

EL DERECHO A LA INTIMIDAD: GRABACIONES CON VIDEOCÁMARAS Y MICROFONÍA OCULTA

Por RICARDO MARTÍN MORALES

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

Estudio de las consecuencias jurídicas que de las captaciones audiovisuales puedan derivar, entendiendo éstas como conducta lesiva de los derechos fundamentales y, en particular, de su posible repercusión en el derecho a la intimidad protegido constitucionalmente.

SUMARIO: I. Introducción.-- II. Normas constitucionales.-- III. Normas legales.-- IV. La videovigilancia y sus clases.-- V. Captaciones audiovisuales en espacios públicos y privados: 1. Videocámaras en la vía pública. 2. Sistemas de sembrado de videocámaras en la calle para la prevención de delitos: examen de su viabilidad constitucional. 3. Videocámaras y microfonía oculta en el interior de los domicilios. 4. Captaciones audiovisuales en ámbitos privados no domiciliarios. 5. Grabaciones en establecimientos privados abiertos al público. 6. Cámaras y micrófonos en centros de trabajo.-- VI. Videovigilancia y hallazgos casuales.-- VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la intimidad tiene distintas caras, dependiendo del tipo de conducta lesiva que contemplemos. Se puede vulnerar a través de actos de divulgación o difusión pública, de intervenciones corporales directas, de actos de indiscreción con tecnología sofisticada, etc. Aquí vamos a estudiar precisamente la intromisión en la intimidad a través de videocámaras y micrófonos ocultos, un tipo de injerencia que se encuentra en estos momentos muy necesitado de reflexión. Dejaremos de lado, a propósito, la interceptación de las comunicaciones propiamente dichas, a las que sí ha prestado la doctrina bastante más atención (1).

II. NORMAS CONSTITUCIONALES

Es evidente que no existe en nuestra Constitución un enunciado que se refiera expresamente a estas captaciones audiovisuales, pero los derechos de los ciudadanos se encuentran constitucionalmente garantizados a través de toda una serie de normas y principios constitucionales:

1. Principalmente contamos con la protección que dispensan los derechos a la intimidad y a la propia imagen/voz, reconocidos en el art. 18.1 de la Constitución. Puede ocurrir incluso que esa intromisión venga acompañada de otra en el derecho al honor, también reconocido en este precepto.

Aunque la captación audiovisual propiamente dicha no provoque una lesión inicial del derecho al honor, ésta puede producirse después, cuando se divulgue o difunda lo anteriormente grabado (2). Dependerá además de que el contenido de la grabación incorpore elementos capaces de producir deshonra, independientemente de que, por sí misma, esa captación ya suponga una lesión del derecho a la intimidad.

2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución es otro de los derechos concernidos, si pensamos que para la instalación de artificios videográficos o microfónicos en el interior de los domicilios hay que acceder previamente a ellos.

En caso de imágenes obtenidas con teleobjetivos o micrófonos direccionales orientados hacia el interior de las viviendas, también resulta afectado el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, haya habido o no invasión física o en persona. Desde luego es discutible que el Tribunal Constitucional haya optado por no circunscribir el art. 18.2 de la Constitución a las invasiones domiciliarias de carácter físico, incluyendo también las invasiones electrónicas, que habrían encajado mejor en el art. 18.1: «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 pueden realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (STC 22/1984, FJ 5).

3. Por lo que respecta al derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, tales comunicaciones han de reunir unos requisitos que difícilmente se verán cumplidos con relación a las captaciones audiovisuales que estamos analizando (3). Cuando dos personas hablan cara a cara no están manteniendo, en el sentido constitucional del término, una comunicación, sino una simple conversación directa (4). Ni se comunican a distancia (entendida ésta como imposibilidad física, no necesariamente métrica, de contactar en persona), ni lo hacen a través de infraestructura comunicativa alguna (5), que son los dos requisitos que no deben faltar en la comunicación a que se refiere el art. 18.3 de la Constitución. Para cubrir las otras hipótesis (conversaciones cara a cara) ya tenemos el derecho a la intimidad del apartado primero del art. 18.1.

