

Arrojando luz sobre los mensajes de Puigdemont

POR RUTH BENITO MARTÍN Of Counsel de la firma Elizaburu, y experta en Privacidad y Protección de Datos

Durante la semana pasada se habló mucho sobre los mensajes que Puigdemont envió a Comín a través de la aplicación Signal, su captación por parte de un fotógrafo y su posterior difusión por un medio de comunicación. Hemos conocido diferentes versiones sobre la licitud o ilicitud de lo sucedido, desde quien considera que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones de los protagonistas a quienes opinan que no existe infracción de derecho alguno. Con independencia de que finalmente se puedan ejercitar o no acciones judiciales en Bélgica, en este artículo intentaremos explicar por qué, bajo el prisma del Derecho español.

Durante la semana pasada se habló mucho sobre los mensajes que Puigdemont envió a Comín a través de la aplicación Signal, su captación por parte de un fotógrafo y su posterior difusión por un medio de comunicación. Hemos conocido diferentes versiones sobre la licitud o ilicitud de lo sucedido, desde quien considera que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones de los protagonistas a quienes opinan que no existe infracción de derecho alguno.

Con independencia de que finalmente se puedan ejercitar o no acciones judiciales en Bélgica, en este artículo intentaremos explicar por qué, bajo el prisma del Derecho español, se producen interpretaciones tan dispares en relación con los derechos que pueden haberse visto afectados en el supuesto comentado.

Hemos de empezar diferenciando entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. Ambos son derechos fundamentales que se encuentran recogidos en la Constitución, pero siendo totalmente autónomos e independientes entre sí y actuando cada uno de ellos con arreglo a reglas bien diferenciadas.

El derecho al secreto de las comunicaciones:

Este derecho garantiza la libre comunicación entre dos o más personas, prohibiendo no sólo la interceptación de las comunicaciones sino su conocimiento antijurídico por cualquier medio y por parte de cualquier persona ajena a la comunicación, incluidos los poderes públicos.

Ello con independencia de si el emisor y/o el receptor tienen proyección pública o no -ampara por igual a Puigdemont como al charcutero del barrio-, así como del contenido de las comunicaciones -da lo mismo que se trate de un alto secreto de Estado o del ciclo reproductivo de la hormiga de jardín- y del medio empleado en la comunicación -correo postal, llamada telefónica, sms, correo electrónico..).

Obviamente, este derecho opera sobre aquellas comunicaciones que emisor y receptor desean realizar de una manera privada y no pública. Si se opta por un canal de comunicación que no ofrece un entorno cerrado, el mensaje no puede ser objeto de protección por parte de este derecho. Este es el límite principal de lo que queda amparado o no por el secreto de las comunicaciones y cualquier injerencia sobre este derecho debe estar fundada en la existencia de una orden judicial al efecto.

Resulta claro que, en el caso de los mensajes de Puigdemont a Comín, se optó por un canal de comunicación reservado para ellos dos y, por lo tanto, la comunicación queda amparada por este derecho. Ahora bien, en la línea de la sentencia 70/2002 de nuestro Tribunal Constitucional, de 3 de abril, debería valorarse si el fotógrafo tenía constancia objetiva de que lo que captaba con su cámara era una comunicación privada. Pudo suceder que, aun fotografiando intencionalmente hacia el móvil, no supiera plenamente hasta más tarde qué era lo que aparecía en la pantalla. En todo caso entendemos que, aun siendo así, como mucho esto podría amparar la

El derecho a la intimidad encuentra uno de sus límites en el derecho a la información y en la ponderación de cuál prevalece

El secreto de las comunicaciones queda acotado al proceso de comunicación en sí, y tras esto entran en juego otros derechos

toma fotográfica en sí, pero difícilmente a la posterior divulgación por el medio de comunicación. El derecho al secreto de las comunicaciones queda acotado al proceso de comunicación en sí y, a este respecto, tanto nuestro Tribunal Constitucional como nuestro Tribunal Supremo entienden que, una vez finalizado el proceso de la comunicación, deja de operar el derecho al secreto de las comunicaciones y, en todo caso, entrarán en juego otros derechos, como puede serlo el de la intimidad.

El derecho a la intimidad:

El objeto de este derecho es la protección del área que cada uno desea reservarse para sí mismo o para sus íntimos. Cada persona, a través de sus manifestaciones y su propia conducta, configura qué es para ella lo íntimo y, por lo tanto, lo que quedará protegido por su derecho a la intimidad. Bajo esta perspectiva, debe tenerse en cuenta si con la propia conducta se permite que el contenido de la comunicación sea accesible para terceros, así como el contexto en el que se producen los hechos y la expectativa de privacidad que cabe tener en dicho contexto.

Además de lo anterior, este derecho encuentra uno de sus principales límites en el derecho a la información y, en la necesaria ponderación para determinar en este caso cuál de estos dos derechos debe prevalecer, sí va a tener su peso la relevancia pública de los protagonistas, así como el valor informativo que los mensajes tienen en sí mismos. En atención a todo esto, si lo que opera es el derecho a la intimidad, en el caso comentado podría prevalecer el derecho a la información.

¿Qué derecho hemos de aplicar, el de comunicaciones o el de intimidad?

Tal como hemos apuntado, los tribunales han establecido que, concluido el proceso de comunicación, no cabe hablar ya de secreto de las comunicaciones. Pero, ¿cuándo se entiende que ha finalizado dicho proceso de comunicación? Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia dictada por la Sala de lo Penal, el 8 de junio de 2009 (nº 4892/2009), apunta a los siguientes elementos para ello: que el mensaje ya esté almacenado en el terminal del destinatario, y que haya sido abierto y leído por él. Siguiendo este criterio, si al momento de producirse la captación fotográfica, el receptor ya había leído los mensajes -es obvio que ya estaban almacenados en su dispositivo y que ya los había abierto-, y los mantuvo abiertos y a la vista de terceros, estaríamos ante un supuesto de derecho a la intimidad *versus* derecho a la información y, conforme a las reglas aplicadas, en principio podría no haberse cometido delito alguno.

Por el contrario, podríamos estar ante una vulneración del secreto de las comunicaciones si la fotografía se disparó en el momento de la apertura de los mensajes, sin que Comín hubiera tenido oportunidad de advertir su exacto contenido ni, por tanto, de decidir si quería o no mantenerlos a reserva de terceros.

Seguindo este criterio, si al momento de producirse la captación fotográfica, el receptor ya había leído los mensajes, y los mantuvo abiertos y a la vista de terceros, estaríamos ante un supuesto de derecho a la intimidad *versus* derecho a la información y, conforme a las reglas aplicadas, en principio podría no haberse cometido delito alguno. Por el contrario, podríamos estar ante una vulneración del secreto de las comunicaciones si la fotografía se disparó en el momento de la apertura de los mensajes, sin que Comín hubiera tenido oportunidad de advertir su exacto contenido ni, por tanto, de decidir si quería o no mantenerlos a reserva de terceros.