

Id Cendoj: 28079130032008100025
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 69 / 2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x INTERNET x
- x RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x
- x REGLAMENTO x
- x VOTO PARTICULAR x

Resumen:

Informes previo del CGPJ. El Consejo emitió informe para otro Proyecto anterior sustancialmente idéntico al que ahora se aprueba. No es necesario volver a emitir nuevo informe. Carencia de cobertura normativa. La Ley concede cobertura para el desarrollo reglamentario de ciertos aspectos secundarios y ejecutivos de carácter técnico referidos a la interceptación legal de las comunicaciones en este caso referidos a los operadores de comunicaciones, cuyas disposiciones se han integrado en una posterior reforma legal que lo deroga parcialmente. En los recursos en los que se impugne una disposición general la incidencia sobrevenida de normas legales o reglamentarias posteriores puede alterar el marco normativo inicialmente sometido a recurso, cuando sea sustancialmente modificado en términos que hagan ya innecesario un pronunciamiento anulatorio o cuando el contenido inicial del reglamento haya sido eliminado del ordenamiento jurídico. No es necesario Ley Orgánica, sino que basta la ley ordinaria para regular los aspectos meramente técnicos, operativos e instrumentales de la interceptación sin invadir el ámbito del derecho fundamental. Voto Particular

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Febrero de dos mil ocho.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo número 69/2005 interpuesto por la ASOCIACIÓN DE INTERNAUTAS, representada por la Procurador D^a. Sofía Pereda Gil, contra el *Real Decreto 424/2005, de 15 de abril*, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, representada por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Asociación de Internautas interpuso ante esta Sala, con fecha 29 de junio de 2005, el recurso contencioso-administrativo número 69/2005 contra el 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 número 424/2005, de 15 de abril*.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 20 de octubre de 2005, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que estimando la demanda formulada, se anule y deje sin efecto la disposición en los particulares impugnados conforme se ha explicado en el cuerpo del presente escrito, condenando a la Administración demandada si se opusiere

temerariamente".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 21 de noviembre de 2005, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime la misma y se confirme íntegramente el Reglamento impugnado".

Cuarto.- La Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (Astel) por escrito de fecha 19 de diciembre de 2005 manifestó que no interesaba evacuar el trámite de contestación a la demanda.

Quinto.- Por auto de 26 de enero de 2006 la Sala acordó:

"1.- Fijar la cuantía del presente recurso en indeterminada.

2.- No recibir el proceso a prueba.

3.- Queden las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda".

Sexto.- Por providencia de 13 de junio de 2006 se señaló para la votación y fallo del recurso el 24 de octubre siguiente.

Séptimo.- Por providencia de 24 de octubre de 2006 la Sala suspendió el señalamiento efectuado para el día de la fecha y acordó "para mejor proveer requerir al Abogado del Estado para que aporte el 'documento número 2' de los que hace mención en su escrito de contestación a la demanda, que no consta haya sido aportado; una vez incorporado, dése cuenta para acordar lo que proceda antes de dar traslado a las partes para formular alegaciones".

Octavo.- Con fecha 6 de noviembre de 2006 la Sala acordó por providencia:

"[...] se tiene por aportado el documento que adjunta el Sr. Abogado del Estado consistente en el informe de 17 de octubre de 2002, del Consejo General del Poder Judicial, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones, exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y de redes públicas de telecomunicaciones.

A la vista de su contenido, remítase oficio al Secretario General del Consejo General del Poder Judicial para que certifique si el citado Consejo General ha emitido informe previo en relación con el *Real Decreto 424/2005, de 15 de abril*, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Ofíciase asimismo al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para que remita a esta Sala el expediente completo del 'Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y las medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones, exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y de redes públicas de telecomunicaciones', que fue remitido al Consejo General del Poder Judicial para su informe en el mes de septiembre de 2002, así como toda la documentación aportada en relación con la elaboración del citado Proyecto de Real Decreto."

Noveno.- Con fecha 21 de noviembre de 2006 el Consejo Judicial del Poder Judicial remitió la "certificación del Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y las medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones, exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y de redes públicas de telecomunicaciones, aprobado por el Pleno de este Consejo en fecha 24 de octubre de 2002".

Décimo.- Con fecha 12 de enero de 2007 tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el expediente completo del Proyecto de Real Decreto citado, remitido por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

Undécimo.- Dado traslado de dichos documentos a las partes, la Asociación de Internautas presentó sus alegaciones con fecha 13 de febrero de 2007.

Decimosegundo.- Por Providencia de 7 de marzo de 2007 se señaló para votación y fallo el 23 de

mayo siguiente, en cuya fecha la Sala acordó:

"Con suspensión del señalamiento efectuado, sin que se prejuzgue el fallo definitivo y de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 65.2 de la Ley Jurisdiccional*, dése a las partes por el plazo común de diez días a fin de que puedan ser oídas en relación con la siguiente cuestión que, no habiendo sido suscitada por aquéllas en sus respectivos escritos de demanda y contestación, pudiera ser relevante para el fallo:

Sobre la incidencia que pudiera tener en el enjuiciamiento del *Real Decreto impugnado la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 17 de enero de 1995* relativa a la interceptación legal de las comunicaciones, en la medida en que insta a los Estados miembros a poner en práctica los requisitos consignados en su anexo, referidos a los operadores de red y proveedores de servicios, que se consideran necesarios para ejecutar la interceptación legal."

