

EL DERECHO A LA INTIMIDAD: REGULACION LEGAL Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

Excmo. Sr. Presidente de la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Ilmos. Sres. Miembros de la Junta de Gobierno de la Academia de Jurisprudencia del Principado de Asturias, Ilmos. Sres. Académicos de la Academia de Jurisprudencia del Principado de Asturias, Señoras, Señores, familia, amigos, todos,

A MODO DE PRESENTACIÓN.

En estos momentos albergo un sentimiento de emoción, de responsabilidad y de agradecimiento ante la celebración de este solemne acto para mi nombramiento como académico correspondiente de una institución de prestigio como es esta Academia Asturiana de la Jurisprudencia en la que espero poder colaborar activamente en su labor de investigación, debate y transmisión crítica de conocimientos en los distintos ámbitos del Derecho.

Sentimiento de gratitud que también extiendo a todos los aquí presentes, académicos, magistrados, jueces, fiscales, Letrados de la administración de Justicia, abogados procuradores y por supuesto a mi familia con especial mención a mi padre y a mi madre, a la que siempre llevo en mi memoria, por enseñarme desde pequeña lo importante que es el esfuerzo, la constancia y la responsabilidad.

A la hora de elegir el tema protagonista de este discurso de ingreso, mi dedicación profesional al derecho penal y civil en el ejercicio de la función jurisdiccional ha tenido un profundo peso. Es un tema de actualidad en los Juzgados especialmente en los tiempos que corren en que la tecnología va avanzando muy rápidamente en la sociedad poniendo en peligro el llamado "derecho a la intimidad", que es el tema con el que pretendo en el día de hoy recabar la atención de todos los aquí presentes.

INTRODUCCION

Suele citarse como acontecimiento principal para el reconocimiento de la intimidad como derecho de la personalidad el trabajo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, de 1890, al parecer

inspirado en el acoso informativo que el primero venía sufriendo por algunos periódicos de su ciudad. Tomando la formulación precedente del juez Thomas A. Cooley, identificaron el derecho a la privacidad como una directa manifestación del "derecho a ser dejado solo" (*right to be let alone*), atribuyéndole expresa entidad propia, hasta entonces prácticamente confundida entre los derechos de la persona. Se extraía así la idea común subyacente en el fundamento de otras reglas de convivencia ya consolidadas como la "inviolabilidad del domicilio" o el "secreto de la correspondencia".

Con posterioridad, en el derecho a la intimidad se han venido incluyendo otros diversos contenidos entre los que se reconoce un variable grado de estima a la esfera privada del individuo y que, por su diferente distanciamiento de lo más íntimo, se han representado en esferas concéntricas tanto menos estrechas cuanto menos personal y más social sea su caracterización (teoría de las esferas). Sin embargo esa imagen resulta engañosa, toda vez que esas esferas (capas) pueden ser desplazados entre los diferentes niveles, según la voluntad de su titular. Al fin y al cabo, éste legítimamente puede tomar decisiones acerca de "a quiénes" y "en qué diferente medida" facilita la información en principio considerada más o menos íntima. Por eso su significado actualizado, como *derecho* a la privacidad, debe basarse en la idea más general de *autodeterminación informativa* frente a los demás respecto a datos e informaciones concernientes a la persona; esta concepción tiene su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 15 de diciembre de 1983, resolviendo sobre la normativa que regulaba qué datos debían integrar el censo y las condiciones y limitaciones de acceso a éstos.

La configuración del derecho a la intimidad de los ciudadanos como proclamación propia de los diferentes estados ha partido de los correspondientes textos constitucionales. Sin embargo su exacta expresión es más bien tardía; bien porque para la protección de las manifestaciones más básicas de la intimidad se estimaba suficiente con la innegable protección declarada de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad; bien porque se dedujera como corolario del expreso reconocimiento de los más concretos derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. En aquellas condiciones, ha sido mérito de la jurisprudencia y de la doctrina científica la conformación y precisión del derecho a la intimidad basado en la autodeterminación informativa.

Como derecho fundamental, la intimidad acaba siendo objeto del mayor grado de protección que el ordenamiento jurídico puede otorgar. Desde el tradicional delito de allanamiento

de morada, han seguido adoptando la intimidad como bien jurídico protegido, los delitos de violación de la correspondencia, interceptación de las comunicaciones, o de grabación de imágenes en el ámbito privado, y las formas más graves de infracción del deber de secreto. Ésa más intensa protección de concretos aspectos del derecho a la intimidad que otorga el Derecho penal suele concurrir con la que también brindan, de modo más general, otros sectores del ordenamiento jurídico como el Derecho civil y el Derecho administrativo. En este último vienen teniendo creciente importancia los riesgos que para el derecho a la intimidad comportan la automatización de datos personales y la facilidad de su disposición y tratamiento por quienes no cuentan con la oportuna autorización para ello.

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

El artículo 18 de la CE dispone "*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*".

El bien jurídico protegido por el derecho a la "intimidad" es un "ámbito propio y reservado de las personas" cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una "calidad mínima de vida humana" (STC 231/1988). Ámbito propio y reservado que a tenor del artículo 18 de la CE viene dado por las cuestiones de índole personal y familiar constituyendo el aspecto central de la protección constitucional a la vida privada erigiéndose como un derecho genérico en la materia mientras que los demás derechos mencionados en el artículo 18 de la CE hacen referencia a aspectos específicos de la vida privada.

Titulares del derecho a la intimidad son todos los seres humanos (STC 231/1988) lo que incluye a extranjeros y excluye a las personas jurídicas por no ser titulares de vida personal o familiar (ATC 257/1985).

