

PRESENTACIÓN

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. Pero la norma de derecho fundamental, en tanto regla jurídica, posee un carácter limitado, unas fronteras últimas y precisas que no es posible rebasar sin perturbar su eficacia protectora y garantista.

Este problema, profundamente estudiado por el grupo de investigadores que me ha arropado en el bautismo científico que constituye esta obra¹, se replica en el derecho fundamental que estudiamos.

Las profundas transformaciones producidas en los modos de comunicación interpersonal desde la redacción del artículo 18.3 CE demandan un análisis del grado de eficacia de un derecho fundamental que, en la sociedad hiperconectada actual, adquiere una relevancia creciente. Este ha sido el objetivo de la investigación de las páginas que siguen.

El libro contiene un estudio dogmático-constitucional de la norma de derecho fundamental indicada. Y tiene, como dianas principales, la delimitación del concepto constitucional de comunicación, la determinación de las fronteras del secreto que se garantiza y el modo en que los poderes públicos garantizan el espacio de autodeterminación que la Constitución quiere asegurar. Es oportu-

¹ La investigación se ha realizado en el marco de los Proyectos «Crisis y cambio de los derechos fundamentales: la frontera del derecho fundamental en la constitución normativa» y «El nexo dato científico/tecnológico derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales»; Proyecto DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación. Sobre los problemas aludidos, *vid.* CHUECA RODRÍGUEZ, R. (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

no, por tanto, advertir al lector que la obra no consiste en un manual práctico de la regulación del funcionamiento de los procesos comunicativos ni en un estudio de la actual regulación de la intervención judicial de comunicaciones, aspectos sobre los que existen ya magníficos trabajos².

El presente libro tiene su origen en la tesis titulada «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos», que defendí el 2 de julio de 2020, en la Universidad de La Rioja, obteniendo la calificación de sobresaliente *cum laude*.

Los méritos que puedan atribuirse a la obra se deben sin duda a la orientación cercana y científicamente rigurosa de los profesores Ricardo Chueca y Amelia Pascual, directores de la tesis y maestros.

También al tribunal conformado por los profesores Ascensión Elvira, Cristina Zoco y Javier Matia. Su contrastada pericia en la materia y generosidad académica han mejorado, sin duda, esta investigación.

Por último, el original fue revisado por dos evaluadores a quienes agradezco sus rigurosas apreciaciones, oportunamente consideradas en beneficio del libro.

Logroño, 11 de marzo de 2021

² El lector puede acudir con fruto, entre otros, a ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

INTRODUCCIÓN

La comunicación —poner en común— es condición de existencia de la persona, del ser humano en su interrelación con los miembros de su especie. Por tanto, el término comunicación no alude a un modo concreto de relación: el ser humano es capaz de expresarse socialmente a través de una variada gama de lenguajes.

Pero cada modo de relación, de comunicación, posee un conjunto de códigos propio que la hacen posible. Y el concepto de civilización de nuestro modelo cultural incluye una historia del despliegue de los medios y técnicas capaces de construir comunicación, vale decir, relación entre quienes, al hacerlo, devienen personas.

Una condición de existencia de la comunicación demanda que la acción comunicativa se desarrolle entre actores que son *dominus* de ella: se trata en definitiva de una condición de libertad. El mantenimiento de la autenticidad e invulnerabilidad de la relación comunicativa en libertad es, así visto, un logro directamente dependiente de la capacidad de control de la comunicación por los propios actores. Lo que es evidente cuando aquella requiere de un soporte cuyo control es dependiente de, o compartido con, terceros.

Este escenario es el que cabalmente describe nuestro artículo 18.3 CE. Un escenario comunicativo que incluye un riesgo que pretende neutralizar el contenido del derecho fundamental configurado. Porque toda comunicación a distancia requiere de un medio técnico que soporte el mensaje, y a veces de la colaboración de un tercero.

Por ello, los Estados prevén mecanismos jurídicos dirigidos a paliar los riesgos asociados, esto es, a impedir que la existencia o contenido de la comunicación sean desvelados por personas distintas a las que se dirige y, con ello, asegurar un nivel óptimo de confianza en el prestador del servicio.

Así nacerá la inviolabilidad de la correspondencia, previéndose en primer lugar en normas de régimen interno de los servicios de correos para ir pasando a los textos constitucionales a partir del primer tercio del siglo XIX.

Las normas reguladoras 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.

Pero el constituyente de 1978 no pudo imaginar la explosión durante las siguientes décadas de las entonces incipientes tecnologías de la comunicación.

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 se incorporan incesantemente a la práctica de la comunicación social en las sociedades avanzadas.

Podría decirse que esta norma iusfundamental ha superado con 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 nítidas, siendo necesario distinguir con precisión entre fenómenos comunicacionales protegidos, y aquellos otros que, so riesgo de desbordar su objeto y merma de su eficacia, deben entenderse más allá de sus fronteras.

Desde la redacción del precepto es obvio que 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 esta problemática está dedicada la obra que presento y cuya estructura y contenido detallo a continuación.

* * *

El primer capítulo da cuenta de la delimitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por parte de la doctrina científica y jurisprudencial.

Se analiza la evolución histórica del derecho, su origen y despliegue en las constituciones de referencia y en las históricas propias. Dedicamos especial atención al devenir del precepto en sede constituyente.

Se estudia además la relación que mantiene con otros derechos vecinos, como el de intimidad, del primer apartado del artículo 18 de la Constitución. Damos cuenta también de su asociación al concepto, tan general e impreciso, de vida privada utilizado en normas como el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente se analizan los elementos del derecho fundamental: objeto, contenido y titularidad, así como las modalidades de suspensión del ejercicio de este derecho que se prevén en el artículo 55 CE.

* * *

El capítulo segundo examina el significado y alcance del concepto de comunicación en el art. 18.3 CE.

El desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación ha tenido incidencia en todos los elementos componentes de la comunicación: emisor, receptor, mensaje, código y canal o medio.

Si tradicionalmente las relaciones comunicativas por medio técnico se mantenían —y por tanto se concebían— entre dos personas, el desarrollo de procesos comunicativos soportados por Internet ha generalizado el uso de comunicaciones *one to many*, donde la información transita hacia varios comunicantes simultáneamente sin pretender divulgar su contenido, sino entre sus destinatarios.

El mensaje, tradicionalmente oral o escrito, adopta en los modernos sistemas comunicacionales otros soportes y presentaciones, compartiéndose frecuentemente imágenes, en formato foto o video, documentos o la localización geográfica del comunicante. Incluso el código comunicacional, típicamente alfanumérico, convive en la actualidad con la transmisión de información a través de ideogramas como los tan utilizados *emojis*.

Pero los cambios que mayor incidencia tienen para el concepto de comunicación objeto del derecho fundamental son los referidos al canal o medio soporte del proceso comunicativo.

La clásica escisión de los medios tradicionales de comunicación, en modalidad privada (correo, telégrafo o teléfono) o pública (prensa, radio, televisión), ha quedado diluida por soportes convergentes que integran funcionalidades de comunicación privada y difusión pública en un único dispositivo o herramienta.

La dilución de esta escisión clásica disipa el nexo entre medio utilizado y derecho protegido, forzando la revisión del formato de los procesos comunicacionales para entenderlos protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Se analiza además la dimensión temporal del derecho fundamental, diferenciando aquellas fases del proceso comunicativo que, en atención al fundamento constitucional del derecho, deben integrar su objeto, de otras cuya tutela corresponde a otros derechos fundamentales como la intimidad o la protección de datos.

Finalmente, las consideraciones sobre la delimitación objetiva y temporal del concepto de comunicación protegido se proyectan en el estudio de las diversas modalidades comunicativas, ordenadas en comunicaciones postales y telegráficas, bidireccionales simultáneas y telemáticas alternativas.

