

Intervención de las comunicaciones e intervención de las conversaciones: una misma protección iusfundamental.

Intervention of the communications and intervention of the conversations: a same fundamental protection

Cristina Zoco – Universidad Pública de Navarra – cristina.zoco@unavarra.es

Resumen: Este trabajo analiza el objeto del artículo 18.3 CE -el secreto de las comunicaciones- a la luz de la revolución tecnológica habida desde la aprobación de la Constitución Española. Se concluye que existen discordancias entre el objeto protegido en la norma de derecho fundamental -el secreto del proceso de las comunicaciones-, y el protegido por la jurisprudencia y la doctrina inicial -el secreto del proceso *técnico* de las comunicaciones-. Se precisa que el art. 18.3 CE protege el proceso de las comunicaciones, o el transcurso de lo que se comunica o se pretende transmitir por el emisor al receptor, por lo que la interceptación de las conversaciones y de las comunicaciones tienen la misma protección iusfundamental.

Abstract: The object of Article 18.3 EC - the secret of communications - and its content - the protection of the formality of communications and the possibility of intervening by means of a judicial decision - has been analyzed in the light of the technological revolution since the adoption of the Spanish constitution. It has been argued that there is disagreement between the protected object in the norm of fundamental right - the secret of the communications process - and the one protected by jurisprudence and the initial doctrine - the secret of the technical process of communications. It has therefore been concluded that the

interception of the talks and communications have the same fundamental protection.

Keywords: Comunicaciones; conversaciones; intimidad, autorización judicial.

1. Introducción

La evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación ha redundado en sofisticados procedimientos técnicos de intervención de las comunicaciones; su potencialidad ha permitido interceptar no sólo las conversaciones directas a larga distancia (grabadoras móviles, micrófonos “espía”, aeronaves no tripuladas o drones); también las comunicaciones ambientales con ocasión de la interceptación de comunicaciones en soporte (SITEL) u otros datos previos a la interceptación de una comunicación a través de medio técnico, como la localización geográfica o el número de aparato de terminales móviles e informáticos (a través de recolectores de datos IMSI, o IMSI *cátcher*).

Tales interceptaciones técnicas de las conversaciones tienen que ser protegidas por la garantía de resolución judicial. Pues el secreto de las comunicaciones protegido el art. 18.3 CE garantiza el proceso de las comunicaciones, así como su interceptación previa resolución judicial; lo “oculto” o “secreto” es el transcurso de lo que se comunica o se pretende transmitir por el emisor al receptor, al margen del contenido más o menos íntimo de lo comunicado; también con independencia de que el mensaje sea ilegible o inexistente o de que tal transmisión de mensajes no llegue a efectuarse. Por tanto, al margen de que el tipo de comunicación sea directa o a través de medio técnico.

Lo “secreto” u “oculto” se identifica con la formalidad de las comunicaciones, al margen de la suerte del mensaje, de su contenido más o menos íntimo, o del tipo de mensaje. Sin embargo, *ab initio*, la jurisprudencia constitucional ha identificado el “secreto” protegido con el proceso *técnico* de las comunicaciones; entendiendo que lo “oculto” no es el transcurso de las

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

comunicaciones sino el proceso de lo comunicado desde la activación del soporte y hasta su desactivación. La razón ha estribado en un entendimiento convencional de la relación abierta de tipos comunicativos mediante soporte que contiene la fórmula del art. 18.3 CE (“en especial de las postales, telegráficas y telefónicas”) como inclusiva de cualesquiera otras comunicaciones siempre que lo sean mediante artificio técnico (chats, webconferencias, videoconferencias, correos electrónicos), al tiempo que excluyente de las comunicaciones que no sean mediante soporte (las conversaciones directas). De tal forma, que la interceptación de las conversaciones queda protegida por el derecho fundamental a la intimidad que, sin embargo, no incluye no incluye una autorización judicial que permita delimitar, de modo restrictivo, la intimidad en aras de la seguridad pública.

En este trabajo se evidencian las discordancias entre el objeto protegido en la norma de derecho fundamental (18.3 CE) y la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia constitucional inicial han llevado a cabo. También se determina que el proceso de las conversaciones y el de las comunicaciones quedan igualmente protegidos por la garantía de autorización judicial que permite delimitar, de modo restrictivo, el secreto de las comunicaciones en aras de la seguridad pública.

2. Contenido iusfundamental

Es criterio reiterado por la doctrina y la jurisprudencia que el secreto de las comunicaciones garantiza la libre comunicación con otras personas a través de artificio técnico, excluyendo a todos los demás, pues trata de preservar al individuo su esfera de actuación libre de intervención de los poderes públicos y de los particulares (Díez-Picazo, 2005; 313). El art. 18.3 CE garantiza la libertad de las comunicaciones, entendida como proceso de transmisión de pensamientos, ideas, opiniones, o datos adjuntos a las comunicaciones, a través de un medio técnico, libre de la intromisión de terceros (Rodríguez, 2011: 206)¹.

