraña dos claras consecuencias que directamente pueden extraerse, *prima facie*, de la misma:

- *Primera.-* La vertiente positiva del Derecho *Fundamental*, que consiste en la libertad de circulación y tránsito de las comunicaciones para garantizar así su efectivo ejercicio en los términos proclamados en la propia CE; y
- *Segunda.-* La proscripción, evidentemente, de signo negativo en esta ocasión, de cualquier acto y/o conducta ilícita o ilegítima -*con la salvedad de la preceptiva resolución*

judicial motivada llevados a cabo por terceros ajenos al proceso comunicativo mismo que suponga algún tipo de injerencia, intromisión, alteración, manipulación o, en definitiva, afectación y vulneración del derecho constitucionalmente declarado al *secreto* de las comunicaciones.

De otro lado, la no menos trascendental STC 281/2.006, de 9 de octubre, en su FJ 3, apartado b), cuando manifiesta que: "(...) la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia".

Todo esto implica que dentro del territorio del Estado, esto es, pues, en España, la *correspondencia* no podrá ser retenida o interceptada, excepto mediante resolución judicial (ex art. 18.3 CE) y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido en el Capítulo III del Título VIII del Libro II de la LECrim (arts. 579 y ss.).

En definitiva, pues, la inviolabilidad reconocida a los envíos postales comprende el derecho a que se traten y gestionen con el obligado deber de fidelidad en su custodia, sin que se produzca detención contraria a derecho, intencionado curso anormal, apertura ilegal, sustracción, destrucción, retención indebida u ocultación de los mismos.

DECIMONOVENA.- Protección de Datos y *secreto* de las comunicaciones.

El reconocimiento jurídico de la *Protección de Datos* personales tiene como antecedente básico, principal e inmediato a la situación anterior al hito cronológico acaecido en el año 1.890 en Estados Unidos y considerado como el ensayo fundacional o génesis de la protección de la privacidad (artículo publicado en la *Harvard Law Review* por Warren y Brandeis, bajo el título "The Right to Privacy"), el *secreto* de la *correspondencia* y los derechos morales de autor -*como punto de partida de sus primeras manifestaciones particulares*-, a mediados del s. XVIII. Posteriormente, la respuesta europea se produjo vía reconocimiento de los derechos de la personalidad hasta culminar su plasmación y conexión de la garantía jurídica de la *Protección de Datos* con los *Derechos Fundamentales*, tras la 2ª Guerra Mundial.

En todo caso, resulta evidente la vinculación inescindible entre este derecho y el *secreto* de las comunicaciones.

Partimos de la premisa inicial de que el reconocimiento del Derecho *Fundamental* a la Protección de Datos es un fenómeno relativamente reciente a nivel universal o general

para la humanidad en su conjunto y que, en España, en particular, viene recogido en el art. 18.4 de la CE de 1.978, pues hemos de constatar que la situación hacia 1.750 era la anomia o completa ausencia de normas protectoras de la intimidad. Dicho esto, es innegable la vinculación histórica existente entre el derecho al *secreto* de las comunicaciones y el derecho a la privacidad o intimidad personal.

Pascual Huerta sostiene que el derecho de protección de datos consiste en la vigencia de restricciones jurídicas al tratamiento de datos personales, bajo el modelo de la autonomía o autodeterminación del individuo indicando, asimismo, que se caracteriza por tres notas imprescindibles: “vigencia de normas jurídicas relativas al tratamiento de datos personales; que el contenido de esas normas sea el establecimiento de restricciones al tratamiento, que deben incluir un cierto derecho de disposición sobre los propios datos personales; finalmente, que la finalidad de las normas sea proteger a la persona, en el sentido más amplio posible, pero permitiendo o facilitando el derecho a su autonomía o autodeterminación”.

Tanto la Ley Postal (ex art. 7: “Protección de datos”) como el Reglamento de Prestación de los Servicios Postales (ex art. 6: “Secreto de los envíos postales y protección de datos”) y, conforme al mandato constitucional del art. 18.4 que ampara expresamente el Derecho *Fundamental* de las personas físicas a la protección de datos personales, que se ejercerá con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2.016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2.016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) y en la Ley Orgánica 3/2.018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (*LOPDGDD*), establecen la “absoluta prohibición para los operadores postales y para sus empleados de facilitar dato alguno relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario o a sus direcciones, salvo petición de éstos, sus representantes legales o apoderados, o mediante resolución judicial”.

El derecho al *secreto* de las comunicaciones postales y telegráficas en conexión con el derecho a la protección de datos de carácter personal en este ámbito de actividad, lleva necesariamente implícito para la efectiva salvaguarda de ambos Derechos *Fundamentales* que no se faciliten datos relativos a la existencia del envío, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones extendiendo

además y, de este modo, su garantía a la confidencialidad de la información transmitida o almacenada y a la protección de la intimidad.

Asimismo, Correos tiene como objetivo de vital importancia adaptar y verificar permanentemente los ficheros automatizados de datos personales de todas las empresas del Grupo, orientándose y alineándose en el respeto a la privacidad personal y al cumplimiento exhaustivo de las obligaciones impuestas por la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos (Ley 3/2.018 -*LOPDGDD*-) y por el Reglamento (UE) 2.016/679 que, a su vez, tienen como objeto principal garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos *fundamentales* de las personas físicas, en especial, su honor e integridad personal.

VIGÉSIMA.- Comunicaciones y *fehaciencia*.

La *fehaciencia* de las comunicaciones *-con carácter general-* permite constatar y demostrar con certeza la identidad del emisor y del receptor de la información transmitida a través del proceso comunicativo establecido al efecto, así como acreditar y determinar la exactitud de los períodos temporales o momentos en que el mensaje implícito contenido en la comunicación practicada fue remitido y recibido *-respectivamente-* y, por último, garantizar la confidencialidad, integridad y seguridad de la totalidad del envío a lo largo de las sucesivas fases o etapas que conforman el canal que constituye la cadena de valor del mismo.

Así, pues, en este ámbito de actuación, la *fehaciencia* es la calificación que se otorga a un medio o herramienta de comunicación (normalmente escrita, aunque no exclusivamente) con capacidad de acreditar o servir de prueba de fe a alguna cuestión, o bien que certifica la veracidad o autenticidad de algún hecho o acontecimiento efectivamente producido.

Existen múltiples y diferentes escenarios o actividades de interacción humana (administrativos, jurídicos, procesales, comerciales, laborales, contractuales,...) donde es necesario probar o demostrar que se ha llevado a cabo una comunicación (física y/o electrónica) en tiempo y forma. O, lo que es lo mismo, de manera *fehaciente*. Así, por ejemplo, en materia de arrendamientos; la Ley obliga a que distintas cuestiones derivadas del contrato de alquiler de vivienda *-como la actualización de la renta, la venta del inmueble o la prórroga del contrato-*, se notifiquen *fehacientemente*. Y cabe decir al respecto que una

comunicación realizada de forma *fehaciente* es aquella dotada de valor probatorio documental y que, de acuerdo con la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), debe acreditar una serie de datos para que la documentación aportada por medio de la misma tenga fuerza probatoria a nivel legal.

En materia legislativa postal interna, la Ley 43/2.010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal (Ley Postal), Título III. “El servicio postal universal”, Capítulo II. “Condiciones de prestación del servicio postal universal exigibles al operador designado por el Estado”, Artículo 22. “Principios y requisitos de la prestación del servicio postal universal”, en su apartado número 4, párrafo primero, indica que “la actuación del operador designado gozará de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos, y sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Por el contrario, el segundo párrafo de esta disposición normativa (art. 22.4 *in fine*, Ley Postal) contempla que “las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Hay que observar, no obstante, que la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en España a que alude este precepto legal, es la Ley 39/2.015, de 1 de octubre.

Abundando en este mismo concepto de *fehaciencia* postal, el Real Decreto 1.829/1.999, de 3 de diciembre (Reglamento Postal vigente), Título II. “Obligaciones de servicio público del operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal”, Sección 2ª. “Admisión y entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales”, en su Artículo 39. “Carácter fehaciente de la notificación”, prescribe que “la entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción, sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado, cuyos efectos se regirán por las normas de derecho privado”.

Es decir, aunque el sistema legal que contempla la regulación sectorial en España (Ley y Reglamento, básicamente) permite practicar notificaciones a través de cualquier Operador postal que reúna las garantías exigidas, lo cierto es que no producen los mismos efectos las practicadas por otro Operador que las efectuadas por la entidad a la que se ha reconocido legalmente (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.) -*ex Disposición adicional primera LSPU*- este derecho especial y exclusivo. Y, en consecuencia, tanto el art. 22.4 de la LSPU como el art. 39 del RD 1.829/1.999 (Reglamento) atribuyen a ésta la constancia fehaciente de su recepción (esto es, pues, presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega), mientras que a las realizadas por otros Operadores postales tan solo se les reconoce los efectos propios derivados de la aplicación del Derecho privado.

Es evidente que la legislación doméstica (Ley y Reglamento postales) conceden al Operador designado para la prestación del Servicio Postal Universal (SPU) -*Correos, actualmente*-, exclusividad en la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción de notificaciones administrativas y judiciales -*tanto físicas como telemáticas*-, careciendo de la misma la actuación del resto de Operadores postales en España.

VIGÉSIMOPRIMERA.- Delimitación jurídica del derecho al *secreto* de las comunicaciones.

La jurisprudencia del TC, desde su Sentencia 114/1.984, puso de manifiesto -*con apoyo en el art. 18.3 C.E.*- que el derecho al *secreto* de las comunicaciones consagra, de modo implícito, la libertad de las comunicaciones y, expresamente, su *secreto*, destacando así su aspecto eminentemente formal. Y, por lo que atañe específicamente al *secreto* de las comunicaciones postales, el TC extiende este Derecho *Fundamental* no sólo a la libre circulación de envíos postales y al contenido de lo enviado, sino también y, de modo expreso, a la propia existencia de dicho envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario, y a sus direcciones postales. Es decir, el ámbito del contenido de este derecho, según la normativa vigente, es más amplio que la comunicación postal propiamente dicha, esto es, la Carta personal o -*en su caso*- el Paquete postal, pues comprende también, como hemos visto, determinados datos periféricos que integran la misma.