* * *

El capítulo tercero se dedica al análisis del concepto de secreto del art. 18.3 CE.

Se examinan en primer lugar las características del concepto jurídico de secreto en el ordenamiento. Se delimita el alcance objetivo, subjetivo y temporal de la garantía de secreto, así como la posición del prestador del servicio en la relación comunicativa secreta.

Se aborda igualmente la identificación doctrinal y jurisprudencial del bien jurídico al que sirve el secreto: la libertad de comunicación.

Las transformaciones tecnológicas que con mayor profundidad han incidido en el concepto de secreto se deben a la generalización de técnicas de cifrado en las herramientas de comunicación interpersonal.

El cifrado transfigura el mensaje transmitido en datos codificados inaccesibles a la percepción humana analógica. De tal manera que la técnica posibilita una garantía material de secreto casi absoluta, impidiendo la intervención eficaz de los poderes públicos incluso cuando la ruptura de secreto fuere constitucionalmente legítima.

En tal sentido, se estudia la evolución de la criptografía y su relación con el derecho fundamental. Se analizan tanto las posibilidades de regulación general sobre los elementos internos de los sistemas criptográficos como los modos de intervención de comunicaciones cifradas.

* * *

El análisis del régimen jurídico de los datos de tráfico asociados a procesos comunicativos se trata en el capítulo cuarto. La dificultad de su delimitación conceptual, así como las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales sobre su encuadramiento iusfundamental justifican este tratamiento autónomo.

La expresión *datos de tráfico* viene referida a una serie de componentes que, sin ser parte del contenido comunicado, acompañan inseparablemente a todo proceso comunicativo al exigirlo la necesaria intermediación técnica. Permiten, por ello, revelar diversas circunstancias contextuales de la relación comunicativa, como la identificación de los comunicantes, la fecha y duración de la comunicación, la ruta técnica seguida o los medios comunicativos utilizados.

La intervención legislativa en esta materia ha estado fuertemente impulsada por la Unión Europea en un entorno de intensos debates políticos y gran conflictividad jurisprudencial.

De ahí que el capítulo cuarto trate de clarificar el concepto de datos de tráfico y su diferenciación de otros datos afines, así como los diversos modos de su intervención por los poderes públicos.

Se analizan además los derechos fundamentales involucrados en los tratamientos de estos datos, distinguiendo entre intervención de datos asociados a comunicaciones en curso y acceso a datos de tráfico conservados por las operadoras o almacenados en registros en poder de los comunicantes.

* * *

El quinto y último capítulo afronta el estudio del contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La primera parte aborda el contenido jurídico subjetivo del derecho, partiendo del análisis de la naturaleza jurídica de la intervención constitucionalmente prevista.

Se analizan de modo sucesivo las características, fundamento y límites a que el legislador se ve sometido en la regulación del levantamiento del secreto, así como las garantías de la autorización judicial de intervención.

La segunda parte del capítulo da cuenta de la incidencia de la dimensión objetiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Se examinan y clasifican las normas dirigidas a dar cumplimiento al deber de protección de los poderes públicos y la eficacia que la norma iusfundamental despliega en las relaciones entre particulares.

CAPÍTULO PRIMERO

DELIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL ART. 18.3 CE

I. Introducción

El artículo 18.3 de la Constitución Española garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. El propio enunciado indica claramente que el constituyente decidió dotar este derecho, de larga tradición constitucional, con las más estrictas garantías previstas en la norma fundamental.

Mediante el establecimiento de la garantía formal de secreto, que solo puede ser salvada por intervención judicial, se protege el derecho a comunicarse en libertad, sin intromisiones ajenas, en aquellos procesos comunicativos que se llevan a cabo a través de determinados medios técnicos.

Disfruta, en su condición de derecho fundamental, de las garantías generales de vinculatoriedad y resistencia de su contenido esencial frente a la acción del legislador. Pero, además, forma parte del grupo de derechos que se benefician de otras garantías reforzadas (desarrollo por ley orgánica, acceso al amparo constitucional y reforma agravada).

Pese a ello, el legislador no se ha decidido hasta el momento a desarrollar este derecho más allá de las normas procesales reguladoras —frecuentemente insuficientes— de las condiciones para levantar el secreto; lo que ha obligado a que su construcción se llevase a cabo, en su mayor parte, por la doctrina científica y jurisprudencial.

Se pretende en este capítulo exponer los términos en los que, hasta el momento, se ha producido la delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones para, en los sucesivos, afrontar los problemas que actualmente retan su objeto y contenido.

II. Una ojeada histórica

II.1. NACIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL DERECHO

El origen de los derechos fundamentales se halla, como es sabido, en las declaraciones de derechos del último tercio del siglo XVIII. Sin embargo, ni la declaración de derechos de Virginia de 1776, ni la francesa de 1789, contienen referencia alguna al secreto o inviolabilidad de la correspondencia¹.

La necesidad de establecer este derecho surge con la generalización del uso de la correspondencia y la violación de su secreto².

Sin embargo, la instauración de este servicio vino acompañada de la práctica de acceder al contenido de las cartas. Un claro exponente de institucionalización de esta práctica nació con el *Cabinet Noir* o *Cabinet des Secrets des Postes*, un servicio especial creado para abrir y controlar la correspondencia orientada a los intereses políticos o incluso a satisfacer la mera curiosidad personal del monarca³.

¹ Se ha apuntado como razón de esta ausencia el carácter fragmentario e incompleto de estos textos, que recogen aquellos aspectos de las libertades ciudadanas que más preocupaban a sus redactores en el contexto sociopolítico del momento; Díez-PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, citado en: RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepín, Madrid, 2016, p. 21. En similar sentido, respecto del caso francés, para CRUZ VILLALÓN la constitucionalización de los derechos se va a producir en forma de un «intento fracasado», no agotando los derechos franceses su presencia en la Declaración. Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, p. 49. El secreto de la correspondencia se incluyó, no obstante, en algunos trabajos preliminares de la declaración de derechos francesa, siendo finalmente suprimido por considerarse ya protegido en el derecho a comunicar libremente pensamientos y opiniones; vid. ZUIDERVEEN BORGESIU, F. J., y STEENBRUGGEN, W., «The right to communications confidentiality in Europe: protecting privacy, freedom of expression, and trust», en: *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 20, 1, 2019, pp. 295.

² Es aquí oportuna la cita de MONTESQUIEU: «Las conspiraciones en el estado se han vuelto difíciles, porque desde la invención del correo, todos los secretos particulares están en poder del Estado». Vid. *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, 1734, p. 134. En Francia, fue el cardenal Richelieu quien, a partir de 1620, puso el servicio de correos a disposición de los ciudadanos con la creación de *la poste aux lettres*, en RICARD, J.D., *Droit et jurisprudence en matière de postes, télégraphes, téléphones*, Recueil Sirey, París, 1931, p. 2.

³ MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss. Con anterioridad, ya una ordenanza de 1464 prescribía que los funcionarios reales abrieran las cartas transportadas por los correos, para descubrir si había algo que perjudicara el servicio del rey y contraviniera sus órdenes. RICARD, *op. cit.*, p. 111.

Los abusos de este *Cabinet Noir* alentaron, sin duda, el desarrollo de las ideas liberales revolucionarias y el nacimiento del principio de inviolabilidad de la correspondencia⁴.

En el contexto del nacimiento del movimiento constitucional, la Asamblea Nacional francesa proclamó, en un decreto de 10 de agosto de 1790, el secreto e inviolabilidad de las cartas, disponiendo que «bajo ningún pretexto podrá ser infringido ni por los individuos ni por los cuerpos administrativos»⁵. Multipliándose, a partir de este momento, las declaraciones encaminadas a conjurar las amenazas provenientes tanto del poder central como de los municipios⁶.