¹ Se protege la comunicación realizada a través de canales o medios cerrados, entendiendo

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

El contenido del art. 18.3 CE tiene una doble dimensión. De un lado, protege el derecho de toda persona a utilizar los medios que la tecnología o el procedimiento ofrece para transmitir las comunicaciones a través de dichos medios. También permite la intervención de las comunicaciones realizadas a través de medio técnico de uso mediante autorización judicial que sea constitucionalmente conforme. En tal sentido, proscribire la inmisión de un tercero en el proceso comunicativo, si no es con el consentimiento del titular de dicho proceso, de modo expreso o presunto, o mediante resolución judicial suficientemente fundada.

El artículo 18.3 CE delimita el contenido del secreto de las comunicaciones al permitir interceptarlas cuando exista una resolución judicial suficientemente motivada que, en sí misma, no constituya una actuación probatoria, pero pueda conducir como diligencia instructora a la obtención de prueba; bien mediante la aprehensión de cartas o telegramas, bien mediante la grabación de una conversación telefónica. La LO 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 (en adelante, LOMLECrim) ha enumerado los criterios que el órgano judicial tiene que argüir para interceptar las comunicaciones en aras de la previsibilidad legal, al tiempo que incorpora la necesidad de fundar la medida en la existencia de indicios racionales de la presunta comisión de un delito grave sin desarrollar cuál sea su significado.

Durante mucho tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han intentado compensar la ausencia de una definición de las sospechas objetivas que la Constitución no incluye, ni tampoco el antiguo art. 579 LECrim, limitándose únicamente a determinar que la intervención judicial de las diferentes modalidades comunicativas tenía que fundarse en la

por tales, no aquellos medios inexpugnables al conocimiento ajeno, sino como contraposición a la comunicación abierta, esto es, no secreta (STC 170/2013). Sobre esta cuestión véase también (Rodríguez, 2014: 4)

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

existencia de indicios de obtener por este medio algún hecho o circunstancia comprobación de un hecho o circunstancia importante para la causa².

La LOMLECrim establece que la solicitud de autorización judicial que presente el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial y confirme el juez de forma motivada, deberá contener, de modo específico, la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; la identificación de la conexión objeto de la intervención; o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate (art. 588 ter. d. 1). Además, se incluye que, con la finalidad de determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial pueda tener por objeto alguno de los siguientes extremos: el registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta; el conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza; la localización geográfica del origen o destino de la comunicación; y el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación.

Por primera vez, la LOMLECrim delimita, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, los delitos graves por cuyas sospechas es posible intervenir cualquier modalidad comunicativa. El antiguo artículo 579 LECrim, omitía toda referencia a la naturaleza de los delitos por cuyas sospechas objetivas de su comisión pasada o futura es posible intervenir las comunicaciones, en garantía del contenido esencial del artículo 18.3 CE.

Frente a otros modelos comparados, la reforma opta por exigir la concurrencia no cumulativa de cualquiera de los tres requisitos que la LOMLECrim exige.

² La motivación sobre la existencia de indicios racionales de la presunta comisión de un delito constituye el fundamento de la intervención de las comunicaciones, por constituir la razón que impide convertir al Estado de Derecho en uno policial, usurpador de los derechos y libertades de los ciudadanos; constituye el fundamento de la racionalidad de la medida de intervención del secreto de las comunicaciones, subcriterio de proporcionalidad desde el momento constituyente. Es preciso que la Constitución desarrolle cuál sea el significado de los indicios racionales, con el fin de que la medida garantice la exigencia de proporcionalidad desde el momento constituyente, en aras del bien jurídico que persigue tal intervención: la seguridad pública; también es necesario que la norma determine en qué medida ello obedece al bien jurídico que se pretende proteger, la seguridad pública y cuál es su significado. Finalmente, la norma de derecho fundamental tiene que aludir a la preceptiva regulación legal del tiempo de intervención y el tipo de delitos que desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo.

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

Así pues, se entiende que la resolución judicial de intervención podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o delitos de terrorismo (art. 579.1 LOMLECrim).

El secreto de las comunicaciones constituye un derecho autónomo que consagra la libertad de las comunicaciones de modo implícito y, de modo expreso, su secreto. Posee eficacia directa³, por lo que prohíbe la intervención de las comunicaciones ajenas (poderes públicos y particulares), realizadas a través de un medio técnico, o mediante la aprehensión física del soporte de un mensaje⁴, al tiempo que permite su interceptación siempre que vaya precedida de una resolución judicial que sea constitucionalmente conforme (Pulido, 2007: 9-11); es decir, fundada en sospechas objetivas de la presunta comisión de un delito grave del intervenido, que puede ser el sospechoso o un tercero relacionado con él⁵. En tal sentido, la entrega de listados de teléfonos

³ Esta tesis (Bilbao, 1997: 809-810), no es sostenida por otro sector de la doctrina, que defiende que el secreto de las comunicaciones constituye sólo un derecho público subjetivo por lo que del artículo 18.3 CE no se origina para los particulares, de modo directo, deber alguno que sea jurídicamente coercible; deber que puede existir a partir de la existencia de disposiciones infraconstitucionales, penales o civiles (Jiménez, 1987: 56-58). Sin embargo, el carácter normativo de la Constitución determina que los derechos fundamentales son de aplicación directa frente a los poderes públicos y los particulares (artículo 9.1 CE), cuando no hay una ley que adapte el contenido de un derecho fundamental en defensa de la autonomía privada. Así, por ejemplo, la intervención de las comunicaciones en el centro de trabajo por parte del empresario, determina la necesidad de cohonestar las debidas garantías de la intervención de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) con la libertad de empresa exigida por el artículo 38 CE. Sin embargo, la inexistencia de un procedimiento especial para la intervención de las comunicaciones cuando la necesidad de ello se origina en el ámbito privado, no permite al empresario intervenir las comunicaciones sin cumplir el procedimiento general habilitado para ello pues, por encima de todo, debe ser respetado el derecho fundamental, y, con él, las garantías generales establecidas por la ley para su efectivo cumplimiento.

