

ESTUDIOS PENALES

DIRECTOR

Aránguez Sánchez

Jesús Martínez Ruiz

Doctor en Derecho

Profesor del Departamento de Derecho Penal  
de la Universidad de Granada

---

LÍMITES JURÍDICOS  
DE LAS GRABACIONES DE  
LA IMAGEN Y EL SONIDO

「BOSCH」

conjunto, en segundo lugar, lo cuál, en palabras de MANTOVANI<sup>84</sup>, se resume en la siguiente sentencia: «el científico que haga lo que deba y, después, que suada lo que tenga que sueder». Y, en nuestra condición de intérpretes, en lo que afecta en particular a la hipótesis conflictual en examen, esto es, la instalación de servicios de vigilancia por parte de la policía, prolongados en el tiempo, empleando artificios técnicos de grabación de imágenes, aunque la grabación tenga lugar sólo en espacios públicos, sin que medie una relación de inmediatez espacio-temporal entre la perpetración del hecho y la captación de la imagen, hemos propuesto la perentoriedad de su regulación expresa por parte del legislador, propuesta en la que nos ratificamos.

Ahora bien, para convivir con cierta racionalidad jurídica con la profusa doctrina jurisprudencial de signo diverso a nuestros postulados, podemos articular, todavía, una solución que, a nuestro juicio, no supera el umbral del mero «artificio jurídico» que ni tan siquiera logra convencernos a nosotros mismos. Así, cabe observar que prácticamente la totalidad de los casos en los que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad acuden por iniciativa propia a la instalación de servicios de vigilancia prolongados en el tiempo, empleando artificios técnicos de grabación de imágenes, acontecen en el marco de la investigación de delitos de tráfico de drogas, los cuales, pueden concebirse como delitos permanentes, cuya consumación se prologa todo el tiempo que dure la posesión ilícita de las drogas tóxicas<sup>85</sup> o, en palabras de la STS de 30 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8112), que «mientras perdura la tenencia preordenada al tráfico ilícito de estupefacientes se está cometiendo el delito sin solución de continuidad».

Desde esta perspectiva, cabría conciliar nuestra tesis con la doctrina jurisprudencial reinante considerando que al proyectarse la medida de investigación sobre un delito permanente, efectivamente concurre la relación de inmediatez espacio-temporal característica de las situaciones de flagrancia, poniendo el énfasis no tanto en su componente de la urgencia sino, más bien, en el de la evidencia, que siendo algo sustancialmente diverso al simple conocimiento fundado, tal y como postuló la STC 94/1996, de 28 de mayo

(RTC 1996/94<sup>86</sup>), puede y debe proyectarse no sólo respecto de la perpetración del hecho sino, también respecto de la necesidad de evitar la desaparición de fuentes de prueba.

Argumentando en este sentido, si bien consideramos que es difícilmente afirmable la concurrencia del requisito de la urgencia en aquellos casos de dispositivos de vigilancia de duración diferida en el tiempo<sup>87</sup>, podría no obstante argüirse que siendo el delito de tráfico de drogas un ilícito permanente, no sólo se mantiene en el tiempo el injusto penal sino, también, la situación de flagrancia proyectada sobre la perpetración del hecho punible y sobre la necesidad de evitar la desaparición de fuentes de prueba. En consecuencia, con esta línea interpretativa, ciertamente forzada, podría articularse una vía material para sustrer, en la actual situación de absoluta falta de cobertura legal, la instalación de servicios de vigilancia por parte de la policía, prolongados en el tiempo, empleando artificios técnicos de grabación de imágenes, aunque la grabación tenga lugar sólo en espacios públicos, del conjunto de garantías procesales constitucionalizadas —intervención indiciaria, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y motivación— que exige la injerencia verificada en el derecho fundamental sustantivo. Se salvaría así la vulneración del derecho a la intimidad en sentido amplio, por cuanto la reserva de ley contenida en el artículo 53.1.º de la CE o, si se prefiere, la garantía de la *interpositio legislatoris*, como veremos más adelante, queda fuera del contenido esencial del derecho sustantivo, pero quedaría aún en pie la potencial conculcación del propio artículo 53.1.º de la norma fundamental, con sus correspondientes efectos.

## II. Intimidad y derecho a la inviolabilidad domiciliaria

En su momento puntualizábamos, con razón, que no era el presente trabajo el marco idóneo para verificar un estudio exhaustivo respecto de los diversos derechos-garantías en los que se manifiesta el genérico derecho a la intimidad. Ahora bien, para ceñir debidamente los puntos de debate nos hemos visto compelidos a practicar algunas consideraciones en torno al

84. MANTOVANI, F., «Sulla perenne esigenza della Codificazione», en *AG*, 1994, pág. 270. (En español *vid.* «Sobre la perenne exigencia de la codificación», en <http://criminet.ugr.es/recpc>).

85. En este sentido, entre otros, *vid.* ACALE SANCHEZ, M.ª, *Salud pública y drogas tóxicas*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 119.

86. Sobre la trascendencia de esta Sentencia, *vid.* MARTÍN MORALES, R., «Entrada en domicilio...», *op. cit.*, págs. 5 y ss. También, LÓPEZ REQUENA, M.ª I., «La "evidencia" del "delito flagrante..."», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

87. En sentido crítico, MARTÍN MORALES, R., «Entrada en domicilio...», *op. cit.*, pág. 7.

*derecho a la propia imagen* y, ahora, prosiguiendo con tal línea de análisis y, sobre todo, poniendo a prueba las consideraciones efectuadas hasta el momento, quisiéramos abordar si quiera en sus rasgos más generales, otra de las grandes manifestaciones del derecho a la intimidad: el *derecho a la inviolabilidad domiciliaria*, contenido en el apartado 2.º del artículo 18 del Texto constitucional.

Probablemente no sea errado afirmar que a diferencia de lo que acontece respecto del *derecho a la propia imagen* del art. 18.1.º, o con el *derecho al secreto de las comunicaciones* del apartado 3.º del citado precepto constitucional, las zonas de penumbra son menores en el ámbito del *derecho a la inviolabilidad domiciliaria*. La causa de ello estriban, a nuestro juicio, de una parte, en el carácter tangible de los muros de nuestra casa, muros que permiten una más nítida demarcación de las injerencias constitucionalmente lícitas de las ilícitas; y, de otra, en la unanimidad doctrinal y jurisprudencial a la hora de reconocer que este derecho constituye una de las vertientes de más antigua protección constitucional<sup>88</sup>, siendo considerado por tanto el núcleo duro del genérico derecho a la intimidad.

Para corroborar lo anterior basta recordar la doctrina del TC contenida, entre otras<sup>89</sup>, en la *Sentencia 22/1984, de 17 de febrero* (RTC 22/1984), en la que se reconocía abiertamente que «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 *emancipación de la persona y de la esfera privada de ella*». Interpretada en este sentido —prosigue el Alto Tribunal— «la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensión 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».

De idéntico calado es la *STC 110/1984, de 26 de noviembre* (RTC 110/1984), en la cual se advierte que la finalidad principal del derecho a la inviolabilidad domiciliaria es «el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado».

88. *Vid.*, en este sentido. PARDO FALCÓN, J., «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *REDC*, n.º 34, 1992, pág. 167. Igualmente, GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *La inviolabilidad del domicilio*, Edit. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 53 y ss.

89. *Vid.* SSTC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002/10) y 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22).

