

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos.

La investigación doctoral, aún en fase intermedia, analiza un conjunto de factores que están motivando una revisión del entendimiento clásico del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Pretende constatar y definir la tensión a que aquéllos someten a la norma de derecho fundamental, al tiempo que delimitar otros efectos en normas iusfundamentales conexas.

Pretende concluir formulando un acta de daños y alteraciones en el objeto y contenido del derecho formulado en la norma constitucional.

La Tesis se estructura en torno a cuatro objetivos concurrentes:

1. Descripción del derecho fundamental del 18.3 CE de acuerdo a su objeto y contenido. Con expresa indicación de su alcance original.
2. Tratamiento del problema de la relación entre el objeto del derecho fundamental y la estructura abierta de los soportes comunicacionales asociados al objeto en que el derecho consiste. Concepto de soporte comunicacional; carácter limitado (*numerus clausus*) o no de los soportes comunicacionales.
3. Naturaleza y alcance del concepto jurídico-constitucional de secreto como elemento esencial de la configuración del objeto de derecho.
4. Delimitación del alcance de la naturaleza objetivo/subjetiva del concepto de derecho fundamental en el caso concreto del derecho del art. 18.3 CE.

Como es sabido el constituyente de 1978, al garantizar en su art. 18.3 «el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial», no pudo imaginar la explosiva evolución de las tecnologías de la comunicación, entonces apenas incipiente. Sin embargo, la estructura normativa relativamente abierta del enunciado constitucional, recurriendo a una enumeración levemente taxativa, ponía de manifiesto las reservas del constituyente.

Tempranamente se entendió que el derecho fundamental garantizado en el 18.3 CE consagraba implícitamente, a través del secreto, la libertad de comunicaciones. Aunque en clara conexión con el resto de derechos del art. 18 CE, tendentes todos ellos a la protección de lo que genéricamente denominaremos ahora «vida privada», el derecho al secreto de las comunicaciones se configura como un derecho fundamental que trasciende, aunque contribuye, a aquella protección genérica. Ello se pone de manifiesto en el carácter formal del objeto del derecho, ya que se predica de lo comunicado, consista este o no en un contenido concreto, y pertenezca —o no— al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

En todo caso, tal derecho sólo otorga protección a las comunicaciones producidas mediante medio técnico, con exclusión, por tanto, de las comunicaciones orales directas. Protección que decae finalizado el proceso comunicativo y que tampoco alcanza a los interlocutores.

Los problemas derivados de la intervención de las comunicaciones en el proceso penal han quedado resueltos de modo parcial, circunstancial y transitorio por la Ley Orgánica 13/2015, pero el derecho fundamental debe enfrentarse aún a otros factores que pueden incidir en su objeto y contenido.

El constante desarrollo tecnológico de los sistemas y procesos nos obliga a plantearnos si la magnitud de la transformación de la base material está llegando a afectar al contenido esencial mismo del derecho.

El carácter abierto de la enumeración de las comunicaciones protegidas —la norma explicita las postales, telegráficas y telefónicas— no impide su ampliación, siempre que, en principio, cumplan con dos condiciones: que la comunicación se lleve a cabo a través de artificio técnico y que el medio sea apto para sostener una comunicación cerrada entre dos o más personas.

La dimensión negativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, consistente en vedar la interceptación de los formatos comunicativos clásicos (telegráficos, telefónicos y postales), no impide —atendido el tenor constitucional concreto— la potencial abertura del ámbito objetivo de protección. Este es el escenario que nos enfrenta al espacio comunicativo de las nuevas tecnologías: correos electrónicos, redes «sociales» en sus diversas presentaciones, tecnologías soportadas mediante telefonía celular y una variada gama de tecnologías que no dejan de surgir. Añádase a ello

un cambio en la forma de los soportes comunicativos, sin mediación técnica, que sin embargo proponen una revisión de la comunicación entre seres humanos físicamente presentes.

El reto estriba en determinar si caen dentro del ámbito de protección del derecho considerado determinadas formas de comunicación en las que no parece seguro que se satisfagan las condiciones objetivas del derecho constitucionalmente configurado. Tal sería el caso, por ejemplo, de ciertas estructuras comunicacionales que, soportan la publicación y depósito de contenidos informativos y, al tiempo, intercambiar mensajes en conversaciones privadas, lo que les situaría en el ámbito de las «redes sociales». Ambas actividades encontrarían protección, respectivamente, en los arts. 20.1 y 18.3 CE. Sin embargo, mediante la configuración de los requisitos de acceso a de la red social (privacidad relativa), los mensajes publicados y soportados pueden tener un alcance limitado en cuanto a su difusión. Se trata, como se ve, de un entorno que no parece encajar en la configuración del derecho; aunque tampoco permite excluirlo del alcance del derecho al secreto de las comunicaciones y de sus garantías.