⁴En suma, se proscribe toda intervención en sentido estricto que suponga una aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación de otra forma del proceso de comunicación, como el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (por ejemplo, la apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario (STC 230/2007).

⁵La intervención de las comunicaciones no se puede decidir con fines meramente prospectivos, es decir, sino por existir sospechas objetivas de la presunta comisión de un delito (ANDRÉS, 2005: 20). Sin embargo, ello no significa que el intervenido tenga que estar imputado, ni haberse procedido a la apertura de procedimiento contra dicho interceptado o

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

de llamadas recibidas de números de teléfono de receptores sospechosos por las compañías telefónicas a la policía sin previa intervención de las comunicaciones a través de medio técnico de uso y previa autorización judicial motivada no queda protegida por el artículo 18.3 CE, pues no se trata de datos obtenidos como consecuencia de la intervención de las comunicaciones, constitucionalmente conforme⁶.

La protección del secreto de las comunicaciones, así como la posibilidad de intervenirlas previa resolución judicial tienen naturaleza iusfundamental, por lo que es necesario que la ley prevea las condiciones mediante las cuales es preciso delimitar, de modo restrictivo, el contenido del artículo 18.3 CE. El carácter iusfundamental de la resolución judicial motivada de interceptación que delimita restrictivamente el artículo 18.3 CE determina la necesidad de una pormenorización legislativa de los criterios judiciales de intervención, en garantía de la seguridad e igualdad en la aplicación de las normas (previsibilidad legal).

El legislador, en cuanto intérprete inmediato de la Constitución, no sólo tiene que desarrollar el contenido de los derechos fundamentales de configuración legal; también puede configurar la determinación constitucional previa de los demás derechos fundamentales si ello es necesario para garantizar la aplicación efectiva de lo prescrito por el derecho fundamental. De manera, que el órgano judicial tenga el mayor conocimiento legal posible de los criterios que, aplicados al caso concreto, tiene que argüir para autorizar una intervención de las comunicaciones constitucionalmente conforme. Así mismo, el juez no sólo tiene que aplicar los criterios que el legislador ha establecido

contra tercero relacionado con él, pues no se requiere la existencia de indicios razonables de su presunta culpabilidad. Precisamente, la intervención de las comunicaciones persigue la obtención de pruebas para abrir el proceso de instrucción contra el intervenido, o tercero relacionado con él.

⁶El Tribunal Constitucional ha expresado que la vulneración del secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación: existencia, contenido, y circunstancias externas (SSTC 56/2003; 123/2002; 70/2002).

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

para delimitar restrictivamente el artículo 18.3 CE. Tiene que valorar otro elemento de proporcionalidad no menos importante: la necesidad de intervenir por existir otros medios probatorios menos lesivos de este derecho fundamental.

La intervención de las comunicaciones constituye, en rigor, un “límite interno” de la definición constitucional del contenido de este derecho fundamental; forma parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE, pues, como señala la doctrina la determinación de estos límites internos no priva de protección a una de las expectativas de comportamiento que se acomodan desde el principio al objeto del derecho fundamental. En definitiva, tal límite constitucionalmente ya fijado las excluye desde un principio de la garantía constitucional, y sin necesidad de que un poder público habilitado cree una norma para realizar esa exclusión, que constituye el objetivo de los límites externos (VV.AA, 2004: 121). Ciertamente, que la posibilidad de intervenir las comunicaciones por sospechas objetivas de presuntos delincuentes o de terceros relacionados con ellos también ha sido definida por la doctrina como límite en sentido propio, por entender que la utilización constitucionalmente correcta del término “limitación” no se reduce únicamente a los pocos supuestos en los que la Constitución «apodera al legislador para restringir la titularidad o el ejercicio de un derecho ya definido con carácter general (...)». También en los casos «muchos más frecuentes en los que la misma Constitución prevé una privación o supresión singular del derecho fundamental de determinada persona»⁷.

En realidad, las consecuencias prácticas que se derivan de una u otra concepción no difieren en gran medida, pues la intervención judicial, se defina como límite en sentido propio, o como criterio delimitador del contenido del derecho (como límite interno del contenido del derecho fundamental) tiene que ser motivada de modo suficiente⁸. Sin embargo, la determinación de la

⁷JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 38; véase también SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 48 y 49.

⁸ El Tribunal Constitucional únicamente se ha referido a los límites de los derechos

autorización judicial motivada de la intervención de las comunicaciones como parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE, significa dotar a este aspecto del derecho de un mismo estatuto jurídico. Tan iusfundamental es la intervención judicial como la motivación que este órgano realiza de la misma. La Constitución prescinde *ab initio* del ejercicio de este derecho para personas o circunstancias determinadas (presuntos delincuentes o personas relacionadas con la investigación de delitos contra la salud o la seguridad del Estado) por lo que ello debe explicitarse en la resolución judicial.