Por tanto, nos encontramos nuevamente ante un derecho autónomo tendiente a garantizar el genérico derecho a la intimidad, de ahí que haya sido subrayado en reiteradas ocasiones su naturaleza instrumental<sup>90</sup>, intentando expresar la idea de que el domicilio, en cuanto ámbito espacial delimitable del exterior, constituye el espacio en el que el individuo puede ejercer su libertad más amplia e íntima, quedando formalmente protegido o inmune frente a toda clase de injerencia externa<sup>91</sup>, bien adopte ésta la forma de *entrada o mantenimiento in consentido*, bien la más sutil e insidiosa de *captación o reproducción desde el exterior de las imágenes o de las conversaciones mantenidas en tal ámbito espacial*<sup>92</sup>, dejando a salvo, exclusivamente, los supuestos en los que la intromisión traiga causa del propio consentimiento del titular<sup>93</sup> o titulares del derecho, de una situación de flagrancia o, finalmente, de una resolución judicial habilitante.

Ahora bien, tampoco quisiéramos transmitir la idea de que los límites del *derecho a la inviolabilidad domiciliaria* están exentos de toda duda. Nada más lejos de la realidad, ya que comenzando por la problemática de los concretos espacios que merecen la conceptualización constitucional de «*domicilio*», pasando por la dubitada titularidad de tal derecho por parte de las personas jurídicas, hasta llegar a los vaivenes en torno a los perfiles constitucionales del concepto de *delito flagrante*<sup>94</sup>, nos encontramos con nuevas y

90. Así, PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional...*, op. cit., pág. 259.

91. CAPRIOLI, F., *Colloqui riservati e prova penale*, Edit. Giappichelli, Torino, 1996, pág. 148.

92. En este sentido, *vid.* PALAZZO, F., «Considerazioni in tema de tutela della riservatezza...», op. cit., págs. 133 y ss.

93. Abordando y matizando *restrictivamente* la eficacia del consentimiento prestado por la esposa del imputado, como excepción a la necesidad del mandamiento judicial habilitante, *vid.* STC 22/2003, de 10 de febrero, sentencia que, finalmente, acuerda conceder el amparo reconociendo la vulneración del art. 18.2, declarando, en síntesis, que «sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria. En determinadas situaciones de contraposición de intereses que envuelven la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de la garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio del imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que *hallándose separados los conyugues, el registro tuvo lugar en la habitación del marido*».

94. *Vid.*, ampliamente, MARTÍN MORALES, R., «Entrada en domicilio...», op. cit., págs. 1 y ss. También, SOTO NIETO, F., «Delitos flagrantes. Doctrina jurisprudencial a la vista de la Ley sobre juicios rápidos», en *La Ley*, 2003, n.º 5.727, págs. 15-16.

continuas zonas grises en las que el margen de certeza gana una extensión más que notable.

Conscientes de dejar fuera del análisis este cúmulo de sugestivas cuestiones problemáticas, y a los efectos de no alejarnos en exceso del objeto central del presente trabajo, nos limitaremos a subrayar dos ideas esenciales:

a) A la primera de ellas ya hemos aludido, si quiera indirectamente, al colacionar la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 22/1984), y se refiere a la concurrencia de *intrusión ilegítima* en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, también en aquellas hipótesis en las que la injerencia no se verifica a través de una penetración directa en el domicilio<sup>95</sup> sino que se materializa a través de la utilización de «aparatos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen», por emplear la nomenclatura contenida en los artículos 197.1.º y 536 del Código Penal, o «instrumentos de reproducción visual o sonora», tal y como indica el artículo 165 bis del Código Penal italiano, tendentes a superar las barreras físicas del espacio domiciliario, a los efectos de grabar, captar o reproducir, de manera subrepticia, las conversaciones o las imágenes que tienen lugar dentro del mismo.

b) De lo expuesto hasta el momento cabría deducir que, en realidad, nos enfrentamos a dos diversas hipótesis: de una parte, aquellas que entrañan una entrada física en el espacio domiciliario a los efectos de colocar subrepticamente los aparatos o instrumentos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen y, de otra, aquellas que por las características técnicas de los instrumentos, habilitan la indiscreción en el ámbito domiciliario desde el exterior, esto es, sin necesidad de una previa entrada, toda vez que no podemos soslayar la existencia en el mercado de micrófonos direccionales capaces de captar el sonido en un radio de doscientos metros, o de aparatos láser que apuntando a una ventana son capaces de soslayar las barreras de los muros de nuestros domicilios, por medio de la emisión de un rayo invisible que una vez alcanza el objetivo, es capaz de transformar a kilómetros de distancia las micro vibraciones que produce una conversación en los cristales de la vivienda.

Pues bien, en línea de principio, resulta indubitable que la *entrada física en un espacio domiciliario* constituye una intrusión inconstitucional en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, que tal y como ya hemos indicado, sólo deviene constitucionalmente legítima, cuando la injerencia sea consecuen-

95. Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M.ª B., *Análisis del delito contra la inviolabilidad del domicilio del artículo 534 del Código Penal*, Edit. Comares, Granada, 1998, págs. 41 y ss.

cia directa de una resolución judicial *ad hoc*, sea válidamente consentida por su titular o, por último, se verifique en un supuesto de flagrancia (vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre—RTC 1993/341—). De idéntica manera, en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, también se reputa intrusión ilegítima en el derecho examinado, la invasión del espacio domiciliario *sin penetración directa*, tal y como declaró, entre otras, la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22), en su Fundamento Jurídico 5.º, manifestando que:

«La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio 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—concluye el Alto Tribunal—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.»

Esta «perversa» extensión del objeto de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria hasta abarcar lo que podemos denominar como «*entradas espirituales*», propiciadas por las captaciones audiovisuales en los espacios domiciliarios desde el exterior del mismo, como no podía ser de otro modo, ha encontrado un claro respaldo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirviendo como muestra, la Sentencia de 6 de abril de 1994—RJ 1994/2889—en la que se sienta una doctrina, ulteriormente reiterada hasta el cansancio, cuya esencia ya nos resulta conocida, y que podría resumirse de la siguiente manera:

«No existe obstáculo legal para que las labores de investigación se extienda también a la captación de imágenes de personas sospechosas, de manera velada o subrepticia, en los momentos en que se supone fundamentalmente que se está cometiendo un hecho delictivo. Es evidente que todo ello ha de realizarse

con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación, se habrán de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación, debiéndose limitar, como queda dicho, a los exteriores.»

Idéntica filosofía se detecta en la STS de 5 de noviembre de 1996 –RJ 1996/8047– en la que, por su parte, se afirmó que «la captación de imágenes mediante fotografías no presisa autorización judicial, salvo que constituya violación de domicilio<sup>96</sup>», tesis esta que interpretada a contrario sensu, vendría a coincidir

96. Más recientemente, *vid.* STS de 13 de marzo de 2003 (Recurso n.º 337/2002), en la que se reitera que «el artículo 282 de la LECrim. autoriza a la Policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes», por lo que, a juicio del TS, «no existe obstáculo legal para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundamentalmente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transgredir estas percepciones a un instrumento mediante grabación de imágenes que completamente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad. La «captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello, cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invade el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intrusión en el derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno plácer judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio previniéndose de los adelantos o posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario». Además, manza esta resolución en relación con «la filmación de ventanas de edificios desde las que sus moradores desarrollaban actividades delictivas» que se ha estimado válida tal captación de imágenes en la S. 913/96, de 23 de nov., y en la 453/97, de 15 de abril, en la que se expresa que en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido puesto para salvaguardar la intimidad, no siendo preciso el plácer judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás». Desde nuestra perspectiva, tal línea jurisprudencial no resulta ausplicable en todos sus términos y, quizás, la mejor prueba de su dudosa virtualidad, reside precisamente en que en el proceso judicial en cuestión, en palabras literales del

con la referida ampliación del objeto de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaría verificada en el marco de la doctrina constitucional y que, a nuestro modo de ver las cosas, amparándose en la habilitación del mandamiento judicial permisivo de la restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaría (art. 18.2.º), corre el riesgo de vulnerar abiertamente o el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3.º) o el genérico derecho a la intimidad (art. 18.1.º). Tanto es así que en la STS de 6 de mayo de 1993 –RJ 1993/3854– se reconoce expresamente que «no estarían autorizados, sin el oportuno plácer judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio previniéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario».