En todo caso y, sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de *comunicación* y del sistema, método o aparato técnico utilizado para su realización, este Derecho *Fundamental*

se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros *-ya sean éstos personas públicas o privadas*, físicas o jurídicas-, ajenos a la comunicación misma y, de tal manera, que el Derecho constitucionalmente reconocido no puede ser vulnerado por ninguno de los que intervienen directamente en la comunicación establecida. Esto es, pues, hay afectación del derecho al *secreto* de las comunicaciones cuando se trata de un tercero que incide en el ámbito de la comunicación entre dos interlocutores mediante la utilización de aparatos de captación, sintonización o desvío de la señal *-a través de un medio técnico, cualquiera que sea éste-* si se trata de comunicaciones telegráficas, bien vía envío postal, en el caso del *secreto* de la *correspondencia* postal, y cuando el acto de dicha comunicación aún no ha concluido. Así, pues, únicamente habrá intromisión en este derecho cuando la injerencia se produzca en el transcurso de la comunicación o con relación a la misma, porque una vez emitido el mensaje y acreditado que ha sido leído por el receptor, o tenido lugar la conversación mantenida, no hay afectación al Derecho *Fundamental* al secreto de las comunicaciones, sino *-en su caso-* al Derecho *Fundamental* a la intimidad (ex art. 18.1 C.E.).

En este apartado, hay que hacer referencia expresa necesariamente a la STC 281/2.006, de 9 de octubre (B.O.E. núm. 274, de 16 de noviembre de 2.006), que ha establecido doctrina al respecto de la vertiente clave del derecho al *secreto* de las comunicaciones cual es la del derecho al *secreto* de la *correspondencia*. Sostiene el TS que “el derecho al secreto de las comunicaciones postales solamente protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, de modo que la comunicación postal es, desde la perspectiva constitucional, equivalente a la correspondencia”. El TC señala que este Derecho no se refiere al *secreto* postal, sino a la comunicación postal. Así, pues, la consecuencia natural de esta conclusión, es que no todo envío o intercambio de objetos o señales que puedan realizarse por medio de los Servicios Postales es una comunicación amparada y protegida por este Derecho *Fundamental*. Precisa a este respecto el TC que por comunicación ha de entenderse todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas. Por lo tanto, la comunicación postal y el derecho al secreto que la garantiza sólo protege el intercambio de objetos por medio de los que se transmiten mensajes vía signos lingüísticos. Y solamente en este sentido la comunicación postal equivale a *correspondencia*, quedando de esta manera amparada por el Derecho *Fundamental* aludido.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- Derecho al *secreto* en los productos postales y telegráficos.

Todos los productos tienen sus características propias, que los diferencian de los demás: peso, dimensiones, acondicionamiento, ámbito, plazo de calidad, garantías, etc.,... La metodología y sistemática seguida en la presente exposición, ha consistido en proceder a su definición, aportar información elemental relativa a sus atributos y rasgos más distintivos a modo de una ficha técnica resumen sobre cada producto en cuestión y, a raíz de ella, intentar alcanzar el propósito y verdadero objetivo final consistente en llegar a determinar y establecer con meridiana claridad si queda o no afectado *-y, en su caso, en qué medida-* por el derecho al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE), advirtiendo ya de antemano que siempre existe regulación infraconstitucional *ad hoc* que condiciona y determina en cada caso su particular nivel o grado de prestación.

Así, pues, se parte en definitiva de la consideración esencial de que todas ellas son formas reales y válidas utilizadas normalmente para la materialización y exteriorización de la comunicación postal, pero no todas forman parte de ese concepto primordial y específico de *correspondencia*, más restrictivo y exigente aún si cabe, establecido por el TC en su relevante Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, que actúa y se erige a un tiempo como auténtica *conditio sine qua non* para que el precepto estudiado de nuestra Carta Magna despliegue en su máxima expresión toda su virtualidad práctica en cuanto se refiere a la efectiva salvaguarda y protección constitucional dimanante del proclamado Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones *-y, en especial, de las postales y telegráficas-*.

Entre el amplio elenco de todos los productos postales existentes actualmente en el Mercado, hemos seleccionado una muestra suficientemente representativa de los más relevantes (carta, tarjeta postal, notificaciones *-administrativas y judiciales-*, libros, impresos, publicaciones periódicas, y paquetes postales).

La *Carta* es una forma de comunicación que, por su propia naturaleza intrínseca, se configura como el ejemplo paradigmático y principal exponente de la modalidad postal conocida como *correspondencia*. Por ende y, siguiendo el planteamiento exegético realizado por el TC en su Sentencia 281/2.006, de 9 de octubre, a ella se extiende en su máxima amplitud y plenitud el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE de 1.978).

Asimismo y, al tratarse de una comunicación que adopta la forma postal de *correspondencia*, despliega también sobre la *Tarjeta postal* todos sus efectos el Derecho

Fundamental proclamado al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE) pues, como mantiene Díaz Revorio, “con todo, han de tenerse en cuenta las peculiaridades de los diversos medios, que vienen a plantear algunos supuestos de comunicación algo más abierta, o que plantean dudas por diversos motivos. Así, por ejemplo, una tarjeta postal incorpora un texto no cerrado, y con el mismo nivel de accesibilidad que la dirección del destinatario *-aunque no por ello deja de estar protegida por el secreto de las comunicaciones-*”.

La STJUE (Sala Quinta), de 18 de octubre de 2019, Asuntos acumulados C-4/18 y C-5/18, contempla el servicio de prestación de notificaciones formales de documentos que provienen de órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas comprendido dentro del Servicio Postal Universal (SPU). Además, las *Notificaciones (administrativas y/o judiciales)* son envíos especiales que tienen el tratamiento legal de cartas certificadas y, como tales, están asimismo incluidas dentro del ámbito de la *correspondencia*, por lo que son comunicaciones postales igualmente protegidas en toda su extensión por el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

Por otra parte, los *Impresos (publicidad directa)*, los *Libros* y las *Publicaciones periódicas -entre otros muchos productos postales existentes de similar condición y/o categoría, como una muestra representativa-* no son productos considerados legalmente como envíos de *correspondencia*, siendo todos y cada uno de ellos susceptibles de inspección postal a través de diferentes disposiciones infraconstitucionales. Y, en consecuencia, tampoco son comunicaciones postales a las que afecte o salvede en modo alguno el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

Respecto del producto *Paquete postal* y, tomando de referente principal en la materia *-como no podría ser de otra manera-* la interpretación del TC contenida en su Sentencia 281/2006, de 9 de octubre, que considera el término constitucional “comunicaciones postales” equivalente a *correspondencia*, llegamos a varias conclusiones finales:

- I. Al tratarse de un envío postal y no de *correspondencia*, con carácter general el producto *Paquete postal* no está cubierto por el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE).

II. No obstante ello, cabe significar que, independientemente de si la alocución mencionada en el Reglamento Postal (“objetos de carácter actual y personal”) comprende por extensión también o no documentos (es decir, *mensajes*) de esa índole o naturaleza, única y exclusivamente si aparece referida expresamente dicha circunstancia en el envoltorio, carátula o superficie exterior del envío en cuestión y, en aras de ofrecer la máxima garantía legal que contempla nuestro ordenamiento jurídico, entiendo que deberá actuarse arreglo al mandato contenido en el art. 18.3 CE. Esto es, pues, surtirá plenamente efecto el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones *-en este caso, postales-*.

Actualmente no se utilizan por parte de los Operadores del Sector de las Telecomunicaciones los dispositivos de transmisión ni las redes telegráficas, pues se trata de un sistema de comunicación que ha quedado ya obsoleto y ha sido sustituido por medios de comunicación más avanzados y modernos tecnológicamente, vía telemática y/o electrónica. Los Servicios de Telecomunicación esenciales ofrecidos hoy en día en este Sector, son el Burofax y el Telegrama (en menor medida, el Radiotelegrama y ya muy en desuso, el Télex), aunque incluimos también el Giro *-pese a ser un servicio financiero-*, porque se transmite asimismo vía electrónica entre Oficinas postales y telegráficas y, además, *Correos* lo considera y le da un tratamiento idéntico al resto de productos y servicios que integran legalmente el ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU).

El *Telegrama* y todos los productos afines y/o similares (*Radiotelegrama,...*) está sin lugar a duda alguna también amparado por el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE), pues constituye a todos los efectos un medio o sistema de transmisión de mensajes y, en consecuencia, *correspondencia* telegráfica. Y, a este respecto, Díaz Revorio señala que “(...) el uso del telégrafo requiere que, además de los partícipes, al menos dos personas más –el funcionario o trabajador encargado de transmitirlo, y el encargado de recibirlo– conozcan el contenido de la comunicación, aunque éstos están obligados por el secreto y deberán guardar la correspondiente reserva...”.

Asimismo, los mensajes transmitidos vía *Télex* ostentan la condición de comunicaciones interpersonales equivalentes a *correspondencia* y, por ende, afectados plenamente por el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

El *Giro* es también un servicio financiero de transmisión y comunicación telemática que, además, está protegido por el Derecho *Fundamental* al *secreto* de las comunicaciones (ex art. 18.3 CE). Este servicio incluye, además y, sin coste adicional, el envío de una

comunicación privada de hasta 140 caracteres.

El producto *Burofax* es un servicio de Telecomunicación que garantiza la comunicación interpersonal y al que se reconoce también la máxima tutela proclamada en el Derecho *Fundamental* al *secreto* (ex art. 18.3 CE).

Finalmente, cabe señalar que tanto el *Telegrama* como el *Burofax* son sistemas de comunicación susceptibles de garantizar en su proceso de transmisión el carácter de *fehaciencia* o presunción de veracidad legal a los mensajes contenidos a través de dichos medios.

VIGÉSIMOTERCERA.- Internet y correo electrónico.

