

# Constitución y secreto de las comunicaciones: desafíos tecnológicos para el derecho fundamental

Juan  
Ocón García

Doctor por la Universidad de La Rioja

**SUMARIO:**

- I. Introducción
- II. Concepto constitucional de comunicación
- III. Secreto jurídicamente garantizado
- IV. La intervención de las comunicaciones
- V. Conclusiones

**NOTA BIOGRÁFICA:**

Juan Ocón García es Graduado en Derecho y Máster de acceso a la Abogacía (Premio Extraordinario) por la Universidad de La Rioja. Doctor *Cum Laude* y Premio Extraordinario de Doctorado por la misma universidad, donde es profesor contratado interino de Derecho Constitucional. Forma parte del Grupo de investigación «Poderes públicos y derechos: nuevos escenarios», y su línea de investigación principal se centra en el estudio de la actual eficacia del derecho fundamental al secreto de comunicaciones, principalmente en entornos comunicativos tecnológicamente avanzados, así como en la delimitación respecto de otros derechos fundamentales próximos.

**I. INTRODUCCIÓN**

Los derechos fundamentales se ven continuamente interpelados por la realidad a la que dirigen su eficacia; de forma que los avances sociales, científicos, tecnológicos o valorativos del momento que demanda su aplicación retan la literalidad propia de su momento histórico.

Este problema está constantemente presente en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado en el art. 18.3 de la Constitución Española. Y lo estaba al momento de aventurarme a realizar la tesis doctoral que aquí brevemente reseño. La universalización de *WhatsApp* en 2012 transformó profundamente los usos de comunicación interpersonal. La revelación de Snowden sobre el programa PRISM en 2013 alertó de los riesgos derivados de la hiperconexión en que estamos instalados. Las carencias de la ley procesal española sobre intervención de comunicaciones, advertidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas ocasiones, fueron objeto de un importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que anuló en 2014 la diligencia de grabación de conversaciones orales por ausencia de previsión legal. En 2015, y como reacción a lo anterior, el legislador incorporaba a la Ley de Enjuiciamiento Criminal la necesaria regulación sobre las diligencias tecnológicas de investigación.

Mi interés en la materia encontró perfecta acogida en el proyecto de investigación «Crisis y cambio de los derechos fundamentales: la frontera del derecho fundamental en la constitución normativa» que lideraban los profesores Ricardo Chueca y Amelia Pascual, quienes amablemente aceptaron ayudarme a convertir mis vagas ideas en una tesis doctoral que pudiera merecer tal nombre.

La comunicación es condición de existencia de la persona, es decir, del ser humano en su interrelación con otros miembros de su especie; y su ejercicio en libertad demanda que la acción comunicativa se desarrolle entre actores que son *dominus* de ella. El mantenimiento de la autenticidad e invulnerabilidad de la relación comunicativa en libertad es, así visto, un logro que resulta especialmente dificultoso en relación directa a la capacidad de control de la comunicación por los propios actores. Lo que es evidente cuando la posibilidad de comunicación requiere de un soporte cuyo control es compartido con, o dependiente de, terceros.

Este escenario es el que describe nuestro artículo 18.3 CE. Un escenario comunicativo que incluye un riesgo que pretende confinar el contenido del derecho fundamental allí configurado.

Toda comunicación a distancia requiere de un medio técnico que soporte el mensaje, y a veces de un tercero ajeno. Por ello, los Estados se deciden a prever mecanismos jurídicos dirigidos a paliar los riesgos asociados a estos elementos, esto es, impedir que la existencia o contenido de la comunicación sean desvelados por personas distintas a las que se dirige y, con ello, generar un nivel óptimo de confianza en el prestador del servicio, necesario para asegurar su utilización.

Se declara así la inviolabilidad de la correspondencia, previéndose en primer lugar en normas de régimen interno de los servicios de correos y pasando a los textos constitucionales a partir del primer tercio del siglo XIX. Las normas dirigidas a tal fin se estructuran típicamente en dos proposiciones: prohibición general de ruptura del secreto de las comunicaciones y habilitación de su levantamiento, con observancia de determinadas garantías, en aquellos casos en que la protección de un bien constitucionalmente relevante legitime la intervención. En esto consiste nuestro artículo 18.3 CE.

El constituyente de 1978 no pudo imaginar la explosiva evolución de las entonces incipientes tecnologías de la comunicación durante las siguientes décadas. No obstante, la textura parcialmente abierta de la norma le ha permitido acoger en su objeto comunicaciones no mencionadas expresamente. Así, la garantía de secreto se extiende hoy, además de a las tradicionales comunicaciones telefónicas y postales, a otras modalidades comunicativas de uso generalizado como el correo electrónico, los chats o mensajes soportados por telefonía celular, y una variada gama de tecnologías que incesantemente se incorporan a la práctica diaria de comunicación social de las sociedades avanzadas.

Podría decirse que la norma iusfundamental ha superado con cierta solvencia el test de elasticidad, demostrando probada su capacidad de adaptación a cambios tecnológicos y sociales a través de la interpretación del precepto y sin necesidad, por tanto, de recurrir a su reforma. Sin embargo, como regla jurídica, la norma de derecho fundamental posee fronteras estrictas, siendo necesario distinguir con precisión los fenómenos comunicacionales protegidos, de aquellos que, so riesgo de desbordar su objeto y merma de su eficacia, deben entenderse más allá de sus fronteras.