4. También pueden resultar afectados por las captaciones audiovisuales otros derechos, como los derechos de reunión y manifestación, si consideramos el efecto disuasivo que eventualmente puede llegar a tener la videovigilancia para el ejercicio de los mismos. Precisamente el legislador de la Ley 4/1997, de 4 de agosto, de Utilización de Videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en Lugares Públicos, estaba pensando en estos derechos: «(...) con la finalidad de atajar la violencia callejera que eventualmente se produce con ocasión del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en lugares de tránsito público» (Preámbulo).

5. Debe destacarse asimismo la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, que es una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución y que está proclamada en el nivel de legalidad en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6).

6. Por último, la licitud constitucional de una captación videográfica o microfónica, y consecuentemente su viabilidad como fuente de prueba (7), pasa por el análisis de toda una serie de indicadores que terminan conformando un auténtico chequeo de constitucionalidad. Me refiero a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (ambos inherentes a la propia esencia de los derechos fundamentales) (8), al principio de reserva judicial (también implícito, aunque puntualmente positivado en algunos preceptos constitucionales) (9), al principio de reserva de ley del art. 53.1 CE y a la exigencia constitucional de *interpositio legislatoris* (10).

III. NORMAS LEGALES

Tanto el legislador penal como el civil han dictado normas para regular la intromisión tecnológica en la intimidad.

1. El Código Penal castiga al que «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, (...) utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen», ya sea particular, autoridad o funcionario público (arts. 197, 198 y 536).

2. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la Propia Imagen considera intromisión ilegítima «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas» (art. 7.1), así como su utilización posterior (art. 7.2), pudiendo quedar afectado, como es lógico, el derecho a la propia imagen, además de la intimidad: «Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas (...) 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» (art. 7.5), salvo cuando se trate de personas públicas y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [art. 8.2 a)].

3. Más específicamente la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto (11), ha regulado la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. Se establece en ella un sistema de autorizaciones para la instalación de videocámaras fijas o móviles en espacios públicos y se prescribe la forma en que habrán de ser utilizadas y conservadas esas

grabaciones, aunque siempre dentro del objeto y ámbito de aplicación previamente definido en sus arts. 1 y 2.

En definitiva, disponemos de normas que describen o tipifican el ilícito penal o civil, pero no encontramos, con excepción de la referida Ley Orgánica 4/1997 (12), normas que establezcan los procedimientos específicos de actuación por parte de los poderes públicos y las concretas garantías de que disfrutaran los ciudadanos frente a *cada forma* concreta de injerencia audiovisual. Porque la Ley Orgánica 4/1997 se ciñe a las captaciones en espacios públicos, abiertos o cerrados, realizadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad. Recuérdese que el problema de fondo que dio lugar a su promulgación fue el de la violencia callejera en el País Vasco.

Lo más curioso de todo es que, como la necesidad de un tratamiento completo de todo este tipo de captaciones audiovisuales es tan grande, a veces se ha tomado la Ley Orgánica 4/1997 por lo que no es, de manera que no resulta infrecuente oír hablar de ella como si se tratase de una normativa integral reguladora de toda esta temática.

IV. LA VIDEOVIGILANCIA Y SUS CLASES

La videovigilancia tiene como finalidad bien la prevención de conductas ilícitas, bien la prevención de riesgos. Cuando se utiliza una videocámara, no para prevenir, sino para investigar *a posteriori* y obtener pruebas relacionadas con delitos ya cometidos o recabar información sobre cuestiones específicas de carácter laboral, matrimonial, etc., no cabe hablar, en sentido estricto, de videovigilancia, sino simplemente de tomas videográficas. Es verdad que la distinción no siempre resulta fácil, porque es tras la comisión de un delito cuando a veces se toma la decisión de establecer un sistema de videovigilancia, no tanto para obtener pruebas y procurar su esclarecimiento, cuanto para prevenir que se cometa otro en el futuro, aunque al final terminen obteniéndose esas fuentes de prueba.

La videovigilancia, en cuanto captación videográfica, participa de las clases o tipos de ésta que analizaremos en los epígrafes siguientes, esto es: a) videovigilancia en espacios públicos; b) videovigilancia en lugares privados, domiciliarios y no domiciliarios (una cochera, un almacén, etc.), y c) videovigilancia en espacios intermedios (comercios y demás lugares privados abiertos al público).

