

**INTIMIDAD (ART. 18.2 CE), INVESTIGACIÓN
POLICIAL Y SUS LÍMITES:
LA INTROMISIÓN VIRTUAL. ESTUDIO
DE LA STS NÚM. 329/2016 DE 20 DE ABRIL
DE 2.016 Y ALGUNAS MANIFESTACIONES
JURISPRUDENCIALES.**

Rubén Herrero Giménez

Abogado en ejercicio. Colaborador Dpto.
Facultad de Derecho de la U.C.M.

La importancia del presente comentario reside en el análisis, tratamiento y avance que la jurisprudencia está desarrollando en lo que a la protección del derecho a la intimidad¹, y en su concreta manifestación al derecho a la inviolabilidad del domicilio² (art. 18.2 CE) representa³.

Recibido: junio 2016. Aceptado: enero 2017

- 1 El concepto de intimidad ha sido tratado ampliamente por la doctrina, por citar algunos autores, acudir a MORALES PRATS, F., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Coord. MORALES PRATS, F., VV.AA., ed. 5ª, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 406 y 458 y ss.
- 2 Para el estudio del desarrollo de la inviolabilidad del domicilio en las Constituciones españolas, acudir a PASCUAL LÓPEZ, S., “La inviolabilidad

Como es sabido, las únicas causas que habilitan su injerencia, son las contempladas en el citado precepto constitucional; es decir, tan sólo podrá acceder un tercero al ámbito privado de una persona (morada⁴): a) si existe el consentimiento de dicho titular (expreso o implícito, o actos concluyentes), b) si así lo declara una resolución judicial motivada⁵ (auto⁶), o c) en el su-

del domicilio en las Constituciones españolas del siglo XX”, *Cuestiones Constitucionales*, nº 20, enero-junio, 2009, pp. 255-273. Asimismo, acudir a ESPÍN TEMPLADO, E., “Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, enero-abril, 1991, pp. 39-42.

- 3 Asimismo, es un derecho reconocido en diversa normativa internacional; a saber, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966), expone en su primer punto que, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Por su parte, el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948), dispone que, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; y el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950), en su art. 8 establece, en su primer punto que, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”; y, en su segundo punto, “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.
- 4 Sobre el desarrollo y concepto de casa-domicilio, acudir a DE TOLEDO Y UBIETO, O. T., “Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (art. 191 del Código Penal)”, en *Anuario de Derecho penal*, 1987, Fascículo II, pp.330 y ss. Tratando el concepto de morada, asimismo, acudir a SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAILLO, S., “Derecho Penal. Parte Especial”, ed. 11ª, Ed. Dykinson, Madrid, 2.006, pp. 282 y 283.
- 5 Tal y como expuso la STS 2373/1.993 de 19 de octubre, respecto a la naturaleza de los autos de entrada y registro, se trata de decisiones “tan funda-

puesto de que en el interior de dicha vivienda se esté cometiendo un delito (caso de flagrancia delictiva⁷). En caso contrario, (o lo que es lo mismo, en ausencia de tales condiciones), se estaría cometiendo por parte de quien accede a ese ámbito privado de un tercero, un delito de allanamiento de morada⁸.

mentales para su través limitar, cuando no cercenar, el derecho a la inviolabilidad del domicilio”. Debiéndose revestir “escrupulosidad, técnica y jurídica”, por la que se busca “la seguridad ciudadana, la persecución del delito y la defensa de la legalidad”. Asimismo, la STC 14/1.991 de 20 de enero, expone que dicha resolución debe exponer la suficiencia motivadora que “permitan conocer los criterios jurídicos esenciales tenidos en cuenta...”. Tratando la flagrancia delictiva acudir, a MATIA PORTILLA, F. J., “Delito flagrante e inviolabilidad del domicilio (Comentario a la STC 341/1993)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, nº 42, Septiembre-Diciembre, 1994, pp. 197-217. Asimismo, acudir a GALINDO MORELL, P., “La autorización judicial de entrada en el domicilio”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, QDL, 2 de junio de 2003, pp. 100-110.