Decimotercero.- El Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones de fecha 13 de junio de 2007 y suplicó se "desestime el recurso no sólo por las razones ya expuestas, sino por ajustarse estrictamente a los criterios establecidos por la Unión Europea al respecto".

Decimocuarto.- La Asociación de Internautas presentó con fecha 19 de junio de 2007 sus alegaciones en relación con la cuestión suscitada.

Decimoquinto.- Por providencia de 25 de octubre de 2007 la Sala acordó:

"Para la votación y fallo de este recurso se señala el próximo día 22 de enero de 2008 a partir de las diez horas. Y habida cuenta de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de 19 de octubre de 2007 de la *Ley 25/2007, de 18 de octubre*, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cuya *Disposición final primera* da nueva redacción al *artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, óigase a las partes para que, en el plazo común de diez días hagan las alegaciones que estimen pertinentes sobre la incidencia que pudiera tener la aprobación de dicha Ley en el presente litigio, incluidas, en su caso, las relativas a la eventual pérdida sobrevenida de objeto de éste."

Decimosexto.- La Asociación de Internautas evacuó el trámite conferido con fecha 15 de noviembre de 2007 en el sentido de "concluir que no ha habido pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento".

Decimoséptimo.- El Abogado del Estado, con fecha 30 de noviembre de 2007, alegó que "el recurso de referencia ha perdido su objeto, por lo que debe procederse a su archivo".

Decimooctavo.- El día 22 de enero de 2008 tuvo lugar la votación y fallo del presente recurso.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La asociación recurrente impugna en este recurso el *Capítulo II (artículos 83 a 101*, ambos inclusive) 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 el *Real Decreto número 424/2005, de 15 de abril*.

En dicho capítulo, bajo la rúbrica "interceptación legal de las comunicaciones", se regula "el procedimiento que debe seguirse y las medidas que deberán adoptar" los operadores correspondientes en los casos en que se haya ordenado la referida interceptación legal de las comunicaciones.

Los preceptos impugnados afirman, por un lado, desarrollar el *artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* y, por otro, según expone su preámbulo, establecer "los requisitos técnicos y operacionales" para que los mandamientos o autorizaciones judiciales efectuadas conforme a lo previsto en el *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en la *Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial* previo del Centro Nacional de Inteligencia, y "en otras normas con rango de Ley Orgánica", sean convenientemente atendidos por los operadores de comunicaciones.

Segundo.- Los argumentos impugnatorios de la demanda pueden agruparse en tres apartados. En el primero se censura la carencia de cobertura normativa del *Real Decreto 424/2005* así como la infracción de

la reserva de *ley (orgánica y ordinaria) aplicable en esta materia*. En el segundo se aduce como motivo formal determinante de la nulidad del *Reglamento la omisión de los previos dictámenes del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Consejo General del Poder Judicial*. Y en el tercero se afirma, por último, que determinados artículos singulares del Reglamento (en concreto, el *artículo 88, apartados 1, 2 y 3*, el *artículo 89* y los *artículos 95, 96 y 97*) vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.- Comenzando el análisis del recurso por el segundo de los motivos impugnatorios, consta en las actuaciones que durante la elaboración del proyecto de Real Decreto fue oído el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de Información, cuya Comisión Permanente lo informó favorablemente el día 27 de noviembre de 2003, según certifica su secretario al folio 467 del expediente.

A tenor del *artículo 13.4 del Real Decreto 1029/2002, de 4 de octubre*, corresponde a la Comisión Permanente de aquel Consejo Asesor informar los proyectos a que se refieren los párrafos b) y c) del *artículo 2 del mismo Real Decreto*, esto es, los proyectos legislativos y reglamentarios en desarrollo de la *Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones* (ulteriormente, *Ley 32/2003*), así como los proyectos legislativos y reglamentarios en materia audiovisual y de la sociedad de la información. La alegación actora en este punto carece, pues, de fundamento.

En lo que se refiere al informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial, consta en autos certificación del informe emitido sobre un proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y las medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones, exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y de redes públicas de telecomunicaciones, informe que fue aprobado por el Pleno de dicho Consejo en fecha 24 de octubre de 2002.

Es cierto que, como asimismo certifica su Secretario, el citado Consejo General no emitió otro informe previo en relación con el ulterior proyecto que se convertiría después en el *Real Decreto 424/2005, de 15 de abril*, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. Pero contrastando el contenido del Capítulo II del Título V de este último proyecto (esto es, el capítulo relativo a la interceptación legal de las comunicaciones) con los correspondientes *preceptos del anterior proyecto informado por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 2002*, puede advertirse su identidad sustancial.

En efecto, la Sala requirió al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para que nos remitiera el expediente completo el expediente de aquel primer "Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y las medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones, exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y de redes públicas de telecomunicaciones", que posteriormente no se convertiría en texto reglamentario. Su contenido, insistimos, coincide en lo sustancial con el del Capítulo II del Título V del nuevo proyecto de texto reglamentario, que llegaría a ser el aprobado por *Real Decreto 424/2005*.