Tanto en el art. 18.1 CE como en el art. 8 CEDH, el derecho a la intimidad no es sólo personal sino también "familiar". La protección de la familia es, además, un mandato constitucional recogido entre los principios rectores de la política social y económica (art. 39 CE). Una idea tradicional muy arraigada era que cuanto ocurría en el seno de la familia -más aún, dentro del hogar familiar- había de

considerarse, por definición, esencialmente privado. Esta idea se ha ido erosionando como consecuencia de que los vínculos familiares son cada vez más nucleares y menos gentilicios y, sobre todo, como consecuencia de que la emancipación de la mujer ha imprimido un carácter progresivamente igualitario a las relaciones en el interior de la familia. De aquí que los asuntos relativos a la familia hayan experimentado un notable incremento de regulación en los últimos decenios; y todo esto no parece compatible con predicar del derecho a la intimidad el adjetivo "familiar": en la práctica, muchas cosas que ocurren dentro de la familia encuentran cada vez mayor dificultad para considerarse cubiertas por el derecho a la intimidad. Baste pensar, como ejemplo ilustrativo, en los castigos a los hijos.

Por todo ello, no es de extrañar que el derecho a la intimidad no haya sido normalmente usado para excluir determinadas situaciones familiares de la observación de los demás sino, más bien, para dar cobertura constitucional a ciertas regulaciones de la vida familiar; esto es, ha tendido a usarse para sostener que la intervención del legislador en el ámbito de la familia venía impuesta por el derecho a la intimidad. Esta ha sido la orientación constantemente seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la célebre sentencia *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979, que negó que la protección de la vida familiar del art. 8 CEDH pudiera limitarse a la familia basada en el matrimonio, debiendo haber un reconocimiento legal de la relación familiar extramatrimonial. Esta última no incluye sólo la relación entre madre natural e hija, sino también entre ésta y la familia de aquélla. Resolución que ha sido luego seguida por toda una línea jurisprudencial que ha ido ampliando el concepto de familia protegida por el art. 8 CEDH al padre natural, a los hijos adulterinos, a la familia adoptiva, etc. Por lo demás, siempre en el terreno de las relaciones familiares, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acudido al art. 8 CEDH también para proteger las distintas manifestaciones del derecho de visita de los padres a los hijos: la intimidad familiar exige, en principio, que los padres - y, en su caso, otros miembros de la familia- puedan estar en contacto con sus hijos. Véase, entre otras muchas, la sentencia *E.P. c. Italia* de 16 de noviembre de 1999 .

Un caso en que el derecho a la intimidad ha sido usado para excluir de la curiosidad ajena cuanto ocurre en el hogar familiar es el resuelto por la STC 115/2000: la niñera de los hijos de un personaje famoso reveló a una revista del corazón multitud de detalles sobre las costumbres y el carácter de su empleadora. El Tribunal Constitucional ha sostenido que esta publicidad no deseada vulnera el derecho

a la intimidad, fundamentalmente porque existe un deber de reserva por parte de aquellos empleados que, en el desarrollo de su trabajo, tienen acceso a la vida familiar de su empleador.

El alcance de la protección que al derecho a la intimidad cabe otorgar se ve limitado por la colisión con otros intereses, a veces antagónicos: 1) En las relaciones del Estado con sus ciudadanos, debido a las necesidades, por un lado, de dotar a ciertos procesos de agilidad y operatividad (por ejemplo, para controlar el pago de impuestos, la correcta utilización de las prestaciones sociales, o el censo electoral); y por otro lado, del control social mediante el que se persigue la protección de la convivencia pacífica (por ejemplo, mediante bases de datos con interés policial). 2) Y en las relaciones entre los ciudadanos, donde son frecuentes las fricciones del derecho a la intimidad con el derecho y el deber de información, y con la libertad de expresión, respecto a los que los medios de comunicación vienen teniendo un papel protagonista.

El derecho a la intimidad concebido como autodeterminación informativa, más allá de sus contenidos originales, admite tantas proyecciones como sectores quepa delimitar en la conformación del conglomerado de relaciones sociales de las que la persona forma parte y generen informaciones no absolutamente liberadas al público conocimiento. Al fin y al cabo, como derecho de la personalidad es inmanente al reconocimiento más general de su libertad para decidir sobre las cuestiones que como ciudadano le afectan. Desde su original contenido como inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad ha pasado a comprender las correspondientes facultades de disposición sobre informaciones reveladoras de creencias, ideología, vida sexual, salud, y relaciones familiares, sociales y económicas. En la actualidad, por ejemplo, también alcanzaría a las informaciones reveladoras de actividades, intereses y aficiones reconocibles a través del uso de las nuevas tecnologías de la comunicación (uso profesional de las nuevas tecnologías de la información, búsquedas, contratación electrónica, hábitos de consumo de información electrónica, etc.); y aquéllas reveladoras de ciertas características biológicas, especialmente algunas de las obtenidas a través de las aplicaciones biotecnológicas (sometimiento a técnicas de reproducción asistida, pruebas y diagnósticos genéticos, etc.). Informaciones todas ellas que por poder quedar recogidas en soportes físicos o cibernéticos se hacen accesibles para el conocimiento de otras personas. A las más primarias

intimidades personal y familiar se suman así la intimidad de las comunicaciones, la intimidad informática, la intimidad sanitaria, y la intimidad genética, entre otras.

INTIMIDAD COMO OBJETO JURÍDICO DE TUTELA PENAL EN EL CODIGO PENAL ACTUAL.

La intimidad es uno de los ámbitos de la parte especial del código penal de 1995 que más profundas reformas ha ido sufriendo.

En primer lugar debe indicarse que el Código Penal de 1995 ha delimitado en un único título (Título X del código penal bajo la rúbrica "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio") diversas figuras delictivas que se encontraban en el anterior Código penal dispersadas bien en un título genérico de los "delitos contra la libertad y la seguridad de las personas", bien en otros ámbitos del anterior código penal (por ejemplo, el de la prevaricación de secretos por parte de los Abogados y procuradores- art. 360, CP 1973-). Y ha ido ampliando la tutela de la intimidad cubriendo lagunas existentes en nuestra legislación penal y atendiendo al desarrollo tecnológico que posibilita nuevas formas de control del individuo, lo que ha supuesto la incriminación de conductas que posibilitan un control certero, invisible y sistemático sobre la persona como acontece con los abusos informáticos, uso de tecnología móvil para la captación de la imagen,...