La intervención judicial forma parte del artículo 18.3 CE por lo que tan esencial es la autorización del juez, como los criterios en los que se basa para ello. Significa que tan fundamental es que la ley prevea los criterios en virtud de los cuáles es necesario intervenir las comunicaciones como que dichos criterios se vinculen al control judicial sobre la oportunidad de intervenir, por valorar si existen otros medios probatorios que harían innecesaria la incoación de esta diligencia.

3. El proceso de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 CE

El secreto protegido por el art. 18.3 CE es, ante todo, el transcurso o libertad de las comunicaciones⁹ frente a cualquier interceptación técnica de terceros¹⁰.

fundamentales para indicar que toda resolución que limite un derecho fundamental debe estar motivada, de tal manera que las medidas limitadoras han de ser necesarias para conseguir el fin perseguido (STC 13/1985).

⁹ El secreto es expresión de la reserva de comunicación; se identifica como “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Edición nº 23, 2014. El concepto de secreto está íntimamente ligado a la noción de reserva (Tejerina, 2014: 190). Si bien el objeto protegido por el art. 18.3 CE son las comunicaciones que se transmiten o pretende comunicar, la jurisprudencia constitucional ha entendido que lo protegido es la comunicación a través de medio técnico: “La transmisión, compartición o intercambio de información entre dos o más sujetos determinados o determinables dirigida a través de determinados canales cerrados de comunicaciones que son gestionadas por terceras personas o entidades en quienes se confía no sólo su buen fin, sino también la confidencialidad en su gestión frente al conocimiento ajeno”, (STC 170/2013). La doctrina ha resumido los criterios esenciales que protegen la comunicación desde una perspectiva constitucional: intercambio o compartición de información; participación en el proceso comunicativo de intercomunicantes determinados o determinables, tanto en los supuestos de comunicaciones unidireccionales -correo electrónico-, bidireccionales -conversación telefónica- como multidireccionales -redes sociales-; y la inmediatez de un 3º prestador del servicio de comunicación unido a los interlocutores por vínculos de confidencialidad, a través

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

El transcurso de lo comunicado, o al menos de lo que se pretende transmitir -el objeto propio del art. 18.3 CE-, es lo que identifica al secreto de las comunicaciones y le otorga autonomía frente a otros derechos fundamentales. Verdaderamente, lo “secreto” es el proceso de lo que se transmite -señala la jurisprudencia-, con independencia del contenido más o menos íntimo de la comunicación¹¹; El art. 18.3 CE es un derecho de naturaleza formal; se diferencia del derecho a la intimidad en que el “secreto” garantizado por el art. 18.1 CE tiene un significado material, pues protege el área que cada cual reserva para sí -o para sí y sus “íntimos”- apartándola en mérito al contenido de la acción o de la situación de que se trate, del conocimiento de terceros. En tal sentido, se afirma que “toda comunicación es, para la norma fundamental, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas o no” (Jiménez: 1987: 40-41), (Díez-Picazo, 2005: 311), (Elvira, 2007: 16), (Rodríguez, 2011: 207-208).

El secreto protegido por el art. 18.3 CE también es el transcurso de lo que no se comunica pero se pretende transmitir; bien porque el receptor no ha recibido el mensaje activado por el receptor¹²; o porque el mensaje es ilegible, o ausente de contenido.

de un canal cerrado de comunicaciones (Rodríguez, 2016: 28). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente diferencia entre conversaciones verbales y comunicaciones a través de medio técnico en relación con la utilización de micrófonos ocultos en dependencias policiales, STC 145/2014. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha diferenciado entre conversaciones directas y comunicaciones a través de medio técnico: SSTEDH de 27 de octubre de 2015 (Caso R.E contra Reino Unido); de 25 de septiembre de 2001 (Caso P.G y J.H contra Reino Unido); de 12 de mayo de 2000 (Caso Khan contra Reino Unido).

¹⁰ SSTC 170/2013; 56/2003; 175/2000; 114/1984. El secreto protege el proceso de comunicación, frente a la intervención de terceros: se diferencia, así, *entre “grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros”* (STS 298/2013 de 13 marzo, Sala de lo Penal, Sección 1ª). Así pues, no se vulnera el secreto de las comunicaciones cuando las pruebas obtenidas lo son como consecuencia de la grabación de conversaciones propias, más no debido a la intervención ajena de las mismas. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en este sentido, (Rives, 2010: 269-279). Tampoco se vulnera el art. 18.3 CE cuando un tercero (la policía) escucha una conversación telefónica que transcurre en un lugar de lícito acceso público, o en un lugar aparentemente cerrado pero desde el cual se permite escuchar. Todo ello, aunque lo escuchado tenga que ver con la preparación de la comisión de un delito, SSTS 218/2007, de 5 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); 1017/2001, de 9 de junio; 591/2002, de 1 de abril.

¹¹ SSTC 70/2002; 114/1984; STS 301/2013, de 18 de abril (Sala de lo Penal, Sección 1ª).