Puede concluirse, en suma, que el Consejo General del Poder Judicial ha cumplido su función de informar la parte del *Real Decreto 424/2005 referida a la interceptación legal de las comunicaciones (Capítulo II del Título V)*, aunque lo haya hecho al dictaminar en el mes de octubre de 2002 sobre un proyecto que coincide, en su contenido material, con aquél.

Cuarto.- El primero -y más relevante- de los argumentos expuestos en la demanda contra la validez del Reglamento aprobado por el *Real Decreto 424/2005* es el relativo a su alegada carencia de cobertura normativa.

El razonamiento se desenvuelve en dos planos. A juicio de la Asociación recurrente, el *artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, no autoriza al Gobierno para establecer reglamentariamente un "procedimiento" que regule la interceptación de las comunicaciones. Y, en todo caso, dada la protección constitucional del secreto de las comunicaciones (*artículo 18.3 de la Constitución*) y la reserva de ley orgánica establecida en el *artículo 81.1 de la Constitución*, ni siquiera una ley ordinaria podría regular esta materia.

En cuanto a la primera parte de la alegación, el *artículo 33 de la citada Ley* (en su redacción original) se refiere explícitamente a "las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuestas conforme a lo establecido en el *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* y en la *Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia*". Contempla, pues, un desarrollo reglamentario específico para ciertos aspectos

secundarios, ejecutivos, que inevitablemente han de precisarse en un proceso complejo y con obvias implicaciones técnicas como es el de interceptar legalmente las comunicaciones, previa la imprescindible autorización judicial, aspectos que en este caso se refieren a la intervención de los operadores de comunicaciones.

Es cierto que en el desarrollo reglamentario de dichas "medidas de ejecución" pueden introducirse, de hecho, disposiciones de rango normativo insuficiente que, por incidir precisamente en aspectos más ligados al derecho fundamental que toda persona tiene al secreto de sus comunicaciones, requerirían la intervención del poder legislativo. El Gobierno no estaría habilitado, ni siquiera en virtud del *artículo 33 de la Ley 32/2003*, para incidir en estos ámbitos protegidos y sólo las Cortes Generales podrían legislar al respecto y aquellas disposiciones reglamentarias carecerían, en tal hipótesis, de validez.

En este punto, sin embargo, los acontecimientos normativos posteriores a la publicación del *Real Decreto impugnado tienen una importancia relevante para el presente litigio. Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de octubre de 2007 la Ley 25/2007, de 18 de octubre*, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, su *Disposición final primera* ha dado nueva redacción al *artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, que aparece ahora redactado en estos términos:

"Artículo 33. Secreto de las comunicaciones. 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 *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en la *Ley Orgánica 2/2002, 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, este 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.

5. Los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición y sin perjuicio de otros datos que puedan ser establecidos mediante real decreto, los datos indicados en la orden de interceptación legal, de entre los que se relacionan a continuación: a) Identidad o identidades del sujeto objeto de la medida de la interceptación. Se entiende por identidad: etiqueta técnica que puede representar el origen o el destino de cualquier tráfico de comunicaciones electrónicas, en general identificada mediante un número de identidad de comunicaciones electrónicas físico (tal como un número de teléfono) o un código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual (tal como un número personal) que el abonado puede asignar a un acceso físico caso a caso. b) Identidad o identidades de las otras partes involucradas en la comunicación electrónica. c) Servicios básicos utilizados. d) Servicios suplementarios utilizados. e) Dirección de la comunicación. f) Indicación de respuesta. g) Causa de finalización. h) Marcas temporales. i) Información de localización. j) Información intercambiada a través del canal de control o señalización.

6. Además de la información relativa a la interceptación prevista en el apartado anterior, los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición y sin perjuicio de otros datos que puedan ser establecidos mediante real decreto, de cualquiera de las partes que intervengan en la comunicación que sean clientes del sujeto obligado, los siguientes

datos: a) Identificación de la persona física o jurídica. b) Domicilio en el que el proveedor realiza las notificaciones. Y, aunque no sea abonado, si el servicio de que se trata permite disponer de alguno de los siguientes: c) Número de titular de servicio (tanto el número de directorio como todas las identificaciones de comunicaciones electrónicas del abonado). d) Número de identificación del terminal. e) Número de cuenta asignada por el proveedor de servicios Internet. f) Dirección de correo electrónico.

7. Junto con los datos previstos en los apartados anteriores, los sujetos obligados deberán facilitar, salvo que por las características del servicio no esté a su disposición, información de la situación geográfica del terminal o punto de terminación de red origen de la llamada, y de la del destino de la llamada. En caso de servicios móviles, se proporcionará una posición lo más exacta posible del punto de comunicación y, en todo caso, la identificación, localización y tipo de la estación base afectada.

8. Con carácter previo a la ejecución de la orden de interceptación legal, los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado información sobre los servicios y características del sistema de telecomunicación que utilizan los sujetos objeto de la medida de la interceptación y, si obran en su poder, los correspondientes nombres de los abonados con sus números de documento nacional de identidad, tarjeta de residencia o pasaporte, en el caso de personas físicas, o denominación y código de identificación fiscal en el caso de personas jurídicas.