En concreto el Artículo 197 del CP ("*1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o*

hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. 4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior. 5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años. 7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.") contiene múltiples tipos básicos y agravados que obliga a una disección del precepto para una exposición sistemática y una interpretación del mismo.

El vigente artículo 197 del CP contempla como delito, por un lado el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de comunicación interceptada, exigiendo ambas conductas la falta de consentimiento de la víctima. Exigiéndose en cuanto al apoderamiento contenido en los

tipos básicos, un apoderamiento intencional sin que sea preciso la efectiva toma de conocimiento de los que contiene el documento, esto es, basta poner en peligro el referido bien jurídico con independencia que posteriormente el sujeto no llegue a la toma de conocimiento de datos íntimos. Lo que supone la necesidad de acotar la esfera de la intimidad que en ocasiones es clara cuando de cartas en sobre cerrado se trata pero en otras como por ejemplo mensajes que se hallan en la pantalla de un ordenador habrá de dilucidarse no en razón de la voluntad del titular de los mismos pues ello supondría una quiebra en la seguridad jurídica sino en criterios de adecuación social.

Y plasma como supuestos agravados: a) indiscreción relativa a la conducta de un sujeto que con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento (dos primeros apartados) difunde, revela o cede a terceros los datos, hechos o imágenes (197.3); b) por la condición profesional del sujeto activo o por la utilización de datos personales sin autorización de la víctima proyectables a los tipos básicos contenidos en los apartados 1 y 2 del precepto(197.4); c) afectación de la ideología, creencia, religión, salud, origen racial, vida sexual o tenga como víctima a un menor de edad o a un incapaz (197.5); d) las conductas descritas con fines lucrativos (197.6).

Tipificándose en un nuevo apartado séptimo introducido por la reforma operada en el CP por LO 1/2015 de 30 de marzo, aquellos supuestos en los que las imágenes y/o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se ha producido en su ámbito personal y su difusión contra su voluntad perjudique gravemente su intimidad. Agravándose la pena cuando la conducta la realiza quien sea o haya sido el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, la víctima sea una persona vulnerable o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

La reforma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal.

Las modificaciones propuestas pretenden superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea.

De acuerdo con el planteamiento recogido en la Directiva, se introduce una separación nítida entre los supuestos de

revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. Por ello, se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos.

Con el mismo planteamiento, y de acuerdo con las exigencias de la Directiva, se incluye la tipificación de la interceptación de transmisiones entre sistemas, cuando no se trata de transmisiones personales: la interceptación de comunicaciones personales ya estaba tipificada en el Código Penal; ahora se trata de tipificar las transmisiones automáticas -no personales- entre equipos.

Se tipifica la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos. (artículo 197 bis-197 quinquies)

Se regulan separadamente, de un modo que permite ofrecer diferentes niveles de respuesta a la diferente gravedad de los hechos, los supuestos de daños informáticos y las interferencias en los sistemas de información.

Finalmente, en estos delitos se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

El artículo 200 CP dispone " Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código."

Por lo que a la tutela del derecho a la intimidad en relación con las personas jurídicas - ATC 257/1985- se refiere cabe mencionar que la Audiencia Provincial de Asturias, en su sentencia de 14 de julio de 2003, ya decía que "dicho tipo penal no tutela los datos o informaciones de tipo societario o empresarial "strictu sensu", pues este tipo de información se encuentra tutelada en el ámbito de los delitos relativos al mercado por lo que el Art. 200 debe interpretarse restrictivamente como se dice en la sentencia recurrida, de forma que la alusión a datos reservados de las personas jurídicas que goza de protección en dicho precepto, son datos que si bien se proyectan en principio sobre personas jurídicas han de tener trascendencia en la intimidad de las personas físicas por ejemplo de los socios, directivos o empleados de la misma, por lo que dicho precepto no puede ser aplicado para la tutela de información empresarial reservada, carente de trascendencia para la intimidad de la personas físicas".

También resulta de interés el Auto de la AP de Madrid de 22 de octubre de 2008, en el que se afirma que "por lo que respecta al delito previsto en el artículo 200 del Código Penal, la cuestión controvertida se concreta en el alcance que deba otorgarse a la protección reconocida a las personas jurídicas en el citado artículo 200 respecto a los datos reservados de las mismas. Como toda la doctrina pone de manifiesto, sólo impropiaamente puede hablarse de intimidad de las personas jurídicas; la intimidad, como tal, sólo es predicable de las personas físicas, pues es un derecho de la personalidad cuyo ámbito propio de proyección es la vida personal y familiar. Y para mayor garantía de ese derecho a la intimidad de las personas físicas, el legislador de 1995 tipificó como delito la vulneración de la « intimidad» de las personas jurídicas, adelantando así la barrera de protección; no porque éstas en sí mismas puedan gozar de ese derecho, sino porque en la medida en que pueden guardar y manejar datos que aun refiriéndose a sí mismas afecten también a personas físicas, deben gozar de la protección penal en el uso «secreto» de esos datos; se trata, por tanto, de una protección de su « intimidad» instrumental, pero precisamente por su regulación legal ha de reconocerse la configuración de un ámbito de secreto también en las personas jurídicas. Ahora bien, por lo expuesto es claro que la extensión de ese ámbito de intimidad debe delimitarse en función del propio bien jurídico protegido por la norma, que es la intimidad de personas físicas; y así, a la hora de fijar sus límites debe atenderse en todo caso a la trascendencia de los datos respecto de personas físicas evitando, como exige la mejor doctrina, una interpretación extensiva. Por lo demás, la figura delictiva del art. 200 CP tiene también sus límites marcados por la existencia de otras figuras delictivas que protegen los secretos propiamente industriales, comerciales y mercantiles, los arts. 278 y 279 del Código Penal".