Internet juega un papel fundamental en la Sociedad y es uno de los pocos sectores de actividad que actualmente continúa creciendo, posicionándose como pionero en la economía local y europea, contribuyendo hoy en día en un 3,8 % del PIB de la Unión Europea (UE) y, a nivel nacional, ya en el año 2.018 representaba el 7% *-aportando 81.600 millones de euros al PIB español de forma directa-* (según se desprende del “Informe anual del Sector TIC y de los contenidos en España 2.018”).

En palabras de Rodríguez Laínz, “la reforma de la LECrim, adaptándose a la realidad del tiempo actual, impone la posibilidad de interceptación tanto de contenidos como de datos relacionados a accesos o contactos en los que intervengan prestadores de servicios de la sociedad de la información. Así se deduce con claridad de la lectura conjunta de los párrafos primero y tercero del art. 588 ter a, con su correlato en el art. 588 ter e.1. Existe una obligación de colaborar que alcanza al acceso a contenidos y datos de tráfico que se generen o que se conserven de ellos...”, sosteniendo este autor que “(...) sin embargo, ello nos lleva, inexorablemente, a enfrentarnos a serios problemas de dimensión transnacional, y que afectarán, principalmente, a dos dimensiones hasta ahora ajenas al clásico esquema de interceptación de las comunicaciones electrónicas:

- El marco normativo regulador de la sede física o jurídica en la que se ubique la información a la que se pretenda acceder, cuando sea ésta la única vía por la que pudiera llevarse a efecto el acto de injerencia. Por ejemplo: se acuerda la interceptación de toda la información que acceda o se emita desde un determinado blog alojado en un servidor ubicado en Singapur.

- La necesidad de cooperación del prestador del servicio que tenga la capacidad operativa para descifrar la información, hacerla comprensible, bien mediante la cesión de la tecnología, bien mediante su colaboración directa por medios propios”.

La vigente Ley General de Telecomunicaciones en España, es la 9/2.014, de 9 de mayo (BOE núm. 114, de 10/05/2.014). Esta normativa es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al *secreto* de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, especialmente, se articula a través de dos garantías:

- En primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y,
- En segundo lugar, que la cesión de tales datos que afectan a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa.

Por su parte, la Ley 25/2.007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, en el apartado número I del Preámbulo señala que “la naturaleza neutra de los avances tecnológicos en telefonía y comunicaciones electrónicas no impide que su uso pueda derivarse hacia la consecución de fines indeseados, cuando no delictivos”.

Y, precisamente en este marco se encuadra la Directiva 2.006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2.002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico es el objetivo principal de la citada Ley. La Directiva se refiere, expresamente, a que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de detección o investigación por delitos graves, definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro.

VIGÉSIMOCUARTA.- Redes sociales y mensajería instantánea.

Las Redes Sociales (RRSS) son plataformas digitales formadas por comunidades de individuos con intereses o relaciones en común (amistad, parentesco, trabajo,...), que

permiten el contacto entre personas y funcionan socialmente como medio preferente utilizado cada vez en mayor medida para comunicarse e intercambiar información de manera fácil, ágil y económica.

El 17 de junio de 2.020, *IAB Spain* (asociación de publicidad, marketing y comunicación digital en España) ha presentado el “Estudio Anual de Redes Sociales 2.020”, del que pueden extraerse las siguientes conclusiones principales:

- Penetración de Redes Sociales (RR.SS.).- Actualmente, el 87% de los internautas entre 16 y 65 años utiliza Redes Sociales, lo que representa casi 26 millones de usuarios en España.

- Uso, preferencia y valoración.- En cuanto al uso de las RRSS, se utiliza una media de 4,5 redes por usuario de manera declarativa, lo que supone prácticamente 1 más que en 2.019 (3,7), y destaca el dato de que conocen más de 8,1 de forma sugerida.

- Frecuencia de uso.- WhatsApp es la Red que registra una mayor frecuencia en declarativo (96% de los usuarios dice utilizarla a diario), seguida de Instagram (81%) que se instala en segunda posición y Facebook (78%) ocupa el Top 3. Peoople y Tik Tok son las redes que más han aumentado su frecuencia de visita.

- Actividades y acceso a RRSS.- Los usos principales de las Redes Sociales, son entretener (81%), interactuar (77%) e informarse (66%), de forma transversal. El móvil es el principal dispositivo de acceso (97%) y este año consolida su liderazgo, aumentando 2 puntos porcentuales con respecto al año pasado. El ordenador también se utiliza de forma generalizada (93%), mientras que la Tablet gana peso y sube hasta un 58%.

- eCommerce.- Las RRSS son un canal de influencia y de información. El 56% de los encuestados considera que influyen a la hora de comprar un producto o servicio, y el 59% declara haber buscado información sobre productos/servicios en Redes Sociales antes de realizar una compra (+ 4 puntos porcentuales que en 2.019).

Señala Rodríguez Laínz que “evidentemente, estas aplicaciones suelen contar con herramientas de mensajería instantánea, a través de las cuales los usuarios pueden compartir información o, simplemente, conversar; las cuales, no por ello dejan de regirse por las mismas Leyes innatas a su naturaleza. De hecho, según los casos, pueden comportarse como herramientas de mensajería instantánea canalizadas a través de la plataforma de la red, o valerse del mismo sistema de red social, como si de una simple utilidad del programa se tratara”. Y explica, asimismo, que “(...) la estructura lógica de las

plataformas de mensajería instantánea se rige, sin embargo, por reglas completamente diversas a las redes sociales. Sirven igualmente para transmitir y compartir información en todos los formatos posibles, incluso de voz -VoiP-, y hacerlo de forma simultánea a nivel tanto bidireccional como multidireccional. Sin embargo, no son soportadas por ningún sistema que conserve la información y al que se tenga que acceder sesión por sesión información que aquella que se refiere al tráfico, origen y destino, así como información referente a las identidades facilitadas por los usuarios...”, y concluye su argumentación en relación a los administradores de las mismas sosteniendo que “(...) su participación en la interceptación legal de comunicaciones se limitaría, por ello, simplemente a colaborar con la autoridad policial interviniente, bien en el descifrado o descriptado, bien en la facilitación del software adecuado para tal menester”.

VIGÉSIMOQUINTA.- COVID-19. Estado de Alarma y servicios postales.

Es obligado reconocer que la humanidad se enfrenta en la actualidad a una situación atípica a causa del COVID-19, que exige adoptar medidas excepcionales.

La LO 4/1.981, de 1 de junio, de los estados de Alarma, Excepción y Sitio, en su Capítulo Primero. “Disposiciones comunes a los tres estados”, Artículo primero, apartado Uno, dice que “procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando las circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes”. Y, por su parte, el Artículo cuarto del mismo cuerpo legal, en su Capítulo II. “El estado de alarma”, dispone: “El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. (...) b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves (...)”.

Hay que poner de relieve que el estado de alarma no supone, en principio, efecto alguno sobre la vigencia de los derechos fundamentales, puesto que su declaración implica sólo una puesta de todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado, incluidos los cuerpos policiales, bajo las órdenes directas de la autoridad competente. Se produce en este caso una concentración de potestades en el Estado cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la STC 133/1.990, de 19 de julio, por entender que en estos supuestos aparece de forma indudable un interés general que la justifica

Inicia el Preámbulo el RD 463/2.020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en España expresando que “la Organización Mundial de la Salud elevó el pasado

11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional” y, por tanto, “la rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura”, señalando a continuación que “las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”.

Están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios postales incluidos en el ámbito de prestación del Servicio Postal Universal (SPU) y que, según el art. 21.1 de la Ley Postal incluyen las “(...) actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de:

- a) Cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta dos kilogramos de peso,
- b) Paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta veinte kilogramos de peso”.

Además, el último inciso de este apartado primero del art. 21, señala que “el servicio postal universal incluirá, igualmente, la prestación de los servicios de certificado y valor declarado, accesorios de los envíos...”.

El Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, en su ANEXO relaciona los servicios calificados como esenciales y que, por tanto, quedan exceptuados del ámbito de aplicación del mismo. El Anexo referido de este Real Decreto-ley (10/2020, de 29 de marzo) establece: “no será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente real decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena:

(...)

22. Las del operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, con el fin de prestar los servicios de recogida, admisión, transporte, clasificación, distribución y entrega a los exclusivos efectos de garantizar dicho servicio postal universal”.

En definitiva, el Servicio Postal Universal (SPU), siendo un servicio de interés económico general (ex art. 2 Ley Postal) se considera, además, servicio esencial por este Real Decreto-ley y, por ende, se garantiza su prestación por el operador habilitado al efecto: Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. En este sentido, hay que constatar que Correos ha adoptado medidas organizativas para preservar en todo momento la continuidad en la prestación del SPU en España a todos los ciudadanos estén donde estén (esto es, pues, vivan en ámbito urbano o rural) con el personal mínimo imprescindible para ello y, al mismo tiempo, proteger la salud de sus trabajadores y clientes.

Empero y, pese a todo lo expuesto en este Trabajo de Investigación de Doctorado, el derecho al *secreto* de las comunicaciones debe enfrentarse todavía a múltiples factores críticos que pueden incidir decisivamente en su objeto y contenido. Entre éstos, destaca sobremanera la complejidad técnica, logística y comercial crecientes en la prestación de los Servicios de Telecomunicación, que plantea actualmente *-y, sin ninguna duda, a futuro, sin solución de continuidad-* dificultades suplementarias de adaptación y encaje entre las necesarias medidas de investigación penal contenidas en el ordenamiento jurídico *- encabezado por el Código Procesal Penal-* y el imprescindible e irrenunciable respeto a los Derechos *Fundamentales*.