9. Los sujetos obligados deberán tener en todo momento preparadas una o más interfaces a través de las cuales las comunicaciones electrónicas interceptadas y la información relativa a la interceptación se transmitirán a los centros de recepción de las interceptaciones. Las características de estas interfaces y el formato para la transmisión de las comunicaciones interceptadas a estos centros estarán sujetas a las especificaciones técnicas que reglamentariamente se establezcan por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

10. En el caso de que los sujetos obligados apliquen a las comunicaciones objeto de interceptación legal algún procedimiento de compresión, cifrado, digitalización o cualquier otro tipo de codificación, deberán entregar aquellas desprovistas de los efectos de tales procedimientos, siempre que sean reversibles. Las comunicaciones interceptadas deben proveerse al centro de recepción de las interceptaciones con una calidad no inferior a la que obtiene el destinatario de la comunicación."

El "nuevo" artículo 33 de la Ley 32/2003, *General de Telecomunicaciones*, no hace sino incorporar lo esencial del capítulo que la disposición reglamentaria impugnada dedicaba a la interceptación de las comunicaciones (en todo caso, lo esencial de los preceptos singulares a los que se refiere la demanda), elevando de rango, por así decirlo, buena parte de su contenido material. El déficit de cobertura legal del Capítulo II del Título V del Reglamento impugnado que le atribuía la recurrente desaparece, pues, desde el momento en que la propia Ley 32/2003 *asume y hace propio el contenido de los preceptos* más relevantes de aquél a los que se refería la Asociación demandante.

El hecho de que tal cambio normativo se lleve a cabo mediante una Ley (la citada Ley 25/2007, de 18 de octubre) que regula otra materia como es la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, y cuyo artículo 1.3 excluye de su ámbito de aplicación "el contenido" de las comunicaciones electrónicas, tal circunstancia, decimos, en nada obsta a la posibilidad de incorporar a dicha ley, como disposición final de carácter autónomo y con el mismo valor que el resto del articulado, una reforma de la Ley 32/2003 *en materia de interceptación de comunicaciones, modificando su artículo 33* que sí es aplicable al "contenido" de dichas comunicaciones.

El "nuevo" artículo 33 de la Ley 32/2003, por lo demás, no sólo se referirá al contenido de las comunicaciones interceptadas sino también a ciertos datos anejos a las mismas: y precisamente el artículo 3 de la Ley 25/2007, al transponer la Directiva 2006/24 / 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 2002/58 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio (directivas ambas cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico es el objetivo principal de aquella Ley), regula en términos muy detallados los datos "asociados" a las comunicaciones que han de ser conservados por los operadores durante un determinado período de tiempo y, en su caso, cedidos de acuerdo con lo dispuesto en aquella Ley para los fines que se determinan y previa autorización judicial (artículo 6 de la Ley 25/2007).

Quinto.- Hemos afirmado en reiteradas sentencias (entre otras, en las de 8 de marzo y 23 de noviembre de 1999, con cita de las de 3 de febrero y 24 de marzo de 1997, y en las de 5 de febrero de 2001 y 2 de octubre de 2003) que, siendo el recurso directo contra disposiciones generales un instrumento

procesal que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria contrarias a derecho, aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico.

En efecto, durante los procesos en los que se impugnan de modo directo (como aquí ocurre) disposiciones generales, la incidencia sobrevenida de normas legales o reglamentarias ulteriores puede alterar el marco normativo inicialmente sometido a recurso, cuando sea sustancialmente modificado en términos que hagan ya innecesario un pronunciamiento anulatorio o cuando el contenido inicial del reglamento haya sido eliminado del ordenamiento jurídico.

En el caso de autos la aprobación de la nueva ley supone, por un lado, la parcial derogación de la norma reglamentaria preexistente, que sólo continúa en vigor en tanto no se oponga a lo dispuesto en la *Ley 25/2007, según establece la Disposición* transitoria única de ésta (disposición relativa precisamente a la vigencia del régimen anterior de interceptación de comunicaciones). Y, por otro lado, la asunción del contenido material de los preceptos del Reglamento impugnado en la nueva redacción del *artículo 33 de la Ley 32/2003* modifica sustancialmente el debate procesal ya que la competencia de esta Sala lo es para enjuiciar disposiciones generales de rango inferior a la Ley (*artículo 1 de la Ley* reguladora de esta Jurisdicción) pero no el contenido de las leyes mismas.

Aun cuando en este caso no se produzca propiamente una desaparición del objeto del litigio (pues el Reglamento sigue vigente en lo que no se oponga a la nueva Ley y no todo su contenido ha sido "elevado de rango" por la citada *Ley 25/2007*), la circunstancia sobrevenida que hemos subrayado necesariamente ha de incidir en la resolución del litigio.