- 6 art. 558, 546 y concordantes de la LECrim. El alcance del art. 588 de la LECrim. abarca que el auto sea fundado, no obstante, no integra la identificación del particular que habita en la morada, debiéndose circunscribir la resolución, (al menos): el domicilio en el que se debe practicar la diligencia ordenada por el Juez, la autoridad y funcionario que deba practicarla, en tanto que “no siempre es posible saber quién es el que dentro de un domicilio está cometiendo un delito o fundada elementos de prueba decisivos para el descubrimiento del autor del mismo”, (STS 441/1.996, de 20 de mayo). La expuesta STC 14/1.991 de 20 de enero, expone que “...la parquedad de la fundamentación jurídica de los autos merece un tratamiento más permisivo su no se vulnera manifiestamente el derecho constitucional a su motivación”.
- 7 Es de importancia al respecto acudir a la lectura del artículo de MARTÍN MORALES, R., “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante. A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996”, RECPC 01-02 (1999), y asimismo publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, nº 1, 1998, pp. 375-388. En dicho artículo el autor trata, entre otros aspectos la reconfiguración del concepto constitucional de flagrancia delictiva en virtud del artículo 21.2 de la L.O 1/1992, y la declaración de inconstitucionalidad por la STC 341/1993.
- 8 Artículos 202 a 294 CP: Capítulo II, “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, TÍTULO X, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”.

En este momento no entraremos a exponer qué concretos lugares pueden ser considerados morada⁹, ni tampoco qué comportamientos pueden ser constitutivos de allanamiento¹⁰, o cuál es el bien jurídico tutelado¹¹; baste en esta ocasión referirnos a

- 9 art. 554 LECrim., y la interpretación jurisprudencial de domicilio, por todas, respecto al concepto de domicilio como ámbito donde se desarrolla la esfera privada de una persona (STC 22/1.984 de 17, de febrero ó 10/2.002, de 17 de enero); o espacio que revelen, mediante signos externos, la voluntad del titular morador de excluir, en dicho espacio, la intromisión de terceros, (STC 10/2.002, de 17 de enero). Por la jurisprudencia ha venido afirmando que es domicilio las habitaciones de hoteles, (STS 831/2.000, de 16 de mayo). Ahondado en el concepto de domicilio, acudir, asimismo, a GIL DE LA FUENTE, J., “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*, Coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L., VV.AA., ed. 2ª, Ed. La Ley, Madrid, 2.007, pp. 502, así se expresa “la reiterada jurisprudencia que recoge la sentencia 1344/1998, de 12 de noviembre que afirma que el «domicilio» que protege el tipo es un concepto más amplio que el que proporciona el Código Civil, y así se extiende a todo espacio cerrado en el que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias, aunque la utilización del mismo sea temporal, accidental u ocasional (así, habitación de un hotel)”. Asimismo, acudir al respecto a NAVAS SÁNCHEZ, M. M., “¿Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”, *Revista de Derecho Político*, nº 81, mayo-agosto, 2011, pp. 155-198.
- 10 Sistema dual de comisión que comprende, tanto la entrada incontestada de un tercero en el domicilio, (“el que...entrare...”), como la permanencia no permitida del morador (el que...se mantuviere...). Más compleja es la interpretación de esta última modalidad, en cuanto que se ha interpretado en alguna ocasión como “consentimiento presunto”, (STS 114/2.006, de 20 de enero).
- 11 Tratando las diversas posturas entorno al bien jurídico protegido, podemos citar a diversos autores con posturas bien encontradas. Por citar algunas, acudir a MORALES PRATS, F., “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Coord. MORALES PRATS, F., VV.AA., ed. 5ª, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2.005, pp. 458 y ss., en su opinión la intimidad domiciliaria. Tratando, asimismo, las diferentes propuestas al respecto, acudir a, GONZÁLEZ RUS. J. J., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (II). Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en *Derecho penal español*, Coord. COBO DEL ROSAL, M., Ed. Dykinson, VV.AA.,

en qué medida, o mejor dicho, cuál o cuáles son los límites a la hora de recabar información cuando se comete un hecho delictivo en un domicilio. Es decir, tal y como expone la resolución que trataremos, en ausencia de resolución judicial, qué mecanismos y mediante qué forma debe actuarse para poderse afirmar que la prueba es lícita, y en su virtud, apta en orden a poderse afirmar su pertinencia probatoria.