BIBLIOGRAFÍA-WEBGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, F.: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Madrid, Ed. Dykinson, 2.001.
- ANGUIANO JIMÉNEZ, J. M^a: “La fehaciencia en los procesos notificativos”, *Blog Centro de Estudios Garrigues -DERECHO EMPRESARIAL, TECNOLOGÍA Y DERECHO, TRIBUTACIÓN-*, 25 de octubre de 2019.
<https://blog.centrogarrigues.com/tecnologia-y-derecho/la-fehaciencia-en-los-procesos-notificativos/>
- ARAGÓN REYES, M.: “Intervenciones telefónicas y postales (examen de la jurisprudencia constitucional)”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, Madrid, 2.010.
- ASCANDONI RIVERO, J.: Tesis doctoral “La Unión Postal Universal, (UPU)”, Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1.983.
- BALLESTER ROS, I.: “Los servicios postal, telegráfico y telefónico en los ámbitos autonómico y local”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 218, Madrid, 1.983.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Revista Parlamento y Constitución*, núm. 2, Toledo, 1.998.
- CABELLO GIL, L. M^a: Tesis doctoral “Datos de geolocalización como medida de investigación. Avances en el sistema jurídico procesal penal”, UNED, Madrid, 2.017.
- CÁMARA ARROYO, S.: “Secreto de las Comunicaciones”, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, 2.012, págs. 1-14.
http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/21
- CAMPOS SÁNCHEZ, M., y ORENES BARQUERO, M^a C.: “Las diligencias de investigación en el proceso penal: selección de jurisprudencia”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, N^o 29, 2.000, págs. 77-136.
- CARDONA RUBERT, M^a B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1.999.

- CASANOVA MARTÍ, R.: Tesis doctoral “Problemática de las intervenciones telefónicas en el proceso penal: una propuesta normativa” (Deposit legal: T 822-2.015), Universitat Rovira y Virgili, Barcelona, 2.015.
- CORVINOS BASECA, P.: El servicio de notificación de actos administrativos como servicio postal universal: incidencia en la contratación administrativa de este servicio (II), Zaragoza, 19 de octubre de 2.019.
<http://pedrocorvinosabogado.es/el-servicio-de-notificacion-de-actos-administrativos-como-servicio-postal-universal-incidencia-en-la-contratacion-administrativa-de-este-servicio-ii/>
- COSTA TORNÉ, M. ^a C: “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, Madrid, 2.012.
- CRESPO GUTIÉRREZ, M^a V.:
 - o “Los Caminos de la Comunicación: La Telegrafía Eléctrica en España”, *Revista Asociación Amigos del Telégrafo de España*, 2.016.
 - o “163 Aniversario de la Telegrafía Eléctrica en España y de la creación del Cuerpo de Telégrafos”, *Revista Asociación Amigos del Telégrafo de España*, 2.018.
- De CUPIS, A.: *Il diritti della personalitá*, Milano, A. Giuffré, 1.982.
- DELGADO MARTÍN, J.: “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, *La Ley*, Nº 5, Madrid, 2.000, págs. 1.853-1.868.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Información Laboral*, núm. 1, 2.018.
- DÍAZ REVORIO, F.J.:
 - o “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista Derecho PUCP*, núm. 59, 2.006, págs. 159-175.
 - o “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la

jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, *Derechos Humanos México*, año 1, nº 2, 2006, págs. 125-146. También en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 2006.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Ed. Thomson Civitas, 2.005.
- ELVIRA PERALES, A.: Sinopsis art. 18 CE, pág. Web Congreso de los Diputados, diciembre 2.003. Actualizada por la autora, en octubre de 2.006. Actualizada por GONZÁLEZ ESCUDERO, A., en enero de 2.011.
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, S.L. Civitas Ediciones, 2.004.
- FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., y GARCÍA BORREGO, J.A.: *El Derecho procesal para la Policía Judicial*, Madrid, Ed. Dykinson, 2ª Edición, 2.015.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Mª G.: “Sobre el secreto de las comunicaciones, el art. 579 LECrim y las intervenciones telefónicas”, *Revista de Jurisprudencia LEFEBVRE. EL DERECHO*, Tribuna, 30-07-2.010.
www.elderecho.com
- GARFIELD, S.: *Postdata: curiosa historia de la correspondencia*, Ed. Taurus, 2.015.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Entrega vigilada de droga y apertura de paquetes postales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.998”, *Tribunales de Justicia*, Madrid, 1.999-6, págs. 592-597.
- GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Multiculturalidad, integración y derechos de los inmigrantes en España*, Madrid, Ed. Dykinson, 2.015.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, Ed. Colex, 2.004.
- GONZÁLEZ BLESA, F.J.: Tesis doctoral “Las intervenciones telefónicas en el proceso

penal: revisión de un debate”, Universidad Abad Oliba CEU, Barcelona, 2.017.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: “COVID 19 y entrega de notificaciones administrativas -Derecho Administrativo, Procedimiento administrativo-“, *Global Politics and Law*, 25 de junio de 2.020.
<https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/06/25/covid19-notificaciones-administrativas/>
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L.: “Reflexiones sobre el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 17-06 (2.015), pág. 24 -<http://criminet.ugr.recpc-> ISSN 1695-0194
- GOÑI SEIN, J.L.: “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento de Protección de datos de 2.016”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2.017.
- ISRAEL, J.H., KAMISAR, Y, y KING, N.J.: *Proceso penal y Constitución de Estados Unidos de Norteamérica*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2.012.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto 1.987.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I.: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Ed. La Ley, Madrid, 2.011.
- LÓPEZ BÁRJA DE QUIROGA, J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Ed. Akal/lure, 1.989.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Ed. Colex, 1.991.
- LORENZO CADARSO, P.L.: “La correspondencia administrativa en el Estado absoluto castellano (SS. XVI-XVII)”, págs.121-144, en *Actas del VI Congreso Internacional de Historia de la Cultura Escrita Vol. 1: La correspondencia en la historia: modelos y prácticas de escritura epistolar*, C. Sáez y A Castillo (eds.), Madrid, Ed. Calambur, 2.002.

- MARCHAL ESCALONA, N.: "Lugar y plazos de presentación de un escrito procesal. ¿Cuestión sometida a la *lex fori regit processum*? Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2.019, asunto C-545/17. Mariusz Pawlak/Prezes Kasy Rolniczego" - Universidad de Granada-, *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, número 71, 2.019.
https://www.researchgate.net/publication/343336620_LUGAR_Y_PLAZOS_DE_PRESENTACION_DE_UN_ESCRITO_PROCESAL_CUESTION_SOMETIDA_A_LA_LEX_FORI_REGIT_PROCESUM

- MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Editorial Civitas, 1.995.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional", *AFP*, 2.016 (XXXII).

- MAYOR GÓMEZ, R.: "La notificación administrativa en la Ley 39/2.015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: novedades y cuestiones jurídicas controvertidas", *GABILEX Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº 4, Toledo, Cuarto trimestre 2.015 (Diciembre), págs. 73-99.
https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160126/la_notificacion_administrativa_en_la_ley_39.pdf

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *La Liberalización del Servicio Postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A., 2.004.

- MOLINA MANSILLA, Mª C.: "Mecanismos de lucha contra el tráfico de drogas extramuros del Código Penal", *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 36, Madrid, 2.007, págs. 86-100.

- MONTERO AROCA, J.J.: *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2.000.

- MONTERO LA RUBIA, F.J.: "Paquetes postales y tráfico de drogas", *Boletín del Ministerio de Justicia (Estudios doctrinales)*, Año 57, núm. 1.949, Madrid, 2.003.

- MONTOYA MELGAR, A.: "El poder de dirección del empresario en las estructuras

empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, núm. 48, Madrid, 2.004.

- NOYA FERREIRO, M^a L.: “Comentario al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1.992”, *Revista Derecho n^o 1*, Volumen 2, Santiago de Compostela, 1.993, págs. 395 y ss.
- NÚÑEZ PAZ. M.A., y GUILLÉN LÓPEZ, G.: “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)”, *ADPCP*, Vol. LXI, Madrid, 2.008.
- OLIVÉ ROIG, S.: *Telégrafos. Un relato de su travesía centenaria*, Madrid, Ed. Ariel y Fundación Telefónica, 2.013.
- PASCUA MATEO, F.: Sinopsis art. 116 CE, pág. Web Congreso de los Diputados, diciembre de 2.003. Actualizada por GALINDO ELOLA-OLASO, F., en febrero de 2.011; y por MIRANDA LÓPEZ, L. M., en enero de 2.018.
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=116&tipo=2>
- PASCUAL HUERTA, P.: Tesis doctoral “La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales”, Universidad Complutense de Madrid (UCM), Madrid, 2.017.
<https://eprints.ucm.es/43050/1/T38862.pdf>
- PEMÁN GAVÍN, J.M.:
 - o “Correos”, en *Enciclopedia Jurídica Básica I*, Madrid, Civitas, 1.995.
 - o *Régimen Jurídico del Servicio de Correos*, INAP, Madrid, 1.983.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 2.010.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, A.: *Las intervenciones telefónicas en el derecho penal boliviano*, Primera Edición, Cochabamba-Bolivia, 2.014.
- REBOLLO DELGADO, L.:

- ‘El secreto de las comunicaciones: problemas actuales’, *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, Madrid, 2.000.
- *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Ed. Dykinson, 2.000.
- *Protección de datos en Europa. Origen, evolución y regulación actual*, Madrid, Ed. Dykinson, 1ª Edición, 2.018.
- REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, Mª M.: *Manual de protección de datos*, Madrid, Ed. Dykinson, 3ª Edición, 2.019.
- RIDAURA MARTÍNEZ, Mª.J.: “El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2.017.
- RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J.: *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2.017.
- RIVES SEVA, A.P.:
- *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2.000.
- *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 2.010.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J.L.:
- *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Ed. La Ley, Grupo Wolters Kluwer España, S.A., 2.011.
- “SITEL y el principio de proporcionalidad en la intervención de comunicaciones electrónicas”, *Diario la Ley*, Nº 7.689 (ISSN 1.989-6.913), Las Rozas (Madrid), 2.011.
- “La detención y observación de la correspondencia escrita y telegráfica en la Ley Orgánica 13/2.015”, *Diario La Ley*, Nº 8.792 (ISSN 1.989-6.913), 2.016.
- “Intervención de las comunicaciones a través de servicios de la sociedad de la información”,

Editorial Jurídica Sepin, 31-03-2.016.