AMBITO CIVIL

El problema principal con el que se encuentra nuestro ordenamiento es el de determinar el "ámbito propio y reservado" que se pretende mantener ajeno a las miradas curiosas, esto es, el alcance exacto del "derecho a la intimidad" para así poder concluir cuales son las intromisiones ilícitas en la intimidad.

Para precisar la llamada esfera privada podemos atender a un criterio "formal" o a un criterio "material". Conforme al primero, lo privado sería todo aquello que la persona decida excluir del conocimiento de los demás. Conforme al

segundo, será todo aquello que según las pautas sociales integrantes suele considerarse ajeno al legítimo interés de los demás. Si se adopta el primer criterio, lo privado variaría de una persona a otra, mientras que atendiendo al segundo la extensión de la esfera privada será tendencialmente la misma para todos. La jurisprudencia constitucional ha seguido un criterio predominantemente material (STC 231/1988, 197/1991, 143/1994,...) y parecido criterio sigue el TEDH, sin embargo en los últimos años el Tribunal constitucional ha dado un giro hacia una visión más formal de la esfera privada (STC 134/1999, 187/1999, Y 115/2000) lo que implicaría un doble riesgo: la posibilidad de cada persona de renunciar a su intimidad a favor de cualquiera y en las condiciones en las que se pretenda; y en segundo lugar la de sustraer del conocimiento de los demás, incluidos los poderes públicos datos que son de indudable interés público. La jurisprudencia tradicional por ello ha seguido siempre un criterio "predominantemente material" de tal manera que en supuestos dudosos o limítrofes entre lo privado y lo público la voluntad del interesado es un factor a tener en cuenta. Para ello basta pensar en la vida privada de los famosos respecto a la que la previa actitud del interesado tiene alguna influencia para descifrar el carácter ilícito de una intromisión. Como ejemplo pueden extraerse las siguientes citas jurisprudenciales:

1. STS, Civil sección 1 del 24 de noviembre de 2016, Demanda de protección del honor e intimidad por las manifestaciones vertidas en programas de televisión que divulgaron problemas de pareja y presentaban al marido de la demandante como un ser manipulador, vago e interesado. La acción fue desestimada en la instancia por la prevalencia de la libertad de expresión dado el interés público del asunto por ser personas de proyección pública y porque dichas manifestaciones contenían opiniones amparadas por la libertad de expresión, siendo ya conocidos los problemas familiares y personales derivados de la herencia de la madre de la demandante. El TS estima el Recurso de Casación indicando que las referidas intromisiones no pueden considerarse amparadas por la libertad de expresión, ni por la libertad de información como más especialmente considera la sentencia recurrida, porque si bien esta sala ha reconocido que en los actuales programas de televisión de crónica social o entretenimiento puede haber un tono de cierta agresividad en cuanto socialmente tolerado (sentencias 92/2015, de 16 de febrero, y 497/2015, de 15 de septiembre), y si bien es cierto que la demandante gozaba de cierta celebridad por ser hija de la cantante *María Angeles* y del boxeador

Ruperto y haber aparecido en los medios, y que el demandante participaba de tal celebridad por ser pareja de la demandante, no lo es menos que siempre han demostrado querer preservar su intimidad personal y familiar y proteger su honor, como se desprende de las ya citadas sentencias 169/2011 y 808/2013, y, además, de las sentencias 1129/2008, de 20 de noviembre, 660/2010, de 3 de noviembre, 603/2011, de 20 de julio, y 96/2012, de 20 de febrero.

2. STS, Civil sección 1 del 24 de mayo de 2016. Demanda de intromisión ilegítima en la intimidad por la publicación en una revista de crónica social de una referencia a la relación sentimental mantenida por el demandante con otra persona, de proyección social. Con anterioridad a dicha publicación consta que otros medios se habían hecho eco de esa posible relación. En apelación se estimó la demanda y se declaró vulnerada la intimidad con base en que no se trataba de un personaje público y en que no se trató de un reportaje neutral. La editorial de la revista demandada recurre en casación, el cual se estima. Inexistencia de intromisión ilegítima en la intimidad y prevalencia de la libertad de información. La intromisión en el derecho a la intimidad del actor quedó acotada por la sentencia recurrida a la divulgación de la cuantía a que ascendía el alquiler de un bloque de apartamentos que posee el demandante y a la supuesta relación sentimental que se le atribuía. Revisando el juicio de ponderación efectuado, se desprende que no se discute la relevancia social del personaje al que se relaciona con el actor, siendo el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de una intromisión en el ámbito de la intimidad, no la veracidad, sino la relevancia pública del hecho divulgado, debiendo comprobarse que el afectado no haya adoptado pautas de comportamiento que permitan entender que consintió el público conocimiento de tales aspectos privados. En este caso, se publicaron noticias previas sin reacción del actor.

La eficacia del derecho a la intimidad entre particulares está carente de discusión, siendo que las especificidades de su régimen jurídico contenido básicamente en la LOPH aconsejan un tratamiento separado sin olvidar que el derecho a la intimidad goza también de una fuerte protección penal en los artículos 197 a 201 del CP. Por ello en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil

derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece.

La mencionada Ley Orgánica 1/1982, que se ocupa básicamente de tres grandes cuestiones: el consentimiento a la intromisión, la definición de las intromisiones ilegítimas y los remedios frente a éstas últimas.