Son, precisamente, los riesgos subyacentes a esta línea jurisprudencial los que nos inducen a tachar de «perversa» la concepción postulada por el Tribunal Constitucional respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por cuanto, desarrollada hasta sus últimas consecuencias, tal y como hemos visto en las resoluciones del Tribunal Supremo, permite dar plena legitimidad a intervenciones restrictivas de derechos fundamentales que, en realidad, se encuentran huérfanas de las necesarias garantías constitucionales.

#### 1. Entradas físicas en el espacio domiciliario, a los efectos de colocar subrepticiamente los aparatos o instrumentos de escucha, transmisión, grabación del sonido o de la imagen

Para examinar esta cuestión más detenidamente, veamos qué sucede en la primera de las hipótesis propuestas, esto es, la consistente en una entrada física en el espacio domiciliario a los efectos de colocar subrepticiamente los aparatos o instrumentos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen.

Bajo nuestro personal punto de vista, en casos de este género, han de disociarse nítidamente dos momentos diferentes de restricción de dos derechos fundamentales igualmente diversos. Así, en primer lugar, es irrefutable que nos encontramos ante una restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, inferencia que, ciertamente, podrá ser constitucionalmente lícita si la misma es fruto de un mandamiento judicial de entrada que reúna todos los requisitos procedimentales previstos en los artículos 545 y siguientes de

<sup>96</sup> TS, «tal material no ha sido utilizado por la sentencia recurrida, para fundamentar su convicción (...)».

la Ley rrituaria criminal. Ahora bien, cabría preguntarse todavía si la colocación subrepticia en un espacio domiciliario de los artilugios técnicos de grabación o de escucha, así como su ulterior empleo, quedan igualmente cubiertos por el referido mandamiento judicial o sí, por el contrario, en esta segunda secuencia se afecta ya a algún otro derecho fundamental como, por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones del apartado 3.º del artículo 18 o, directamente, el genérico derecho a la intimidad del apartado 1.º del citado precepto. Y, a mayor abundamiento, si el interrogante precedente admitiera una respuesta afirmativa, cabría plantearse, sin solución de continuidad, hasta qué punto existe cobertura legal suficiente para la restricción de esos nuevos derechos.

Pero, finalmente, si se examina sosegadamente tal técnica de investigación no creemos que sea difícil reconocer que, en la *praxis*, la mayoría de las situaciones en las que, bien por parte de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, bien por particulares, se pretenda la colocación subrepticia de aparatos de escucha o de visualización, el *modus operandi* no transitará la senda de un mandamiento judicial de entrada y registro, sino que, precisamente para no desvelar al investigado la futura captación audiovisual, fustando así su buen fin, la previa penetración en el espacio domiciliario o se verificará *clandestinamente a espaldas del sujeto pasivo* o se apoyará *en el consentimiento vitado del mismo*<sup>97</sup>, por ejemplo, engañándolo sobre la identidad de los agentes quienes, haciéndose pasar por operarios de teléfono, del gas, del agua, etc., logran el acceso al domicilio a fin de instalar el instrumental necesario para la ulterior escucha o visualización de lo que en dicho espacio acontece.

Situado en estos términos el debate, hemos de comenzar indicando que, bajo nuestro personal punto de vista, el *derecho a la inviolabilidad del domicilio* (art. 18.2.º), en cuanto garantía-derecho de carácter instrumental tendente a la preservación del derecho a la intimidad en sentido abstracto, sólo resulta lesionado con actuaciones de *penetración física o material en el recinto domiciliario*<sup>98</sup>, lo anterior, nos conduce a reconocer que el mandamiento judicial otor-

97. En este sentido, *vid.* GAITO, E., «Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni a mezzo microscopio», en *GI*, 1991, vol. II, pág. 430.

98. De esta opinión, ALONSO DE ANTONIO, A. L., *El derecho a la inviolabilidad domiciliar en la Constitución española de 1978*, Edit. Colex, Madrid, 1993, pág. 97. Con buen criterio pone de relieve este autor que el prototipo de conducta que implica el desconocimiento de la inviolabilidad domiciliar es la «*entradas*», debiéndose entender por tal su sentido estricto que implicará «la penetración física o material en el recinto que constituye el domicilio». Por ello, a su juicio, no constituye violación del domicilio «la utilización de aparatos

gado al amparo del apartado 2.º del artículo 18 del Texto constitucional por los trámites de los artículos 545 y siguientes de la LECrim, sólo desplegaría efectos respecto de la entrada material y física en el domicilio, quedando huérfanos de cobertura legal tanto la colocación subsiguiente de los aparatos de escucha o grabación de la imagen o del sonido, como la denominada «*entrada espiritual*», actividades ambas que supondrán una lesión no tanto del *derecho a la inviolabilidad del domicilio* como del *derecho a la intimidad* en sentido abstracto (art. 18.1.º) o, según la interpretación que se mantenga, del *derecho al secreto de las comunicaciones* (art. 18.3.º) o, incluso, del ya examinado *derecho a la propia imagen* (18.1.º), pero, en cualquier caso, la incógnita a resolver sigue siendo la relativa a qué cobertura legal amparará tales actividades, caso de que se concluya que la misma resulta indispensable.

La tesis postulada encuentra apoyo, a mayor abundamiento, en la *Sentencia del TEDH, de 12 de mayo de 2000 (TEDH 2000/132) -Asimio Khan vs. Reino Unido-*, cuyo hechos, expuestos sintéticamente, son los siguientes:

«El 17 de septiembre de 1992 el demandante llegó al aeropuerto de Manchester en un vuelo procedente de Pakistán. En el mismo vuelo viajaba su primo N. Ambos hombres fueron detenidos y cacheados por agentes de

técnicamente sofisticados que desde gran distancia son aptos para la contemplación y en su caso reproducción de escenas privadas desarrolladas en el interior de un domicilio, actividad esta en la que considera que «se produce un ataque a lo que la Constitución llama intimidad, honor o propia imagen, pero no a la inviolabilidad del domicilio porque ese propósito de conocer lo que hace o deja de hacer una persona puede ejecutarse de igual forma en un lugar público abierto a todos con lo que la utilización de esos medios técnicos no cualifica el ataque sobre la persona por el lugar sobre el que se utilizan, que debe ser entendido por su propia naturaleza como atentatorio contra la privacidad de una persona y no contra su domicilio. En la misma línea, MANTOVANI, F., *Diritto penale...*, *op. cit.*, pág. 445. En sentido análogo, SÁNCHEZ DOMINGO, M.ª B., *Análisis del delito contra la inviolabilidad...*, *op. cit.*, pág. 110.