La Constitución belga de 1831 será la primera que reconozca entre su catálogo de derechos, y en términos absolutos, el de la inviolabilidad de la correspondencia, disponiendo en su artículo 29 que «[e]l secreto de las cartas es inviolable. La ley determina qué agentes son responsables de la violación del secreto de cartas confiadas a la oficina de correos».

Tras las revoluciones de 1848 la presencia de este derecho en las constituciones se generaliza⁷. En la Constitución del Imperio Alemán de 28 de marzo de 1849 se establece por primera vez la posibilidad de su limitación, al prever en su art. 141 la facultad de intervenir la correspondencia «en virtud de orden judicial motivada».

Las constituciones elaboradas tras la II Guerra Mundial no circunscriben este derecho únicamente al secreto de la correspondencia y extienden ya su ámbito de protección a otros medios de comunicación⁸.

Por su parte, los textos internacionales surgidos desde ese momento comparten la técnica de reconocer en un mismo precepto este derecho junto al respeto de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio: así sucede en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el

⁴ RICARD, *op. cit.*, p. 112.

⁵ Un nuevo decreto de 26 de agosto de ese mismo año establece la obligación de los empleados de correos de prestar juramento de respetar el secreto de las cartas y el Código penal de 1791 castiga a quienes violasen el secreto postal, imponiendo penas más graves en caso de que tal conducta fuese cometida «por una orden del poder ejecutivo o por un oficial del servicio postal». *Ibid.*, p. 115.

⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., «Inviolabilidad y secreto de la correspondencia», en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, 39, 1983, p. 559.

⁷ Art. 29 de la Constitución del Reino de las Dos Sicilias de 29 de enero de 1848; Constitución de Suiza de 1848; art. 9 de la Constitución de la República Romana de 1849. *Vid.* RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica», en: *Diario La Ley*, 7647, 2011, p. 8.

⁸ *Vid. v.gr.* art. 15 de la Constitución de la República Italiana de 1947 y art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

II.2. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

En el caso de España, no será hasta mediados del siglo XVIII cuando el correo adquiera una eficaz organización como servicio público, culminando su implantación casi definitiva con la aparición del sello o timbre postal en 1850⁹.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho al secreto de la correspondencia en un texto constitucional tardará más en llegar. Hasta entonces sólo encontraremos cierta protección jurídica de las comunicaciones en normas que imponen el deber de confidencialidad de los prestadores de servicios postales¹⁰.

La Constitución de 1869 es la primera en la historia constitucional española en prohibir la detención y apertura de la correspondencia en su artículo 7:

«En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente podrán detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por correo».

El constituyente español variará así la técnica de garantía respecto de sus antecedentes europeos. No declara la inviolabilidad de la correspondencia, sino que «se la examina desde su punto de vista negativo: la prohibición que tienen los poderes públicos a su acceso»¹¹.

Además de prever expresamente, en su artículo 8, la motivación de la resolución que ordenare la detención de la correspondencia, el «celo garantizador» del constituyente de 1869 incluía «una indemnización proporcionada al daño causado» en los casos en que se incumpliere aquel requisito o los motivos alegados se declarasen «ilegítimos o notoriamente insuficientes»¹².

⁹ BAHAMONDE, A., *Las comunicaciones del siglo XIX al XX. Correo, telégrafo y teléfono*, Santillana, Madrid, 1996, pp. 9 y ss.

¹⁰ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la naturaleza...», *op.cit.*, pp. 7 y ss.

¹¹ *Ibid.*, p. 12.

¹² JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 1987, p. 37.

Esta regulación fue reproducida casi literalmente, excepción hecha de la cláusula indemnizatoria, en el art. 7 de la Constitución de 1876¹³. Y, al coincidir su promulgación con el momento álgido del proceso codificador español, el desarrollo procesal de este derecho se plasmó en diversas normas¹⁴.

Por su parte, el art. 32 de la Constitución de 1931 proclamó este derecho en términos positivos y con una redacción abierta en cuanto al objeto protegido: «Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario»¹⁵.

En resumen, y como se ha señalado, la regulación de este derecho en todas las constituciones españolas anteriores contenía ya las dos proposiciones que se mantienen en nuestro actual art. 18.3 CE: garantía del secreto y previsión de su levantamiento judicial¹⁶.

II.3. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1978

La Constitución española de 1978 recoge un amplio catálogo de derechos fundamentales, entre los que se incluye el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El Anteproyecto de Constitución propuso, en su art. 18.3, declarar el derecho en los siguientes términos: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandato judicial»¹⁷.

Las cuatro enmiendas presentadas en el Congreso perseguían el objetivo común de introducir expresamente la necesidad de que el mandato judicial que permitía levantar el secreto fuera motivado¹⁸.

Además, la enmienda número 339, presentada por el Grupo Socialista del Congreso, propuso una redacción abierta de las comunicaciones protegidas, separando el *genus* —«comunicaciones»— de la *species* —«postales, telegráficas

¹³ «No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo», pero sí por la autoridad judicial, ya que el artículo 8 disponía que «[t]odo auto [...] de detención de la correspondencia, será motivado».

¹⁴ Artículos 579 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, 517 a 523 del Código de Justicia Militar de 1890 y 230 a 237 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina de 1894. *Vid.* FERNÁNDEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 559.

¹⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la naturaleza...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 36.

¹⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 44, de 5 de enero de 1978.

¹⁸ Enmiendas número 116 (Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana), 339 (Grupo Socialista del Congreso), 470 (Grupo Parlamentario Mixto) y 695 (Grupo Parlamentario Comunista).

y telefónicas»— mediante la introducción de la cláusula «en especial». No se hace, sin embargo, referencia a tan trascendental extremo en la justificación de la enmienda¹⁹.

El Informe de la Ponencia incluyó parcialmente esta enmienda, ampliando así el ámbito de protección a todas las comunicaciones. La redacción surgida de la Ponencia será, en esencia, la finalmente plasmada en el texto constitucional²⁰.

En el debate en Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se acordó sustituir el término «mandamiento judicial» por el de «resolución judicial», alcanzando de esta manera una solución intermedia entre el texto propuesto en las enmiendas —«resolución judicial motivada»— y la redacción del anteproyecto. La oposición por parte del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático a las enmiendas presentadas se justificó en dos razones: el carácter recurrible de la «resolución judicial motivada» y la necesidad, en caso de asumir tal redacción, de dar audiencia a las partes antes de dictarla, lo que haría perder el sentido a gran parte de las intervenciones adoptadas²¹.

La redacción finalmente aprobada por el Congreso fue, por tanto, la hoy vigente: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»²².

Dos enmiendas fueron presentadas en el Senado. Retirada una de ellas en el debate en Comisión, la otra fue aprobada y recogida en el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado²³, aprobado después por el Pleno²⁴: «Se

¹⁹ El texto propuesto fue el siguiente: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial motivada». Por su parte, la enmienda núm. 470, del Grupo Parlamentario Mixto, también propuso ampliar la protección a «otros medios de comunicación», además de garantizar expresamente no solo el secreto, sino también la libertad de las comunicaciones. No obstante, esta redacción se encontraba presente en el Borrador de Proyecto de Constitución publicado, junto con las actas de la Ponencia constitucional, en 1984. *Vid.* «Las actas de la Ponencia constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, 2, 1984, p. 384.

²⁰ «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandamiento judicial» (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 82, de 17 de abril de 1978). Algún autor ha atribuido, quizá erróneamente, esta redacción abierta de las comunicaciones protegidas a una enmienda presentada en el Senado, pero lo cierto es que la misma, desde su admisión por la Ponencia, se mantendrá ya en el texto hasta su aprobación definitiva. *Vid.* RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *El secreto...*, *op. cit.*, p. 30.

²¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 70, del 19 de mayo de 1978, pp. 2520 y ss.

²² BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 135, de 24 de julio de 1978.