- *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Las Rozas (Madrid), Ed. Sepin, 1ª Edición, 2.016.
- RODRÍGUEZ PALOP, Mª E.: “Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: La tercera generación de derechos humanos, Aranzadi, Navarra, 2.006, 315 pp.”, *Revista Derecho y Libertades*, núm. 16, Época II, Madrid, 2.007.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B.: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill, 1.998.
- ROSALES LEAL, M.Á.: “Captación y grabación de comunicaciones orales directas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo -Internet y Democracia-*, ISSN 1697-7890, Nº 3 , Julio-Diciembre 2.018, págs. 1-26. https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/05_ROSALES.htm
- RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M.: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Editorial Ariel, 1.997.
- RUIZ BOSCH, S.: “La circulación o entrega vigilada o controlada de drogas y otras sustancias y efectos prohibidos”, *Diario La Ley*, Nº 8.589, Sección Doctrina, Ed. La Ley, Madrid, 2.015, Ref. D-296.
- RUIZ GONZÁLEZ, C. Mª: “Las nuevas propuestas interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control del uso laboral de la tecnología de la empresa: Barbulescu y López Ribalda”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 2, Madrid, 2.018.
- SÁEZ LARA, C.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138, Sevilla, 2.017.
- SALDAÑA DÍAZ, Mª N.: “El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2.011, págs. 279-312.

- SALDAÑA FERNÁNDEZ, C.: Tesis “Monopolio y Liberalización Postal. El Régimen Jurídico de los Sellos de Correos en España”, Madrid, UNED, 2.011.
- URIARTE VALIENTE, L.M., y FARÍO PIAY, T.: *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, Madrid, Ed. La Ley, 1ª Edición, 2.007.
- VEGAS TORRES, J.:
 - o “Sobre el alcance del secreto de las comunicaciones”, publicado en C. HERMIDA y J.A. SANTOS (Coord.), *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Departamento de Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2.015, págs. 1.609-1.626.
 - o “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, *Tribunales de Justicia*, núm. 8/9, Madrid, 1.997, págs. 849-864.
- VELASCO NÚÑEZ, E.: “Investigación tecnológica de delitos: disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas”, *Jornadas de especialistas en criminalidad informática. Centro de Estudios Jurídicos, CEJ*, 2.016.
- VILLAGRASA ROZAS, Mª M.: “Tendencias recientes de los servicios postales en España”, *Proyecto Social: Revista de relaciones laborales*, Nº 10-11, Universidad de Zaragoza, 2.003, págs. 209-226.
- VÍRGALA FORURIA, E.: “La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 40, Enero-Abril 1.994, págs. 61-132.
- PÁGINA WEB DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (B.O.E.): <https://www.boe.es/>
- PÁGINA WEB DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso>

APÉNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

A continuación y, a título meramente ilustrativo de la ingente actividad jurisprudencial desplegada sobre la materia objeto de estudio (derecho al *secreto* de las comunicaciones), se va a proceder a relacionar una muestra suficientemente representativa y significativa de las Sentencias dictadas hasta ahora por los distintos órganos jurisdiccionales citados anteriormente.

1. JURISPRUDENCIA NACIONAL

1.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)

1.1.1. Sentencia Tribunal Constitucional (STC)

AÑO 1.981

STC 8/1.981, de 30 de marzo

AÑO 1.982

STC 15/1.982, de 23 de abril

STC 62/1.982, de 15 de octubre

AÑO 1.983

STC 7/1.983, de 14 de febrero

STC 73/1.983, de 30 de julio

AÑO 1.984

STC 107/1.984, de 23 de noviembre

STC 110/1.984, de 26 de noviembre

STC 114/1.984, de 29 de noviembre

ANO 1.985

STC 66/1.985, de 23 de mayo

STC 88/1.985, de 19 de julio

AÑO 1.987

STC 199/1.987, de 16 de diciembre (FJ 10)

AÑO 1.988

STC 231/1.988, de 2 de diciembre

AÑO 1.989

STC 37/1.989, de 15 de febrero	STC 238/1.989, de 13 de diciembre
STC 217/1.989, de 21 de diciembre	

AÑO 1.990

STC 133/1.990, de 19 de julio

AÑO 1.991

STC 197/1.991, de 17 de octubre

AÑO 1.994

STC 57/1.994, de 28 de febrero	STC 71/1.994, de 3 de marzo
STC 85/1.994, de 14 de marzo	STC 143/1.994, de 9 de mayo
STC 183/1.994, de 20 de junio	

AÑO 1.995

STC 34/1.995, de 6 de febrero	STC 47/1.995, de 14 de febrero
STC 86/1.995, de 6 de junio	STC 181/1.995, de 11 de diciembre

AÑO 1.996

STC 34/1.996, de 11 de marzo	STC 49/1.996, de 26 de marzo
STC 54/1.996, de 26 de marzo	STC 55/1.996, de 28 de marzo
STC 96/1.996, de 30 de mayo	STC 112/1.996, de 24 de junio
STC 207/1.996, de 16 de diciembre	

AÑO 1.997

STC 128/1.997, de 14 de julio	STC 170/1.997, de 14 de octubre
STC 200/1.997, de 24 de noviembre	

AÑO 1.998

STC 41/1.998, de 24 de febrero	STC 58/1.998, de 16 de marzo
STC 81/1.998, de 2 de abril	STC 121/1.998, de 15 de junio

AÑO 1.999

STC 49/1.999, de 5 de abril (FJ 3-15)	STC 134/1.999, de 15 de julio
STC 144/1.999, de 22 de julio	STC 147/1.999, de 4 de agosto
STC 166/1.999, de 17 de septiembre	STC 171/1.999, de 27 de septiembre
STC 188/1.999, de 4 de octubre (FJ 5 y 8)	STC 202/1.999, de 8 de noviembre

AÑO 2.000

STC 98/2.000, de 10 de abril	STC 126/2.000, de 16 de mayo
STC 127/2.000, de 16 de mayo	STC 175/2.000, de 26 de junio
STC 186/2.000, de 10 de julio	STC 292/2.000, de 30 de noviembre
STC 299/2.000, de 11 de diciembre (FJ 5)	

AÑO 2.001

STC 14/2.001, de 29 de enero (FJ 3)	STC 106/2.001, de 23 de abril (FJ 6-9)
STC 119/2.001, de 24 de mayo	STC 138/2.001, de 18 de junio
STC 156/2.001, de 2 de julio	STC 202/2.001, de 15 de octubre

AÑO 2.002

STC 10/2.002, de 17 de enero	STC 20/2.002, de 28 de enero
STC 28/2.002, de 11 de febrero	STC 70/2.002, de 3 de abril (FJ 9 y 10)
STC 83/2.002, de 22 de abril	STC 123/2.002, de 20 de mayo (FJ 4 y 6)
STC 132/2.002, de 20 de mayo	STC 137/2.002, de 3 de junio
STC 167/2.002, de 18 de septiembre	STC 192/2.002, de 28 de octubre
STC 193/2.002, de 28 de octubre	STC 194/2.002, de 28 de octubre
STC 213/2.002, de 11 de noviembre	

AÑO 2.003

STC 14/2.003, de 28 de enero	STC 56/2.003, de 24 de marzo
STC 127/2.003, de 30 de junio	STC 169/2.003, de 29 de septiembre
STC 184/2.003, de 23 de octubre (FJ 3-14)	

AÑO 2.004

STC 151/2.004, de 20 de septiembre	STC 189/2.004, de 2 de noviembre
------------------------------------	----------------------------------

AÑO 2.005

STC 25/2.005, de 14 de febrero	STC 165/2.005, de 20 de junio
STC 205/2.005, de 18 de julio (FJ 3 y 5)	STC 261/2.005, de 24 de octubre

AÑO 2.006

STC 26/2.006, de 30 de enero (FJ 5, 7 y 8)	STC 104/2.006, de 3 de abril (FJ 2-5)
STC 146/2.006, de 8 de mayo	STC 150/2.006, de 22 de mayo (FJ 6)
STC 196/2.006, de 3 de julio	STC 220/2.006, de 3 de julio
STC 253/2.006, de 11 de septiembre	STC 281/2.006, de 9 de octubre (FJ 3 y 4)

AÑO 2.007

STC 206/2.007, de 24 de septiembre	STC 222/2.007, de 8 de octubre
STC 230/2.007, de 5 de noviembre	STC 236/2.007, de 7 de noviembre

AÑO 2.008

STC 43/2.008, de 10 de marzo	STC 77/2.008, de 7 de julio
------------------------------	-----------------------------

AÑO 2.009

STC 70/2.009, de 23 de marzo	STC 159/2.009, de 29 de junio
STC 197/2.009, de 28 de septiembre	

AÑO 2.010

STC 68/2.010, de 18 de octubre

AÑO 2.011

STC 9/2.011, de 28 de febrero	STC 25/2.011, de 14 de marzo
STC 173/2.011, de 7 de noviembre	

AÑO 2.012

STC 142/2.0012, de 2 de julio	STC 241/2.012, de 17 de diciembre
-------------------------------	-----------------------------------

AÑO 2.013

STC 29/2.013, de 11 de febrero	STC 115/2.013, de 9 de mayo
STC 170/2.013, de 7 de octubre	

AÑO 2.014

STC 145/2.014, de 22 de septiembre

AÑO 2.016

STC 39/2.016, de 3 de marzo

AÑO 2.018

STC 55/2.018, de 24 de mayo (recurso de inconstitucionalidad núm. 3.628/2.016)
--

1.1.2. Auto Tribunal Constitucional (ATC)

AÑO 2.003

ATC 395/2.003, de 11 de diciembre

1.2. TRIBUNAL SUPREMO (TS)

1.2.1. Sentencia Tribunal Supremo (STS)

AÑO 1.989

STS ⁵³⁰ (Sala 2ª), de 19 de marzo de 1.989

⁵³⁰ Un resumen de la Jurisprudencia del TS sobre paquetes postales, puede verse en RIVES SEVA, A.P.: *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2.000, págs. 34 y ss.; también en MONTERO AROCA, J.J.: *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2.000.