Sexto.- La Asociación demandante, consciente de esta nueva situación, alega en su escrito de 15 de noviembre de 2007 (como respuesta a la correlativa providencia de esta Sala) que "el rango normativo de la citada *Ley [25/2007]* resulta claramente insuficiente para sanar la normativa impugnada". No llega, sin embargo, a proponer a esta Sala que eleve al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

Las alegaciones de la recurrente en este punto enlazan con las que constituían la segunda parte de su argumentación inicial en la demanda, a saber, que sólo una *ley orgánica puede desarrollar el artículo 18.3* de la Constitución. Diremos a este respecto que, en efecto, las leyes orgánicas han de regular cuándo y bajo qué condiciones son legítimas las interceptaciones de las comunicaciones, esto es, la ruptura del secreto de éstas para su conocimiento por las autoridades correspondientes. Y así lo hacen tanto el *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* como la *Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial* previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Con independencia de que la regulación contenida en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* sea susceptible de actualización y mejora (como la Sala Segunda de este Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional han reconocido repetidamente, este último al resolver recursos de amparo relativos al citado *artículo 18* de la Constitución) y que la reforma del *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* por la *Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo*, no haya colmado todas las "lagunas" a las que se refería el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 18 de febrero de 2003 (caso Prado Bugallo contra España), a la vez que reconocía que dichas "insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo", lo cierto es que son Leyes Orgánicas, repetimos, interpretadas por los órganos jurisdiccionales españoles conforme a la Constitución y a los tratados internacionales suscritos por España, las que regulan las garantías necesarias para legitimar la injerencia de los poderes públicos en el secreto de las comunicaciones.

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.

Téngase en cuenta que la noción de "interceptación legal" sobre la que giran tanto el citado *artículo 33 de la Ley 32/2003* como todo el *Capítulo II del Título V* del Reglamento impugnado es precisamente la "medida establecida por ley y adoptada por una autoridad judicial que acuerda o autoriza el acceso o la transmisión de las comunicaciones electrónicas de una persona, y la información relativa a la interceptación, a los agentes facultados, sin perjuicio de lo establecido en el *artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*". La referencia a esta última Ley y a la *Ley Orgánica 2/2002* son esenciales para la aplicación e interpretación del marco normativo objeto de debate pues, en definitiva, toda la regulación legal (*Ley 32/2003* modificada) y reglamentaria (*Real Decreto 424/2005*, en cuanto no se oponga a la anterior) que

examinamos no es sino concreción del modo en que los operadores de comunicaciones han de responder ante una orden de interceptación legal, cuyos presupuestos y condiciones de validez definen aquellas leyes orgánicas y la jurisprudencia que las interpreta.

La ley ordinaria puede, a nuestro juicio, regular y especificar los aspectos propiamente técnicos, operativos e instrumentales de la interceptación (pues resulta obvio que ha de contemplar, para ser eficaz, el desarrollo de las nuevas tecnologías) siempre que al hacerlo no invada el ámbito del derecho fundamental protegido por la reserva de ley orgánica. Esta reserva se extiende, sin embargo, a la regulación de las condiciones de la orden judicial en cuanto al contenido mismo de las comunicaciones y a la designación de la persona cuyo derecho fundamental queda afectado.

Séptimo.- A la luz de estas consideraciones es posible analizar los preceptos singulares sobre los que la recurrente expresó sus objeciones en el escrito de demanda. Según acto seguido examinaremos, se trata en su mayor parte de preceptos que, figurando antes en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005, han sido ahora incorporados al nuevo *artículo 33 de la Ley 32/2003*.

A) El *artículo 88.1 del Real Decreto* disponía que "los sujetos obligados deberán facilitar al agente facultado, salvo que por las características del servicio no estén a su disposición y sin perjuicio de otros datos que puedan ser establecidos mediante Real Decreto, los datos indicados en la orden de interceptación legal [...]". En análogos términos lo hace el *apartado 2 del mismo artículo 88.1, y de uno y otro apartados crítica la recurrente la referencia a los posteriores "reales decretos"*.

Dicha referencia a los posteriores "reales decretos" se contiene en el "nuevo" *artículo 33, apartados quinto y sexto, de la Ley 32/2003* y no consideramos que su inclusión en el texto de la ley ordinaria vulnere la reserva de ley orgánica: si el contenido material de los futuros reales decretos excede o no de su específico ámbito reglamentario será cuestión a resolver cuando se aprueben y, en su caso, se impugnen.

B) En los *apartados 2 y 3 del mismo artículo 88.3 del Real Decreto se enumeran determinados datos que los operadores deberán facilitar al agente facultado cuando cumplimenten una orden de interceptación legal*. El contenido de aquellos apartados ha sido reproducido en los "nuevos" *apartados sexto y séptimo del artículo 33 de la Ley 32/2003*, antes transcritos, por lo que las posibles dudas existentes sobre la aptitud jurídica del Reglamento para regular esta materia (se trata no del contenido material de la comunicación interceptada, sino de ciertos datos asociados relativos a los sujetos que intervienen en la comunicación, a determinadas características técnicas de ésta y a los equipos y terminales utilizados para ella, así como a la localización geográfica de dichos terminales o puntos de terminación de red) deben considerarse ya carentes de objeto.

Tampoco en este extremo consideramos que la inclusión de los *apartados sexto y séptimo del artículo 33 en la Ley 32/2003* vulnere la reserva de ley orgánica por afectar al núcleo del derecho al secreto de las comunicaciones. Por un lado, los referidos preceptos no se refieren al contenido material de aquéllas sino a datos instrumentales de información asociada que -siendo relevantes para las finalidades de la interceptación- el legislador ordinario tiene, en principio, libertad de configuración normativa para considerarlos anejos a la orden legal de interceptación. Por otro lado, corresponderá a las autoridades judiciales que ordenan o autorizan la interceptación determinar, en su caso, la procedencia o improcedencia de excluir los referidos datos identificativos en el marco de las actuaciones de que conozcan, con arreglo a los principios de necesidad y de proporcionalidad. La interpretación del *artículo 33, apartados sexto y séptimo, de la Ley 32/2003* en sintonía con el régimen general establecido en el *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* y en la *Ley Orgánica 2/2002 (y, a fortiori, con el artículo 18.3 de la Constitución)* es, pues, factible.