²³ BOCG, Senado, núm. 157, de 6 de octubre de 1978.

²⁴ BOCG, Senado, núm. 161, de 13 de octubre de 1978.

garantiza la libertad y el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Finalmente, en las deliberaciones de la Comisión Mixta, de carácter secreto, se eliminó la previsión expresa de la garantía de la libertad de las comunicaciones, introducida en el Senado, resultando como texto aprobado del artículo 18.3, en el Dictamen de la Comisión Mixta²⁵, aquel que finalmente sería el recogido en la Constitución:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

III. Intimidad y secreto de las comunicaciones: dos derechos autónomos y distintos

El artículo 18 de la Constitución española acoge diferentes derechos dotados para proteger, aun reflejamente, determinados aspectos de la vida privada, que no es, o no queremos que sea, de general conocimiento: tal es el caso del derecho a la intimidad (art. 18.1), la inviolabilidad del domicilio (18.2), el secreto de las comunicaciones (18.3), la protección de los datos de carácter personal (18.4) y, en cierto modo, el derecho a la propia imagen (18.1)²⁶.

Ahora bien, su aptitud común para proteger la vida privada no borra las fronteras entre ellos: poseen diferentes objetos y contenidos estrictamente definidos²⁷.

No obstante, alguna doctrina y, en ocasiones, el Tribunal Constitucional han conectado los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, quizá incluso sugiriendo una desigual posición iusfundamental, recurriendo al bien jurídico cuya protección comparten. Se llegará a afirmar que «toda aproximación al secreto de las comunicaciones y a la necesidad de su protección como derecho debe tener como punto de partida la relación que lo une a la noción de intimidad»²⁸.

²⁵ BOCG núm. 170, de 28 de octubre de 1978.

²⁶ ZOCO ZABALA, C., *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 97.

²⁷ En similares términos, sobre la amplitud e indefinición del concepto de privacidad, *vid.* JOVE VILLARES, D., «*Quo vadis, intimidad?*», en: AA.VV., *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol. II, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 151-165.

²⁸ RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. XVII. En similar sentido, se ha dicho que «[e]l estudio del derecho al se-

Y hay incluso posiciones que llegan a considerar el secreto de las comunicaciones como un derecho vicario del de intimidad, al entender que aquel «constituye una garantía del derecho a la vida privada y, en especial, a la intimidad personal que constituye su núcleo esencial»²⁹. Involucran así el bien jurídico en cuya protección coinciden con el objeto jurídico de ambos derechos fundamentales. Un deslizamiento en el que es fácil incurrir, pero que deberá evitarse.

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en similar dirección, al afirmar que «la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal»³⁰. Y el Tribunal Supremo, cuando dice que «este secreto de las comunicaciones, que en sede constitucional se trata de garantizar, no es sino una manifestación, y muy cualificada, del derecho a la intimidad personal y familiar»³¹. Con frecuencia, según se ve, el fervor argumental lo es en menoscabo del rigor jurídico.

creto de las comunicaciones tiene como referente principal el derecho a la intimidad y, al igual que éste, desemboca, como toda la Constitución en bloque, en el valor superior de libertad». MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 23.

²⁹ MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 22. También se expresa en este sentido FRÍGOLS BRINES cuando afirma que «estos derechos fundamentales sirven, en última instancia, a la protección de la intimidad como elemento fundamental, entendida ésta de un modo amplio, como barrera jurídica a la intromisión de terceros, tanto del Estado como de particulares, siendo los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones manifestaciones concretas de este derecho fundamental de libertad, desgajadas del mismo a los meros efectos de una mejor protección de esas parcelas de la realidad». FRÍGOLS BRINES, E., «La protección constitucional de los datos de las comunicaciones: delimitación de los ámbitos de protección del secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad a la luz del uso de las nuevas tecnologías», en: BOIX REIG, J. (dir.), *La protección jurídica de la intimidad*, Lustel, Madrid, 2010, p. 43.

³⁰ ATC 344/1990, de 1 de octubre. También, respecto el 18.2 CE: «[...] la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (artículo 18.1 de la Constitución)»; STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ. 2).

³¹ STS, Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 1996, FJ. 5 (recurso núm. 3369/1995). Como se ha dicho, también esta opinión ha calado en ocasiones en el legislador, poniendo como ejemplo la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1984, de 7 de octubre sobre tipificación penal de escuchas telefónicas, que dispone: «Establecido en nuestra Constitución el secreto de las comunicaciones telefónicas como uno de los principios de la protección que nuestra máxima Ley dispensa al honor y a la intimidad personales, se hace necesario tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra dicho bien jurídico». JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 40.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, ha mantenido una postura equilibrada, defendiendo una vinculación entre ambos derechos en los términos antes descritos, pero desde su respectiva autonomía. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones —como la inviolabilidad del domicilio— tendría como objetivo garantizar autónomamente un ámbito concreto de la intimidad formalizado en los respectivos objetos de los derechos³².

Este parece ser el sentido de la STC 110/1984, de 26 de noviembre (FJ. 3), cuando considera la necesidad de proteger el domicilio «como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad» y la correspondencia en tanto «que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada».

Comunicaciones y domicilio se entienden, pues, como áreas «reservadas al disfrute de la intimidad». En ellas tal disfrute simplemente se presume y, por tanto, su protección jurídica se articula como garantía formal³³.

Consideramos, sin embargo, más acertadas las opiniones que mantienen una nítida diferenciación entre ambos derechos, entendiendo que «el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones se configura como una situación jurídica en sí misma, para cuya interpretación no es necesario —y sí perturbador— acudir a los criterios que puedan entenderse presentes en el enunciado de otros derechos fundamentales»³⁴. Aun cuando converjan en muchas ocasiones en la finalidad que persigan, contienen objetos, contenidos e instrumentación garantista distintos. Son cabalmente, derechos fundamentales distintos.

El art. 18.3 protege la comunicación en sí y, en todo caso, mediante el instituto jurídico del secreto³⁵, con independencia del carácter íntimo de su

³² Vid. MARTÍN MORALES, *op. cit.*, pp. 23 y ss., RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, pp. 14 y ss., REBOLLO DELGADO, L., «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», en: *Revista de Derecho Político*, 48-49, 2000, pp. 360 y ss. y DÍAZ REVORIO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», en: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, 59, 2006, p. 160.

³³ RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, pp. 16-17. También CARRILLO: «Ciertamente, el ámbito espacial o territorial del derecho a la intimidad queda protegido, *prima facie*, por el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y, en su caso, también, por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE)». Cfr. CARRILLO, M., «Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación», en: AA.VV., *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 28.

³⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 39.

³⁵ «If only private communication were protected, it would be necessary to access the communication to determine whether or not it deserves protection. Then, the content of communication would already be disclosed, thereby infringing privacy and confidentiality». Cfr. ZUIDERVEEN BORGESUIS, F. J., y STEENBRUGGEN, W., *op. cit.*, p. 315.

contenido. Frente al concepto de intimidad, el secreto de las comunicaciones es pues rigurosamente formal³⁶. «Toda comunicación es, para la norma fundamental, secreta, aunque sólo algunas, como es obvio, serán íntimas»³⁷.

Pero esa separación se proyecta también sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos: «si *ex art.* 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal»³⁸.

La especialidad de las comunicaciones protegidas en el art. 18.3 reside en la participación de un tercero que, por sí o mediante diversas técnicas, hace posible la comunicación. Tal intervención origina la necesaria protección constitucional del secreto de las comunicaciones³⁹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación»⁴⁰.

Pero añade a continuación que tal reconocimiento autónomo «no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar»⁴¹.

³⁶ «[...] 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 pertinencia o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado». STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7).

³⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 41. Para defender, pese a ello, una vinculación entre ambos derechos se ha dicho que «[...] al margen del carácter del contenido del mensaje que se comunica (íntimo o no) puede afirmarse que el emisor presenta respecto a ese mensaje una auténtica expectativa de intimidad pues conoce el secreto del mismo al usar como soporte un canal cerrado». Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Civitas, Madrid, 2004, p. 89.

³⁸ STC 123/2002, de 20 de mayo (FJ. 5).

³⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la naturaleza...», *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰ SSTC 123/2002, de 20 de mayo (FJ. 5), y 281/2006, de 9 de octubre de 2006 (FJ. 3).

⁴¹ En el mismo sentido MARTÍN MORALES atribuye al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones «[...] la función de garantía de una variedad de derechos y libertades: contribu-

No obstante, consideramos que afirmaciones de este tipo no deben llevar a caer en el error de confundir la capacidad del derecho de salvaguardar, potencialmente y de forma refleja, otros bienes jurídicos, con su objeto específico de protección, que debe ser estrictamente delimitado.

IV. Objeto y contenido

IV.1. OBJETO

El objeto de un derecho fundamental se identifica con el ámbito jurídicamente tipificado de la realidad que la norma iusfundamental garantiza, es decir, con el «espacio de autodeterminación constitucionalmente configurado»⁴². Al delimitar el objeto de un derecho fundamental estamos, por tanto, aludiendo a aquello que protege.

Para tal fin la norma define, en ocasiones positivamente, la esfera de libertad individual que garantiza mediante un permiso. Lo que se protege en estos casos —por ejemplo, la libertad ideológica o la libertad de expresión— es un *agere licere* constitucionalmente formalizado «con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales»⁴³.

En otras ocasiones, como es nuestro caso, la configuración de ese espacio de autodeterminación se produce indirectamente, mediante una prohibición constitucional que, como reflejo, define el ámbito de libertad garantizado⁴⁴.

El art. 18.3 CE, pues, prohíbe la intervención de las comunicaciones mediante la imposición expresa de su secreto y, a su través, garantiza la libertad para llevarlas a cabo: «el secreto es aquí condición de libertad»⁴⁵.

Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional al afirmar que «[r]ectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comuni-

ya a asegurar la libertad ideológica y política, garantiza la libertad de empresa, el secreto profesional, etc.». MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 43.

⁴² JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 38 y BASTIDA FREIJEDO, F. *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 103.

⁴³ STC 24/1982, de 13 de mayo (FJ. 1). *Vid.* BASTIDA FREIJEDO, F. *et al.*, *op. cit.*, p. 103 y VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales», en: AA.VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, p. 333.

⁴⁴ VILLAYERDE MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 333.

⁴⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 51.

caciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas»⁴⁶.

En consecuencia, el objeto del derecho fundamental descrito en el art. 18.3 CE vendrá determinado por el significado que asignemos a los conceptos de *secreto* y de *comunicaciones*, lo que nos ocupará en sucesivos capítulos. Pero conviene anticipar ahora el entendimiento por la jurisprudencia constitucional de algunos aspectos.

Tal y como ya hemos dejado dicho, el secreto garantizado en el artículo 18.3 CE es de 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»⁴⁷.

El proceso comunicacional se protege con independencia del contenido —incluso aunque tal contenido no exista— como única posibilidad de asegurar su libertad. Y por tanto no es preciso acudir a presunción alguna de la naturaleza del contenido⁴⁸.

La garantía formal prevista se impone a los terceros ajenos a la comunicación, pero no a quienes participan en ella. Por tanto, no existe un deber de secreto para los interlocutores derivado del 18.3 CE, sino, en su caso, y en función del contenido de la comunicación, un «deber de reserva» impuesto por el derecho a la intimidad del 18.1 CE y ajeno por tanto al derecho que nos ocupa⁴⁹.

No hay pues vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando uno de los interlocutores autoriza el acceso o conocimiento⁵⁰.

⁴⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ En la resolución que venimos citando, el Tribunal Constitucional quiso ver en el carácter formal de secreto la existencia de una «presunción iuris et de iure de que lo comunicado es “secreto”, en un sentido sustancial»; STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7). En este sentido, se ha afirmado que no son «las comunicaciones privadas las que determinan el núcleo de la garantía, sino la privacidad de la comunicación»; cfr. RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., «El legislador ausente del artículo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones)», en: *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, p. 357.

⁴⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7). En contra de esta opinión, que consideramos la más acertada, se ha defendido, con base en el entendimiento de que el secreto de las comunicaciones se dirige a proteger la intimidad de la persona, que «el objeto es, sin duda, la reserva del contenido de la carta» y, por tanto, atentaría contra este derecho, «la publicación no autorizada de la carta» y «la divulgación, aun sin publicación, del contenido de la misma». Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 561.

⁵⁰ Tal es el caso de permitir a los agentes de la Guardia Civil el acceso al registro de sus conversaciones telefónicas. STC 56/2003, de 24 de marzo (FJ. 3).

Por su parte, el ámbito objetivo del secreto no alcanza solo al contenido de la comunicación, «sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»⁵¹.

Para el caso de las comunicaciones telefónicas, el Tribunal Constitucional ha mantenido que el secreto comprende «la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino»⁵².

Por ello, el Tribunal Constitucional ha entendido incluido en el ámbito de protección del art. 18.3 CE tanto la entrega por parte de la compañía suministradora del servicio de telefonía de listados de llamadas telefónicas a la policía (STC 123/2002, de 20 de mayo), como el acceso directo por parte de los agentes al registro de llamadas en el teléfono móvil incautado a un detenido (STC 230/2007, de 5 de noviembre).

Por otro lado, el concepto de comunicación que se contiene en el art. 18.3 CE «no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas, ni alcanza a cualesquiera materiales con ella relacionados presentes, pasados o futuros»⁵³.

La norma no ofrece, sin embargo, una definición de qué deba entenderse por *comunicación*, limitándose a hacer expresa referencia a las «postales, telegráficas y telefónicas».

La cláusula —«en especial»— que precede a esta enumeración no debe ser interpretada en el sentido de que esas tres modalidades requieran o merezcan una especial protección, sino que se trata simplemente de los sistemas comunicativos de uso generalizado en el momento de elaborarse nuestra Constitución⁵⁴.

En consecuencia, prácticamente la unanimidad de la doctrina ha entendido que aquella enumeración no constituye un *numerus clausus* de comunicaciones y es posible, por tanto, su ampliación a otras modalidades comunicativas, «cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas»⁵⁵.

Esta extensión queda sujeta, no obstante, a ciertas cautelas, «de modo que la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o

⁵¹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7).

⁵² STC 123/2002, de 20 de mayo (FJ. 5).

⁵³ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ. 4).

⁵⁴ Entre otros, MARTÍN MORALES, p. 45 y RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁵ STC 70/2002, de 3 de abril (FJ. 9). En el mismo sentido, además de los citados en la nota anterior, ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p. 16 y RIDAURA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 370.

características comunes a toda clase de comunicación»⁵⁶, que vendrán, a su vez, determinadas —añadimos— por el fundamento de la protección de este derecho, que, como dijimos, se halla en la «evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero»⁵⁷.

Así, en primer lugar, se ha entendido que «la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos», no sólo en soporte escrito, sino también «en otros soportes que los incorporan —cintas de cassette o de vídeo, CD's o DVD's, etc.—»⁵⁸.

En segundo lugar, el derecho fundamental sólo garantiza el secreto de las comunicaciones «que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados»⁵⁹.

No forman parte del objeto de este derecho las comunicaciones legalmente configuradas como *comunicación abierta*; lo que tiene lugar «cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que [...] no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido»⁶⁰.

Pero también cuando «se realizan en un canal del que no puede predicarse su confidencialidad», por ejemplo, por hallarse sometido al poder de fiscalización empresarial⁶¹.