99. En este sentido, *vid.* NOYA FERREIRO, M.ª L., *La intervención de las comunicaciones orales directas...*, *op. cit.*, pág. 177. Al analizar esta última autora citada la hipótesis de *colocación de aparatos de escucha, transmisión y grabación del sonido en el interior de una vivienda*, pone de manifiesto acertadamente que «puede lesionar el derecho de su titular a no permitir la entrada en la misma, pero ello nunca debe llevarnos a colegir que con la intervención de las comunicaciones se lesiona únicamente este derecho fundamental y no el derecho a su secreto». Antes, resulta más adecuado sostener que «al intrusión afecta a dos derechos fundamentales: el reconocido en el apartado tercero del art. 18 de la CE, en cuanto se va a condicionar el poder de control que una persona tiene sobre sus informaciones y el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando para la colocación de los aparatos que va a hacer posible la intervención sea necesaria la entrada en la vivienda».

aduanas. A N., se le encontró en posesión de heroína con un valor en la calle de casi 100.000 Libras esterlinas. Fue interrogado y posteriormente arrestado y acusado. Al demandante no se le encontraron drogas. También fue interrogado, pero no confesó. Fue puesto en libertad sin cargos. El 26 de enero de 1993, el demandante visitó a un amigo, B., en Sheffield. B. estaba siendo investigado por traficar con heroína. El 12 de enero de 1993, el Jefe de Policía de South Yorkshire autorizó la instalación de un mecanismo de escuchas en la vivienda de B., ya que con los métodos convencionales de vigilancia no podían facilitar pruebas de que traficaba con drogas. No se esperaba ni preveía que el demandante visitara la vivienda. Ni B., ni el demandante eran conscientes del equipamiento auditivo de vigilancia que había sido instalado por la policía.

Por medio de dicho mecanismo la policía obtuvo la grabación de una conversación, en el curso de la cual el demandante admitía que había formado parte de la importación de drogas de N. el 17 de septiembre de 1992. El demandante fue detenido el 11 de febrero de 1993. Tampoco confesó al ser interrogado, pero posteriormente él y N., fueron acusados conjuntamente de delitos en virtud de la Customs and Excise Management Act 1979 ("Acta de Dirección de Aduanas e Impuestos sobre el consumo de 1979") y de la Misuse of Drugs Act 1991 ("Acta del Abuso de Drogas de 1991") y procesados.

El juicio tuvo lugar en diciembre de 1993. El demandante se declaró inocente. Admitió haber estado en la dirección de Sheffield y que su voz era una de las grabadas en la cinta. Fue admitido en nombre del Estado que la instalación del mecanismo de escucha supuso una transgresión civil y ocasionó algunos daños a la propiedad. Acto seguido el juez competente hizo un examen preliminar sobre la admisibilidad de la prueba de la conversación grabada en la cinta. El Estado admitió que sin ella no había caso.

El juez competente dictaminó que se admita la prueba (...). El 14 de marzo de 1994, el demandante fue condenado a tres años de cárcel.»

Contra dicha condena, el demandante interpuso Recurso ante el Tribunal de Apelación, alegando esencialmente que «la prueba debía de haber sido declarada inadmisibles». El 4 de octubre de 1994, el Comité de apelación de la Cámara de los Lores desestimó el recurso del demandante, si bien señaló que la cuestión planteada tenía como resultado dos asuntos distintos:

«El primero, si la prueba de las conversaciones grabadas se admita en su totalidad y, el segundo, si, en caso de admitirla, debería no obstante haber si-

do excluida por el Juez competente en el ejercicio de su potestad de derecho consuetudinario.»

«La Cámara de los Lores consideró que no existía el derecho a la privacidad en el Derecho Inglés y que, aunque existiera, el Derecho consuetudinario establece que una prueba obtenida en circunstancias que vulneren las disposiciones del artículo 8 del Convenio es pertinente, pero no determinante, de la potestad del Juez para admitir o excluir dicha prueba en virtud del artículo 78 de la PACE ("The Police and Criminal Evidence Act 1984"). El Juez debe ejercer su potestad conforme a si la admisión de la prueba convertiría el juicio en injusto, y el uso en un juicio penal de material obtenido vulnerando el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 8, no requerían la exclusión de ésta.»

Se interpuso recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, alegándose la violación del artículo 8 del Convenio, procedimiento que concluyó, entre otros aspectos, con la declaración por unanimidad de la violación del artículo 8 del Convenio, considerando el TEDH lo siguiente:

«No se discute que la vigilancia llevada a cabo por la Policía en el presente caso constituyera una injerencia en los derechos del demandante, en virtud del artículo 8.1 del Convenio. La cuestión principal es si la injerencia estaba justificada conforme al artículo 8.2, concretamente si estaba "prevista por la Ley" y "era necesaria en una sociedad democrática", para uno de los fines enumerados en dicho apartado.

El Tribunal recuerda, al igual que la Comisión en el Caso Goveil, que la fase "prevista por la Ley", no sólo exige el cumplimiento de la Ley interna sino que también hace referencia a la calidad de dicha Ley, requiriendo que sea compatible con la norma jurídica.

En el contexto de la vigilancia encubierta por parte de las autoridades públicas, en este caso de la Policía, el Derecho interno debe proteger contra la injerencia arbitraria en el derecho individual en virtud del artículo 8. Asimismo, la ley debe ser lo suficientemente clara en su términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas.

En la época de los acontecimientos del presente caso, no existía un sistema legal que regulara el uso de mecanismos encubiertos de escucha, aunque la Ley sobre Policía de 1997 establece actualmente un marco legal adecuado para ello.

*Por lo tanto, la injerencia en el presente caso no puede considerarse "prevista por la Ley", como exige el art. 8.2 del Convenio. En consecuencia, hubo violación del artículo 8.»*

Desde otra perspectiva, también la situación del Derecho comparado ofrece un punto de apoyo a nuestra tesis de fondo, esto es, la absoluta falta de cobertura legal en la que se encuentran en nuestro Ordenamiento jurídico las diligencias de investigación subrepticia consistentes en la colocación en espacios domiciliarios de aparatos o instrumentos de escucha, transmisión, grabación del sonido o de la imagen.

En este sentido, y en contraposición al mutismo de nuestro Legislador, cabría apelar a las diligencias de investigación introducidas en la Ordenanza Procesal Penal alemana (*Stroßprozeßordnung*—StPO—), tras las sensibles reformas legislativas promovidas en 1998 en el artículo 13 de la Constitución alemana<sup>100</sup>, en el que si bien se recoge la garantía de la inviolabilidad del