Igualmente ineludible resulta analizar el concepto constitucional de «secreto» como objeto del derecho fundamental considerado, estudiando la posibilidad de que nuevas formas comunicativas tecnológicamente avanzadas hagan extremadamente inverosímil garantizar dicho objeto en los términos constitucionalmente previstos.

Los nuevos sistemas de encriptación de comunicaciones, o las inminentes comunicaciones cuánticas, permiten asegurar un blindaje tecnológico de la comunicación y por tanto del contenido comunicado. Pero es precisamente el carácter absoluto (al menos tecnológicamente) de dicha protección el que replantea la misión garantista de los poderes públicos y, a su través, la garantía de la relación entre libertad y seguridad. Con ello se abre también una vía a la consideración de la posición actual de los poderes públicos como garantes del ejercicio del derecho fundamental.

La inclusión en el estándar de las relaciones sociales y jurídicas, de dispositivos de comunicación que incorporan, indisociablemente, contenidos informativos de todo tipo (datos, informaciones o imágenes) nos sitúa ante escenarios exorbitantes respecto del alcance del derecho del art. 18.3 CE. Tal es el caso de los soportes de *hardware* que proporcionan prestaciones comunicativas e informáticas en un único soporte (v. gr.: *smartphone*) cuyo secreto en cuanto a comunicación está garantizado por el art. 18.3 CE,

al tiempo que la información que contiene se encuentra protegida por otros derechos fundamentales, de objeto próximo pero distinto.

Este tipo de supuestos exige un deslinde en cuanto al objeto del derecho, en especial respecto de los datos de tráfico asociados a las comunicaciones, para el que nuestro actual ordenamiento no proporciona herramientas que lo hagan posible de modo jurídicamente cierto.

Ello explica algunas argumentaciones jurisprudenciales que proponen resolver el problema mediante una «concepción» integral y compleja de los derechos apuntados, por influencia de otras cortes constitucionales de nuestro entorno, recurriendo a proponer un denominado derecho al propio entorno virtual o digital. Una propuesta llena de dificultades.

Como dijimos, la protección ofrecida por el derecho al secreto de las comunicaciones alcanza el proceso comunicativo, pero, una vez finalizado, la protección de su resultado quedará, en su caso, al amparo de otros derechos al rebasar el objeto del derecho propio del art. 18.3 CE.

Pero esos límites del proceso comunicativo, relativamente claros en las comunicaciones tradicionales, se tornan borrosos en las nuevas formas de comunicación. La gama de supuestos rebasa claramente el concepto de comunicación implícito en el modelo clásico¹.

Por otro lado, la protección multinivel ofrecida a este derecho, con apoyo en las vías que proporciona el 10.2 CE, plantean serias dificultades hermenéuticas, al extender al derecho fundamental de nuestro ordenamiento estructuras garantistas ajenas a su naturaleza específica. Un fenómeno que se pone de manifiesto, por ejemplo, en determinados efectos del denominado «diálogo de tribunales». O, por otra vía, forzando la trasposición a nuestro ordenamiento de categorías de ordenamientos constitucionales próximos pero diversos. Tal sería el caso de los intentos de inserción de nuevos derechos fundamentales vía jurisprudencial, como el caso apuntado del derecho al entorno virtual.

¹ Pensemos en supuestos como los de correos electrónicos leídos pero almacenados en la bandeja de entrada del servidor de correo o leídos y marcados nuevamente como no leídos, o los casos de mensajes leídos desde la barra de notificaciones o por medio de un sistema de notificaciones emergentes, pero sin acceder formalmente al programa a través del cual se produce la comunicación. Casos en los que la delimitación del final de la comunicación resulta de muy compleja determinación.

No se ocultarán los riesgos de daños graves sobre la seguridad jurídica, la categoría constitucional de derecho fundamental y hasta la misma normatividad de la Constitución.

En fin, la actual complejidad técnica, logística y comercial de la prestación de servicios de telecomunicaciones, introduce dificultades suplementarias en la articulación de las garantías del derecho fundamental de art. 18.3 CE. La evolución en la forma de comunicarnos ha venido acompañada de un notable incremento de los sujetos que prestan servicios de comunicaciones y que, por tanto, pueden disponer del secreto comunicacional. De tal modo que, junto a los poderes públicos, existen operadores privados que disponen del proceso de comunicación sin garantía equivalente a la que proporcionan los poderes públicos.