Desde la redacción del precepto se han producido transformaciones, principalmente tecnológicas, pero también sociales y políticas, en los ámbitos de realidad que identifican los conceptos de «comunicación» y «secreto», así como en la capacidad del Estado de garantizar el espacio de autodeterminación que la Constitución proclama.

Al análisis de estos elementos dediqué mi tesis doctoral.

## II. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE COMUNICACIÓN

### 1. El ámbito objetivo de protección del derecho

La correcta delimitación del objeto del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.3 CE requiere determinar el significado que posee el concepto de comunicación en dicho precepto. Para esta tarea no contamos con una definición constitucionalmente expresa, aunque de su enunciado cabe inferir un contenido normativo que ayuda a precisar el concepto.

En primer lugar, la norma garantiza el secreto de las comunicaciones, por lo que el término *comunicación* debe ser interpretado teniendo presente el calificativo de *secreto* que le precede e inevitablemente delimita. De esta forma, solo podrán ampararse bajo el objeto de este derecho aquellas comunicaciones cuyo secreto sea susceptible de ser garantizado. En segundo lugar, el art. 18.3 CE señala expresamente, y ejemplificativamente, un elenco de modalidades de comunicación —«postales, telegráficas y telefónicas»— unidas por unas características comunes que, además de agruparlas, las distinguen de los demás tipos de procesos comunicativos. Por tanto, podrán integrar su objeto otras formas de comunicación que cumplan con tales características.

Dos son las características principales que determinan que una actividad comunicacional forma parte del ámbito de protección del derecho fundamental: que la comunicación permita la previa determinación de los destinatarios y que se trate de una comunicación soportada por medio técnico.

La noción de comunicación presente en el artículo 18.3 CE requiere que la intención del emisor sea que la información discorra exclusivamente hasta la esfera de conocimiento del destinatario y con exclusión, por tanto, de terceros, lo que exige que el número de destinatarios deba estar determinado al tiempo del inicio del proceso comunicativo. Estos requisitos de intersubjetividad y determinación de los destinatarios resultan de utilidad para configurar un parámetro de inclusión de cualquier otra actividad comunicativa en el objeto del derecho (art. 18.3 CE), o bien de su ubicación en el espacio del objeto de las libertades comunicativas (art. 20 CE). Un criterio que establece en definitiva una línea de división entre comunicación privada y difusión pública.

Esta escisión otorgaba, en el modelo de los soportes comunicativos tradicionales, un papel relevante a las características técnicas del medio y a su adecuación al fin perseguido por el emisor: bien mantener el mensaje al margen del conocimiento ajeno (correspondencia, telégrafo o teléfono); bien la divulgación informativa tratando de alcanzar la mayor audiencia posible (prensa, radio o televisión). De modo que la opción por un medio u otro orientaba la inclusión de la actividad comunicativa en uno u otro ámbito iusfundamental.

Sin embargo, las transformaciones tecnológicas han propuesto un nuevo entorno comunicativo al surgir nuevas plataformas de comunicación que han debilitado sensiblemente la frontera entre comunicación reservada y comunicación masiva. Hoy ya no es posible ubicar una concreta actividad comunicativa en el espacio de uno de aquellos derechos por referencia al medio utilizado: algunos medios de comunicación tecnológicamente novedosos permiten dirigir fácilmente comunicaciones de forma simultánea a un gran número de destinatarios; en determinadas plataformas de divulgación de contenidos se ha relativizado sustancialmente la nota de pasividad que caracterizaba tradicionalmente a los receptores de envíos masivos; y la mayoría de las denominadas redes sociales ofrecen posibilidades diversas de difusión de información y comunicación privadas desde una misma plataforma. Con estos condicionantes, el nexo entre medio comunicacional y derecho protegido que presidía las comunicaciones tradicionales queda diluido, siendo necesario acudir a criterios funcionales.

El primero de ellos es el de la predeterminación de los destinatarios. Se trata de un criterio de necesaria observancia, aunque no siempre suficiente, ya que, en la actualidad, no es patrimonio exclusivo de los sistemas comunicativos orientados a mantener comunicaciones reservadas: piénsese en los perfiles cerrados de redes sociales o servicios como la televisión por pago o el vídeo bajo demanda. Es por ello preciso complementarlo con otros, como el de la conmutabilidad de roles en la relación comunicativa y la singularidad del destinatario en las comunicaciones privadas.

Según el primero, sólo serán comunicaciones a efectos del art. 18.3 CE las mantenidas a través de aquellos medios en los que el receptor de la comunicación pueda, haciendo uso del mismo, comunicarse con el emisor, intercambiando

—conmutando— las posiciones iniciales. Este criterio permite dejar fuera del derecho fundamental las comunicaciones celebradas entre sujetos previamente determinados pero que discurren en sentido unidireccional emisor-audiencia; tal como sucede en los servicios de televisión por pago, vídeo bajo demanda o videoconferencias dirigidas a sujetos determinados, pero sin posibilidad de interacción.

El segundo resulta de utilidad para resolver el encuadramiento de otros tipos de comunicación en que se cumple tanto la nota de determinación de destinatarios como, en cierto modo, la de conmutabilidad de roles, pero que, sin embargo, no parecen satisfacer el carácter secreto de la comunicación. Nos referimos tanto a las que se producen a través de cuentas de redes sociales que han sido configuradas por su titular para que la información publicada sólo sea conocida por un número de destinatarios determinado por aquél (seguidores); o también en foros *cerrados* que requieren un acto de aceptación de los potenciales miembros por el administrador. Los destinatarios de la información que este tipo de plataformas ofrece no son escogidos, primariamente, para mantener una comunicación privada. No son insustituibles, singulares, pues el emisor no conoce quienes serán los posibles destinatarios finales, ya que los nuevos participantes de la relación comunicacional podrán tomar conocimiento de la información publicada antes de su irrupción.