¹² Así, por ejemplo, porque el receptor no ha contestado a las llamadas telefónicas, o porque no ha leído los correos electrónicos o los mensajes de *Whatsapp* enviados a sus terminales informáticos o móviles.

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

Así pues, resulta irrelevante cuál sea el contenido más o menos íntimo de la comunicación entre emisor y receptor (Zoco, 2015: 94)¹³; como también resulta intrascendente cual sea la efectividad de la comunicación porque el mensaje no sea, finalmente, recibido por el receptor. La doctrina ha señalado que la protección del art. 18.3 CE no precisa de la efectiva realización de una comunicación en un medio no abierto (FERNÁNDEZ, 2004: 106).

En puridad, lo esencial o fundamental a los efectos de la protección constitucional es la activación del procedimiento potencialmente comunicativo. Así, por ejemplo, es posible que una llamada telefónica no sea contestada por el receptor de la misma; pero lo mismo ocurre con los correos electrónicos que todavía no han sido revisados por su receptor, o los mensajes de texto (*SMS*, o *Short Message Service*), o los mensajes de *Whatsapp* de los terminales móviles. La intervención de un correo electrónico, un *SMS* o un mensaje de *Whatsapp* no leído tiene que quedar igualmente protegida por la garantía de resolución judicial del art. 18.3 CE, por cuanto el proceso comunicativo ha comenzado.

Por las mismas razones anteriormente expresadas, resulta irrelevante que el mensaje que se envía o se pretende transmitir, sea ilegible, o ausente de contenido comunicativo, pues lo que protege el art. 18.3 CE es el proceso de transmisión frente a intervenciones ajenas; terceras personas que solo conocerán la ausencia de información comunicativa, la superficialidad del contenido de la comunicación o de su ilegibilidad tras haber intervenido tales mensajes, es decir, tras haber vulnerado el proceso comunicativo por haberlas interceptado sin resolución judicial o sin consentimiento de su titular¹⁴.

Cierto, que la comunicación constituye el procedimiento para la transmisión de mensajes en cuyo curso se hacen llegar al receptor expresiones del propio

¹³ “El carácter formal de este derecho traduce que en España, ni se ordena la desconexión inmediata de una llamada intervenida cuando se tengan indicios de que la comunicación va a ser íntima, ni se valida el acceso a comunicaciones de contenido delictivo sin autorización judicial. Si el secreto de las comunicaciones dependiera de su contenido, existiría un aliciente para adelantar interceptaciones telefónicas sin orden judicial en espera de posterior validación”, (CASABIANCA, 2016: 65).

¹⁴ Piénsese, por ejemplo, en la cesión de las claves del titular de un terminal informático a otra persona para que entre y observe los nuevos correos electrónicos enviados; o la puesta en conocimiento de las claves de un terminal móvil a un tercero, que le permiten intervenir el correo electrónico, los mensajes de texto (*SMS*) o los mensajes de *Whatsapp*.

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales (Jiménez, 1987: 46); sin embargo, la protección constitucional del proceso comunicativo frente a toda intervención ajena, al margen de su contenido, es determinante de la intrascendencia del envío de mensajes descodificados entre emisor y receptor¹⁵, o de que tales mensajes puedan enviarse al receptor sin contenido¹⁶; incluso, resulta intrascendente que el emisor y el receptor sean la misma persona¹⁷. Lo que se protege es el proceso de lo comunicado frente a intervenciones técnicas de terceros al margen de cuál sea el contenido, la suerte del mensaje (llegue o no al receptor), o la efectiva existencia del mismo. Se garantiza la opacidad del proceso de lo que se comunica o se pretende transmitir aun a resultas de que tal interceptación resulte infructuosa porque las comunicaciones no sean efectivas según las razones expresadas.

Lo protegido por el secreto de las comunicaciones -el transcurso de lo que se comunica o se pretende transmitir- permite diferenciar tal proceso comunicativo de otras situaciones jurídicamente relevantes desde la perspectiva de otros derechos fundamentales que se producen como consecuencia de la intervención del proceso sin las debidas garantías (intimidad, protección de datos personales). Así pues, el conocimiento ajeno de datos personales obtenidos como consecuencia de una intervención de la comunicación constitucionalmente conforme y su revelación a terceros, o su utilización para otro fin distinto que no sea la obtención de pruebas de la presunta comisión de un delito sin consentimiento de su titular, vulnera el derecho a la intimidad que

¹⁵ Debido a que algunos usuarios no utilizan programas de correo electrónico que soporten MIME (*Multipurpose Internet Mail Extensions, o Extensiones Multipropósito para el Correo Internet*), o proceso de codificación garantizado por la casi totalidad de programas para Windows; o debido también a que algunos administradores de servidores de correo no han prestado la suficiente atención que el tema merece, en algunos mensajes se pueden recibir caracteres extraños que pueden dar lugar a contenidos ininteligibles (REY, 2003: 66). La doctrina ha reconocido que si bien no se está “ante una comunicación en el sentido constitucional del concepto, cuando lo transmitido no sean contenidos intelectuales expresados, directa o indirectamente, a través del lenguaje (...) ha de tenerse presente que tal contenido –el mensaje-, no es, de modo directo, aquello de lo que se predica el secreto en la norma constitucional” (JIMÉNEZ, 1987: 46).