- El consentimiento o autorización habrá de referirse a concretos actos de intromisión (arts. 2.2 y 8.1); y ello porque, dado que honor, intimidad e imagen son derechos irrenunciables e imprescriptibles (art. 1.3), no podrían reputarse válidos los actos genéricos de disposición sobre los mismos. El consentimiento de menores e incapaces habrá de otorgarse por ellos mismos si tienen la suficiente madurez; y, de lo contrario, por su representante legal, cabiendo la oposición del Ministerio Fiscal (art. 3). Por lo demás, la autorización a la intromisión es revocable en cualquier momento; y, sólo si dicha revocación causa algún perjuicio, habrá que indemnizar (art. 2.3). Ahora bien, en la práctica, el deber de indemnización puede operar no sólo en sentido resarcitorio sino también en sentido punitivo, ya que el referido art. 2.3 incluye tanto los daños efectivamente ocasionados por la revocación como las "expectativas justificadas" que se hayan visto defraudadas.
- Las intromisiones ilegítimas vienen establecidas por los arts. 7 y 8 de la Ley Orgánica 1/1982 : el primero hace una enumeración de los comportamientos prohibidos en el ámbito del honor, la intimidad y la imagen de los demás; el segundo, por vía de excepción, de los comportamientos permitidos. La descripción resultante es bastante detallada con respecto a la intimidad y la imagen; no así, por lo que hace al honor, donde la definición de intromisión ilegítima es excesivamente genérica. En materia de intimidad e imagen, la idea básica del legislador parece haber sido que el ámbito propio y reservado no se define sólo por la naturaleza privada del espacio en que un hecho ocurre sino también, incluso cuando ocurre en un espacio abierto al público, por la naturaleza privada del hecho mismo. No hay que olvidar que la determinación exacta de lo privado ha de hacerse de conformidad con los usos sociales y, sobre todo, "atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia" (art. 2.1). Ello significa que la actitud o conducta global de la persona puede llegar a ser jurídicamente relevante en materia de intimidad e imagen: lo que es intromisión ilegítima en la intimidad o la imagen de uno puede no serlo en la

de otro. Esta idea es rica en consecuencias cuando de los llamados "famosos" se trata. En cambio, las circunstancias que legitiman la intromisión son sólo - aparte de la autorización del titular del derecho, ya examinada- la acordada por la autoridad de acuerdo con la ley y la existencia de un relevante interés histórico, científico o cultural.

- Los remedios frente a intromisiones ilegítimas se prevé un amplio abanico de posibilidades: cuantas medidas, cautelares o definitivas, sean necesarias para poner fin a la intromisión, restablecer al titular en el goce de su derecho e indemnizar los daños ocasionados. Las acciones civiles por violación de los derechos al honor y a la intimidad y la imagen son transmisibles *mortis causa* (arts. 4 a 6). Recuérdese, sin embargo, que los herederos no pueden invocar la intimidad y la imagen como derechos fundamentales; lo que significa, en la práctica, que no pueden intentar hacerlas valer en recurso de amparo. Nótese que la Sección dedicada a la garantía jurisdiccional civil regulada por la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (LPJDF), ha sido derogada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (Disp. Derogatoria Única 2.3. a). Consecuentemente, a partir de enero de 2001 los arts. 11 a 15 de la LPJDF han quedado sin efecto y han de entenderse sustituidos por el art. 249.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento, según el cual "se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: (...) 2. a Las "demandas" que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (...). En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente". El punto décimo de la Exposición de Motivos de la LEC explica que se trata de mejorar la protección de los derechos fundamentales a través de un cauce procedimental, de tramitación preferente, más rápido que el establecido por la LPJDF : el de los juicios ordinarios, con demanda y contestación por escrito, seguidas de vista y sentencia.

Conviene observar, en fin, que el régimen jurídico de la indemnización por daños al honor, la intimidad y la imagen presenta algunas peculiaridades (art. 9.3). Se trata de una indemnización con un sentido claramente punitivo, ya que el perjuicio se presume siempre que hay intromisión ilegítima, considerándose que ésta produce automáticamente un daño moral. Para valorar el daño, habrá que atender a la gravedad de la lesión -lo que, si se ha producido a través de medios de comunicación, exige tener en cuenta su eventual difusión-, así como al beneficio obtenido por quien

vulneró el honor, la intimidad o la imagen. Este régimen indemnizatorio es aplicable también a la responsabilidad civil derivada de delitos contra el honor o la intimidad (art. 1.2).

PUNTOS DE FRICCIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD:

Una vez sentado lo anterior, de la jurisprudencia se desprenden algunas orientaciones más pormenorizadas sobre hasta dónde llega la esfera privada en ámbitos materiales concretos. En la exposición ante el amplio abanico de supuestos que pueden ser analizados me he decidido por aquellos cuya aplicación resulta más frecuente: Intimidad corporal; asuntos económicos; videovigilancia; y grabación de conversaciones.

1 Intimidad corporal

Si hoy en día es frecuente en la actividad de los juzgados acordar entradas y registros en domicilios o intervenir la comunicaciones telefónicas también tiene lugar en la fase de instrucción otras diligencias consistentes en intervenciones o registros corporales, sin duda de mayor problemática porque al tener por objeto el cuerpo de una persona se produce una mayor injerencia en el derecho a la intimidad y a la integridad corporal.

El derecho a la intimidad abarca la llamada "intimidad corporal" (STC 37/1989 y 57/1994). Baste recordar ahora que la intimidad corporal queda referida a aquellas partes del cuerpo que, según las pautas sociales imperantes sobre el sentido del pudor, deben estar a reparo de la observación ajena.

Algunas resoluciones del Tribunal Supremo han destacado desde una perspectiva objetiva la diferenciación entre la investigación corporal y registro corporal: «la primera consiste en la investigación del cuerpo mismo –estado mental o contenido de alcohol en sangre–, mientras que por la segunda se trataría de encontrar objetos escondidos en la superficie o en las cavidades naturales del cuerpo – boca, ano y vagina– «[SSTS de 11 de mayo de 1996 y de 26 de junio de 1998].

A pesar de la gran importancia que tienen las intervenciones corporales en el marco de la investigación de delitos, no existe en nuestro ordenamiento ninguna regulación de conjunto de tales actuaciones, por lo que es necesario acudir a una normativa fragmentaria. Pueden plantearse, por lo tanto, problemas para los que hasta el

momento, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional han proporcionado respuestas claras y precisas, en gran parte debido a la prudencia que requieren este tipo de pronunciamientos que afectan al alcance de derechos fundamentales. Se plantean por tanto *discrepancias* en muchos de los aspectos relativos a las intervenciones corporales, destacando entre los más importantes el de la legitimación para la ejecución coactiva de las mismas cuando el sujeto pasivo se niega o simplemente no colabora, oponiéndose parte de la doctrina a esta posibilidad al entender que, al no estar regulada legalmente, en casos de imprevisión, no queda más remedio que rechazar la posibilidad de coacción física para su práctica.