La segunda característica que debe cumplir la comunicación para beneficiarse de la garantía de secreto consiste en la necesidad de ser transmitida mediante soporte a través de la intermediación técnica de un tercero. Esta característica, presente en las formas comunicativas expresamente enumeradas en el artículo 18.3 CE, permite contraponer comunicación a conversación directa.

La norma atribuye el carácter de secreto a estas comunicaciones precisamente porque durante la participación del intermediario —el prestador del servicio de comunicaciones— se les sustrae a los comunicantes el control sobre el proceso comunicativo. En esta condición se fundamenta el carácter autónomo del derecho: «su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son possibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación» (STC 123/2002). Es el recurso al medio el que habilita necesariamente una protección formal, por cuanto los comunicantes pierden el dominio del proceso y la capacidad de asegurar el secreto del mensaje y/o el éxito en la entrega. En las conversaciones personales, donde el mensaje se articula mediante la inmediatez emisor-receptor, ambos pueden adoptar determinadas medidas para asegurar o procurar la inaccesibilidad de terceros, es decir, la reserva del contenido; nunca, claro, el secreto de la relación comunicativa.

Esta ha sido la opinión tradicional mayoritaria de la doctrina científica y jurisprudencial que, en lógica consecuencia, había venido entendiendo que no forman parte del ámbito de protección de este derecho las conversaciones

directas, mantenidas en persona y sin soporte técnico. No obstante, la STC 145/2014, de 22 de septiembre, propuso una innovación de calado al considerar que «el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas [...] que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma». Este cambio en la doctrina constitucional ha sido confirmado por la STC 99/2021, de 10 de mayo.

Estimamos, sin embargo, que la inclusión de conversaciones directas registradas mediante medio técnico en el objeto del derecho al secreto de las comunicaciones no es constitucionalmente correcta. La actual existencia de riesgos de confidencialidad no puede ser un argumento válido para forzar una dilatación del concepto constitucional de comunicación, por cuanto del mismo parece derivarse, sin que sea cierto, que, de no considerar amparada la intervención de conversaciones en el art. 18.3 CE, éstas quedarían radicalmente desprotegidas por el ordenamiento.

Tales supuestos pueden hallar protección en el derecho a la intimidad, que es el bien dañado propiamente en una acción de inmisión en una conversación sin mediación. Al no depender la comunicación de un soporte técnico, como es el caso de la comunicación *ex art. 18.3 CE*, corresponderá a los interlocutores la absoluta disposición sobre el grado de reserva y, por tanto, la exclusividad del control de una comunicación cara a cara. No se tratará nunca, por tanto, de conversaciones formalmente secretas, sino que se integrarán o no en «el ámbito propio y reservado [de los interlocutores] frente a la acción y conocimiento de los demás» (STC 231/1988), atendidas las circunstancias de la conversación entablada. La exclusión de terceros de una comunicación directa dependerá de la actitud de los comunicantes, «ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 83/2002), determinada en función de varias circunstancias (tales como el volumen de voz, el lugar escogido, el número de participantes, ...). E incluso de otras características, como la condición de personaje público de alguno de los interlocutores o el interés informativo de la conversación mantenida.

## *2. Ámbito temporal del derecho*

La transmisión de contenido en que consiste la comunicación debe ser entendida como un proceso integrado por una serie de fases sucesivas precisas para que aquélla se produzca. En puridad, lo protegido por el derecho es precisamente el proceso de comunicación, que se garantiza en un sentido formal, esto es, con independencia de que exista un contenido y, en su caso, al margen de su carácter íntimo o reservado.

La comunicación así entendida se desarrolla en un espacio temporal con unos límites inicial y final más o menos definidos. No obstante, esos límites del proceso comunicacional en abstracto —el curso temporal de una comunicación— pueden

no ser plenamente coincidentes con el alcance temporal del derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello, es preciso fijar rigurosamente los límites del proceso comunicativo relevantes para la norma iusfundamental, lo que nos permitirá delimitar el espacio temporal protegido por el derecho considerado y, a su vez, las fases de ese proceso que quedan, en su caso, al amparo de otros derechos.

Este entendimiento de la comunicación protegida como un proceso es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional al precisar que «[l]a protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo» (STC 70/2002). Sin embargo, aquella unanimidad no llega a la determinación del alcance del proceso en que la comunicación consiste.

No plantea especiales problemas la activación del secreto en la fase inicial. Dado que el fundamento del derecho reside en la necesaria participación de un tercero que hace posible la comunicación, su correcta interpretación requiere que el inicio del proceso comunicativo protegido sea simultáneo a la participación del tercero soporte del medio. De este modo, el derecho comenzará a operar desde que el emisor cede el control de la comunicación al tercero prestador del servicio, esto es, cuando se deposita la carta, se realiza la llamada telefónica o se clicke el botón de envío de un correo electrónico.

Las dificultades surgen cuando, manteniendo criterio similar en relación con el objeto del derecho, pretendemos delimitar el momento final del proceso comunicativo protegido.