100. Exponemos a continuación el texto del artículo 13 de la Constitución alemana, presentando en cursiva los apartados objeto de la reforma. Artículo 13: 1) El domicilio es inviolable. 2) Sólo los jueces y, en caso de que la demostra comportara un riesgo, también, los órganos que prevengan las leyes podrán ordenar registros, que deberán realizarse siempre en la forma legalmente establecida. 3) En el caso de que determinados hechos fundamenten la sospecha de que alguien hubiese cometido un delito especialmente grave previsto específicamente por la ley, podrán colocarse, para la persecución del delito y con autorización judicial, medios técnicos de vigilancia pasiva de los domicilios en que previsiblemente permanezca el inculpado, cuando la investigación de los hechos resultase de otro modo desproporcionadamente difícil o sin perspectivas de éxito. Tal medida habrá de someterse a un plazo. Corresponde al juez la autorización a un Tribunal integrado por tres jueces. En caso de que la demostra supusiera un riesgo podrá concederla un único juez. 4) Para hacer frente a situaciones urgentes de peligro para la seguridad pública, especialmente en casos de riesgo de orden general o para la vida de las personas, podrán colocarse medios técnicos de vigilancia de domicilio mediante únicamente autorización judicial. En caso de que la demostra comportase un riesgo, podrá autorizarse tal medida por otro órgano previsto legalmente, debiendo obtenerse posteriormente una autorización judicial lo antes que sea posible. 5) Si los medios técnicos estuviesen dirigidos exclusivamente a la protección de las personas que participan en una intervención domiciliaria, la medida podrá adoptarse por un órgano legalmente previsto. Cualquiera otra utilización de la información así obtenida sólo será admisible con vistas a la persecución del delito o para enfrentarse a las situaciones de peligro y siempre que previamente se haya declarado judicialmente la conformidad a Derecho de tal medida, en caso de urgencia, la autorización judicial habrá de obtenerse lo antes que sea posible. 6) El Gobierno federal informará anualmente al Bundestag sobre la colocación de medios técnicos efectuada conforme a lo dispuesto en el párrafo 3., y en el 4., en lo referente al ámbito competencial de la Federación, y en el 5.º en tanto en cuanto se hubiese practicado autorización judicial. Los Länder garantizarán un control parlamentario semejante. 7) Las medidas que afecten o restringieran este derecho sólo se podrán acordar con la finalidad de hacer frente a riesgos de orden general o situaciones que pongan en peligro la vida de una persona. En virtud de una ley que así lo permita, estas medidas también se podrán acordar

domicilio, se ha introducido expresamente la posibilidad de verificar las denominadas «grandes escuchas»<sup>101</sup>—*Großer Lauschangriff*—, esto es, la instalación o colocación de medios técnicos para la vigilancia acústica de los domicilios, modificación constitucional que vino de la mano de la Ley de 4 de mayo de 1998, de mejora de la lucha contra la criminalidad organizada—*Die Gesetz zur Verbesserung Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*—, cuyo objetivo fundamental fue la introducción de una serie de reformas en la ley procesal penal—StPO—, entre las que sobresale el nuevo apartado c) 1, n.º 3 de su Párrafo 100, regulador de las citadas escuchas y grabaciones de conversaciones mantenidas en un domicilio.

*Großer Lauschangriff* o «grandes escuchas» que vienen diferenciadas a su vez de las denominadas *Kleiner Lauschangriff* o «pequeñas escuchas», introducidas también en el texto de la StPO, concretamente en sus Párrafos 100 c) y 100 d), en esta ocasión en 1992, en virtud de la reforma operada con la Ley para la lucha contra el comercio ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada, de 15 de julio de 1992—*Die Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)*, articulando entre las segundas, esto es, *Kleiner Lauschangriff* o «pequeñas escuchas», distintas modalidades de utilización de medios técnicos, tales como la realización de fotografías y registros o grabaciones de imágenes [Párrafo 100 c) 1, n.º 1 a StPO], la utilización de otros medios técnicos con finalidades de observación [Párrafo 100 c), párrafo 1, n.º 1 b StPO] y la escucha y registro o grabación con medios técnicos de conversaciones privadas fuera del domicilio.

Sin perjuicio de las precisiones que verificaremos en torno a la competencia para ordenar las *Großer Lauschangriff*, merece la pena subrayar que la utilización de medios técnicos como medida de investigación sólo se per-

con la finalidad de prevenir situaciones de riesgo urgente de la seguridad y orden públicos y, en especial, combatir riesgos de epidemias o proteger a menores en situación de riesgo.

101. *Vid.* ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, (trad. por GÓMEZ RIVERO, C.; GARCÍA CANTIZANO, M.º C.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Entre nuestra doctrina, *vid.*: GÓMEZ NAVAJAS, J., «Espionaje telefónico: concurrencia de un derecho fundamental. (Acercas de la reforma del artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn)», en *La Ley*, n.º 4.557, 1998, págs. 1 y ss.; GÓMEZ ORFANEL, G., «Jueces y micrófonos. La experiencia alemana», en *JPD*, n.º 32, 1998, págs. 71 y ss. Del mismo: «Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998», en *CDP*, n.º 3, 1998, págs. 97 y ss. MARTÍN PALLÍN, J. A., «Escuchas...», en *Homage to Enrique Ratz Vadiello*, Edit. Colex, Madrid, 1999, págs. 371 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., «La regulación de uso de medios técnicos...», *op. cit.*, pág. 196.

nite cuando exista la sospecha de que se haya cometido alguna de las infracciones penales descritas, con carácter taxativo, en el Parágrafo 100. *d*) de la StPO, recayendo en estos casos la competencia para ordenar su adopción en el denominado Juez de Investigación, diferente de nuestro Juez de Instrucción, por cuanto en el proceso penal alemán la instrucción es competencia del Ministerio Fiscal, quedando reservado el Juez de Investigación para, a petición del Fiscal, acordar la práctica de aquellas diligencias que supongan una restricción de derechos fundamentales. Sólo excepcionalmente, en caso de *periculum in mora*, en que la demora pudiera ocasionar un riesgo, dichas diligencias podrían ser acordadas directamente por el Fiscal y sus funcionarios auxiliares, debiendo en todo caso solicitar sin pérdida de tiempo el Fiscal, la ratificación de la medida por parte del Juez en el plazo máximo de tres días.

Y, siendo ya riguroso el régimen para estas medidas de investigación, se refuerza, sobre todo en materia de competencia, cuando nos situamos en el ámbito domiciliario, cuando nos situamos en las *Großer Lauschangriff*.

Esta nueva medida de investigación, dado el nivel de injerencia que conlleva en el ámbito de lo privado del sujeto, en primer lugar, requiere que se acometa igualmente sólo respecto de la investigación de la presunta comisión de alguno de los delitos contemplados en el Parágrafo *c*) 1, n.º 3<sup>102</sup> y, en segundo lugar, que se satisfaga el requisito añadido de que la investigación de los hechos resultara de otro modo desproporcionadamente difícil o sin perspectivas de éxito. Entre las estrictas condiciones que delimita el Parágrafo 100. *c*), párrafo 1, n.º 2 para admitir la utilización subrepticia o secreta de medios técnicos de vigilancia acústica de los domicilios, destaca lo relativo a la competencia para ordenar tal medida, competencia que según establece el Parágrafo 100. *d*), párrafo 2 de la StPO, corresponde a la denominada «*Staatschutzkammer*», o Sala penal de protección del Estado, ubicada dentro del «*Langgericht*», equivalente a

102. Entre los delitos referenciados en el Parágrafo 100. *c*), 1, n.º 3, cabe citar, la falsificación de moneda o efectos timbrados (Parágrafos 146, 151 y 152 StGB), el tráfico de seres humanos según el Parágrafo 181, 1.º n.º 2 y 3 del StGB, los delitos de asesinato, homicidio o genocidio (Parágrafos 211, 212, 220 StGB), los delitos contra la libertad personal (Parágrafos 234, 234. *a*), 239. *a*), 239. *b*) StGB), los delitos de tráfico de drogas según la disposición del Parágrafo 29, 3.º inciso 2.º, n.º 1 de la Ley de Estupeficientes, los delitos de traición a la paz, alta traición a la patria y puesta en peligro del Estado democrático de Derecho (Parágrafos 80 y siguientes del StGB), y los delitos referidos a la comisión de asociaciones criminales en relación con el delito de constitución de asociaciones terroristas (Parágrafo 129.4 en relación con el Parágrafo 129 a StGB).

nuestras Audiencias Provinciales, admitiendo que, como excepción, en supuestos de que la demora comporte un riesgo —*periculum in mora*—, se admite que sea ordenada por el Presidente del Tribunal (*Vorsitzende*). En lo que afecta a la duración de la medida, debe limitarse a un plazo máximo de cuatro semanas, si bien resulta factible una prórroga por un máximo de otras cuatro semanas, en el caso de que se mantengan inalteradas las condiciones de aplicación de la medida, conforme prevé en párrafo 4, del Parágrafo 100. *d*) de la StPO.