Asimismo, la comunicación debe ser también cerrada desde el punto de vista de su determinación subjetiva, debiendo entenderse excluidas las comunicaciones dirigidas a un número indeterminado de personas —como

⁵⁶ STC 281/2006, de 9 de octubre (FJ. 3).

⁵⁷ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ. 4).

⁵⁸ STC 281/2006, de 9 de octubre (FJ. 3).

⁵⁹ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ. 4). Este elemento está presente en los tres tipos de comunicación expresamente mencionados en el art. 18.3 CE, por lo que se ha indicado que «la cláusula “especialmente” no autoriza a ampliar la cobertura del derecho a cualquier tipo de comunicación, sino que se limita a actuar como fórmula de apertura de cara al desarrollo futuro de nuevas formas de comunicación a distancia por canal cerrado». RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁰ STC 281/2006, de 9 de octubre (FJ. 3).

⁶¹ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ. 4). Actividad fiscalizadora que se ha considerado amparada, por ejemplo, en la prohibición de instalar programas en los ordenadores de uso común de la empresa (STC 241/2012, de 17 de diciembre) o en el hecho de tipificarse en el convenio colectivo la utilización por los trabajadores de los medios informáticos de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral (STC 170/2013, de 7 de octubre).

sucede en los medios de masas—, pero no aquellas que permiten una conversación entre más de dos personas como la multiconferencia o, en principio, los grupos de intercambio de mensajería instantánea (*WhatsApp*, *Telegram*, etc.)⁶².

Además, es necesario que la comunicación se lleve a cabo a través de la intermediación técnica de un tercero que la haga posible mediante la puesta a disposición del canal⁶³.

Por ello, la gran mayoría de la doctrina ha entendido que no serán objeto de protección de este derecho las conversaciones directas. Estas deberán hallar amparo, en su caso, en el derecho a la intimidad⁶⁴.

Sin embargo, la STC 145/2014, de 22 de septiembre (FJ. 7), consideró que las grabaciones por parte de la policía de las conversaciones mantenidas entre dos detenidos en los calabozos habían vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al entender 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»⁶⁵.

Algunos autores han entendido también necesario que los comunicantes se encuentren físicamente separados, mediando entre ellos una distancia «entendida racionalmente como la imposibilidad de hablar en persona»⁶⁶.

⁶² DÍAZ REVORIO, *op. cit.*, pp. 162-163.

⁶³ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ. 4).

⁶⁴ «La comunicación “directa” [...] no es “secretada” en este sentido formal o, en otras palabras, su “secreto” no consiste en una atribución normativa ajena al contenido y a las circunstancias en que la misma se desarrolle. JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 49. También en este sentido ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto...*, *op. cit.*, p. 16. Para MARTÍN MORALES «la Constitución ha querido distinguir entre los casos de interceptación de una comunicación y los casos en que la acción humana creadora de intimidad sea objeto de captación, aunque sea a través de artificios o técnicas de sonido o imagen. Cuando hablamos de la exigencia de un soporte técnico nos referimos al de la comunicación y no al de la interferencia»; MARTÍN MORALES, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁵ El Tribunal justifica la estimación del amparo en la inexistencia de habilitación legal suficiente para practicar las grabaciones, al no considerar de aplicación para este caso, entendemos que acertadamente, el art. 579 LECrim y la jurisprudencia que había desarrollado los requisitos a observar en la intervención de comunicaciones telefónicas. Sin embargo, ni siquiera se plantea el Tribunal, pese a sus anteriores pronunciamientos, si la conversación grabada podría entenderse incluida en el concepto constitucional de comunicación que se deriva del art. 18.3 CE.

⁶⁶ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «El derecho al secreto de las comunicaciones», en: *Parlamento y Constitución*, 2, 1998, p. 174. En la misma dirección, se ha puesto como ejemplo de imposibilidad de contacto directo, pero sin que exista distancia física entre los interlocutores el caso de los locutorios en establecimientos penitenciarios. MARTÍN MORALES, *op. cit.*, pp. 51-52.

Consideramos, sin embargo, que tal imposibilidad no es determinante. Si la comunicación se produce a través de un medio técnico cerrado deberá entenderse protegida por el 18.3 CE, aunque no exista distancia física entre los sujetos que participan ni impedimento alguno para mantener una conversación directa. Tal sería, por ejemplo, el caso de un envío de correo electrónico entre compañeros de trabajo que se encuentran en la misma dependencia; o el envío de un SMS a una persona que se halla en la misma habitación. Ambos casos deberán entenderse amparados por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Por tanto, siempre que se cumplan con los requisitos expuestos, será posible ampliar la protección dispensada por el art. 18.3 CE a otras modalidades comunicativas no expresamente mencionadas.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que «los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE»⁶⁷.

Debemos entender, pues, que forman parte del concepto constitucional de comunicación aquellas formas comunicativas derivadas de la incorporación de nuevas tecnologías, tales como correo electrónico, *chats* de mensajería instantánea, mensajes SMS o videoconferencias⁶⁸.

Finalmente, la comunicación constituye siempre un proceso, lo que permitirá determinar «los términos temporales dentro de los que se desenvuelve la relación protegida y al margen de los cuales ésta desaparece»⁶⁹.

En este sentido, la STC 70/2002, de 3 de abril (FJ. 9) ha precisado que «[l]a protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos»⁷⁰.

⁶⁷ STC 70/2002, de 3 de abril (FJ. 9).

⁶⁸ Vid. ZOCO ZABALA, C., *Nuevas...*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 43.

⁷⁰ Esta delimitación temporal se encuentra ya en los primeros reconocimientos constitucionales del derecho, ya que, al proclamarse la inviolabilidad de la correspondencia «confiada al correo» se protege «en aquel momento en el que se muestra más vulnerable: mientras se encuentra en tránsito y bajo la custodia de un servicio postal generalmente dependiente del poder público». RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre la naturaleza...», *op. cit.*, p. 9.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, podemos afirmar, con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que «[p]or comunicación en este supuesto hay que entender todo proceso de transmisión de mensajes a través de un soporte que se presente como un canal cerrado, lo que hará que el emisor tenga razonables expectativas de que se garantiza su libertad de comunicación»⁷¹.

IV.2. CONTENIDO

Si el objeto del derecho hace referencia al ámbito de libertad garantizado, su contenido lo integran las facultades jurídicas que su titular posee para defenderlo⁷².

Definir el contenido de este derecho fundamental consistirá, pues, en averiguar cómo se protege el espacio de autodeterminación que garantiza.

El art. 18.3 CE, como sabemos, salvaguarda la libertad de las comunicaciones a través de su secreto. Sin embargo, esa libertad no se garantiza en términos absolutos, ya que la norma permite levantar legítimamente el secreto mediante resolución judicial⁷³.

El contenido de este derecho consistirá, pues, «en la reivindicación por su titular de la garantía así prevista —la resolución judicial, en este caso, aunque no sólo ella— como medio de defensa frente a los atentados de que aquél pudiera ser objeto»⁷⁴.

El derecho que nos ocupa se configura como una prohibición —la de levantar el secreto de las comunicaciones— que puede ser excepcionada bajo determinadas circunstancias. Y su contenido, como derecho reaccional que es, se agota «en la reacción individual frente a la desobediencia de aquella prohibi-

⁷¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*, p. 94.

⁷² BASTIDA FREIJEDO, F. *et al.*, *op. cit.*, p. 109.