No plantea problemas el contenido ya transmitido que atestigua la finalización del proceso comunicativo. En este caso no cabe protección jurídica con base en el art. 18.3 CE, sino, en su caso, en las normas que tutelan la intimidad u otros derechos. Tampoco resulta conflictivo determinar el ámbito temporal del derecho en el caso de las comunicaciones interactivas simultáneas (conversación telefónica o videoconferencia), pues parece fácil convenir que el proceso finaliza con el de la conversación, esto es, cuando todos los intervinientes desactivan el soporte.

Sin embargo, doctrina y jurisprudencia mantienen diversas opiniones sobre el alcance del derecho en su fase final en el caso de los procesos comunicativos unidireccionales (correspondencia, correo electrónico, intercambio de mensajería, ...), en relación al tratamiento otorgado a la comunicación recibida. Encontramos tres posiciones respecto al alcance final de la garantía de secreto.

Una primera posición doctrinal, ampliamente garantista aunque minoritaria (Elvira Perales, Ridaura Martínez), apuesta por extender la protección del derecho fundamental a los mensajes recibidos por el destinatario mientras se encuentren almacenados en el dispositivo y software gestor de la comunicación; es decir, la protección se hace depender de la ubicación de la comunicación recibida.

Un segundo criterio distingue entre el mensaje leído, o no, por su destinatario. Para esta posición, mayoritaria en la doctrina (Jiménez Campo, Zoco Zabala, Fernández Rodríguez, entre otros), la finalización del proceso comunicativo y, por tanto, de la aplicación del derecho, tiene lugar con la toma de conocimiento por parte del destinatario del contenido de la comunicación o, más bien, dada la dificultad de constatar el conocimiento efectivo, con la apertura del mensaje, que opera como presunción de conocimiento. La comunicación recibida pero no abierta es, para estos autores, comunicación en curso y, por tanto, amparada por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Una vez abierta, sin embargo, deberá acogerse a protección en otros derechos como la intimidad o la protección de datos.

Una tercera posición, que defendemos, entiende que la recepción supone ya finalización del proceso comunicativo en un sentido constitucional. Al igual que la protección se inicia con la participación del tercero en el proceso comunicativo, también debe finalizar cuando el prestador del servicio deja de estar presente, lo que normalmente tiene lugar con la recepción de la carta o correo electrónico por parte de su destinatario. Esta interpretación salva, por un lado, los problemas para determinar tanto el conocimiento efectivo del mensaje por parte del destinatario, cuanto la apertura de la comunicación. Pero, sobre todo, esta es la interpretación más coherente y ajustada a la naturaleza constitucional del derecho, pues parece lógico que la garantía de secreto venga únicamente orientada a contrarrestar la vulnerabilidad de las comunicaciones mientras se soportan por el medio técnico.

Dicha vulnerabilidad está vinculada a la idea de *dominio* sobre la comunicación. Mientras la comunicación transita, los comunicantes pierden el control en favor del prestador del soporte, pero, recibido el mensaje, y con independencia del momento en que acceda a su contenido, el destinatario recupera el control sobre la comunicación y sólo a él corresponde defender su confidencialidad. Con la recepción nace para el destinatario la posibilidad de conservar o deshacerse del mensaje, no existiendo ya una justificación razonable para la garantía formal de secreto.

La comunicación recibida en nada se distingue del resto de documentación o información a disposición de su titular que, aunque se trate de información sensible, o esté protegida mediante los estándares al uso, encontrará protección en otros derechos como la intimidad o la inviolabilidad del domicilio.

Por la misma razón, también deberá considerarse protegida por el secreto de las comunicaciones la intervención que tenga lugar en el mismo momento de recepción de la comunicación por su destinatario, lo que se produce, por ejemplo, en los casos de registro remoto de dispositivos comunicativos y en los que el receptor no tiene posibilidad alguna de decidir el destino de la comunicación, pues recibe la comunicación de forma simultánea al sujeto que la interviene.

### III. SECRETO JURÍDICAMENTE GARANTIZADO

La noción jurídica de secreto es extremadamente compleja, debido en parte a la diversidad de categorías que el ordenamiento tutela recurriendo a este término: secreto profesional, secretos de empresa, secretos oficiales, secreto de sumario, etc.; lo que dificulta la construcción de un concepto unívoco.

En su acepción común secreto es aquello que está oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás. El secreto posee, por tanto, una naturaleza relacional, transitiva. El conocimiento se mantiene oculto siempre y en todo caso respecto de alguien y algo. Hablar de secreto presupone una pluralidad de sujetos: aquellos que poseen el conocimiento y aquellos respecto de los cuales se mantiene oculto.

En su dimensión jurídica, la protección de una determinada relación a través del concepto de secreto no responde a la cualidad intrínseca de lo que se tutela, ni a un deseo de quien dispone del conocimiento que oculta. La garantía jurídica de secreto debe exigir, en coherencia con la vocación de generalidad de las normas, algo más, un plus que confiera legitimidad al Estado para amparar la ocultación de determinados conocimientos; lo que sucede cuando tal ocultación aprovecha —o su revelación daña— a un bien que el ordenamiento tutela. El secreto es, por tanto, una atribución normativa teleológicamente fundamentada.

Esta relación habilita una dualidad o (potencial) disociación entre el secreto normativamente previsto y el bien jurídico que a su amparo se pretende proteger. El secreto posee un carácter instrumental previsto por el ordenamiento al servicio de un interés jurídicamente relevante precisado de tutela. De forma que se utiliza por el ordenamiento como instrumento para proteger la intimidad —deber de secreto profesional—, la propiedad industrial e intelectual y la libre competencia —secretos de empresa—, la libertad religiosa —secreto *sacramental*—, los derechos a comunicar y recibir información veraz —secreto profesional del periodista—, la protección de datos personales —secreto estadístico—, el estatus funcional y la buena marcha de la Administración —deber de secreto de los funcionarios públicos—, la libre participación política —sufragio secreto—, la tutela judicial efectiva —secreto sumarial—, la seguridad del Estado —secretos oficiales—, o la libertad de las comunicaciones —secreto de las comunicaciones—.