AÑO 1.991

STS (Sala 2ª), de 13 de mayo de 1.991

AÑO 1.992

STS (Sala 2ª), de 28 de junio de 1.992	STS (Sala 2ª), de 17 de octubre de 1.992
STS (Sala 2ª), de 22 de octubre de 1.992	

AÑO 1.993

STS 1.424/1.993, de 18 de junio	STS (Sala 2ª), de 26 de junio de 1.993
STS 2.108/1.993, de 27 de septiembre	STS (Sala 2ª), de 3 de diciembre de 1.993

AÑO 1.994

STS 383/1.994 de 23 de febrero	STS 947/1.994, de 5 de mayo
STS, de 27 de junio de 1.994 (RJ 1994/5034)	STS (2ª), de 8 de julio de 1.994 (RAJ 5.882)
STS 1.567/1.994, de 12 de septiembre	STS (Sala 2ª), de 31 de octubre de 1.994
STS (Sala 2ª), de 15 de noviembre de 1.994	STS (Sala 2ª), de 23 de diciembre de 1.994

AÑO 1.995

STS 246/1.995, de 20 de febrero	STS, de 13 de marzo de 1.995 (RAJ 1.838)
STS (Sala 2ª), de 23 de marzo de 1.995	STS (Sala 2ª), de 18 de junio de 1.995

AÑO 1.996

STS (Sala 2ª), de 10 de enero de 1.996	STS 1.248/1.995, de 20 de marzo de 1.996
STS 357/1.996, de 23 de abril	STS (Sala 2ª), de 22 de julio de 1.996
STS 711/1.996, de 19 de octubre	STS (Sala 2ª), de 20 de diciembre de 1.996

AÑO 1.997

STS 160/1.997, de 4 de febrero de 1.997	STS (Sala 2ª), de 5 de febrero de 1.997
STS 268/1.997, de 4 de marzo	STS (Sala 2ª), de 6 de mayo de 1.997
STS (Sala 2ª), de 2 de junio de 1.997	STS 887/1.997, de 21 de junio

STS (Sala 2ª), de 14 de noviembre de 1.997	STS (Sala 2ª), de 24 de noviembre de 1.997
STS 1.133/1.997, de 9 de dicbre. (r. 3105/93)	

AÑO 1.998

STS 173/1.998, de 10 de febrero	STS (Sala 2ª), de 22 de abril
STS 931/1.998, de 8 de julio	STS (2ª), de 13 de octubre (rec. 2.794/1.997)
STS (2ª), de 12 de novbre. (r. nº 401/1.998)	

AÑO 1.999

STS (Sala 2ª), de 7 de enero de 1.999	STS (Sala 2ª), de 8 de febrero de 1.999
STS 227/1.999, de 20 de febrero	STS 1.000/1.999, de 21 de junio
STS (Sala 2ª), de 2 de noviembre de 1.999	

AÑO 2.000

STS (2ª), de 3 de marzo (rec. 4.609/1.998)	STS 1.085/2.000, de 26 de junio
--	---------------------------------

AÑO 2.001

STS (Sala 2ª), de 12 de enero de 2.001	STS 367/2.001, de 22 de marzo (FJ 8-17)
STS 835/2.001, de 12 de mayo	

AÑO 2.002

STS 103/2.002, de 18 de enero	STS (Sala 2ª), de 5 de febrero
STS 317/2.002, de 25 de febrero	STS 794/2.002. de 30 de abril
STS 885/2.002, de 21 de mayo	STS 1.235/2.002, de 27 de junio
STS 1.647/2.002, de 1 de octubre	STS (Sala 2ª), de 3 de diciembre
STS 2.104/2.002, de 9 de diciembre	STS 2.114/2.002, de 18 de diciembre

AÑO 2.003

STS 354/2.003, de 13 de marzo	STS 488/2.003, de 7 de abril
STS 1.412/2.003, de 31 de octubre	

AÑO 2.004

STS 404/2.004, de 30 de marzo	STS 182/2.004, de 23 de abril
STS 699/2.004, de 24 de mayo	STS 1.002/2.004, de 16 de septiembre
STS 6.914/2.004, de 28 de octubre (r. 70/03)	

AÑO 2.005

STS 1.104/2.005, de 23 de septiembre

AÑO 2.006

STS 323/2.006, de 22 de marzo	STS (Sala 2ª), de 14 de junio de 2.006
STS 666/2.006, de 19 de junio (r. 1392/2005)	

AÑO 2.007

STS 185/2.007, de 20 de febrero	STS 232/2.007, de 20 de marzo
STS 610/2.007, de 28 de mayo	STS (2ª), de 26 de setbre. (RJ 2.007/7.514)

AÑO 2.008

STS (2ª), de 27 de febrero (r. nº 46/2.006)	STS (2ª), de 8 de abril (r. nº 1.574/2.007)
STS (2ª), de 7 de octubre (r. nº 10386/2.008)	STS (2ª), de 25 de novbre. (r. nº 227/2.008)

AÑO 2.009

STS 139/2.009, de 24 de febrero	STS 250/2.009, de 13 de marzo (r.10624/08)
STS 308/2.009, de 23 de marzo (r.1.732/08)	STS 749/2.009, de 3 de julio
STS 793/2.009, de 6 de julio	STS (2ª), de 3 de novbre. (r. 10.085/2.009)
STS 848/2.009, de 9 de diciembre	STS (2ª), de 18 de dicbre. (r. nº 1.538/2.009)
STS 1.215/2.009, de 30 de dicbre. (r.404/09)	

AÑO 2.010

STS (2ª), de 5 de febrero (r. 1.691/2.009)	STS (2ª), de 11 de marzo (r. 11.238/2.009)
STS (2ª), de 31 de marzo (r. 11.143/2.009)	STS 372/2.010, de 29 de abril
STS 513/2.010, de 2 de junio	STS 909/2.010, de 6 octubre (r. 10481/2010)
STS (Sala 2ª), de 16 de diciembre de 2.010	

AÑO 2.011

STS 316/2.011, de 6 de abril (r. 2.414/2.010)	STS 273/2.011, de 8 de abril (r. 1.796/2.010)
STS 818/2.011, de 21 de julio	STS 973/2.011, de 27 de septiembre

AÑO 2.012

STS 248/2.012, de 12 de abril	STS 468/2.012, de 11 de junio
STS 722/2.012, de 2 de octubre	STS 740/2.012, de 10 de octubre

AÑO 2.013

STS 342/2.013, de 17 de abril	STS 419/2.013, de 14 de mayo
STS 659/2.013, de 9 de julio	STS (2ª), de 29 de julio de 2.013
STS (2ª), de 2 de octubre (RJ 2.013/7.097)	STS 719/2.013, de 9 de octubre
STS 793/2.013, de 28 de octubre	

AÑO 2.014

STS 115/2.014, de 25 de febrero	STS 289/2.014, de 8 de abril
STS 345/2.014, de 24 de abril	

AÑO 2.015

STS 115/2.015, de 5 de marzo	STS 553/2.015, de 6 de octubre (r.456/2015)
STS 786/2.015, de 4 de diciembre	STS 864/2.015, de 10 de diciembre
STS 5.395/2.015, de 10 dicbre. (r. 3.156/14)	

AÑO 2.016

STS 204/2.016, de 10 de marzo	STS (2ª), de 7 de abril de 2.016
STS (2ª), de 11 de abril de 2.016	STS 704/2.016, de 14 de septiembre
STS 912/2.016. de 1 de diciembre	

AÑO 2.017

STS 336/2.017, de 11 de mayo	STS 523/2.017, de 7 de julio
STS 4.664/2.017, de 21 de diciembre	

AÑO 2.018

STS 1.645/2.018, de 10 de mayo (r. 306/16)	STS 3.108/2.018, de 12 de septiembre
STS 489/2.018, de 23 de octubre	

AÑO 2.019

STS 1.511/2.019, de 12 de marzo	STS 1.514/2.019, de 28 de marzo
STS 513/2.019, de 11 de abril (rec. 2.112/17)	STS 256/2.019, de 22 de mayo (r. 10.655/18)
STS 2.586/2.019, de 17 de julio (r. 1.031/18)	STS 423/2.019, de 19-IX-2.019 (r. 10038/19)

1.2.2. Auto Tribunal Supremo (ATS)

AÑO 1.992

ATS, de 18 de junio de 1.992 (Recurso núm. 610/1.990)

AÑO 2.000

ATS, de 23 de junio de 2.000

AÑO 2.013

ATS 2.501/2.013 -*Sala 1ª, de lo Civil*- (recurso nº 855/2.010), de 21 de marzo

1.2.3. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo (TS)

AÑO 1.995

Acuerdo no jurisdiccional, de 4 de abril de 1.995

AÑO 1.996

Acuerdo no jurisdiccional, de 17 de enero de 1.996

2. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

2.1. TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS (TEDH)

2.1.1. Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos (STEDH)

AÑO 1.975

STEDH, de 21 de febrero de 1.975, caso Golder contra Reino Unido

AÑO 1.978

STEDH, de 6 de septiembre de 1.978, caso Klass contra República Federal de Alemania