⁷³ RODRÍGUEZ RUÍZ se refiere a esta cuestión abogando por una «estructura a dos niveles» del derecho fundamental, diferenciando entre ámbito de cobertura y ámbito de protección. El primero de estos conceptos, el ámbito de cobertura, hace referencia a todo el ámbito conceptual del derecho, integrado por todas aquellas situaciones en las que está llamado a actuar. Por su parte, el ámbito de protección, más reducido, vendría solamente delimitado por aquellas injerencias en el ámbito de cobertura del derecho que se hubieran producido sin observar los requisitos previstos por la Constitución y sus normas de desarrollo. Así, cualquier intervención de una comunicación supondría una injerencia en el ámbito de cobertura del derecho al secreto de las comunicaciones, pero sólo si la misma se ha producido sin respetar las condiciones constitucionalmente requeridas se entendería vulneradora de su ámbito de protección. RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

⁷⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 56.

ción» o, en su caso, en la reclamación del cumplimiento de las condiciones constitucionales previstas para excepcionarla⁷⁵.

Por tanto, la existencia de la resolución judicial previa que autorice la intervención y el cumplimiento de determinados requisitos para entenderla constitucionalmente conforme —sobre los que volveremos— «no supone negación del contenido del derecho, sino realización del mismo para la inmisión en el objeto de este modo defendido»⁷⁶.

V. Titularidad

El artículo 18.3 CE se expresa en los términos más amplios posibles en cuanto a la titularidad del derecho que proclama.

Debe entenderse así que, mediante el uso de la fórmula impersonal «se garantiza», el derecho se extiende a todos, incluyendo extranjeros y personas jurídicas.

Para el caso de los extranjeros, como es sabido, la Constitución declara su titularidad respecto de los derechos fundamentales «en los términos que establezcan los tratados y la ley» (art. 13.1 CE).

El secreto de las comunicaciones debe entenderse incluido en el grupo de derechos que, dentro de la clasificación tripartita construida por el Tribunal Constitucional, no permiten tener en cuenta el criterio de la nacionalidad para su desarrollo legal⁷⁷, por tratarse de un derecho imprescindible «para la garantía de la dignidad humana»⁷⁸.

Por su parte, la Constitución española guarda silencio respecto de la posibilidad de que las personas jurídicas sean, de forma general, titulares de derechos fundamentales, aunque tampoco lo impide expresamente.

Más allá del reconocimiento explícito de determinados derechos⁷⁹, se ha considerado a los arts. 9.2 y 162.1.b) CE como «claros indicios de que en la

⁷⁵ VILLAVARDE MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 337 y BASTIDA FREIJEDO, F. *et al.*, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 56.

⁷⁷ Sobre esa clasificación de los derechos de los extranjeros, *vid. v.gr.* CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, pp. 63-83.

⁷⁸ STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ. 3). También en esta dirección JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 53.

⁷⁹ «La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 C.E.), el derecho

norma fundamental las personas jurídicas (o, más genéricamente, los grupos) pueden ser titulares de derechos»⁸⁰. El primero de ellos, por cuanto equipara al «individuo» y a los «grupos» respecto de las condiciones de disfrute de su libertad e igualdad. El segundo, en tanto reconoce a la persona jurídica legitimación activa para interponer recurso de amparo cuando «invoque un interés legítimo»⁸¹.

En cualquier caso, respecto de las personas jurídicas privadas, el Tribunal Constitucional ha entendido que pueden ser titulares de derechos fundamentales «siempre que se trate, como es obvio, de derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas»⁸².

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la posible titularidad de personas jurídicas en el caso del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pero sí con ocasión de otro derecho en cierto modo cercano como la inviolabilidad del domicilio.

Respecto al art. 18.2 CE, la titularidad de las personas jurídicas se ha entendido en sentido afirmativo desde la STC 137/1985, de 17 de octubre (FJ. 3), al considerar que tal derecho «posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas»; pero con un alcance más reducido «por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas»⁸³.

La relación entre los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad —que no asiste a las personas jurídicas⁸⁴— ha servido de argumento a

a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 C.E.), la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 C.E.) o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia (art. 22.4 C.E.). STC 139/1995, de 26 de septiembre (FJ. 4).

⁸⁰ GÓMEZ MONTORO, A. J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)», en: *Cuestiones constitucionales*, 2, 2000, p. 28.

⁸¹ Aunque se trate de una norma que atribuye legitimación procesal y no titularidad de derechos, sí que se ha entendido como «un principio de “apertura” de los derechos fundamentales hacia las personas jurídicas». CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones...», *op. cit.*, p. 73.

⁸² SSTC 64/1988, de 12 de abril (FJ. 1), y 23/1989, de 2 de febrero (FJ. 2). Por ello se ha afirmado que «el Tribunal Constitucional español ha venido a introducir por vía jurisprudencial el contenido del artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn», el cual reza: «Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas con sede en el país, en la medida en que por su respectiva naturaleza les sean aplicables». CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones...», *op. cit.*, p. 74.

⁸³ STC 69/1999, de 26 de abril (FJ. 2).

⁸⁴ «El derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las

MATIA PORTILLA para criticar la jurisprudencia constitucional expuesta y afirmar que las personas jurídicas tampoco son titulares del aquél⁸⁵.

Una postura similar respecto de la vinculación entre la intimidad y los derechos de los arts. 18.2 y 3 CE es la mantenida por RODRÍGUEZ RUIZ, pero el abordaje argumental y la conclusión alcanzada son diferentes. Para esta autora, conjuga mal el hecho de que el Tribunal Constitucional reconozca que la inviolabilidad del domicilio es un aspecto de la intimidad y, sin embargo, atribuya a las personas jurídicas la titularidad del derecho a aquella, pero no a ésta⁸⁶. El problema se halla, según el trabajo que citamos, en la interpretación restrictiva del derecho a la intimidad que ha realizado el Tribunal Constitucional, pues, de interpretarlo como el control de las zonas de retiro y secreto, nada impediría entender que las personas jurídicas son titulares del derecho a la intimidad entendido en estos términos. Y, en el mismo sentido, no habría problemas para entender su titularidad respecto del derecho al secreto de las comunicaciones⁸⁷.

Menos obstáculos se plantean para atribuir tal titularidad si se considera, como hemos defendido ya, el secreto de las comunicaciones como derecho plenamente autónomo. Si el secreto del artículo 18.3 es de carácter formal y se garantiza, por tanto, con independencia del contenido de la comunicación, difícilmente pueden hallarse diferencias en la necesidad de proteger ese secreto: trátase de una persona física o jurídica⁸⁸.

La titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídico-públicas presenta mayores dificultades, pues la propia concepción originaria de

Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada». ATC 257/1985, de 17 de abril (FJ. 2).

⁸⁵ «[...] la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad. Y [...] la persona jurídica carece de la misma, por lo que parece un contrasentido atribuirle la inviolabilidad del domicilio (como, al igual, sería absurdo reconocerles un derecho a la vida o a la integridad física)». *Vid.* MATIA PORTILLA, F. J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 113 y ss.

⁸⁶ STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ. 2).

⁸⁷ RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

⁸⁸ Para JIMÉNEZ CAMPO «no protege tanto la Constitución un derecho sobre la propia identidad personal, en sentido amplio, cuanto un derecho a disponer libremente de los espacios y procesos en que ésta se despliega, ámbitos no menos relevantes para la persona jurídica que para la física». *Cfr.* JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía...», *op. cit.*, p. 54. También han defendido esta titularidad con base en el carácter formal del derecho ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto...*, *op. cit.*, p. 19 y NEIRA PENA, A. M., «La interceptación de las comunicaciones de la persona jurídica investigada», en: *Justicia: revista de derecho procesal*, 2, 2016, pp. 423 y ss.

los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, se presta a que sean entendidos como espacios de inmunidad de los particulares frente al poder público.

Por ello el Tribunal parte de afirmar que «en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos»⁸⁹.

No obstante, se ha reconocido expresamente la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁹⁰ y, en relación con él, el derecho a la igualdad en aplicación de la ley⁹¹.

Es más, la STC 64/1988, de 12 de abril, que venimos citando, resulta especialmente significativa, por cuanto parece admitir incluso la posible titularidad de las personas jurídico-públicas de otros derechos fundamentales distintos a los aquí tratados.