El secreto presenta, además, una doble dimensión imperfecta, la que media entre secreto y confidencialidad.

El secreto se configura como una barrera que impide el acceso al conocimiento vedado. No hay secreto para quienes legítimamente poseen ese conocimiento oculto que se califica como tal. Para ellos regirá, en su caso, un deber de guardar oculto el conocimiento calificado como secreto: se tratará pues de un deber de reserva o confidencialidad, que presupone un círculo de cognoscibilidad limitado que impide su disposición respecto de terceros.

El ordenamiento recurre al concepto de secreto tanto para impedir que terceros accedan a un conocimiento poseído por un número limitado de personas, como para evitar que estos lo difundan. Sin embargo, esta doble dimensión del secreto es imperfecta por cuanto que no se cumple en todos los casos contemplados en el ordenamiento: la calificación normativa de secreto no supone, de manera automática, el nacimiento de un deber de confidencialidad.

### 1. *Ámbito objetivo del secreto de las comunicaciones*

En lo que aquí interesa, el secreto en el art. 18.3 CE se configura como un atributo de los procesos comunicativos mediante medios técnicos. El conocimiento vedado se identifica con el proceso comunicativo en su totalidad. Siendo el secreto un recurso para mantener oculto un determinado conocimiento, no es posible, sin quebrar su coherencia, condicionar su ocultación a que el conocimiento protegido satisfaga requisito material alguno, pues su comprobación desactivaría su objeto. Por ello, tempranamente la jurisprudencia constitucional consideró que «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» (STC 114/1984).

El art. 18.3 CE garantiza, por tanto, la ocultación de aquellos procesos comunicativos que se llevan a cabo a través de determinados medios técnicos y ello con independencia de que el mensaje sea íntimo o notorio, o incluso de que tal mensaje exista. Si el secreto se predica del proceso comunicativo, al margen de la existencia o carácter de su contenido, su ámbito objetivo, los conocimientos cuya ocultación se garantizan, deben ser todos aquellos que se generan con ocasión de dicha acción, desde la puesta en marcha y hasta la finalización del proceso comunicativo, cubriendo todos los elementos que tal proceso alberga: la existencia misma de la comunicación, su contenido (mensaje) y el resto de los datos que se generan con su activación (los denominados datos de tráfico o asociados).

En estos últimos anidan las mayores discrepancias doctrinales respecto de su encuadramiento iusfundamental. El reconocimiento de estos datos como parte integrante del objeto del derecho al secreto de las comunicaciones se declaró tempranamente por el Tribunal Constitucional en sentencia 114/1984, fruto de la integración, *vía* 10.2 CE, de la interpretación que el TEDH había realizado en su Sentencia de 2 de agosto del mismo año (*Malone c. Reino Unido*). No obstante, las actuales posibilidades técnicas permiten a los prestadores de servicios de telecomunicaciones recopilar también datos no estrictamente vinculados con concretos procesos de comunicación, lo que requiere deslindar aquellas categorías de datos que forman parte del objeto del derecho de aquellas otras que, en su caso, encontrarán protección en otros derechos.

Determinantes para el derecho fundamental son los datos de tráfico en sentido estricto, esto es, aquellos que tienen su origen en el proceso de comunicación y

que no existirían si aquél no se hubiera activado. En esta categoría se incluyen los datos indicativos del origen de la comunicación (p.ej., número de teléfono del emisor), del destino de la comunicación, de la ruta seguida por la comunicación o encaminamiento, del momento y duración de la comunicación, del volumen de la información transmitida y del tipo de comunicación. Por otro lado, serán datos eventualmente de tráfico aquellos que ocasionalmente pueden ser calificados, o no, como de tráfico: lo que sucede porque no siempre aparecen vinculados a procesos de comunicación. El mejor ejemplo es el de los datos de localización. Por último, quedan excluidos del concepto de datos de tráfico, los «datos de suscripción o de abonado», aquellos que el prestador del servicio de comunicación recaba del abonado al suscribir el contrato.

Pues bien, sólo los primeros forman parte del derecho fundamental, y solo en tanto se proceda a su intervención sobre procesos comunicativos en curso. El acceso a datos de tráfico referidos a comunicaciones pretéritas y almacenados en soportes físicos quedarán al amparo de los derechos fundamentales a la protección de datos o a la intimidad, según se encuentren en poder de los prestadores de servicios o de los propios comunicantes. Serán, por tanto, la pertenencia funcional a una concreta comunicación (ámbito objetivo) y la inmisión durante el tránsito comunicativo (ámbito temporal) los elementos que determinen que un dato vinculado a las comunicaciones se incluye en el objeto del derecho protegido por el art. 18.3 CE.

## 2. *Ámbito subjetivo del secreto*

El art. 18.3 exige para que se entienda vulnerado, en coherencia con el recurso al concepto de secreto para garantizar la inaccesibilidad a las comunicaciones, que el acceso al conocimiento cuya ocultación se protege provenga de un tercero ajeno a quienes ya lo poseen. Por ello, acertada y tempranamente, el máximo intérprete constitucional afirmó que este derecho «no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida» (STC 114/1984).