AÑO 1.983

STEDH, de 25 de marzo de 1.983, caso Silver contra reino Unido

AÑO 1.984

STEDH, de 2 de agosto de 1.984, caso Malone contra reino Unido

AÑO 1.988

STEDH, de 27 de abril de 1.988, caso Boyle y Rice contra Reino Unido

STEDH, de 12 de julio de 1.988, caso Schenk contra Suiza

AÑO 1.990

STEDH, de 24 de abril de 1.990, caso Huvig contra Francia

STEDH, de 24 de abril de 1.990, caso Kruslin contra Francia

STEDH, de 30 de agosto de 1.990, caso McCallum contra Reino Unido

AÑO 1.992

STEDH, de 25 de febrero de 1.992, caso Pfeifer y Plankl contra Austria

STEDH, de 25 de marzo de 1.992, caso Campbell contra Reino Unido

STEDH, de 15 de junio de 1.992, caso Lüdi contra Suiza

STEDH, de 24 de septiembre de 1.992, caso Herczegfalvy contra Austria

STEDH, de 16 de diciembre de 1.992, caso Niemietz contra Alemania

AÑO 1.993

STEDH, de 25 de febrero de 1.993, caso Funke, Crémieux y Mialhe contra Francia

AÑO 1.996

STEDH, de 15 de noviembre de 1.996, caso Domenichine contra Italia

AÑO 1.997

STEDH, de 25 de junio de 1.997, caso Halford contra Reino Unido

AÑO 1.998

STEDH, de 30 de julio de 1.998, caso Valenzuela Contreras contra España

AÑO 2.000

STEDH, de 16 de febrero de 2.000, caso Amann contra Suiza

STEDH, de 20 de febrero de 2.000, caso Foxley contra reino Unido

STEDH, de 12 de mayo de 2.000, caso Khan contra Reino Unido

STEDH, de 28 de septiembre de 2.000, caso Messina contra Italia

AÑO 2.001

STEDH, de 19 de abril de 2.001, caso Peers contra Grecia

STEDH, de 24 de julio de 2.001, caso Valainas contra Lituania

STEDH, de 25 de septiembre de 2.001, caso P.G. y J.H. contra Reino Unido

AÑO 2.002

STEDH, de 5 de noviembre de 2.002, caso Allan contra Reino Unido

AÑO 2.003

STEDH, de 18 de febrero de 2.003, caso Prado Bugallo contra España

STEDH, de 11 de diciembre de 2.003, caso Basani contra Italia

AÑO 2.004

STEDH, de 27 de abril de 2.004, caso Doerga contra Holanda

AÑO 2.005

STEDH, de 24 de febrero de 2.005, caso Jaskaukas contra Lituania

STEDH, de 20 de diciembre de 2.005, caso Wisse contra Francia

AÑO 2.006

STEDH, de 25 de septiembre de 2.006, caso Abdulkadir Coban contra España

AÑO 2.007

STEDH, de 3 de abril de 2.007, caso Copland contra Reino Unido

AÑO 2.009

STEDH, de 2 de marzo de 2.009, caso K.U. contra Finlandia

AÑO 2.010

STEDH, de 5 de octubre de 2.010, asunto Köpke versus Alemania

AÑO 2.012

STEDH, de 17 de enero de 2.012, caso Alony Kate contra España

STEDH, de 7 de febrero de 2.012, caso Von Hannover contra Alemania

AÑO 2.013

STEDH, de 12 de noviembre de 2.013, caso Söderman contra Suecia

AÑO 2.016

STEDH, de 12 de enero de 2.016, caso Barbulescu contra Rumanía ("Barbulescu I")

AÑO 2.017

STEDH (G.S.), de 5 de setbre. De 2.017, caso Barbulescu contra Rumanía (“Barbulescu II”)

AÑO 2.018

STEDH, de 9 de enero de 2.018, caso López Ribalda y otras contra España

AÑO 2.019

STEDH (G.S.), de 17 de octubre de 2.019, caso López Ribalda y otras contra España (“II”)

2.2. TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

2.2.1. Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea (STJUE)

AÑO 2.014

STJUE, de 8 de abril de 2.014, asuntos acumulados C-293/12 y 594/12, Digital Rights y Seitlinger y otros

AÑO 2.019

STJUE (Sala Quinta), de 16 de octubre de 2.019, Asuntos acumulados C-4/18 y C-5/18

2.3. TRIBUNAL JUSTICIA COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE)

2.3.1. Sentencia Tribunal Justicia Comunidades Europeas (STJCE)

AÑO 1.982

STJCE, de 18 de mayo de 1.982, A.M.S. versus Comisión

ANEXO DOCUMENTAL

DOCUMENTO Nº 1

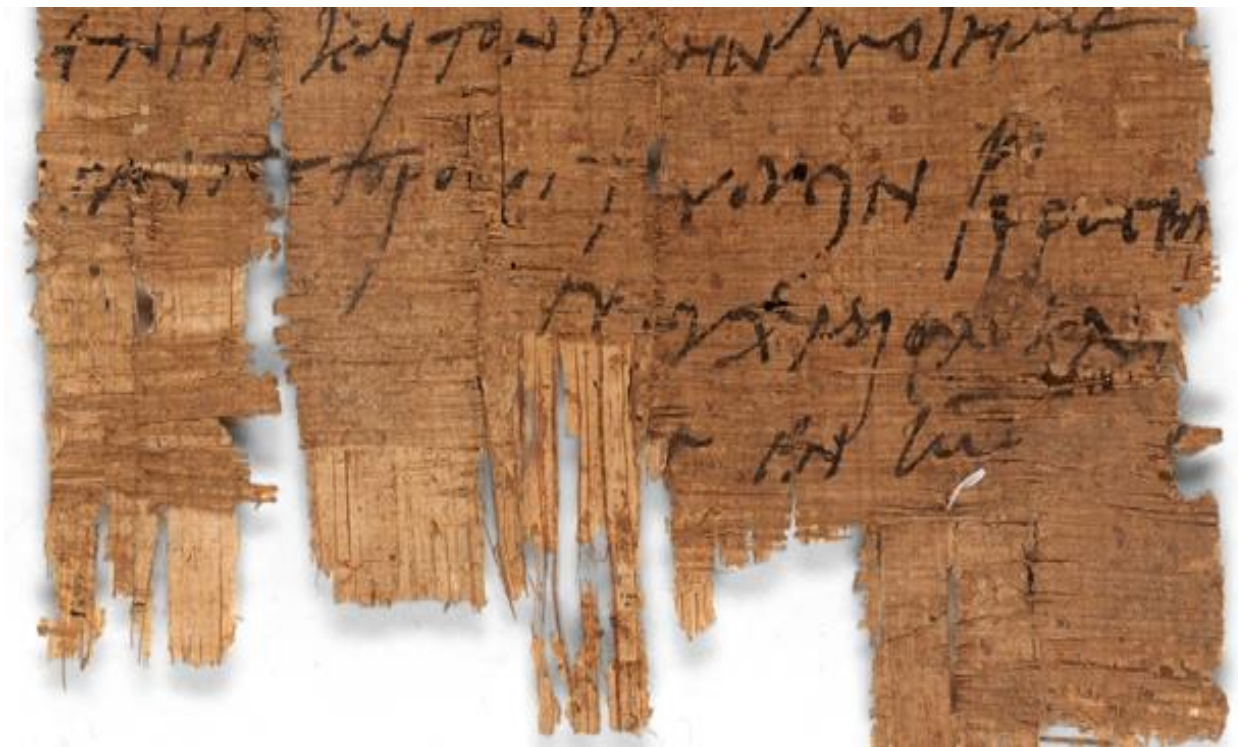


Imagen del papiro nombrado "P.Bas 2.43" y fechado en el año 230 d.C. (Egipto)

-ofrecida por la Universidad de Basilea (Suiza), en su página Web-

<https://www.unibas.ch/de.html>

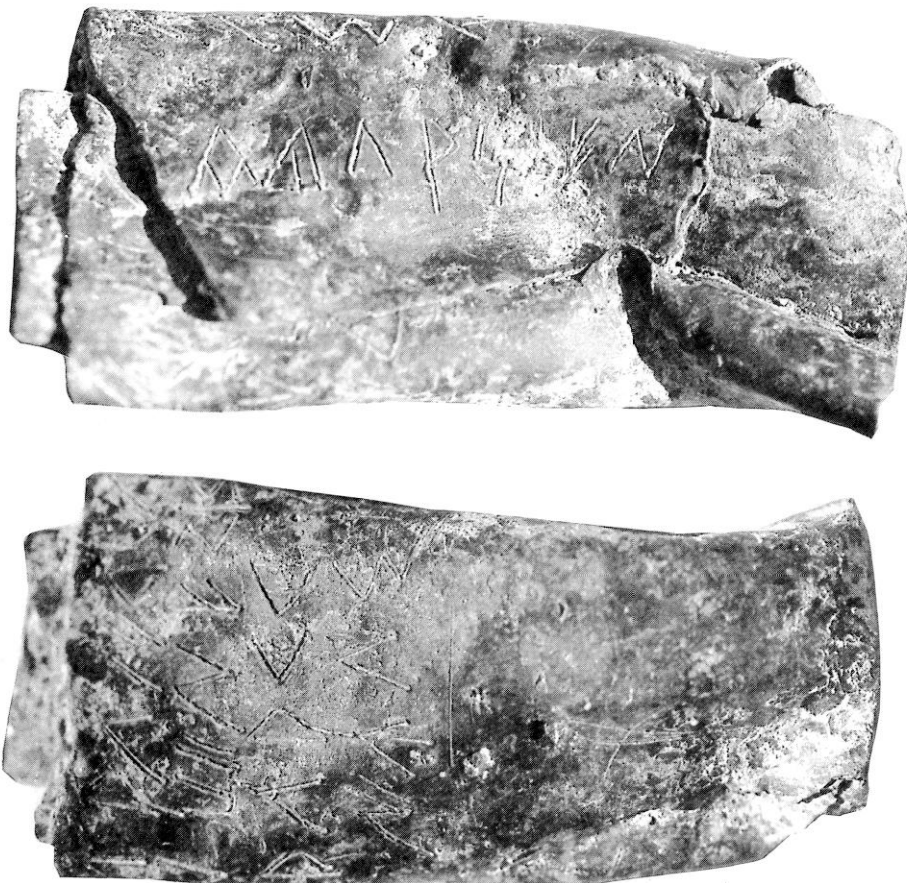
DOCUMENTO Nº 2



Carta comercial griega en plomo, Empúries (s. VI a.C.)