¹⁶ Sería el supuesto de mensajes de *whatsapp*s que el remitente envía sin contenido, por error. También el envío de un correo postal con una dirección errónea del destinatario.

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en el emisor de un correo electrónico con documentos adjuntos a su propio programa de mensajería instantánea. La razón estriba en que precisa ver tal contenido virtual desde otro terminal distinto al enviado (por ejemplo, el de su lugar de trabajo).

se predica del art. 18.1 CE¹⁸. Si la comunicación o mensaje contiene datos de tráfico, la sustracción de los mismos para una finalidad diferente para la que tales datos fueron cedidos vulnera la protección de datos personales ex art. 18.4 CE (Zoco, 2015: 101-109)¹⁹.

4. Comunicaciones técnicas y conversaciones

Desde la aprobación de la Constitución la jurisprudencia constitucional ha determinado que el secreto protegido no se identifica con el proceso de las comunicaciones sino con el proceso *técnico* de lo comunicado²⁰. La activación y desactivación del soporte de la comunicación operan, así, como términos temporales del proceso de lo comunicado protegido por el art. 18.3 CE, por lo que la protección se constriñe al proceso técnico de lo que se comunica, pero no al transcurso de las comunicaciones frente a intervenciones técnicas²¹.

La interpretación de lo que sea el objeto del art. 18.3 CE se ha basado en un entendimiento de que la enumeración abierta de tipos comunicativos mediante soporte que contiene la fórmula del art. 18.3 CE (“en especial de las postales, telegráficas y telefónicas”) es inclusiva de cualesquiera otras comunicaciones siempre que lo sean mediante artificio técnico pero excluyente de las

¹⁸ La autoridad policial no sólo no tiene que revelar el contenido de la información, con independencia de su carácter más o menos íntimo; tampoco los datos adjuntos de las comunicaciones intervenidas: el nombre de las personas con las que se comunica el intervenido, el lugar desde donde el interceptado se comunica con otras personas, documentos adjuntos que envía, etc.

¹⁹ Así mismo, las irregularidades cometidas en el control judicial *a posteriori* del resultado de la intervención telefónica, no constituyen una vulneración del art. 18.3 CE, STC 145/2014.

²⁰ SSTC 123/2002; 70/2002; 114/1984.

²¹ “Que el objeto de la garantía constitucional sea sólo el proceso de la comunicación (...) significa que quedan, de principio, fuera del ámbito del derecho las situaciones, acaso jurídicamente relevantes desde otra perspectiva, que se sitúan al margen del curso de aquélla. Antes de iniciada la comunicación no existe soporte alguno para la proyección del derecho que, no lo es, con la matización que a continuación se hace, para comunicarse, para acceder a la comunicación, sino para realizarla en secreto. Después de la conclusión de la comunicación, su hipotética documentación -escrita o de otro modo- podría, eventualmente, ser objeto de protección jurídica, pero esta protección no estaría ya al servicio de la comunicación misma, sino de sus contenidos (...)”, JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, nº 20, mayo-agosto, 1987, p. 42.

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

comunicaciones que no sean mediante soporte (las comunicaciones directas)²².

El trámite parlamentario de la definitiva redacción del art. 18.3 CE tuvo por objeto proteger las comunicaciones a través de medio técnico. El enunciado actual, sin embargo, se originó de una enmienda a la redacción propuesta por el Congreso de los Diputados con la siguiente redacción: “se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandato constitucional”. En él la protección del secreto de lo comunicado se circunscribió a las comunicaciones a través de medio técnico²³.

Justino de Azcárate defendió una enmienda -la nº 145- en la que se proponía la siguiente redacción: “se garantiza la libertad y el secreto de las comunicaciones, *y en especial* de las postales, telegráficas y telefónicas”. Tal enmienda únicamente se justificó en la necesidad de que el art. 18.3 CE no

²² Salvo que las mismas sean escuchadas como consecuencia de la apertura constitucionalmente conforme de las comunicaciones a través de medio técnico. La potencialidad de SITEL no sólo permite grabar las comunicaciones telefónicas sino también las conversaciones ambientales que se originan como consecuencia de la grabación de las comunicaciones mediante soporte. El Tribunal Supremo ha reiterado que la demanda sobre la potencialidad grabadora del sistema SITEL, captando no sólo las conversaciones del terminal telefónico, sino cualquier conversación de ambiente, queda protegida por la garantía de resolución judicial del art. 18.3 CE, SSTS 373/2016, de 3 de mayo (Sala de lo Penal, Sección 1ª); 592/2013, de 11 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª).

Por otra parte, la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo ha entendido que el conocimiento de conversaciones realizadas a través de canales públicos, susceptibles, de ser escuchadas libremente por terceros sin utilizar instrumento técnico no vulnera el art. 18.3 CE. Así por ejemplo la escucha de conversaciones por un radio teléfono sobre la presunta comisión de un delito por parte de uno de los interlocutores, STS 218/2007, de 5 de marzo (Sala 2ª de lo Penal); “La audición de las conversaciones que se mantenían a través de radioteléfonos que se encontraban indisposición de ser escuchadas por cualquier persona que se encontrara en las inmediaciones no supone lesión alguna al derecho que se invoca.”, STS 591/2002, de 1 de abril (Sala 2ª de lo Penal). Tampoco se vulnera el secreto de las comunicaciones cuando el titular de un número de abonado permite que se instale en su teléfono propio un aparato que capte datos externos de sus propias llamadas –entrantes o salientes-: “[...] El contenido de una conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recuerda fielmente lo conversado, o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.” STS 178/1996, de 1 de marzo (Sala 2ª de lo Penal).