La comunicación es una transmisión de expresiones de sentido que, una vez recibida por su destinatario, se integra en su esfera intelectual. Supone necesariamente el levantamiento de su ocultación a favor del destinatario comunicacional. Por tanto, la retención del contenido de la comunicación por parte de su destinatario, sea de forma física, como en el caso de la correspondencia *intercambiada*, o mediante grabación o reproducción, no supone vulneración alguna del derecho en la medida en que no hay —no puede haber— ruptura del secreto.

Tampoco opera completamente el secreto respecto al prestador del servicio soporte de la comunicación. Aun cuando tiene la consideración de «tercero ajeno a la comunicación», por cuanto no emite, ni a él se dirigen, las expresiones de sentido en cuyo intercambio la comunicación consiste, requiere, para proporcionar su necesaria intermediación técnica, del acceso a determinados

elementos de la comunicación que, para el resto, permanecen sujetos a secreto. Así sucede con aquellos datos que necesita conocer para hacer posible la comunicación y, en su caso, para facturarla: la existencia de la comunicación, desde luego, pero también otros datos externos que permiten su activación técnica —identidad de los comunicantes (o de los titulares de la «línea»), fecha, hora de inicio y fin y, por tanto, duración, etc.— y, en ocasiones, el propio mensaje transmitido (piénsese en las comunicaciones telegráficas o en otras modalidades que requieren constancia de su contenido, como el burofax o el servicio de telegrama online).

Por tanto, frente al prestador del servicio de comunicaciones, será oponible el secreto en todo aquello que no resulte técnicamente preciso para hacer posible la comunicación y el correspondiente abono de la prestación proporcionada; en iguales condiciones que para cualquier otro tercero ajeno. Pero además, para garantizar completamente la inaccesibilidad de las comunicaciones, el ordenamiento activa respecto del prestador del servicio el mecanismo oportuno para impedir que el conocimiento rebase el círculo reducido de personas que lo poseen, quedando así sujeto a un deber de confidencialidad, del que solo podrá ser dispensado con arreglo a norma jurídica.

### 3. *El secreto tecnológicamente garantizado*

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se cimienta substancialmente sobre dos mecanismos. Por un lado, la prohibición de descubrir el proceso comunicativo blindado con el secreto. Por otro, la prohibición de revelar aquello conocido bajo condición de confidencialidad. Estas dos técnicas resultan en principio suficientes para evitar potenciales intromisiones en los sistemas comunicativos tradicionales y además se adecúan a la estructura que la norma iusfundamental dispone, al garantizar el secreto y, a su vez, permitir su alzamiento en los casos previstos.

No obstante, la incorporación por defecto de técnicas de cifrado extremo a extremo a plataformas comunicativas de uso generalizado ha alterado notablemente este esquema, por cuanto buena parte de las comunicaciones intercambiadas cada día resulten ilegibles por terceros en caso de ser interceptadas mientras transitan por la red.

La criptografía mantiene con el derecho al secreto de las comunicaciones una relación inevitablemente ambivalente, pues si bien refuerza materialmente el secreto comunicacional, obstaculiza su legítima desactivación también en los casos constitucionalmente permitidos. Por ello, la generalización de su uso ha provocado la reacción de los Estados que, al ver limitada su capacidad legítima de interceptar comunicaciones y, por tanto, sus funciones de mantenimiento de la seguridad pública y persecución delictiva, han propuesto establecer restricciones de uso. Las eventuales soluciones en este frágil binomio libertad-seguridad, abarcarían desde la absoluta prohibición del uso de criptografía hasta

su total libertad. Se hace en todo caso necesario determinar en qué medida el reconocimiento de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones puede influir en los posibles modos de regular el uso de técnicas de cifrado.

Su contenido esencial, aquello que se impone a la voluntad del legislador, se identifica con la prohibición constitucional de desvelar la comunicación, a la vez que eximir de dicha prohibición, en los presupuestos legalmente dispuestos y con la debida autorización judicial. La criptografía, sin embargo, guarda con el derecho fundamental una relación de instrumentalidad en la que claramente puede diferenciarse derecho protegido y artificio tecnológico para su preservación, pero en ningún caso el uso de la criptografía forma parte del contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por tanto, no puede identificarse en el art. 18.3 CE un derecho constitucionalmente garantizado a la utilización de sistemas de cifrado de comunicaciones.

La decisión sobre el modo de regular la criptografía es, por tanto, de carácter político. Sin embargo, no se trata de una decisión incondicionada pues, en la medida en que el uso de la criptografía puede incidir, como garantía material de carácter tecnológico, en la efectividad del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones —y en la de otros— deberá tener en cuenta el sistema iusfundamental que la Constitución configura. Los derechos fundamentales poseen una dimensión objetiva que se proyecta sobre el ordenamiento jurídico y se comportan como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa, obligando a los poderes públicos a contribuir a su efectividad. Por ello, en la medida en que el art. 18 CE enuncia una serie de derechos tendentes a garantizar espacios de inmunidad en la vida privada del individuo y a cuya efectividad puede contribuir el uso de técnicas de cifrado, su total prohibición no es una opción atendible.