En esta resolución se equipara la entrada de una persona física en el domicilio de una persona, con la intromisión virtual, (mediante el mecanismo de unos prismáticos). Ambos comport-

Madrid, 2.004, p. 362, en su opinión la intimidad personal, como manifestación al derecho a estar solo frente a intromisiones no deseadas. Por su parte, COBOS DE LINARES, M. A., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *Derecho Penal. Parte especial* (II), vv.aa., Ed. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1997, p. 40, este autor afirma que se pretende proteger la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) del que la morada sería una modalidad, con lo que viene a proteger formas de ejercicio del derecho a la intimidad. Asimismo, acudir a SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (II). Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en *Compendio de Derecho penal español*, (Parte especial), Dir. COBO DEL ROSAL, VV.AA., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 310, interpretando que el bien jurídico es la intimidad personal, protegiéndose un espacio físico concreto -la morada- en el que la persona realiza su vida íntima, frente a la presencia de otras personas como forma de intromisión. Asimismo, acudir a COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., “Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, en *Código Penal comentado*. Tomo I, Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., VV.AA., Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 627, este autor interpreta que el bien jurídico protegido en este delito es la intimidad domiciliaria, y para ello recurre a la cita de la STS 1048/2000, de 14 de junio, donde se afirma que es “la inviolabilidad del domicilio y la intimidad personal y familiar que mediante aquélla se trata de salvaguardar”; asimismo, acudir a GÓMEZ PAVÓN, P., “Del allanamiento de morada”, en *Código penal comentado*, Dir. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Coords. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ed. Akal, Madrid, 1990, p. 933, cuando expone que el bien jurídico es “la libertad personal como aquella parcela reservada del mundo exterior donde cada uno encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad, o la intimidad de la morada”.

tamientos son manifestación de una misma afectación al derecho constitucional de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

1. Supuesto de hecho:

Miembros de la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana tuvieron conocimiento de la actividad delictiva que un sujeto realizaba (venta y distribución de sustancias estupefacientes). Ante tal noticia, dicha Brigada estableció un dispositivo de vigilancia, entre otros lugares, (y en lo que afecta a este análisis) respecto de la vivienda del vigilado. Los agentes que desarrollaban el dispositivo de vigilancia consiguieron detener al investigado, junto con otras personas, por un presunto delito contra la salud pública, al incautarse cierta cantidad de cocaína, bloques de resina de cannabis, y heroína.

La cuestión controvertida en este caso, y fruto del presente análisis es la forma o medio en que la Brigada llegó al conocimiento concreto (es decir, la operación) que realizaban los acusados (hechos delictivos), y por la que fueron detenidos.

Los agentes actuantes en dicha operación “subieron a la planta novena del edificio..., perteneciente a (otro) Agente..., el cual (presentaba) visión frontal con el piso ocupado por el investigado. Valiéndose de unos prismáticos, los agentes observaron a través de uno de los dos ventanales que daban a la calle, correspondiente al salón y el cual carecía de ningún obstáculo que dificultase o impidiese ver el interior,...toda la operación. Tan pronto como...el investigado..., tuvo la bolsa con los paquetes en su interior salió de la vivienda, bajando al portal y saliendo a la calle, dirigiéndose a su vehículo, subiéndose al mismo y arrojando la bolsa delante del asiento delantero derecho, momento en el que fue detenido por el Agente....Poco después abandonaron la vivienda las otras personas...siendo detenidos por los agentes que desarrollaban la vigilancia exterior de la vivienda.