Vacío normativo contenido en la LECRIM que se ha intentado salvar a través de los artículos 311 y 339 de la LECRIM lo que supone una interpretación excesiva de dichos preceptos al haber sido contemplados para asuntos de distinta índole, pues como indicó el TC con ocasión de la negativa del acusado a la extracción de cabello de la cabeza o de la axila, el artículo 311 únicamente contiene un recordatorio legal dirigido al instructor pero no constituye fundamento normativo de las intervenciones corporales, y aun menos el artículo 339 del mismo texto legal pues permite al juez acordar dictámenes periciales sobre muestras, objetos o vestigios del cuerpo humano previamente aprehendidos pero no la facultad para la extracción coactiva de los mismos. Siendo que la Jurisprudencia ha venido entendiendo que en la medida en que las intervenciones corporales no supongan un peligro para la salud del acusado son constitucionalmente admisibles siempre y cuando sean proporcionadas a la gravedad del delito y la prueba del mismo no pueda ser obtenida de otra manera (STS 18/2/2002) a lo que debe añadirse la exigencia de una resolución judicial motivada.

Teniendo presente que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, en el ámbito de la intimidad corporal ligada a la integridad física se imponen limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones que el ordenamiento jurídico regula.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente (Sentencias de 1 de marzo, 18 de mayo de 1994, y auto dictado por la Sección primera de 20 de julio de 2016 con cita de la STC 7/1994 de 17 de enero) que la obligación de sometimiento a la prueba biológica de la paternidad no lesiona este derecho, ya que en los casos de filiación prevalece el interés social y el orden público, al estar en juego derechos de alimentos y sucesorios de los hijos a los que protege especialmente el art. 39 CE .

Existe de este modo una vinculación evidente entre los "datos genéticos" y el derecho a la intimidad. El carácter personal de la información genética que puede extraerse de muestras orgánicas cuando aquella se atribuye a una persona determinada. Lo que a su vez determina el derecho de la persona afectada a decidir sobre su exclusión al conocimiento de otros, y en su caso quienes pueden tener acceso y en qué medida. Vinculación que tampoco es absoluta pues determinadas informaciones genéticas no pueden calificarse como íntimas, por ejemplo en el caso de características físicas notables tales como rasgos raciales, parecido físico,...; enfermedades como síndrome Down, Alzheimer,....

Técnicas relevantes como el análisis de muestras de ADN permitieron resolver policialmente el "caso Wanninkhof" y el crimen de Coín al resultar la coincidencia de la huella genética del investigado obtenida de muestras de saliva de dos colillas de una misma marca en el lugar de los hechos. En otras ocasiones más que análisis periciales de muestras obtenidas del cuerpo humano, se llevan a cabo otras actuaciones de registro o intervención corporal más directos, por ejemplo, extracción de sangre, exploraciones ginecológicas, tactos vaginales o rectales, extracción de cabello,...

De este modo, la manifestación genética del derecho a la intimidad es el derecho por el que el titular de la información de esa índole sustraída al común conocimiento determina quienes y en qué condiciones pueden acceder a ésta y utilizarla.

En relación con la manifestación genética de la intimidad, en el Derecho español las respuestas habremos de encontrarlas en las conductas tipificadas en el Título X del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Y también en algunas otras dispersas en el Código Penal que, además de atentar contra la intimidad, llevan aparejada la lesión de otros bienes jurídicos con relevancia penal. Especial consideración merece el de la Administración Pública, y en particular cuando tales comportamientos se produzcan en el ámbito de los Servicios Públicos de Salud. Tales son los casos si

quienes las llevan a cabo participan de funciones públicas en el sentido amplio que perfila el art. 24 del CP, y recaen sobre documentación reveladora de información personal confiada a su custodia por tal motivo (arts. 415 a 417); o se trata de un particular que se aprovecha de informaciones de esa clase obtenidas de autoridad o funcionario público (art. 418). Supuestos todos estos comprendidos, como delitos de infidelidad en la custodia de documentos y de violación de secretos, en el Capítulo IV del Título XIX, de los delitos contra la Administración Pública, del Libro II del CP.

2 Asuntos económicos

Mientras que la faceta corporal del ser humano está, en principio, cubierta por el derecho a la intimidad, su faceta patrimonial, como regla general, no lo está. El derecho a la intimidad no protege datos de carácter puramente económico. Así, el llamado "secreto bancario" no está cubierto por el derecho a la intimidad (STC 110/1984 y 76/1990). La citada Sentencia 110/1.984, de 26 de noviembre de 1984, Fundamento Jurídico 3, frente a la reflexión de "¿en qué medida la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente?", declara que, "no hay duda que en principio puede hacerlo", para a continuación señalar que "la simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad lo demuestra".

En definitiva, se trata de proteger el interés público que se persigue con este deber de colaboración, tanto se predique del propio contribuyente como de persona, física o jurídica, distinta al propio contribuyente, como ocurre con quienes se encuentren en posición de prestar una ayuda relevante a esa tarea de alcanzar la equidad fiscal, como son los Bancos y demás Entidades de crédito"

Ello no excluye, por supuesto, la posibilidad de que el legislador cree libremente un derecho a que ciertos datos económicos tengan naturaleza reservada, en determinadas circunstancias; pero se tratará de un derecho de rango puramente legal, que el legislador puede crear, modificar y suprimir con total libertad.

