

61690

JUAN OCÓN GARCÍA

DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO Y TECNOLOGÍAS AVANZADAS DE COMUNICACIÓN



R.218669

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2021

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO. DELIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DEL	
ART. 18.3 CE	21
I. Introducción	21
II. Una ojeada histórica	22
II.1. Nacimiento y expansión del derecho	22
II.2. El derecho al secreto de las comunicaciones en la histo- ria constitucional española	24
II.3. El proceso constituyente de 1978	25
III. Intimidad y secreto de las comunicaciones: dos derechos autó- nomos y distintos	27
IV. Objeto y contenido	31
IV.1. Objeto	31
IV.2. Contenido	37
V. Titularidad	38
VI. Suspensión del derecho	44
VI.1. Suspensión general (55.1 CE)	44
VI.2. Suspensión individual (55.2 CE)	46
CAPÍTULO SEGUNDO. LA COMUNICACIÓN PROTEGIDA EN EL ARTÍCULO	
18.3 CE	49
I. Concepto constitucional de comunicación	49
I.1. Una comunicación consiste en una transmisión de ex- presiones de sentido	50

I.2.	Entre personas <i>previamente</i> determinadas. Difusión pública y comunicación privada	53
A.	Predeterminación de destinatarios frente a audiencias potencialmente ilimitadas	56
B.	Interactividad <i>versus</i> pasividad: la conmutabilidad de roles en la relación comunicativa	58
C.	La singularidad del destinatario en las comunicaciones privadas	60
I.3.	Comunicación técnicamente mediada y a través de canal cerrado	63
A.	SopORTE e intermediación técnica: comunicación <i>versus</i> conversación directa	63
B.	Características del medio. Las denominadas «comunicaciones abiertas»	70
II.	Ámbito temporal del derecho: intervención y acceso	73
II.1.	Inicio del proceso comunicativo	74
II.2.	Finalización del proceso comunicativo	75
A.	La protección del sistema comunicativo	75
B.	La protección de la comunicación hasta el conocimiento del contenido por el destinatario	77
C.	La estricta limitación de la protección a la comunicación en tránsito y la participación del tercero	78
III.	Estudio de las diversas modalidades comunicativas protegidas	83
III.1.	Comunicaciones postales y telegráficas	83
III.2.	Comunicaciones bidireccionales simultaneas	86
III.3.	Comunicaciones telemáticas alternativas	88
CAPÍTULO TERCERO. EL SECRETO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO ...		93
I.	El secreto en el ordenamiento jurídico	93
I.1.	Secreto como límite al conocimiento	93
I.2.	Secreto como concepto relacional	94
I.3.	Secreto como atribución normativa de carácter teleológico	95
I.4.	La doble dimensión —imperfecta— del secreto	98
II.	Objeto del derecho: el secreto —¿y la libertad?— de las comunicaciones	100
II.1.	El secreto de las comunicaciones	101
A.	Ámbito objetivo	101

B.	Dimensión temporal	102
C.	Ámbito subjetivo	103
D.	El deber de confidencialidad del prestador del servicio	109
II.2.	La libertad de las comunicaciones	111
A.	La libertad de las comunicaciones expresamente garantizada	111
B.	Delimitación de la libertad de las comunicaciones ...	114
B.1.	Libertad de las comunicaciones como derecho al medio o servicio de comunicaciones	114
B.2.	Libertad de las comunicaciones como libertad de acción	115
B.3.	La libertad de las comunicaciones como prohibición de alterar su curso normal	118
B.4.	Libertad de las comunicaciones como libertad para compartir expresiones de sentido exclusivamente con sujetos determinados	119
III.	La garantía tecnológica del secreto	120
III.1.	El cifrado de comunicaciones	123
III.2.	Incidencia del cifrado en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones	126
III.3.	Intervención de comunicaciones cifradas	132
A.	Interceptación del contenido comunicacional mediante ataques de suplantación	132
B.	Remoción de las técnicas de cifrado con auxilio de terceros	133
C.	Descifrado mediante técnicas de criptoanálisis	135
D.	Registro remoto de dispositivos como técnica de intervención de comunicaciones	135
CAPÍTULO CUARTO. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y DATOS DE TRÁFICO		139
I.	Introducción	139
II.	Concepto y regulación de los datos de tráfico	140
II.1.	Datos de tráfico y datos <i>afines</i>	140
II.2.	Los datos de tráfico en la investigación penal	142
A.	La conservación generalizada de datos	142
B.	La preservación de datos almacenados	150
C.	La interceptación de datos en tiempo real	151

III. Datos de tráfico y derechos fundamentales afectados	152
III.1. Interceptación de datos de tráfico asociados a comunicaciones en curso	154
III.2. Acceso a datos de tráfico de comunicaciones finalizadas ...	156
A. Datos en poder del prestador del servicio	158
B. Datos en poder de los comunicantes	162
CAPÍTULO QUINTO. EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	
I. La doble dimensión del derecho fundamental	167
II. Contenido subjetivo del derecho	171
II.1. La intervención constitucional de las comunicaciones ¿límite o delimitación?	171
II.2. El legislador del artículo 18.3 CE: la previsión del límite	176
A. La necesidad de <i>interpositio legislatoris</i>	176
B. La «calidad» de la norma limitadora	183
C. Fundamentos de la limitación	196
D. Los límites a la actividad limitadora del legislador ...	199
D.1. El contenido esencial como límite de los límites	199
D.2. La proporcionalidad del límite como parámetro de constitucionalidad de la ley	200
II.3. El juez del artículo 18.3 CE: la aplicación del límite ...	203
A. El juicio sobre la decisión de intervención	203
A.1. Presupuestos para la aplicación del límite	204
A.2. El test de proporcionalidad	208
B. La resolución judicial	212
C. Práctica de la intervención y control judicial	216
III. Contenido objetivo	218
III.1. La dimensión objetiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones	220
III.2. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en las relaciones entre particulares	223
CONCLUSIÓN	229
BIBLIOGRAFÍA	233