2. Fallo de la Sala en instancia y razonamiento:

La Audiencia Provincial de Ourense condenó a dos de los tres acusados por un delito contra la salud pública.

En lo que nos atañe, tan sólo nos referiremos a los argumentos que la Sala estableció, en orden a la validez, pertinencia y licitud de la observación realizada por los agentes de la policía del interior de la vivienda del investigado, (en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio) y su repercusión para que la Brigada pudiera conocer, y por tanto detener a los condenados. Al respecto, la Audiencia afirma que la observación con prismáticos, y por ende, el conocimiento de lo que acontecía en su interior es válida, y por ende, no ha existido intromisión ilegítima en la intimidad del investigado en tanto que *“la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver a través de la ventana”*.

3. Criterio del TS: anulación de la sentencia: criterios y justificación:

3.1. Contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio¹² (art. 18.2 CE)

El apartado 2¹³ del art. 18 de la CE protege, tanto la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como

12 Tratando el concepto, acudir a GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A., “El domicilio y su inviolabilidad”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, nº 1, 1998, pp. 375-388. Asimismo, acudir a VALERO CANALES, A. L., Tesis doctoral “El Derecho Fundamental a la inviolabilidad del domicilio: un estudio crítico desde la perspectiva teórico-práctica”, Dirs. JAVIER BELDA INIESTA, J., BAELO ÁLVAREZ, M., Universidad Católica San Antonio de Murcia, (España), 2016, pp. 18-23.

13 Tratando la referencia a la regulación constitucional de este derecho, acudir a LÓPEZ RAMÓN, F., “Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista de Estudios de la Administración local y autonómica (1985-2000), nº 225, pp. 31-78. Este autor trata interesantes cuestiones entorno al contenido del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, así como respecto a la “tesis

la observación clandestina de lo que acontece en su interior, La cuestión es si es lícita la prueba obtenida en este escenario mediante un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes¹⁴.

La sentencia que venimos a analizar, trata el fundamento de la inviolabilidad del domicilio, la falta de autorización y la intromisión ilegítima de la intimidad del morador, tratándose supuestos donde se sortean obstáculos mediante utensilios ópticos que amplían imágenes o acortan distancias entre el observante y lo observado.

La Jurisprudencia ha tratado diversos aspectos relacionados:

3.1.1. Valor del reportaje fotográfico obtenido por las cámaras de seguridad durante un atraco al banco:

En esta sentencia¹⁵ no se cuestiona la viabilidad jurídico-procesal de dicho medio probatorio, sino que se somete a análisis la existencia o concurrencia de determinados requisitos a efecto

de la inexistencia en el caso de una violación del bien jurídico intimidad, protegido por el artículo, 18.2 de la Constitución”, (pp. 52 y ss.). Asimismo, acudir a PASCUA MATEO, F., “Entre los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de propiedad: la protección de los inmuebles privados frente a las visitas de la Administración”, VV.AA., Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, nº 20, junio 2009, pp. 6-11.

14 Se aprecia cierta relación con el argumento esgrimido por el TC en su ST 22/1984, de 17 de febrero de 1984: “...el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”. Tratando la interpretación del Tribunal Constitucional en esta sentencia, LÓPEZ RAMÓN, F., “Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa...”, *op. cit.*, pp. 56 y ss.

15 STS 317/1995, de 18 de diciembre, de 1.995

de su valor: a) la necesidad de que la filmación o grabación no vulnere ningún derecho esencial, (intimidación o dignidad); b) la validez y licitud de captación de imágenes de personas sospechosas captadas de manera velada o subrepticia, siempre y cuando se realicen en el momento de la comisión del hecho delictivo; c) tan solo cabe la filmación o grabación en espacios, lugares, o locales libres públicos, en establecimientos oficiales, bancarios, empresariales, quedando vedada la grabación en domicilios o lugares privados o considerados como tales salvo autorización judicial; d) asimismo, se puntualiza que, la distinción entre lo permitido y lo prohibido en tal aspecto debe inferirse de lo establecido en la Constitución y en la L.O 1/1.982, de 5 de mayo sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