²³ Justino de Azcárate Flórez (Diario de Sesiones del Senado, nº 43, Comisión Constitucional, de 24 de agosto de 1978, http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/SEN/DS/S_1978_043.PDF. A. 5/11/2016).

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

sólo debía garantizar ‘el secreto, si no la libertad de las comunicaciones’, pero no determinó las razones de la relación abierta de tipos comunicativos. El texto definitivo omitió la referencia inicial a la libertad de las comunicaciones; y si bien Azcárate Flórez no explicitó el significado de la expresión “en especial” que se añade a las “comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas”, la doctrina sí consideró que la expresión abierta suponía incluir la protección al inminente de otro medio de comunicación mediante soporte: las comunicaciones electrónicas (RODRÍGUEZ, 2016: 30).

Sin duda, que esta interpretación de la jurisprudencia y la doctrina sobre el objeto protegido por el art. 18.3 CE -el proceso de las comunicaciones técnicas- obedece a un momento constitucional inicial en el que apenas se podía presagiar la creación de sofisticados instrumentos de captación de conversaciones directas (drones, micrófonos “espía” de conversaciones ambientales e imágenes, móviles); sin embargo, en la actualidad, tales sofisticados medios de interceptación de las conversaciones ponen en riesgo la libertad de las comunicaciones de los particulares.

Verdaderamente, el término comunicación tienen un amplio significado “acción y efecto de comunicar o comunicarse”, sin que necesariamente sea mediante soporte²⁴. Así pues, el objeto protegido por el art. 18.3 CE -el proceso o libertad de las comunicaciones o el transcurso de lo comunicado- debe apreciarse no sólo al margen de la suerte del mensaje, del contenido o de su efectividad; también debe entenderse con independencia del tipo de mensaje.

La exclusión inicial de las conversaciones directas de la protección del art. 18.3 CE se ha justificado, además, en que éstas son secretas (reservadas) en diferente sentido a como lo son las comunicaciones a través de medio técnico; así pues, la doctrina ha expresado que es la voluntad de los comunicantes de no querer confiarlas a medio técnico alguno la razón que las hace ingresar en su ámbito propio de intimidad, adoptando una conducta de introversión, de apartamiento, que difiere, en cualidad, de la que consiste en el recurso a un

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, Edición 24ª, 2014.

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

medio técnico -siempre vulnerable- de comunicación (Jiménez, 1987: 49). La doctrina ha reafirmado que únicamente la comunicación que ha de valerse de algún medio técnico (postal, telegráfico, telefónico, informático, etc.) está protegida por las garantías del art. 18.3 CE. No lo está, en cambio, la comunicación directa (verbal o no verbal), ya que aquí depende esencialmente de los propios comunicantes evitar la interferencia de terceros (Díez-Picazo, 2005: 311).

La mayor voluntad de reserva de las comunicaciones directas, frente a las que se llevan a cabo a través de medio técnico por parte de los comunicantes es, en la actualidad, cuestionable. De un lado, porque los sofisticados medios tecnológicos de intervención de las comunicaciones directas a disposición de los particulares ponen en riesgo la libertad de las comunicaciones directas²⁵. También porque es difícil valorar, desde un punto de vista jurídico, si la opción por la utilización de la comunicación técnica supone la asunción de un mayor riesgo voluntario por parte de los comunicantes, o deriva de otro orden de razones: la distancia física de emisor y receptor, o la eficacia, en tiempo, de lo que se pretende transmitir. Además, la evolución de las tecnologías de la comunicación ha incrementado el riesgo que soportan tales comunicaciones directas por ser potencialmente intervenidas no solo directamente, a través de instrumento técnico, sino también indirectamente, con ocasión de una

²⁵ La LOMLECrim ha equiparado las conversaciones directas y las comunicaciones a través de medio técnico a los efectos de su protección constitucional por el art. 18.3 CE. En tal sentido, ha permitido que, previa resolución judicial, la policía pueda captar imágenes y conversaciones en vía pública, lugares públicos, o, incluso, con ocasión de la entrada en un domicilio particular para la obtención de pruebas de la presunta comisión de un delito grave. La reforma especifica que la escucha y grabación de conversaciones e imágenes (art. 588 quáter.a.3 LOMLECrim), no puede ir precedida de una autorización judicial que permita la utilización indiscriminada de dispositivos electrónicos. Por tanto, el órgano judicial debe vincular su uso a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre la previsibilidad de que haya indicios puestos de manifiesto por la investigación (art. 588 quáter.b.1 LOMLECrim). La interpretación convencional del objeto protegido en el art. 18.3 CE -las comunicaciones a través de medio técnico- ha planteado el problema de que las conversaciones directas no quedan protegidas por el art. 18.3 CE, sino por el derecho a la intimidad (18.1 CE) que no contiene una garantía de autorización judicial para la delimitación restrictiva de su contenido. Sin embargo, la identificación del objeto protegido por el art. 18.3 CE -el proceso o transcurso de las comunicaciones- permite incluir las conversaciones en el ámbito de protección del secreto de las comunicaciones. Sobre la regulación de las medidas de investigación tecnológica en la LOMLECrim (Casabianca, 2016: 171.285), (Láinz, 2016: 73-255), (Velasco, 2016: 95-174).

intervención técnica de las comunicaciones telefónicas a través de SITEL (conversaciones ambientales).