Un supuesto en que el derecho a la intimidad puede operar frente a la Hacienda pública cuando las leyes fiscales obligan a una persona a denunciar actuaciones incorrectas de otro miembro de su familia, interfiriendo así en relaciones interpersonales que pertenecen a la esfera exclusivamente privada. Esto es lo que ocurría,

precisamente, con la obligación legal de que los cónyuges hicieran necesariamente una declaración conjunta de su renta (STC 45/1989).

3 Videovigilancia

Por otra parte, y en lo atinente a la videovigilancia y a la grabación de conversaciones, como últimos bloques de esta exposición resulta frecuente en los Juzgados que con ocasión de la interposición de una denuncia o durante el enjuiciamiento por el perjudicado se aporten grabaciones de imagen y/o sonido en relación con los hechos denunciados.

¿Es constitucionalmente admisible la vigilancia mediante técnicas audiovisuales? Naturalmente, esta pregunta sólo tiene sentido respecto a supuestos no cubiertos por la inviolabilidad del domicilio. El uso de dichas técnicas dentro de un lugar que tenga la consideración constitucional de domicilio, sólo será lícito si se observan las condiciones del art. 18.2 CE para el registro domiciliario.

¿Cuáles son los requisitos para la grabación del individuo de modo eficaz como medio de prueba, en espacios de acceso público?.

La vía pública no es un ámbito donde, sin más, pueda captarse la imagen de las personas con eficacia del correspondiente soporte, como prueba en el procedimiento penal. La grabación del individuo sin su conocimiento, ni consentimiento, supone una injerencia en los derechos de la personalidad y requiere estar justificada, por motivos de prevención y/o investigación del delito.

Recuerda una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la justificación de cualquier limitación de un derecho fundamental, entre ellos la intimidad, exige observar las exigencias del principio de proporcionalidad. Como expuso la *STC 207/96, de 16 de diciembre*, y ha reproducido la Jurisprudencia posterior, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones:

- a. si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- b. si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);

c. si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

La videovigilancia en lugares abiertos al público empezó a utilizarse en España como un medio de lucha policial contra los desórdenes públicos, en especial los ocasionados por los simpatizantes del terrorismo de ETA. Más tarde, ha sido regulada y provista de amplias garantías por la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos (órgano de supervisión con participación judicial, custodia y tiempo máximo de conservación de las grabaciones, etc.). La objeción constitucional que suele hacerse a la videovigilancia es que vulnera el derecho a la intimidad. Estando en juego si las grabaciones obtenidas son o no prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.

Pues bien, puede pensarse que no parece que los comportamientos realizados en un lugar abierto al público puedan considerarse parte de un ámbito propio y reservado que debe quedar a reparo de la observación de los demás.

No es fácil comprender, dicho brevemente, cómo puede reputarse de íntimo lo que se hace en público: "quien desee intimidad que se refugie en un espacio privado".

De aquí que, enfocado como un problema de derecho a la intimidad, probablemente haya que dar la razón a quienes afirman que la videovigilancia policial en lugar abierto al público no infringe el derecho a la intimidad.

En apoyo de esta tesis puede aducirse la STC 37/1998, que no consideró contrario a la Constitución el hecho de que la policía filmara la actuación de un piquete de huelga del que se temía que pudiera ocasionar desórdenes.

Ahora bien, que la videovigilancia policial en lugar abierto al público no vulnere el derecho a la intimidad no significa que sea siempre constitucionalmente irreprochable. A este respecto, es preciso hacer dos consideraciones. Por un lado, es muy dudoso que, en ausencia de cobertura legal, la videovigilancia policial fuera lícita: si sólo la ley puede otorgar potestades exorbitantes, sin la Ley Orgánica 7/1997 la policía no tendría más facultades que un mero particular; y, a este respecto, los arts. 7.5 "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley:... 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos,

salvo los casos previstos en el artículo 8.2." y 8.2.a) LODH " 2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público." son claros en excluir que se pueda captar la imagen de personas carentes de notoriedad. Aquí no cabría argüir que el art. 8.2.c) LODH permite "la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria"; y ello porque ni la videovigilancia tiene una finalidad informativa, ni la presencia de personas en las correspondientes grabaciones puede considerarse accesoria. Por otro lado, a la vista de lo anterior, la videovigilancia policial aparece como una técnica de control público sobre los particulares, en cuanto tal sometida al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y, por ende, necesitada de superar el juicio de proporcionalidad.

La Jurisprudencia analizada, admite la eficacia de las grabaciones policiales como prueba en el procedimiento penal, si bien exige su visionado, al menos parcial, en el plenario.

La mayor parte de las Sentencias que se pronuncian sobre su eficacia como medio de prueba (documental) pasan, posteriormente, a minimizar su relevancia en el caso concreto. Ello es debido, a que en el acto del juicio comparecen los policías que practicaron la grabación, y que tienen un conocimiento directo de los hechos reflejados en las imágenes. Por tanto, el Tribunal Supremo incide en su eficacia como elemento corroborador de las declaraciones del testigo directo que debe comparecer al plenario (art. 717 LECrim). Sobre este particular resulta tajante la STS de 19 de mayo de 1999 , con cita de otras muchas:

"Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia en el Juicio Oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal".

Distinta de la videovigilancia en lugar abierto al público, cuya finalidad es salvaguardar el orden público, es la videovigilancia en el centro de trabajo. Esta hipótesis se diferencia de la anterior en que aquí la finalidad no es vigilar al público en general, sino específicamente a los trabajadores. Ciertamente, pueden darse supuestos en que, por ser el centro de trabajo un lugar abierto al público, la videovigilancia cumpla la doble misión de vigilar a los

trabajadores y al público en general. Piénsese, por ejemplo, en bancos, grandes almacenes, etc. Pues bien, incluso en estos supuestos, la videovigilancia de los trabajadores sólo es constitucionalmente admisible en la medida en que sea absolutamente indispensable para proteger la seguridad de la empresa. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional a partir de un caso de videovigilancia en un casino de juego (STC 98 y 186/2000). Si no se supera este escrupuloso test de proporcionalidad, la videovigilancia en el centro de trabajo se considera una intromisión ilícita en el derecho a la intimidad de los trabajadores.