Dentro de las captaciones específicamente destinadas a la prevención de ilícitos es posible diferenciar entre la prevención difusa y la específica. Un sistema de sembrado generalizado y permanente de videocámaras en la vía pública sería un ejemplo de la primera (luego analizaremos su viabilidad constitucional). La prevención específica tiene por objeto tanto la seguridad de edificios como la garantía de conductas concretas. Las videocámaras de seguridad colocadas en las fachadas de ministerios, comisarías, instalaciones militares, etc., constituyen un ejemplo de lo primero y las utilizadas por la policía para prevenir la violencia callejera con ocasión del ejercicio del derecho de reunión y manifestación un ejemplo de lo segundo.

Otras veces las tomas videográficas tienen una intensidad restrictiva muy atenuada, al estar exclusivamente destinadas a la regulación de flujos de vehículos o personas. Más que de restricción, cabe hablar en estos casos de mera regulación u ordenación de tránsitos.

V. CAPTACIONES AUDIOVISUALES EN ESPACIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Según los tipos de espacios, podemos distinguir, como adelantábamos, tres clases de captación videográfica/microfónica: a) cámaras o micrófonos instalados en la vía pública y demás espacios de esta naturaleza; b) cámaras o micrófonos en lugares privados, domiciliarios o no domiciliarios, y c) cámaras o micrófonos en espacios intermedios, esto es, espacios privados que por decisión de su titular se encuentran abiertos al público (ej., un establecimiento comercial).

1. Videocámaras en la vía pública

Sobre captaciones videográficas en espacios públicos no contamos todavía con un cuerpo claro de doctrina jurisprudencial (13), sino sólo con pronunciamientos muy incompletos y fragmentarios (14).

Desde un punto de vista normativo, ya hemos comentado que la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, pero se trata de una regulación cuyo ámbito de aplicación queda circunscrito a «la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública» (art. 1). En consecuencia, la mayoría de las preguntas que nos hacíamos antes de esta ley nos las seguimos planteando. Además, la cuestión de fondo sigue estando ahí: ¿existe derecho a la intimidad en los espacios públicos?

La conocida máxima «donde llega el ojo debe poder llegar la cámara» no es del todo cierta. Eso sería tanto como afirmar que no existe derecho a la intimidad en los espacios públicos, y eso sencillamente no es así. Aunque es cierto que en la calle no se puede lesionar el derecho a la intimidad por medio de fotos en abierto o panorámicas, sí puede verse afectado este derecho a través de otro tipo de conductas lesivas. Piénsese en una captación, a través de un micrófono direccional, de una conversación mantenida por dos personas en la calle (donde el derecho afectado es la intimidad y no el secreto de las comunicaciones, como se explicó), o en tomas con teleobjetivo de primeros planos de partes íntimas del cuerpo de los viandantes (actos contra la intimidad corporal), por no hablar de la utilización ilegal de cámaras de visión nocturna que a plena luz del día permeabilizan la propia ropa de los transeúntes, etc.

Además, hay que tener en cuenta el tema de la persistencia en el tiempo, ya que la captación videográfica permite llevar a cabo un control no sólo puntual, sino persistente, así como la potencia de enfoque que pueden llegar a tener estos artificios. Este dato es determinante porque, al romperse la equivalencia entre el ojo humano y el ojo artificial, saltan por los aires todos los equilibrios relacionados con el consentimiento tácito como fundamento. En definitiva, también en los espacios públicos es posible la lesión del derecho fundamental a la intimidad, si contemplamos determinadas formas de intromisión.

2. Sistemas de sembrado de videocámaras en la calle para la prevención de delitos: examen de su viabilidad constitucional

La seguridad de que habla el art. 17.1 CE no es la seguridad callejera, sino una seguridad basada en la libertad. El Estado de Derecho no puede mirar hacia otra parte cuando las parejas no tienen más alternativas que no salir a la calle o ser grabadas en vídeo, con el riesgo también para ese señor que duerme en su casa con la ventana abierta y para muchos más. Pero ello no quiere decir que tales dispositivos de videovigilancia permanente en la vía pública sean necesariamente inconstitucionales.

No lo serán, por ejemplo, cuando se trate de cámaras que cubran zonas de la vía pública limitadas espacialmente (*carriles-bus*, plazas especiales de aparcamiento, etc.), o incluso alguna calle o calles que presenten una problemática especial.