Semjante es el panorama legislativo que nos ofrece Italia, cuyo *Código di Procedura Penale*—CPP—, junto a la regulación de la interceptación telefónica, aborda en el artículo 266.2 la previsión legal de las denominadas «*intercettazione di comunicazione tra presenti*» o intervención de las comunicaciones entre presentes, distinguiendo, a su vez, entre las verificadas en cualquier lugar y las que se verifiquen en los lugares indicados en el artículo 614 del Código Penal, esto es, las que acontecen en recintos domiciliarios o asimilados<sup>103</sup>, medio de investigación este último que, en principio, sólo resulta susceptible cuando «exista un motivo fundado de que allí se esté desarrollando la actividad criminal», tal y como dispone el apartado 2.º del artículo 266 del CPP.

Con carácter común a las captaciones domiciliarias y extradomiciliarias, hemos de referirnos a los límites de admisibilidad, en virtud de los cuales, sólo se consistente el recurso a estos medios de investigación subrepticia respecto de un catálogo cerrado de figuras delictivas enunciadas en el artículo 266.1.º del CPP<sup>104</sup>, existiendo en su ejecución, como afirma

103. *Vid.* TONINI, P., *Manuale di Procedura penale*, Edit. Giuffrè, Milano, 2000, págs. 250. También, CORDERO, F., *Procedura penale*, Edit. Giuffrè, Milano, 2001, págs. 831 y ss.

104. El citado artículo 266 del Código de procedimiento penal italiano, limita la admisibilidad de la interceptación de las conversaciones o comunicaciones telefónicas y otras formas de comunicación sólo en relación a los siguientes delitos: *a*) delitos no culposos para los cuales esté prevista una pena de prisión o reclusión superior a cinco años; *b*) delitos contra la Administración pública para los que se encuentre prevista una pena superior a cinco años; *c*) delitos relativos a sustancias psicotrópicas o estupeficientes; *d*) delitos relativos a las armas y las sustancias explosivas; *e*) delitos de contrabando; *f*) delitos de injurias, amenazas, usura, abuso en la actividad financiera, molestias o disturbios ocasionados por teléfono; *f* *bis*) los delitos previstos en el art. 609 ter. 3.º del Código Penal —*delitos de violencia sexual*—. En la misma línea se encuentra el Código Procesal Penal Francés (art. 100) y con el Código de proceso penal portugués, cuyo artículo 187.1.º, prevé la adopción de interceptación de las comunicaciones para los siguientes supuestos: 1) aquellos delitos que lleven aparejada pena de prisión superior; 2) los relativos al tráfico de estupeficientes; 3) los relativo a armas y materias explo-

TONINI<sup>106</sup>, una expresa reserva de jurisdicción, en virtud de la cual, el Ministerio Fiscal deberá solicitar al Juez la correspondiente autorización que, según dispone el artículo 267 del CPP, deberá concederse mediante Auto motivado siempre que «medien graves indicios de delito y la interceptación sea absolutamente imprescindible para la prosecución de las investigaciones», resolución motivada que como ha subrayado acertadamente CAMON<sup>106</sup>, se erige en «la garantía de las garantías», debiendo consignar al menos los indicios del delito existentes, la gravedad de los hechos y los motivos que hacen indispensable el recurso a este tipo de diligencia de investigación.

Sólo con carácter excepcional, se contempla que «en casos de urgencia, cuando exista un fundado motivo para considerar que el retraso pueda ocasionar un grave perjuicio a la investigación», se admite en el apartado 2.º del artículo 267 CPP, que sea el Ministerio Público quien autorice la interceptación, comunicándolo inmediatamente y, en todo caso, en el plazo máximo de *veinticuatro horas*, al Juez, quien dentro de otro plazo de cuarenta y ocho horas, deberá decidir sobre la convalidación del acuerdo mediante Auto motivado. En caso contrario o, cuando el Juez no convalide la diligencia, «la interceptación no podrá proseguirse y sus resultados deberán ser inutilizados».

El plazo temporal de duración de la interceptación es tasado igualmente por el Legislador, concretándolo el artículo 267, referido a los *presupuestos y formas de la diligencia*, en una duración no superior a los quince días, prorrogables por idénticos periodos temporales mediante Auto motivado del Juez, siempre y cuando subsistan los presupuestos materiales para su adopción.

Se aborda asimismo a una detallada regulación de la *ejecución de las operaciones*, plano en el que merece la pena señalar como se ordena al Juez o, su caso, al Ministerio Público, que en su resolución determine no sólo «la duración de la medida sino, también, la modalidades de desarrollo de las operaciones» (art. 267.3 CPP). Respecto a las garantías procedimentales observables, ordena el art. 268.1 del CPP que las «comunicaciones interceptadas sean registradas o grabadas», transcribiéndose, siquiera sumaria-

mente, el contenido de las comunicaciones interceptadas. Tanto las actas en la que se haya documentado la transcripción como las grabaciones han de ser inmediatamente puestas a disposición del Ministerio Público y, dentro del plazo de cinco días desde la conclusión de las operaciones, ha de procesarse al denominado «depósito» (art. 268.4 del CPP) que, no es más que, la custodia en la Secretaría del Juzgado del referido material, junto con los Autos o resoluciones en lo que se haya dispuesto, autorizado o convalidado, según los casos, la interceptación.

En el preciso instante en el que se verifica el depósito, entra en escena el derecho de defensa del afectado por la interceptación que, dada su naturaleza necesariamente subrepticia, se habrá ejecutado hasta dicho momento a espaldas de la persona sometida a investigación y a su defensor. Por este motivo, prevé el artículo 268.4, como excepción y a su defensor. Por este mismo pudiera derivarse un grave perjuicio para la investigación, el Juez podrá autorizar al Ministerio Público a retrasarlo hasta la finalización de las investigaciones preliminares», cubriendo así de secreto la actuaciones. En caso de no acordarse esta prórroga del depósito o, levantada la misma, prevé el apartado 6 del precitado artículo, que se dé traslado a los «defensores de las partes», con la «facultad de examinar las actuaciones y de escuchar la grabaciones».

Una vez transcurrido el término conferido a las partes, comienza una nueva etapa denominada doctrinalmente<sup>107</sup> como de «selección», encaminada a potenciar el derecho de defensa de los sujetos afectado por la interceptación, en la cual, el Juez, con el concurso del Ministerio Público y el Abogado de la persona afectada, deben elegir los diálogos encaminados a convertirse en prueba en el proceso, excluyendo los que devengan manifestamente irrelevantes o los que sean de uso prohibido, por estar incursos en alguna de las *prohibiciones de utilización* contempladas en el artículo 271 del CPP, a las que aludiremos a continuación.

Evacuado el trámite de la *selección*, dispone el artículo 268.7.º que el Juez «dispone la transcripción integral de las grabaciones, observando las formas, modos y garantías previstas para la prueba pericial», siendo a partir de este momento utilizables como verdaderas pruebas en sentido estricto<sup>108</sup>, tanto

sivas; 4) los delitos de contrabando; 5) las injurias, amenazas y coacciones cometidas a través del teléfono.