Añadiremos, por último, que la incorporación de dichos datos se ha considerado por el Consejo de la Unión Europea en su resolución de 17 de enero de 1995 sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones (con los matices que ulteriormente expondremos) necesaria, en el actual estado de la tecnología, para garantizar la eficacia de aquélla.

C) En cuanto al *artículo 89 del Reglamento* aprobado por el *Real Decreto 402/2005*, se refiere a la "información previa a la interceptación" y el contenido de su apartado dos (y en parte, del tres) ha sido incorporado al apartado 8 (y, en cierta medida, al 9) del *artículo 33 de la Ley 32/2003* en su nueva redacción.

El citado *artículo 89 del Reglamento* debe entenderse, pues, superado en cuanto pudiera contener un régimen opuesto al que regula las obligaciones de "información previa" que impone a los operadores de comunicaciones la nueva Ley. Por las mismas razones ya expresadas en el apartado anterior, no

estimamos que ésta invada el ámbito reservado a la *ley orgánica cuando impone a los citados operadores de comunicaciones el deber de facilitar al agente facultado* (esto es, al agente habilitado por la orden de interceptación legal preexistente) determinados datos asociados tanto de los sujetos a los que se refiere la medida de la interceptación como de los servicios y características del sistema de telecomunicación que utilizan aquellos sujetos.

La afirmación de que la entrega de estos datos ha de hacerse con carácter previo "a la ejecución" de la orden de interceptación legal no implica, antes al contrario, que se pueda prescindir de ésta, como parece sugerir la recurrente: la entrega previa no se realiza al margen y con independencia de cualquier intervención judicial, sino en vistas de su "ejecución". De nuevo es posible la interpretación del *artículo 33 de la Ley 32/2003, esta vez en su apartado octavo*, de modo coherente con el régimen general establecido en el *artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* y en la *Ley Orgánica 2/2002, en cuanto desarrollos normativos del artículo 18.3* de la Constitución. Corresponderá en todo caso, por lo demás, a las autoridades judiciales competentes resolver acerca de la legitimidad de la obtención de los datos a los que se haya tenido acceso con carácter previo a la orden legal de interceptación.

D) Las críticas de la recurrente al *artículo 97 del Reglamento* por disponer que "las comunicaciones y la información relativa a la interceptación sólo se facilitarán al agente facultado" carecen de base sólida. En dicho *precepto (no incorporado a la Ley 32/2003 pero vigente, en la medida en que resulta compatible con ésta)* no se "impone a la autoridad judicial una restricción que carece de todo fundamento", como afirma la demandante. El *precepto habla de la entrega al agente facultado por la orden legal de interceptación* y lo hace precisamente para excluir la intervención de terceras personas y preservar de este modo "la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información obtenida con la interceptación". No puede interpretarse, como hace la recurrente, en el sentido de que prohíbe la entrega a la autoridad que precisamente dispuso o autorizó la interceptación.

E) Por último, el texto de los *artículos 95 y 96 del Reglamento* impugnado, que contienen la referencia a los "centros de recepción de las interceptaciones" criticada por la demandante, ha sido transcrito en los "nuevos" *apartados noveno y décimo del artículo 33 de la Ley 32/2003*, respectivamente. La ley ordinaria, en su función de regular los aspectos técnicos, operativos e instrumentales que resultan necesarios o convenientes para que los operadores faciliten a los agentes facultados el contenido de las comunicaciones y las informaciones asociadas a éstas, puede disponer, sin que por ello infrinja el ámbito reservado a la ley orgánica, que la transmisión o entrega de dicho contenido y de los datos asociados se realice precisamente a los referidos agentes en un determinado centro de recepción que disponga de las instalaciones necesarias al efecto.

Tal previsión legal no implica, frente a lo afirmado por la recurrente, que se excluya la "entrega directa" a la autoridad judicial ni que desaparezca el control de ésta sobre la interceptación que dicha autoridad haya acordado.

Octavo.- Destacábamos en uno de los apartados del fundamento jurídico precedente cómo el Consejo de la Unión Europea aprobó en su momento (17 de enero de 1995, Diario Oficial número C 329, de 4 de noviembre de 1996) una resolución sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones, adoptada en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, con cita de las pertinentes *disposiciones del Tratado de la Unión Europea antes de su reforma por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997*.

El Consejo, tras considerar que "la interceptación legalmente autorizada de las telecomunicaciones constituye un instrumento importante para la protección de los intereses nacionales y, en particular, para la seguridad nacional y la investigación de delitos graves" y que "dicha interceptación sólo puede llevarse a cabo cuando se han adoptado las disposiciones técnicas necesarias", solicita a los Estados miembros que pongan en práctica las disposiciones necesarias para cumplir ciertos "requisitos" que les permitan efectuar eficazmente la interceptación legal de las telecomunicaciones, "requisitos que constituyen una síntesis importante de las necesidades de las autoridades competentes para poner en práctica, desde un punto de vista técnico" las tan citadas interceptaciones, y que se han de aplicar a los operadores de red y proveedores de servicios de comunicación.