3.1.2. Uso de empleo de máquina fotográfica:

La resolución¹⁶ emanada de la Sala interpreta que, la captación de imágenes por medios de reproducción mecánica (en un supuesto que no afecta a ningún derecho de los contenidos en la L.O 5 de mayo de 1.982), no necesita autorización judicial, salvo que nos encontremos ante filmaciones en exteriores, por cuanto *sensu contrario*, resultará preceptiva resolución motivada, proporcional al hecho a investigar.

3.1.3. Grabación en interior de domicilio mediante video:

Se declara¹⁷ que la filmación de ventanas de edificios a los moradores que desarrollaban actividades delictivas es válida, sin precisar autorización judicial, salvo cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad¹⁸.

16 STS 317/1995, de 27 de febrero, de 1.996

17 STS 1733/2002, de 14 de octubre de 2.002, SSTS 913/1.996, de 23 de noviembre, y 453/97, de 1 de abril.

18 STS 354/2003, de 13 de marzo 2.003.

3.1.4. Otras resoluciones de interés al respecto:

- STS 21 de mayo de 1.994¹⁹

En dicha resolución se establecen los requisitos de licitud probatoria de la filmación «videográfica»²⁰ realizada por los agentes policiales en el seno de una investigación²¹.

No se vulnerarán los derechos fundamentales a la «intimidad» o a la «dignidad» de la persona/s afectada/s por la filmación, si la captación de imágenes de personas sospechosas se realiza en la vía pública o en espacios abiertos al público.

- STS 2969/1995, de 25 de noviembre de 1996²²:

Se declara la legitimidad²³ de la prueba consistente en una filmación videográfica, si existe un “*interés público justificante de la iniciativa policial*”. Dicho interés, (afirma la sentencia) justifica “*el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que pudieran colisionar con aquél (STC 99/1994)*”.

- STS 397/1996, de 15 de abril, de 1.997:

Por su parte, esta sentencia establece la obligación de contar con autorización judicial cuando “*sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad*”. Por ende, a falta de obstáculo (*en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio*) no es preceptiva resolución que justifique su filmación, en tanto el titular de la vivienda nada quiere ocultar.

19 Dicha sentencia no aparece con numeración.

20 Validez de la prueba a efectos enervatorios de la «presunción de inocencia»

21 Grabación de imágenes aun en el supuesto de su realización velada o subrepticia en los momentos en que se está cometiendo el hecho ilícito.

22 Asimismo, en la STS 453/1997, de 15 de abril.

23 Legitimidad: como falta de vulneración de derecho alguno (ni al derecho a la intimidad, ni a la dignidad de la persona afectada por la filmación).

- STS nº 245/1999, de 18 febrero de 1999:

En un sentido similar al inmediatamente expuesto se muestra esta sentencia que afirma el respeto a la privacidad e intimidad, (y por ende la licitud y validez de la prueba) en el caso de la visualización directa de los agentes de policía en un patio. Observar, mirar o contemplar “*en ausencia de obstáculos*” que perturben impidan o dificulten la curiosidad de los demás, no atenta a la inviolabilidad del domicilio, ni de la intimidad o privacidad de nadie

- STS 2339/1991 de 6 de mayo de 1993²⁴:

Por su parte, esta resolución expresa la idoneidad y pertinencia de los medios de investigación de los hechos delictivos. Son idóneos los encaminados a comprobar y descubrir a los delincuentes, siendo pertinentes las labores de vigilancia, observación²⁵, seguimiento y visualización de personas sospechosas y lugares relacionados con el supuesto investigado en vía pública o cualquier otro espacio abierto²⁶.

En la investigación pueden utilizarse toda clase de medios que “*permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial*”, quedando incluidos, “*los sistemas mecánicos de grabación de imágenes*”²⁷ y sonido, siempre que respeten el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, y siendo válidos aun cuando la captación de dichas imágenes se realicen “*de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo*”.