-Fuente: Web visitmuseum.gencat.cat.

http://museusenlinia.gencat.cat/index_es.php

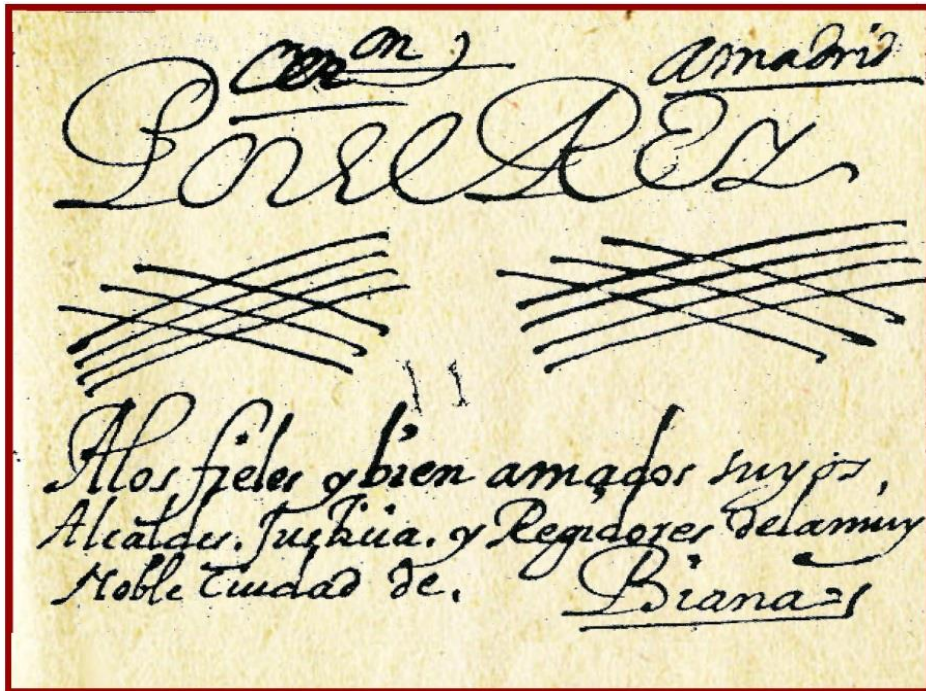


Aspecto del plomo recién descubierto (1.988), enrollado sobre sí mismo y mostrando el nombre del destinatario

-Fuente: "Una carta en lengua ibérica, escrita sobre plomo, procedente de Emporion", *Revue archéologique de Narbonne*, Tome 21, Epigraphie et numismatique, 1.988, pág. 96-.

https://www.persee.fr/doc/ran_0557-7705_1988_num_21_1_1325

DOCUMENTO Nº 3



Carta certificada más antigua conservada en España, fechada en Madrid el 14 de diciembre de 1.661, y dirigida a la ciudad de Viana (Navarra)

Fuente: Artículo publicado en Revista de Filatelia -diciembre 1.999-

<http://www.filateliadigital.com/buceando-009-la-carta-certificada-mas-antigua-de-espana/#:~:text=La%20carta%20certificada%20espa%C3%B1ola%20m%C3%A1s,cuidad%20de%20Viana%20en%20Navarra.>

Se trata de una misiva del Rey Felipe IV conmemorando el nacimiento de su hijo Felipe "el Próspero", donde aparece la denominación (abreviada) "CERTIFICACIÓN A MADRID" y, de forma primitiva, los signos de certificado (2 aspas de cuatro y tres trazos cada una que, posteriormente, se convertirán en 4 aspas de dos trazos en cada una de las esquinas del frente de la carta). Y, con el transcurso del tiempo, esta costumbre inicial de identificación del envío certificado acabó siendo preceptiva, pues la Ordenanza de Correos de 1.861 establece que "para que los certificados sean conocidos a primera vista y no se confundan con la correspondencia ordinaria, se señalará con cuatro rayas en cada uno de sus ángulos de esta forma (...) según viene practicándose desde fecha inmemorial".

DOCUMENTO N° 4

Form 1202

CLASS OF SERVICE	SYMBOL
Day Message	
Day Letter	Blue
Night Message	Nite
Night Letter	N L

WESTERN UNION

TELEGRAM

NEWCOMB CARLTON, PRESIDENT
GEORGE W. E. ATKINS, VICE-PRESIDENT BELVIDERE BROOKS, VICE-PRESIDENT

CLASS OF SERVICE	SYMBOL
Day Message	
Day Letter	Blue
Night Message	Nite
Night Letter	N L

If none of these three symbols appears after the check (number of words) this is a day message. Otherwise its character is indicated by the symbol appearing after the check.

RECEIVED AT _____ 1912

NUMBER 31	RECEIVED BY [Signature]	CHECK 35 Blue
--------------	----------------------------	------------------

DATED _____

TO _____

CQD CQD SOS SOS = FROM MGY (RMS TITANIC) =
 WE HAVE STRUCK ICEBERG = SINKING FAST = COME TO OUR ASSISTANCE =
 POSITION: LAT 41.46 N. = LON 50.14 W.

Telegrama del TITANIC pidiendo ayuda a su compañía naviera

-Fuente: TELEGRAFISTAS (Asociación de Amigos del Telégrafo de España) que, a su vez, cita a Auctions Heritage-.
<http://telegrafistas.es/61-telegrafia-electrica/libros-de-telegrafia/941-telegramas-famosos-el-telegrama-del-titanic-pidiendo-ayuda-a-su-compania-naviera>

La historia del hundimiento del TITANIC (14-15 abril, 1.912) es bien conocida. El trasatlántico de lujo era propiedad de la International Mercantile Marine Company y operaba con la White Star Line. En noviembre de 2.015 la empresa norteamericana Auctions Heritage subastó un Telegrama del TITANIC, en el que se comunicaba que el buque había chocado con un iceberg, que se estaba hundiendo rápidamente y que necesitaban ayuda, facilitando coordenadas de posición (con latitud y longitud). Este Telegrama se recibió en la estación de tierra de Marconi en Cape Race (Terranova), y fue retransmitido a Western Union de Nueva York el 15 de abril de 1.912, desde donde se entregó por mensajero a las oficinas de la White Star. La empresa de subastas analizó las características del Telegrama: tipo de papel, método de impresión, envejecimiento y apariencia del mensaje, variación luminosidad y oscuridad de la impresión entintada, signos visibles del tejido de la tinta, etc., llegando a la conclusión de que todo era correcto y auténtico.

Transcripción Telegrama: "To Mr. P.A. Franklin, White Star Steamship Co. 9 Broadway, NYC. CQD, CQD SOS SOS = From MGY (RMS Titanic) = We Have Struck Iceberg = Sinking Fast = Come to our Assistance = position: Lat 41.46 N. = Lon 50.14 W. MGY". MGY fue el único código de Marconi que identificó la R.M.S. Titanic.

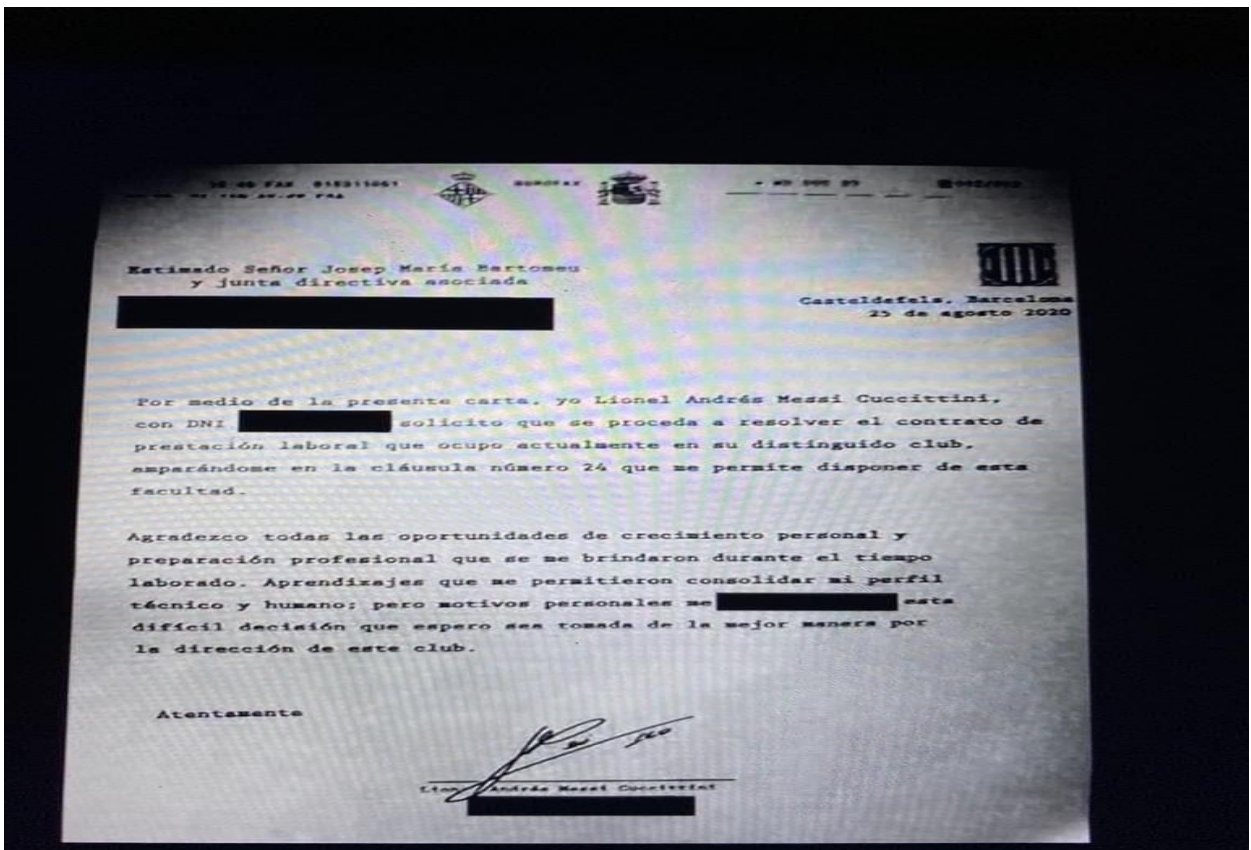
DOCUMENTO N° 5



Carátula Burofax enviado por Lionel MESSI al Presidente del F.C. Barcelona (25 de agosto de 2.020)

-Fuente: SUPERDEPORTE (Imagen de T y C Sports)-

<https://www.superdeporte.es/futbol/2020/08/26/imagen-burofax-messi-envio-bartomeu/468283.html>



Cuerpo del texto del Burofax enviado por Lionel Messi al Presidente de F.C. I Barcelona (25 de agosto de 2.020)

-Fuente: SUPERDEPORTE (Imagen de T y C Sports)-

<https://www.superdeporte.es/futbol/2020/08/26/imagen-burofax-messi-envio-bartomeu/468283.html>

MESSI solicitaba mediante *Burofax* la rescisión de su contrato de forma unilateral, según la cláusula nº 24 del mismo.