Entre los citados "requisitos" se encuentran los incluidos tanto en el Real Decreto 402/2005 como en el *artículo 33 de la Ley 32/2003* que anteriormente hemos examinado. Y la redacción de dichos *preceptos nacionales no diverge en lo sustancial, antes al contrario, de la contenida en la Resolución del Consejo de 17 de enero de 1995*.

A) En cuanto a los datos de información asociada el apartado 1) de dicha Resolución dispone:

"1. Las autoridades competentes requieren tener acceso a todas las telecomunicaciones transmitidas o recibidas (o generadas para su transmisión) a través del número telefónico u otro código del servicio de telecomunicaciones interceptado que utiliza el sujeto de la interceptación. También necesitan tener acceso a los datos relativos a la conexión generados para procesar la llamada.

1.1. Las autoridades competentes necesitan tener acceso en aquellos casos en que el sujeto de la interceptación utilice un sistema de telecomunicaciones temporal o permanentemente.

1.2. Las autoridades competentes necesitan tener acceso en los casos en que la persona objeto de una orden de interceptación utilice procedimientos para desviar llamadas a otros servicios de telecomunicaciones o terminales, incluidas las llamadas establecidas entre redes diferentes o procesadas, antes del establecimiento de la conexión, por diferentes operadores de red o proveedores de servicios.

1.3. Las autoridades competentes necesitan que se faciliten las comunicaciones destinadas a un servicio interceptado o procedente del mismo con exclusión de cualquier comunicación que no entre en el ámbito de aplicación de la autorización de interceptación.

1.4. Las autoridades competentes necesitan tener acceso a los siguientes datos relativos a las conexiones:

1.4.1. Señal de entrada.

1.4.2. Número del abonado al que va dirigida la llamada de salida, incluso si no llega a establecerse la conexión.

1.4.3. Número del abonado que realiza la llamada de entrada, incluso si no llega a establecerse la conexión.

1.4.4. Todas las señales producidas por la instalación interceptada, incluidas aquéllas producidas tras el establecimiento de la conexión con las que se activan funciones como el establecimiento de teleconferencias y el desvío de llamadas.

1.4.5. Inicio, final y duración de la conexión.

1.4.6. Número final llamado y números intermedios, en caso de desvío de llamada.

1.5. En el caso de abonados de servicios de telefonía móvil, las autoridades competentes requieren informaciones lo más exactas posibles sobre la situación geográfica dentro de la red.

1.6. Las autoridades competentes necesitan disponer de datos sobre los servicios específicos utilizados por el sujeto de la interceptación y sobre los parámetros técnicos de estos tipos de comunicación".

B) En cuanto a la información previa a la ejecución de la orden de interceptación el apartado 6 de la Resolución dispone que "en el marco de la investigación legal y antes de llevar a cabo la interceptación, las autoridades competentes solicitarán de los operadores de red o proveedores de servicios la siguiente información: 1) datos sobre la identidad de la persona objeto de la orden de interceptación, el número de teléfono u otro *código*, 2) información sobre los servicios y características de potencia del sistema de telecomunicación que utiliza la persona objeto de la orden de interceptación y puestos a *disposición por los operadores de red o proveedores de servicios*, 3) informaciones sobre los parámetros técnicos para la transmisión a la central de interceptación de las autoridades competentes".

C) En cuanto a las "centrales de interceptación", el apartado 3 de la Resolución dispone que "las autoridades competentes necesitan que los operadores de red o proveedores de servicios preparen uno o más interfaces desde los cuales las telecomunicaciones interceptadas puedan transmitirse a la central de interceptación de las autoridades competentes". La misma referencia a dichas centrales se contiene en los apartados 6 y 10 de la Resolución.

La Asociación recurrente, al formular sus alegaciones sobre la incidencia del dicha Resolución en el presente litigio, trata de minusvalorarla porque "carece de toda sanción aprobatoria del Parlamento Europeo", con lo que no tiene suficientemente en cuenta el hecho de que aquella resolución se adoptó precisamente en el ejercicio de las competencias propias del Consejo dentro del marco de la cooperación policial y judicial entre Estados en materia penal prevista en el Tratado de la Unión Europea (en particular, a

la vista de lo dispuesto en el *punto 9 de su artículo K.1 y del apartado 2 de su artículo K.2*).

Es cierto, no obstante, que la Resolución, al determinar los "requisitos" precisos para la eficaz realización de la interceptación legal de las telecomunicaciones, los enumera "sin perjuicio del derecho nacional" y añade que "deberán interpretarse de acuerdo con las disposiciones nacionales aplicables". Si ha sido traída a colación por la Sala en el presente recurso es para subrayar la "necesidad" material, reconocida por el Consejo de la Unión Europea, de que se cumplan ciertos requisitos para que las obligaciones impuestas a los operadores de comunicaciones al ejecutar las órdenes legales de interceptación resulten efectivas. Su incorporación a la legislación interna requiere, como es lógico, la aprobación de las oportunas medidas legales o reglamentarias, conforme a las exigencias del ordenamiento constitucional de cada Estado. Y en el caso del Reino de España, por las consideraciones antes dichas, y una vez aprobada la reforma del *artículo 33 de la Ley 32/2003*, no consideramos que aquellas exigencias hayan sido vulneradas.