24 Y en el mismo sentido, acudir a la Sentencia 1733/2002, de 14 de octubre.

25 Afirma la sentencia, “*sin tomar otra medida restrictiva de derechos mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza*” el investigado.

26 Ámbito público como manifestación de un lugar “*al margen del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad*”.

27 Instrumento mecánico de grabación de imágenes, (afirma la sentencia), “*que complementa y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad*”

*Sensu contrario, prevalecer de posibilidades y adelantos técnicos*²⁸ para conocer y adentrarse en la intimidad ajena, esto es, filmar escenas en el interior del domicilio o captar imágenes desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario, tan sólo será posible mediando autorización judicial.

- STS 354/2003, de 13 de marzo de 2.003:

No vulnera ningún derecho fundamental, la grabación de imágenes por parte de la Policía sin autorización judicial de escenas presuntamente delictivas, que tengan lugar en vías o espacios públicos. No corriendo la misma suerte aquellos supuestos donde, sin autorización judicial, los agentes capten de manera clandestina imágenes o sonidos en domicilios o lugares privados.

3.1.5. Aproximación al marco legal del reconocimiento videográfico:

Dicha diligencia no se encuentra regulada de manera expresa en nuestra LECrim. No obstante, tal y como hemos podido comprobar, la jurisprudencia ha elaborado una serie de criterios interpretativos respecto a su práctica y validez.

En la LECrim. los artículos 13²⁹ y 282³⁰, 297³¹ establecen alguna referencia al respecto. En la CE, encontramos su mani-

28 Mediante medios de captación de la imagen y sonido

29 *“Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer; la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.*

30 *“La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes*

festación en el art. 18³². Asimismo, existen alusiones incidentales en las siguientes Leyes y Reglamentos: L.O 1/1.982, de 5 de mayo³³, Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, el Reglamento de Videovigilancia³⁴, L.O.P.D³⁵ y su Reglamento de

de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal”.

- 31 *“Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio. En todo caso, los funcionarios de Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice”.*
- 32 *“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*
- 33 *“sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen”.*
- 34 *Real Decreto nº 596/1.999, de 16 de abril, que regula el desarrollo y ejecución de la Ley 4/1.997, de 4 de agosto de 1.997, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.*
- 35 *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Entre otros artículos, es de importancia resaltar los apdos. 2, 3 y 4 del art. 22 de esta Ley: “2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad. 3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2*

desarrollo³⁶, y en los diversos Informes elaborados por el Gabinete Jurídico de la AEPD³⁷.

3.2. Modalidad de ataque o injerencia al derecho de inviolabilidad del domicilio:

El Tribunal Supremo parte de una concepción de injerencia domiciliar bifronte: de naturaleza física y de naturaleza virtual. Respecto a las injerencias en la intimidad, y en concreto en lo que se refiere al domicilio³⁸, viene cuestionándose si tienen cabida las inmisiones medioambientales³⁹, cuestión que no se aborda por sobrepasar el objeto de este trabajo.

y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales. 4. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad". Estas disposiciones faculta a la policía judicial para que en el ejercicio de las facultades legales utilice nuevos mecanismos de investigación y/o seguimiento, (piezas de convicción); al respecto acudir a GONZÁLEZ I. GIMÉNEZ, A., "Las Diligencias policiales y su valor probatorio", Ed., Bosch, Barcelona, 2.014, p. 182.

36 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

37 Por ejemplo, el Informe 0533/2.006 "sobre Cuestiones Generales sobre Videovigilancia"; el Informe Jurídico 0019/2.007 "sobre la Instrucción 1/2.006".