Resulta muy habitual que uno de los medios de identificación del autor de un hecho delictivo sea la imagen tomada por una cámara de seguridad instalada en un establecimiento privado. En ocasiones se tratará de la filmación, en otros casos únicamente se contará con fotografías extraídas de la misma, muchas veces con una calidad de imagen muy deficiente. La Cobertura legal de la instalación de este tipo de dispositivos se encuentra en El art. 5.º de la Ley 23/92, de 30 de julio de Seguridad Privada, artículo 22 de la LO 4/2015 de 30 de marzo de seguridad ciudadana (antes art. 13 de la Ley Orgánica 1/92, de Protección de la Seguridad Ciudadana vigente hasta el 1 de julio de 2015). La persona o entidad que prevea la creación de ficheros de videovigilancia deberá notificarlo previamente a la Agencia Española de Protección de Datos, para su inscripción en el Registro General (art. 7 LOPD). Debe acudir a la videovigilancia cuando la finalidad pretendida no pueda obtenerse con otros medios menos intrusivos para la intimidad de las personas.

Las cámaras instaladas en espacios privados no podrán obtener imágenes de espacios públicos salvo que resulte imprescindible para la finalidad de videovigilancia que se pretende, o resulte imposible evitarlo por razón de la ubicación de aquéllas.

Además deberá colocar en las zonas videovigiladas, al menos, un distintivo informativo ubicado en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados (art. 3). La mera falta de comunicación a la Agencia de la instalación de un dispositivo de videovigilancia por particular o entidad privada dará lugar a una sanción económica (arts. 44 y 45 de la Ley Orgánica de Protección de Datos).

El Auto del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007, con cita de Jurisprudencia y de la normativa legal más reciente (incluso la Instrucción 1/06, de la Agencia de Protección de Datos, a la que anteriormente he hecho referencia),

realiza unas afirmaciones concluyentes en el ámbito que estamos tratando. En concreto, se impugna por el recurrente la licitud como prueba de las grabaciones efectuadas por unas cámaras de vigilancia instaladas como dispositivo de seguridad en una nave industrial, llegando a las siguientes conclusiones:

"En cuanto a estos clichés, pretende el recurrente negarles validez como piezas de convicción, por no haber sido autorizada judicialmente la grabación de la que derivan las secuencias por las que fueron identificados. Olvida el recurrente que los supuestos en los que es preceptiva dicha autorización judicial son aquéllos en los que se proceda clandestina o subrepticamente a captar imágenes de personas sospechosas en los lugares que deban calificarse de privados por desarrollar en ellos tales sospechosos su vida íntima (por todas, STS n.º 1.733/ 2002, de 14 de octubre). Nada obsta, en cambio, a que un establecimiento privado decida dotar sus instalaciones con mecanismos de captación de imágenes, en su propia seguridad y en prevención de sucesos como el enjuiciado, siempre que las videocámaras se encuentren en zonas comunes, es decir, excluyendo aquellos espacios en los que se desarrolle la intimidad (v.g. aseos).

En el caso examinado, los recurrentes invadieron la nave industrial, captándose las imágenes de los mismos agarrando a la víctima en una zona común como es el almacén (F. 120 a 138). La aportación a las actuaciones de la grabación y de los fotogramas obtenidos de la misma, a los fines de facilitar la investigación policial y sumarial de los hechos, constituyese un supuesto típico de documento electrónico, aceptado en el proceso actual, cuya unión a los autos habilita al Juzgador para valorarla, al menos, como pieza de convicción, de conformidad con el art. 726 de la LECrim, en el presente caso, no presenta objeción alguna, por lo ya indicado".

4. Grabaciones de conversaciones por uno de los interlocutores (o de hechos en los que participa generalmente como sujeto pasivo de un delito)

Existe una nutrida Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en desarrollo del art. 18, que analiza la posibilidad de grabar las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores. La grabación de las palabras del investigado realizada por el denunciante o querellante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. No existe vulneración del derecho a la intimidad cuando el

propio investigado es el que exterioriza sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Lo contrario supondría una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad, toda vez que el art. 18 de la Constitución no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro.

Esta doctrina no se restringe al ámbito de las conversaciones por medio telefónico, sino que puede extenderse a cualquier tipo de comunicación. Por tanto, cabe grabar la imagen y sonido de una conversación en la que se es parte. Ello no obstante, habrá de ponderarse de forma meticulosa por el Juez sentenciador su eficacia probatoria, para evitar valorar conversaciones inducidas por quien efectúa el registro de imagen o sonido, o manipulaciones interesadas de su contenido, por aquél, que es quien ha discriminado lo que llega al órgano judicial.

Sobre este tipo de grabaciones existen también diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Por el detalle con que trata la cuestión, merece atención la *STS de 17 de junio de 1999*. En este caso, un menor graba una entrevista con un profesor, que, en un aula, le proyecta vídeos pornográficos, mientras realiza actos de naturaleza sexual, solicitándole que le tocara sus órganos genitales. En términos parecidos se expresa la *Sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 1996* en la que se declara que "la cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto.

CONCLUSION

En atención a cuanto antecede se puede concluir que sin duda la regulación vigente en materia del derecho a la intimidad ha experimentado una notable evolución. El desarrollo tecnológico y el avance de las telecomunicaciones han obligado a los Estados a desarrollar una legislación con el fin de proteger, garantizar y respetar la intimidad de los seres humanos; en segundo lugar la doctrina jurisprudencial tomando conciencia de los distintos supuestos de vulneración del derecho a la intimidad ha ido concretando cada vez más el

contenido del mismo; y por ultimo en directa relación con lo anterior son los órganos judiciales quienes teniendo como parámetro necesario la interpretación y aplicación de la normativa vigente a la luz de la doctrina jurisprudencial y la ponderada valoración de las circunstancias concurrentes pueden determinar la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad y en su caso dar una respuesta adecuada al mismo.

Muchas gracias por su atención.