Y es que, tras recordar su doctrina respecto a la titularidad de las personas jurídico-privadas —sobre aquellos derechos que, por su naturaleza, puedan ser ejercitados por ellas— señala que «[a] la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho público, siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho público».

Esta afirmación, de difícil interpretación, ha sido entendida como una equiparación entre las personas jurídico-públicas y la posición en que, respecto

⁸⁹ STC 64/1988, de 12 de abril (FJ. 1).

⁹⁰ «Por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden». STC 64/1988, de 12 de abril (FJ. 1).

⁹¹ «[...] no cabe negar la íntima conexión existente entre esa igualdad en la aplicación judicial de la Ley y el derecho a la tutela judicial efectiva, que también se lesiona por tratamientos jurídicos arbitrariamente desiguales. Un rasgo esencial del Estado de Derecho es el sometimiento de los poderes públicos a la jurisdicción, frente a la cual la situación de los poderes públicos no es radicalmente diferente a la de los particulares, también en lo que se refiere al derecho a no someterse a un trato desigualmente arbitrario por parte de los Jueces y Tribunales». STC 100/1993, de 22 de marzo (FJ. 2).

de la titularidad de ciertos derechos fundamentales, el Tribunal había colocado a ciertos grupos sociales⁹².

El Tribunal sostiene, en la misma resolución, que «la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental»⁹³.

Y, en efecto, de esta cualidad de sujeto colectivo representativo de un derecho singular parece hacer depender el Tribunal la posibilidad de que las personas jurídicas de derecho público detenten la titularidad de derechos fundamentales. Este parece ser el sentido de la declaración del Tribunal —«que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos»— y así se entiende el ejemplo que la acompaña —«como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art. 20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho público»—, que parece referirse a los medios de comunicación social dependientes del Estado⁹⁴.

Trasladando este razonamiento al derecho fundamental aquí considerado, se ha negado con carácter general su titularidad por las personas jurídico-públicas, «con la salvedad quizás de aquellas cuyo objeto sea precisamente organizar un servicio de telecomunicaciones, garantizando su secreto como parte de él»⁹⁵.

Otros autores, no obstante, han apostado por ampliar la titularidad de las personas jurídicas públicas en los mismos términos en que el Tribunal lo ha hecho con las privadas, esto es, en función de que la naturaleza del derecho

⁹² CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones...», *op. cit.*, p. 81. En la misma dirección: RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, p. 169.

⁹³ Así, las «comunidades» en el caso de la libertad ideológica (16.1 CE), el derecho a participar en asuntos públicos a través de partidos políticos (23), el ejercicio del derecho de asociación por Asociaciones ya constituidas (22 CE) o el derecho de libertad sindical por los propios Sindicatos (28 CE). *Vid.* STC 64/1988, de 12 de abril (FJ. 1).

⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, P., «Dos cuestiones...», *op. cit.*, p. 81. El mismo criterio serviría para otorgar la titularidad a las Universidades, como ente público al que se ha confiado «en especial la realización de un derecho fundamental», del derecho fundamental a la libertad de cátedra. *Vid.* DÍAZ LEMA, J. M., «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», en: *Revista de Administración Pública*, 120, 1989, p. 125.

⁹⁵ RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto...*, *op. cit.*, p. 169. También FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*, p. 93.

posibilite por aquellas su ejercicio, por lo que también se verían beneficiadas del secreto de las comunicaciones⁹⁶.

Finalmente, también son titulares de este derecho los menores de edad. A pesar de que la Constitución no se pronuncia sobre este extremo⁹⁷, es pacífico entre la doctrina que la titularidad viene determinada por la personalidad y, por tanto, los menores son, desde su nacimiento, titulares de todos los derechos fundamentales⁹⁸.

Esta titularidad, además de ser reconocida por textos internacionales y por la jurisprudencia constitucional⁹⁹, ha sido plasmada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 3 dispone que «[l]os menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte...».

Los preceptos sucesivos de esta norma desarrollan algunos derechos fundamentales, entre los que se incluye, con una redacción algo confusa, el derecho que aquí estudiamos¹⁰⁰. Y es que el artículo 4.1 señala: «Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones».

⁹⁶ LASAGABASTER, I., «Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público», en: AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1991, p. 673. También es esta, desde un entendimiento participativo de los derechos fundamentales, la posición defendida por ALÁEZ CORRAL, para quien «el mismo argumento que utiliza el Tribunal para reconocerles ocasionalmente ciertos derechos de corte procesal debiera servir [...] para fundamentar la titularidad general por parte de las personas jurídico-públicas de aquellos derechos que por su naturaleza puedan ejercer». Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F. *et al.*, *op.cit.*, p. 90.

⁹⁷ Sí existe una referencia a los derechos de los menores, pero en sede de principios rectores. Así, dispone el art. 39.4 CE: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

⁹⁸ No obstante, algunos autores han entendido que el menor carece de la titularidad de algunos derechos (sufragio o libertad sindical desde los 16 años). Para otros, sin embargo, dicha delimitación temporal incide en el ejercicio del derecho fundamental, pero no en su titularidad. Vid. PASCUAL MEDRANO, A., «Los derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor», en: *Revista jurídica de Navarra*, 22, 1996, pp. 249-264 y ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 101.

⁹⁹ SSTC 36/1991, de 14 de febrero (FJ. 6), y 141/2000, de 29 de mayo (FJ. 5).

¹⁰⁰ La norma recoge una selección no exhaustiva de los derechos fundamentales del menor, tal vez determinada, se ha dicho, por los casos «en los que la minoría de edad puede provocar más matices en orden a su ejercicio, dando por supuestos algunos otros: vida, integridad, seguridad... establecidos por la Constitución y por la Convención sobre Derechos del Niño». PASCUAL MEDRANO, A., «Los derechos fundamentales y la Ley...», *op. cit.*, p. 254.

Además de diferenciar —en principio sin consecuencias— entre la inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones, el legislador orgánico parece inclinarse también aquí por una cierta relación de vinculación entre los derechos del artículo 18 CE, ya que expresamente dispone que uno de los derechos enunciados en primer término —entendemos que el derecho a la intimidad— comprende la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

En todo caso, los problemas que este derecho pueda suscitar respecto a la minoría de edad no vendrán determinadas por su titularidad, sino, en su caso, por su ejercicio. Y ello en un doble sentido. Por un lado, porque, si lo que se protege son las comunicaciones a través de medio técnico, el menor deberá poder tener acceso a ese medio y alcanzar progresivamente la capacidad de comunicarse¹⁰¹. Por otro, por la incidencia —variable— que la especial relación paternofamiliar tiene sobre su ejercicio durante la minoría de edad.

VI. Suspensión del derecho

La Constitución española prevé dos situaciones en que determinados derechos fundamentales pueden ser suspendidos: la denominada suspensión general, que puede ser activada en los casos de excepcionalidad constitucional (art. 55.1 CE, en conexión con el art. 116 CE) y la facultad de suspensión individual para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (55.2 CE).

Ambos casos afectan al contenido del derecho, es decir, a las facultades jurídicas que su titular posee para defender el objeto garantizado. Se va a producir, por tanto, una *modificación* del contenido *normal* del derecho por aquel constitucionalmente previsto para los casos en que se decrete la suspensión y con las condiciones en que hubiere sido legislativamente desarrollado¹⁰².

VI.1. SUSPENSIÓN GENERAL (55.1 CE)

El art. 55.1 CE prevé la posibilidad de suspender ciertos derechos fundamentales en casos de excepcionalidad constitucional, declaración que se producirá

¹⁰¹ ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰² Las garantías del derecho se ven aminoradas, pero su titular podrá exigir que la injerencia se lleve a cabo en los términos establecidos para tal situación excepcional. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», en: *Revista de Derecho Político*, 51, 2001, p. 111.