La solución pasa por adoptar un sistema que permita el uso de técnicas de cifrado y, al mismo tiempo, garantice el normal desarrollo de las actividades estatales dirigidas a salvaguardar la seguridad. Las soluciones exploradas son diversas, y abarcan desde la imposición de sistemas de depósito y recuperación de claves hasta la aplicación de técnicas de criptoanálisis sobre comunicaciones intervenidas. En la actualidad, la técnica que se ha reputado como más eficaz consiste en acceder a las comunicaciones en aquellos momentos en que el cifrado no resulta operativo, recurriendo a programas de registro remoto de dispositivos como *Pegasus*, de máxima actualidad mientras se escriben estas líneas. No existe, sin embargo, una única solución, sino que la decisión de recurrir a una u otra de las técnicas disponibles dependerá de la eficacia y proporcionalidad de su uso en el caso concreto.

#### IV. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

El secreto de las comunicaciones no se garantiza por la norma iusfundamental disponiendo una incondicional prohibición de ruptura, sino previendo las condiciones para su levantamiento constitucionalmente legítimo. Así pues, la posibilidad de levantar el secreto de las comunicaciones constituye un límite al derecho fundamental previsto en el 18.3 CE, pues supone la negación a una persona concreta (y sobre unas concretas comunicaciones durante un tiempo concreto) de una conducta que inicialmente está protegida por el derecho: la garantía de secreto, la prohibición de su ruptura.

No obstante, la literalidad del precepto identifica de forma explícita únicamente el órgano encargado de autorizar tal posibilidad: el juez. Esta previsión limitativa no es, sin embargo, premisa suficiente para que el órgano judicial habilitado constitucionalmente pueda alzar el secreto, sino que requiere de la previa actividad del legislador para precisar, no sólo el concreto órgano judicial competente y el procedimiento oportuno, sino también los presupuestos y condiciones en que el juez, *ex lege*, puede autorizar su práctica. La explícita previsión de la necesidad de resolución judicial en el 18.3 CE debe, por tanto, ser vista como una garantía de segundo grado: en aquellos supuestos en que el legislador posibilite alzar el secreto debe ser el juez quien lo autorice, pero en estricta observancia de lo dispuesto por aquél.

El ordenamiento infraconstitucional español nunca ha estado —desde la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, desde el reconocimiento del derecho fundamental que venimos considerando— carente de norma que permitiese al juez, en la fase instructora del proceso penal, alzar el secreto de determinadas comunicaciones. La Ley de Enjuiciamiento Criminal preveía ya desde 1882 la posible intervención de la correspondencia postal y telegráfica del procesado. Sin embargo, la reserva de ley no se colma con la mera existencia de la medida limitativa del derecho fundamental, sino que, en atención a los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de las normas, la ley que la desarrolle debe satisfacer criterios de previsibilidad y precisión.

El problema al momento de aprobarse la Constitución se encontraba precisamente en la insuficiencia de la regulación legal del límite, y ello tanto por la falta de previsión expresa de la posibilidad de intervenir ciertas comunicaciones —hasta 1988 no se regula, pese a su práctica frecuente, la intervención de comunicaciones telefónicas en la LECrim— como, colmado lo anterior, por la escasa precisión de los presupuestos y condiciones fijados en la norma para llevar a cabo tal actuación.

Las carencias en la *calidad* de la ley habilitante de la intervención fueron advertidas por diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos *Valenzuela Contreras* y *Prado Bugallo*), señalando que la ley española no cumplía con las exigencias debidas de accesibilidad y precisión. Sin embargo,

el Tribunal Constitucional consideró que no eran contrarias a la Constitución las autorizaciones de intervención de formas de comunicaciones no reguladas que, atendidas las garantías previstas para la correspondencia, acogieran una rigurosa motivación del juicio de oportunidad y la proporcionalidad de la intervención, diferenciando así entre el *peligro* del actuar arbitrario que la ausencia de precisión legislativa pudiera conllevar y el hecho de que el juez, efectivamente, hubiera actuado arbitrariamente (STC 49/1999) y permitiendo, por tanto, sanar las insuficiencias de la norma por el buen hacer judicial en su aplicación.

La solución llegará finalmente con la aprobación, diecisiete años después de la primera condena del TEDH a España, de 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. La reforma incorpora al articulado de la LECrim, como expresamente reconoce su Preámbulo, los criterios que jurisprudencialmente habían sido señalados como de necesaria observancia y, efectivamente, resultan perfectamente reconocibles todas y cada una de las garantías que el TEDH había considerado que debían estar presentes en la ley para entenderla conforme al Convenio en términos de previsibilidad y precisión (entre otras, la previsión de un catálogo de delitos que permiten la activación de la medida, su duración o su control judicial).

## V. CONCLUSIONES

I. El artículo 18.3 de la Constitución española de 1978 garantiza un derecho fundamental autónomo dirigido a descartar los riesgos propios de los procesos comunicativos a través de medios técnicos, así como los derivados de la necesaria participación de un tercero. De ahí que la garantía iusfundamental se disocie del contenido comunicado: el secreto posee naturaleza formal y protege el proceso comunicativo en su totalidad.

El objeto del derecho fundamental se configura como prohibición dirigida al poder público. El art. 18.3 CE veda la intervención de las comunicaciones mediante su secreto y, de este modo, las asegura exentas de injerencias no autorizadas o consentidas. Tal prohibición no es absoluta, sino sujeta a excepción en determinadas circunstancias. La norma se estructura a partir de dos proposiciones típicas comunes a todos los ordenamientos: la garantía de secreto y posibilidad de su levantamiento judicial. El contenido del derecho consiste en la facultad de su titular de reaccionar frente al incumplimiento de la prohibición o la inobservancia de las condiciones constitucionalmente previstas para excepcionarla.