105. TONINI, P., *Manuale di Procedura...*, op. cit., pág. 251.

106. CAMON, A., *Le intercettazioni nel processo penale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1996, pág. 110.

107. Vid. CAMON, A., *Le intercettazioni...*, op. cit., pág. 217.

108. Así, DIJOLI, A., «Regime ed utilizzabilità dell'intercettazione telefonica ed ordinanza di custodia cautelare nelle indagini preliminari», en *GP*, 1992, t. III, pág. 50. Subraya acertadamente ésta que «es, precisamente, la intervención del órgano jurisdiccional, desde la fase de la investigaciones preliminares para la ejecución de las operaciones, hasta su inserción

en el procedimiento en el que haya sido acordada la interceptación, como, en aquellos casos en los que concurran los presupuestos descritos en el artículo 270 del CPP, en otros diversos procesos judiciales.

Efectivamente, con carácter de regla general, el apartado 1.º del citado artículo 270 del CPP, prescribe que «los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizados en procedimientos diversos de aquellos en los que haya sido ordenadas, salvo que resulten indispensables para la comprobación de delitos para las que sea obligatorio en arresto en situación de flagrancia<sup>109</sup>», previniéndose, de una parte, «el depósito de la grabaciones en el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento del procedimiento diverso» y, de otra, «la posibilidad del Ministerio Público y de los defensores de las partes de examinar las actuaciones judiciales del procedimiento en el que fueron ordenadas las interceptaciones».

Hemos señalado antes que, en la fase de «selección», ha de excluir el Juez los fragmentos que o resulten manifiestamente irrelevantes o los que sean de uso prohibido, por estar incursos en alguna de las *prohibiciones de utilización* contempladas en el artículo 271 del CPP. Pues bien, dicho precepto bajo la rúbrica de «*prohibiciones de utilización*», contempla dos diversas interdicciones de valoración: la primera, de corte garantista-procedimental, indicando que «los resultados de las interceptaciones no pueden ser utilizadas cuando hayan sido obtenidas fuera de los casos consentidos por la Ley o cuando no se hayan observado las disposiciones previstas en los artículos 267 y 268.1 y 3»; la segunda es una prohibición de carácter subjetivo referida a las personas exentas del deber de declarar en el proceso, en cuya virtud se previene que tampoco pueden utilizarse «las interceptaciones de conversaciones o de comunicaciones de las personas indicadas en el artículo 200.1, cuando tengan por objeto hechos conocidos por razón de su ministerio, oficio o profesión, salvo que las mismas personas hayan depuesto sobre los mismos hechos o los hayan divulgado en otro modo».

Finalmente, en esta sumaria exposición de la regulación italiana, fuera del estricto marco del régimen general descrito en el CPP, debemos aludir en el fascículo para el debate, lo que permite señalar su relevancia jurídica como prueba en sentido estricto.

109. *Vid.* CAMON, A., *Le interpretazioni...*, op. cit., pág. 278. Pone de manifiesto este autor que la *ratio* de la prohibición al «*trasferimento*», a la utilización del material grabado en procedimiento diverso, tiende a potenciar el empleo de los resultados obtenidos «para un hecho delictivo diverso a aquel para el que inicialmente fue autorizada la medida de investigación», intentando así preservar las garantías inherentes a la *motivación del Atto* que ha de citar la autoridad judicial.

a la normativa especial contenida en la Ley n.º 203, de 12 de julio de 1991, de Medidas urgentes en materia de lucha contra la criminalidad organizada y de transparencia y buen funcionamiento de la actividad administrativa, por cuanto su artículo 13 introduce una derogación expresa del régimen de autorizaciones descrito anteriormente. Así, frente a la fuerte exigencia contenida en el artículo 266.2 del Texto procesal de que «exista un motivo fundado de que allí se esté desarrollando la actividad criminal», a los efectos de autorizar la intervención de las comunicaciones entre presentes que tengan lugar en recintos o espacios domiciliarios, cuando la interceptación sea necesaria para el desarrollo de las investigaciones relacionadas con un «delito de criminalidad organizada o de amenazas a través del teléfono, se rebaja el nivel de exigencia, ampliando ostensiblemente el ámbito material en el que puede acordarse este tipo de diligencias de investigación, consintiendo la interceptación «también en aquellos casos en los que no existan un motivo para considerar que en los citados lugares se esté desarrollando la actividad criminal». Asimismo, se amplía el plazo de duración de la interceptación, desde los quince días previstos con carácter general, hasta el plazo de cuarenta días, pudiendo ser prorrogado por sucesivos periodos de veinte días, en tanto en cuanto subsistan los presupuestos indicados en el art. 13.

## 2. Captaciones audiovisuales en el ámbito penitenciario

En el apartado antecedente, tuvimos ocasión de referirnos a la STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 22/1984), resolución que pronunciándose en torno al derecho a la inviolabilidad domiciliaria reconocía abiertamente que «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 la esfera privada de ella», concluyendo que «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».

Tal Sentencia conllevaba como efecto directo la extensión del objeto de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria hasta comprender en su ámbito las denominadas «*entradas espirituales*», propiciadas por las captaciones audiovisuales verificadas desde el exterior respecto de los sonidos o imágenes que acontezcan en el interior del recinto domiciliar. Doctrina constitucional que rápidamente fue acogida por parte del Tribunal Supre-

mo, asentándose la tesis postulada, entre otras muchas en la STS de 6 de abril de 1994—RJ 1994/2889—, ya examinada anteriormente y cuyo núcleo esencial se condensa en lo siguiente:

«No existe obstáculo legal para que las labores de investigación se extiendan también a la captación de imágenes de personas sospechosas, de manera velada o subrepticia, en los momentos en que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo. Es evidente que todo ello ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación, se habrán de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación, debiéndose limitar, como queda dicho, a los exteriores.»

Tan arraigada se encuentra la esencia de esta tesis entre nosotros que, como hemos tenido ocasión de examinar anteriormente, cuando la LOVI procede a regular las captaciones audiovisuales de carácter preventivo, limita espacialmente el empleo de estos artificios técnicos a los lugares públicos, abiertos o cerrados, prohibiéndose expresamente en el apartado 5.º del artículo 6 su empleo «para tomar imágenes y sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos», salvo consentimiento del titular o autorización judicial.

Pues bien, la celda de un Establecimiento penitenciario es seguramente el espacio arquitectónico en el que puede ubicarse una persona diametralmente más opuesto a toda idea de privacidad, tal y como se reconoce tanto doctrinal<sup>110</sup> como jurisprudencialmente<sup>111</sup>. Siendo, en consecuencia, un

110. En este sentido, *vid.* GUERRERO PICÓ, M.ª J., *Registro de vehículos y otros espacios domiciliarios*, Edit. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2001, pág. 132. Pronunciándose esta autora en torno a la garantía de la inviolabilidad domiciliar, pone de manifiesto como las celdas quedan extramuros de su ámbito de protección, previendo el artículo 23 de la LOGP, «la realización de registros regulares o rutinarios por orden de la autoridad competente de cada establecimiento». Igualmente, DUCQUE VILLANUEVA, J. C., «El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario», en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Director), *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*, CDJ, Edit. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 101 y ss.