38 STC 171/1999, de 27 de septiembre

39 En sentido negativo se muestra EGEA J., "salvo que, como ha hecho el TC, se acuda a una interpretación amplia y descontextualizada de dicha norma. Ni la literalidad de la primitiva sentencia del TC 22/1984, de 17 de febrero, (a menudo citada como precedente de la actual), que partía de una interpretación extensiva que incluía las invasiones "que puedan realizarse sin penetración directa, por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u

3.3. Principios informadores e interpretación de la L.O/1.997, 4 de agosto respecto al uso de los prismáticos:

A la hora de ponderar el grado de injerencia permisivo en el recinto domiciliario, queda abarcado en la previsión analógica del apartado 2 del art. 1 de la L.O 4/1997, 4 de agosto⁴⁰. Puesto que expresa que,

“las referencias contenidas en esta Ley a videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles se entenderán hechas a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esta Ley”.

La referencia a “medios técnicos análogos”, es suficientemente flexible⁴¹ como para incluir en ella a los prismáticos, en tanto que el art. 6.5, (“principios de utilización de las videocámaras”), expone que,

“no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial (...), ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia”.

otros análogos”, ni los hechos a que viene referida, permiten entender que las inmisiones acústicas pueden constituir un menoscabo del derecho a la inviolabilidad del domicilio en su sentido constitucional”, EGEA J., “Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001, de 24 de mayo”, InDret 01/2002, Barcelona, 2002, p. 12. Asimismo, acudir a DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “El medio ambiente acústico y el derecho a la inviolabilidad del domicilio”, Derecho Privado y Constitución, nº 28, enero-diciembre, 2.014, pp. 405-407.

40 Ley de Videovigilancia.

41 STS 329/2.016, de 20 de abril de 2.016.

4. Conclusión:

La interpretación del apdo. a) del artículo 588 *quinquies*⁴², y el apdo. a) del artículo 588 *quater*⁴³, junto con la interpretación analógica del apartado 2 del art. 1, en relación con el pto. 5 del art. 6 de la L.O 4/1997, de 4 de agosto, hace concluir que si se quiere comprobar lo que acontece en un domicilio y, valerse de las imágenes, video o audio fuera de los cauces naturales o físicos del receptor, es preceptivo recabarse la autorización judicial pertinente.

Con dicha expresión, nos referimos al criterio expresado por la STS de 6 de mayo de 1993, es decir, la *de posibilidades y adelantos técnicos inusuales* (medios de captación de la imagen y sonido) *para conocer y adentrarse* en la intimidad ajena, o captar imágenes desde emplazamientos alejados.

Esta resolución⁴⁴ parece ser un aviso a navegantes respecto al uso de mecanismos o utensilios que modifiquen la ma-

42 1. La Policía Judicial podrá obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada **cuando se encuentre en un lugar o espacio público**, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. 2. La medida podrá ser llevada a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

43 En todos los supuestos del citado artículo se exige resolución judicial: véanse los supuestos: 1. Podrá **autorizarse** la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. 2. En el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. 3. La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la **resolución judicial que la acuerde**.

nera de conocer u observar la realidad. Es decir, aquel comportamiento⁴⁵ que comporte un *plus* de capacidad en el *observador*⁴⁶ hará al *actor de la realidad*⁴⁷ vulnerable al desconocer éste las capacidades artificiales de aquél, tornando a la prueba o vestigio obtenido en ilícita. La esencia de esta sentencia encuentra su antecedente en la STS 2339/1991, de 6 de mayo de 1.993 donde se desautorizaba (salvo previa autorización judicial) la captación de la imagen o del sonido en el interior del domicilio prevaliéndose (el observador) de los adelantos y posibilidades técnicos, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario.

En esta sentencia que analizamos se da forma a dichos adelantos o posibilidades técnicas, (es decir, a los prismáticos).

44 STS 329/2.016, de 20 de abril de 2.016.

45 Procedimiento por el que se procede a recabar información ajena.

46 Interpretándose como *observador* a aquella persona que quiera conocer el comportamiento ajeno; en este supuesto, quien investiga un presunto comportamiento criminal.

47 Interpretándose como *actor de la realidad*, a la persona que es seguida, que es investigada.