II. El espacio de autodeterminación viene delimitado en la norma iusfundamental por los conceptos de «comunicación» y «secreto». A falta de definición normativa expresa, el concepto de comunicación del art. 18.3 CE resulta de la concurrencia

del concepto de secreto, de las características comunes a los medios expresamente enunciados en el precepto, y de los bienes y valores jurídicos fundamento del derecho. Las comunicaciones que se benefician de la garantía de secreto son así las consistentes en un intercambio de expresiones de sentido, entre personas determinadas y mediante soportes que permiten su transmisión en canal cerrado.

La eficacia temporal del derecho no alcanza a todas las fases del proceso comunicativo en abstracto, sino tan solo a aquellas en que la vulnerabilidad asociada a la dependencia técnica del tercero requiere la garantía formal de secreto. El secreto despliega su eficacia en aquellas fases en que el tercero prestador del servicio comparte el control de la comunicación con los interlocutores.

En el caso de comunicaciones bidireccionales simultáneas —telefonía o videotelefonía— la garantía de secreto nace con la activación del soporte por el emisor y cesa con su desactivación por todos los intervinientes en el proceso comunicativo. En comunicaciones unidireccionales de tracto alternativo —correspondencia, telegrafía o mensajería telemática— el secreto opera desde que el emisor cede el control de la comunicación al tercero prestador y hasta su recuperación por el destinatario con la recepción del mensaje. Y ello con independencia del momento en que se produzca el acceso intelectual a su contenido o se lleve a cabo la apertura de la comunicación como presunción de conocimiento. Con la desactivación del soporte o la recepción del mensaje los registros resultantes del proceso comunicativo devienen datos estáticos ajenos al objeto de este derecho.

III. El concepto de secreto de nuestro ordenamiento jurídico reconoce un dominio del conocimiento por parte del sujeto habilitado y una facultad de exclusión del acceso de terceros. Todo ello al servicio de bienes y valores jurídicos constitucionales.

En el art. 18.3 CE el ámbito objetivo del secreto se predica del proceso comunicativo en todos sus aspectos: existencia, contenido comunicado y datos asociados tales como circunstancias del proceso, fecha, duración o identificación de los medios utilizados. Desde un punto de vista subjetivo, el secreto supone un límite al conocimiento ajeno, por lo que no opera entre los participantes en el proceso comunicativo. Tampoco opera frente al prestador del servicio respecto de aquellos datos precisos a su función de intermediarlo; sobre ellos rige un deber de confidencialidad del que, no obstante, puede ser dispensado con arreglo a norma jurídica habilitante.

El recurso al cifrado no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, sino que guarda con él una relación de instrumentalidad: una cosa es el derecho protegido y otra el artificio técnico al servicio de su preservación. Por tanto, la decisión política sobre la regulación del uso de criptografía solo puede serlo de oportunidad; y hasta el límite del respeto de la dimensión objetiva del sistema iusfundamental que la Constitución configura.

En tal sentido, se propone:

1. El rechazo de una prohibición absoluta de su utilización como técnica de protección del secreto.
2. Su reducción a un uso mediante protocolos descriptores de los supuestos de acceso y desactivación de la protección encriptada de una comunicación concreta.
3. Los supuestos podrían consistir, en el estado actual del conocimiento científico tecnológico, en el recurso a técnicas desactivadoras mediante suplantación, criptoanálisis, registro remoto y establecimiento de deberes de colaboración de terceros
4. Los instrumentos anteriores son preferibles, en atención a los bienes jurídicos en juego en el art. 18.3 CE, al establecimiento de una regulación general de los elementos internos de los sistemas de cifrado, como sucede en el régimen de depósito y recuperación de claves.

IV. La mera activación de un proceso comunicativo incluye, con independencia de su contenido y resultado, un conjunto de datos técnicos indicativos del origen y destino de la comunicación, encaminamiento, datos temporales, volumen de la información transmitida y tipo de comunicación. Estos datos de tráfico se suman a aquéllos que el proveedor de servicios de comunicaciones posee como resultado de la relación contractual que mantiene con su cliente y que son ajenos al proceso de comunicación concreto.

Sólo los primeros —datos de tráfico de la comunicación concreta— forman parte del objeto del derecho al secreto de las comunicaciones; y sólo cuando nacen y permanecen como parte indisociable del proceso comunicativo en curso. El acceso a datos de tráfico de comunicaciones finalizadas, y por tanto obrantes en los dispositivos de los comunicantes o en poder del prestador del servicio de comunicaciones, en correcto cumplimiento del deber legal de conservación, excede del objeto del art. 18.3 CE. Su tutela podrá corresponder, en su caso, a otros derechos como la intimidad o la protección de datos de carácter personal.

V. El secreto de las comunicaciones no posee carácter absoluto, sino que incluye un espacio de injerencia constitucionalmente conforme.

La posibilidad de levantar el secreto de las comunicaciones constituye un límite al ejercicio del derecho fundamental previsto en el art. 18.3 CE. Pese a que la literalidad del precepto solo alude al órgano judicial, se trata de una habilitación de segundo grado que requiere la previa intervención del legislador para regular su procedimiento y presupuestos.

Además del respeto al contenido esencial del derecho, la ley debe satisfacer criterios de previsibilidad y precisión en el desarrollo del límite, y hallar fundamento en la protección de un bien o interés jurídico constitucionalmente legítimo.

Por su parte, la decisión judicial de intervención de comunicaciones deberá atender, además de a los presupuestos legislativamente dispuestos, a la necesaria superación del juicio de proporcionalidad.

---