111. *Vid.* STS de 6 de abril de 1998 (RJ 1998/3151), en la que con ocasión de un registro indiciario en la celda de un recluso motivado por una denuncia anónima de que se

inegable espacio o edificio público, en coherencia con la tesis doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, en principio, no habría obstáculo constitucional alguno que impidiera la adopción por parte de las autoridades del Centro penitenciario de diligencias de investigación que se tradujesen en captaciones audiovisuales *subrepticias* de lo que aconteciese dentro de una celda, máxime cuando las mismas estén nutridas de una previa base indiciaria de la comisión de un hecho delictivo, sin que en tal caso fuera necesario recabar la oportuna autorización judicial por cuanto no habría derecho fundamental alguno objeto de restricción.

Ahora bien, bajo nuestro personal punto de vista, la cuestión no resulta ni mucho menos tan simple como interesadamente acabamos de esbozar, con el objetivo único de poner nuevamente de manifiesto que cualquier intento de limitar la captación subrepticia de imágenes o de conversaciones exclusivamente a los espacios domiciliarios, de una parte, corre el riesgo de caer en el error de sobrevalorar el ámbito de protección propio de la garantía instrumental de la inviolabilidad domiciliar hasta el extremo de consistar vulnerado este derecho fundamental en las denominadas «*entradas espurias*»; pero, de otro lado, esta inadecuada línea argumentativa se expone a dejir sin protección constitucional alguna idénticas medidas de investigación cuando las mismas se verifican en un *lugar diverso al espacio domiciliario*, en este caso, en las celdas de los Establecimientos penitenciarios, desconociendo así la tesis central postulada en el presente trabajo en torno a que las facultades que nutren el derecho fundamental a la intimidad despliegan sus efectos más allá de los límites locativos cubiertos por la garantía

dedicaba al tráfico de drogas, se alegó su ilegalidad por violación del derecho a la intimidad y a un proceso con todas las garantías, en el entendimiento de que tal diligencia debió contar con la autorización judicial y la presencia del Secretario judicial, motivo desestimado por el Alto Tribunal argumentando, en lo que ahora interesa, que «el respeto del domicilio es un complemento de la libertad de la persona lo que determina que la garantía de esta última ha de determinar la protección también del lugar donde se desarrolla la parte más íntima de la vida. Por ello, aunque el art. 25.2 de la CE establece que el condenado a la pena de prisión gozará de los derechos fundamentales que no se le hubieran expresamente limitados, como la protección a la inviolabilidad del domicilio es una ampliación del derecho a la libertad del individuo, que es precisamente del que se priva al condenado a penas privativas de libertad, es claro que también alcanza al correlativo de elegir un espacio de privacidad del que se pueda excluir a otras personas, imposible de ejercer y mantener, en instituciones penitenciarias». Por tanto, «las celdas de los internos situadas en instituciones penitenciarias son de aquellos edificios o lugares cerrados que no constituyen domicilio y sí edificios públicos, para entrar en los cuales no es preciso resolución judicial mediante auto motivado».

instrumental de la inviolabilidad domiciliaria, extendiéndose también a los espacios públicos y asimilados, tal y como ocurre en las celdas de un Establecimiento penitenciario.

Pues bien, al efecto de acreditar la anterior afirmación, nada mejor que comenzar acudiendo a la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), en cuyo artículo 51 se establecen las líneas generales por las que han de regirse las comunicaciones y visitas de los internos<sup>112</sup>, precepto ulteriormente desarrollado en los artículos 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario (RP), aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

En este orden de ideas, interesa subrayar que en el ámbito del artículo 51.1.º de la LOGP se articula el *régimen general de las comunicaciones orales y escritas del recluso*, previéndose el derecho de los internos a comunicar periódicamente, de forma oral o escrita, con sus familiares, amigos y representantes de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incommunicación judicial. Esta clase de comunicaciones orales y escritas, tal y como expresamente dispone el apartado 5.º del artículo 51 de la LOGP, son susceptibles de ser *suspendidas e intervenidas a instancia del Director del establecimiento*, de forma motivada, con la única obligación de dar cuenta a posteriori a la autoridad judicial competente.

Mientras la *suspensión*, a tenor del artículo 43 del RP, se materializa en la prohibición o no autorización para comunicar oralmente con determinadas personas o, en su caso, la retención de las comunicaciones escritas enviadas al preso o remitidas por él, la *intervención de las comunicaciones orales o escritas*,

112. Para una visión amplia, *vid.*: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Edit. Tecnos, Madrid, 2000, págs. 19 y ss. También, NOVA FERRERO, M.ª L., *La intervención de las comunicaciones orales...*, *op. cit.*, págs. 223 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Relaciones del recluso con el mundo exterior», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coordinadores), *Manual de Derecho penitenciario*, Edit. Colex, Salamanca, 2001, págs. 261 y ss.; CERVELLO DONDEÑS, V., *Derecho penitenciario*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 203 y ss.; RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lección de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Edit. Comares, Granada, 2001, págs. 224 y ss.; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, págs. 177 y ss.; TAMARIT SUMMOLA, J. M.ª; SAPENA GRAU, F.; GARCÍA ALBERO, R., *Curso de Derecho penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, Edit. Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 126 y ss.; ALONSO PÉREZ, F., «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario», en *La Ley*, n.º 5.311, 2001, págs. 14 y ss.

se concreta en el acceso al contenido mismo de la comunicación, bien mediante su grabación bien mediante su escucha<sup>113</sup>.

Con independencia de este régimen general, se regulan asimismo tres supuestos específicos en atención bien al *medio de comunicación*, como ocurre en el apartado 4.º respecto de las *comunicaciones telefónicas*, bien a los *sujetos con los que el recluso mantiene la comunicación*, tal y como sucede con las *comunicaciones del interno con su Abogado defensor*, con el *Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales* y con el *Procurador* (art. 51.2.º LOGP) o, con los *profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad*, los *asistentes sociales* y con *sacerdotes o ministros de su religión* (art. 51.3.º).

De esta pluralidad de posibilidades referenciadas, centraremos nuestra atención en el régimen general de intervención de las *comunicaciones orales directas del recluso*, así como en el específico de las *comunicaciones del recluso con su Abogado defensor*, analizándolos de forma separada para ganar en claridad expositiva.

## 2.1. Régimen general de las comunicaciones orales directas del recluso

Indicábamos anteriormente que el apartado 1.º del artículo 51 de la LOGP contempla el derecho de los reclusos a comunicar de forma oral y escrita con *familiares y amigos*, comunicaciones cuya intervención queda, al menos en su fase inicial, excluida de la garantía jurisdiccional<sup>114</sup>, por cuanto pueden ser suspendidas e intervenidas por propia iniciativa del Director del Establecimiento penitenciario.

La incógnita a resolver consistiría en determinar *cuáles son las concretas finalidades que persigue la legislación penitenciaria al regular esta facultad*, así como examinar el *procedimiento al que queda sometida*, a los efectos de determinar finalmente si dicha facultad resulta, en su caso, extensible a aquellas situaciones en las que el Director de un Establecimiento penitenciario, *partiendo de una serie de indicios previos de la comisión o participación en un previo hecho delictivo por parte de un recluso*, adopta la decisión de intervenir, captar y gra-

113. Así, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pág. 187. Igualmente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*, pág. 24.

114. En sentido crítico, *vid.*: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La suspensión e intervención de las comunicaciones...*, *op. cit.*, pág. 95. Efectivamente, esta monografía de la materia llega a titular de inconstitucional al artículo 51.5 de la LOGP, «al suprimir la garantía de la intervención judicial previa prevista en el art. 18.3 CE», sometiéndolo de este modo al derecho al secreto de las comunicaciones a «un sacrificio de una intensidad innecesaria y gratuita».