Noveno.- Debemos, en conclusión, desestimar el presente recurso, sin imponer las costas a la Asociación que lo ha promovido ante su ausencia de temeridad o mala fe.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 69/2005, interpuesto por la Asociación de Internautas contra el 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 el *Real Decreto 424/2005, de 15 de abril*. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 05/02/2008

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ A LA SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2008, DICTADA EN EL RECURSO Nº 69/2005 .

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

La razón por la que entiendo que debió plantearse dicha cuestión es porque la *Ley 32/2003 no tiene suficiente rango para regular el derecho fundamental previsto en el artículo 18.3 de la Constitución que "garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial"*, pues el *artículo 81 de la CE* reserva a la Ley Orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales. La propia sentencia así lo reconoce cuando señala en su fundamento jurídico sexto que "lo cierto es que son las Leyes Orgánicas, repetimos, interpretadas por los órganos jurisdiccionales españoles conforme a la Constitución y a los tratados internacionales suscritos por España, las que regulan las garantías necesarias para legitimar la injerencia de los poderes públicos en el secreto de las comunicaciones".

La sentencia, con un razonamiento que comparto en términos generales, pero no en el caso concreto que se examina, justifica el rango de "ley ordinaria", añadiendo 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 interpretaciones, 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".

El argumento en abstracto es impecable, pero no puede considerarse suficiente para amparar la inclusión en la información que debe darse al "agente facultado", además de la prevista en la orden de interceptación legal. Es esta orden la que determina el alcance de la información que debe suministrarse por los operadores, y todo aquello que exceda la misma y suponga la adición de datos que afecten al secreto de las comunicaciones, requeriría una Ley Orgánica para que pudiera ser suministrada.

Es esto lo que ocurre con los *apartados 6º y 7º del artículo 33*, en los que se impone a los sujetos obligados facilitar al agente facultado una serie de información, que puede no estar incluida en la orden de interceptación. identificación de la persona física o jurídica, domicilio en el que proveedor realiza las notificaciones, número de titular de servicio, número de cuenta asignada por el proveedor de servicio de internet, dirección de correo electrónico, situación geográfica de la terminal o punto de terminación de red origen de la llamada y la de destino, y si se trata de servicio móviles la posición del punto de comunicación, identificación, localización y tipo de la estación base afecta. Muchos de estos datos no sólo inciden sobre el secreto de las telecomunicaciones, sino incluso sobre el derecho a la intimidad personal del *artículo 18.1 CE*.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 56/2003, de 24 de marzo indica que:

<<"Como se recuerda en la STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4, este Tribunal en la STC 114/1984 , de 29 de noviembre, haciéndose eco de la STEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone, ha afirmado que el concepto de secreto de la comunicación cubre, no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, hemos declarado en aquella ocasión que "rectamente entendido", el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del *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 antijurídicos de las comunicaciones ajenas. 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) ... Y puede también decirse que el concepto de 'secreto', que aparece en el *artículo 18.3* , no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales". En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "reconoce expresamente la posibilidad de que el *art. 8* de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma". "Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de 'comunicación'", añadíamos, "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 misma. 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". Y concluimos: "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" (FJ 7). Esta doctrina ha sido reiterada también en la STC 70/2002, de 3 de abril, en cuyo fundamento jurídico 9 se precisa que "el *art. 18.3 CE* 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 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 comunicación">>.

Por muy interesante que estos datos puedan resultar para la investigación policial, no puede dejar de reconocerse que son muy personales, y rebasan con mucho la mera instrumentalidad. La propia sentencia implícitamente viene a reconocerlo, cuando indica que la autoridad judicial podrá excluirlos de la orden de interceptación, lo que implica que son algo más que un simple instrumento sin el cual la orden no puede cumplirse. Por otra parte, si la *ley impone al agente facultado el deber de pedir los datos del apartado 6 y 7 del artículo 33* , no se entiende como puede el órgano judicial disponer, en contra de la norma, que los referidos datos no se emitan.

Se trata de datos esenciales que no tienen porqué ser conocidos por terceras personas, salvo que así lo disponga la orden de interceptación, datos que están dentro del contenido esencial del derecho proclamado por el *art. 18.3 de la C.E.* y que para su intervención exigen *Ley Orgánica, según su artículo 81.1.*

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

En último término, el hecho de que el Consejo de la Unión Europea aprobase en 17 de enero de 1995 una resolución sobre la interceptación legal de las telecomunicaciones, adoptada en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal en la que se recogen idénticos datos a los contenidos en la *Ley 32/2003* y *solicita a los Estados miembros pongan en práctica las disposiciones* necesarias para cumplir ciertos requisitos, no significa que los Estados lo puedan hacer por cualquier medio normativo, sino que será con arreglo a la legislación interna de cada uno de ellos, y de acuerdo con el rango legal exigido por la Constitución.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia con su Voto Particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.