El objeto del art. 18.3 CE, el secreto del transcurso de lo comunicado, o de lo que se quiere transmitir fundamenta, a día de hoy, la protección de las conversaciones directas, frente a la variabilidad de avanzados instrumentos técnicos de interceptación de las comunicaciones que ponen en riesgo su secreto.

5. Conclusiones

El art. 18.3 CE protege el transcurso de lo comunicado o lo que se pretende transmitir entre emisor y receptor. Garantiza la formalidad de las comunicaciones con independencia de que estas se lleven a cabo a través de medio técnico o de forma directa. El secreto protegido no es el proceso técnico de las comunicaciones sino el transcurso de las mismas, al margen del contenido o suerte del mensaje; también con independencia del tipo de mensaje (directo o a través de medio técnico).

El secreto protegido por el art. 18.3 CE -el proceso de lo que se comunica o se pretende transmitir- garantiza las comunicaciones a través de medio técnico y sus datos adjuntos; también protege las conversaciones directas.

El secreto de las comunicaciones protege el proceso de lo que se comunica o se pretende transmitir; al mismo tiempo permite su interceptación siempre que vaya precedida de una resolución judicial que sea constitucionalmente conforme por estar fundada en sospechas objetivas de la presunta comisión de un delito grave. En la medida en que protege el proceso de las comunicaciones previo a su intervención, la revelación de datos personales a terceros como consecuencia de su intervención, o la utilización de tales datos para un objetivo diferente para el que fueron recabados como consecuencia de una intervención de las comunicaciones constitucionalmente conforme cercena el art. 18.1 CE,

si se trata de datos personales no de tráfico; o el art. 18.4 CE si se trata de datos personales de tráfico.

6. Referencias bibliográficas

A Elvira Perales (2007): *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid, Iustel.

AP Rives Seva (2010): *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch.

E Velasco Núñez (2016): *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, Sepín.

JM Bilbao Ubillos (1997): *(La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

J Rey Valzacchi (2003): *Internet y educación: aprendiendo y enseñando en los espacios virtuales*, INTERAMER, Washington, Secretaría de Organización de los Estados Unidos Interamericanos.

C Zoco Zabala (2015): *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones. LO 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*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters.

J Jiménez Campo (1987): "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, páginas 35-82.

J Jiménez Campo (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.

JJ Fernández Rodríguez (2004): *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, México, UNAM.

JL Rodríguez Láinz (2011): *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, La Ley.

JL Rodríguez Lainz, 2014: «Reflexiones sobre los nuevos contornos del secreto de las comunicaciones (Comentario a la STC 170/2013, de 7 de octubre)», en *Diario La Ley*, 8271, 14 de marzo de 2014, Madrid, p. 4.

Del verbo al bit

Universidad de La Laguna, 2017

JL Rodríguez Láinz (2016): *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal. Adaptado a la LO 13/2015, de reforma de la LECrim*, Madrid, Sepin.

LM Díez-Picazo (2005): *Sistema de derecho fundamentales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

M Pulido Quecedo: «La noción de «secreto de las comunicaciones» ex artículo 18.3 CE», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 16, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 16, 2007, páginas 9-11.

O Tejerina Rodríguez (2014): *Seguridad del Estado y Privacidad*, Madrid, Reus.

P Andrés Ibáñez (2005) «La función de las garantías en la actividad probatoria», en VV.AA., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

P Casabianca Zuleta (2016): *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Barcelona, Bosch.

S Sánchez González (coord. 2006), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VV.AA (2004): *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución Española*, Madrid, Tecnos.

7. Referencias jurisprudenciales

7.1 Tribunal Constitucional

STC 114/1984.

STC 13/1985.

STC 175/2000.

STC 70/2002.

STC 123/2002.

STC 56/2003.

STC 170/2013.

STC 145/2014.

7.2 Tribunal Supremo

STS 1017/2001, de 9 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª).

STS 591/2002, de 1 de abril (Sala de lo Penal, Sección 1ª).
STS 218/2007, de 5 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª).
STS 301/2013, de 18 de abril (Sala del o Penal, Sección 1ª).
STS 592/2013, de 11 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª).
STS 373/2016, de 3 de mayo (Sala de lo Penal, Sección 1ª).

7.3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 27 de octubre de 2015 (Caso R.E contra Reino Unido).
STEDH de 12 de mayo de 2000 (Caso Khan contra Reino Unido).
STEDH de 25 de septiembre de 2001 (Caso P.G y J.H contra Reino Unido).

8. Referencias normativas

Constitución Española de 1978.

La LO 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

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+I, DER2014: “Crisis y cambio de los derechos fundamentales: la frontera del derecho fundamental en la Constitución Normativa” Acrónimo: FRONTIUSFUND.