Si de lo que hablamos es de un auténtico sistema de sembrado generalizado y permanente de videocámaras en toda la vía pública o en amplias zonas de la misma, éste sólo tendría posibilidad de sobrevivir constitucionalmente si estuviese dotado de un mecanismo de codificación de la imagen que impidiera controlar todo lo que sucede en la calle, a tiempo presente e incluso después. Se trataría de meras grabadoras que irían archivando automáticamente las imágenes sin permitir que sean vistas, dotadas además de un sistema de precintado de soportes de imagen, lo que hoy día ya es técnicamente posible. Todo dependería, entonces, de que el *legislador* supiese regular, con sobradas garantías para los ciudadanos, los procedimientos de obtención y custodia de tales imágenes (respeto del principio de reserva de ley), para que, sólo cuando se hubiese cometido *previamente* un delito en determinado lugar público (respeto del principio de intervención indiciaria), pudiera acordarse, mediante resolución judicial motivada (respeto del principio de reserva judicial), y siempre que el ilícito revistiese suficiente gravedad (respeto del principio de proporcionalidad),

la descodificación de las imágenes estrictamente necesarias para el esclarecimiento de los hechos. La custodia y destrucción, tras un tiempo prudencial, de las imágenes no relacionadas con procesos abiertos estarían en todo momento supervisadas judicialmente (respeto del principio de reserva judicial nuevamente).

Cumplidas estas garantías --salvaguardados los principios constitucionales de intervención indiciaria, de proporcionalidad, de reserva de ley y de reserva judicial-- la utilización de un sistema de videovigilancia generalizado y permanente como éste no sería, a nuestro juicio, inconstitucional. Su eficacia sí estaría lógicamente mermada, pero a cambio se habrían respetado todas las garantías constitucionales y seguiría siendo muy útil para la identificación de posibles autores de delitos, para probar su participación en los hechos e incluso para realizar *a posteriori* una reconstrucción del itinerario de huida utilizado por los delincuentes. Todo ello redundaría, por disuasión, en una mayor seguridad ciudadana.

3. Videocámaras y microfonía oculta en el interior de los domicilios

Este tipo de captaciones dentro del domicilio se encuentra muy condicionado por la casuística. El problema es que sólo de forma muy esporádica y limitada se ha ido abordando la cuestión por la jurisprudencia (15).

La instalación por parte de la policía de estos dispositivos precisará en todo caso autorización judicial. Tampoco podrá el propietario colocar sistemas audiovisuales a escondidas de terceras personas que le visiten o convivan con él. No puede instalar, por ejemplo, sin conocimiento de su empleada de hogar, micrófonos ocultos o microcámaras en la casa, salvo en espacios reservados cuyo acceso se le haya prohibido expresamente a aquélla. Esto no quiere decir, naturalmente, que no se pueda investigar videográficamente si existen, por ejemplo, indicios de maltrato a menores por parte de esa empleada de hogar, sino que será necesaria autorización judicial.

No basta, pues, con el consentimiento del propietario. El consentimiento relevante no es el del titular del derecho de propiedad, sino el del titular o titulares del derecho a la intimidad. Incluso dentro del entorno familiar tampoco es posible la instalación de tales artificios por parte de uno de los moradores sin el consentimiento de los demás, salvo que fuesen menores (la mayoría de edad es, a efectos del derecho a la intimidad, bastante anterior a los dieciocho años).

4. Captaciones audiovisuales en ámbitos privados no domiciliarios

Los ámbitos a que ahora nos referimos son, por ejemplo, un almacén, un automóvil, etc. La instalación de sistemas videográficos o microfónicos por parte de la policía en estos lugares puede llegar a ser igual de necesaria para la investigación que en un domicilio.

El que estos espacios no tengan naturaleza domiciliaria no quiere decir que la policía pueda sin más instalar en ellos semejantes dispositivos. La intervención en estos lugares también ha de ser autorizada judicialmente.

Si se coloca subrepticamente un micrófono en el interior de un automóvil para grabar furtivamente las conversaciones de sus ocupantes, se estará vulnerando el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Aunque el apartado primero del art. 18 no menciona expresamente la reserva judicial, como hacen los dos apartados siguientes, está claro que incorpora una reserva judicial implícita. Y aunque no todas las formas de intervención restrictiva en espacios no domiciliarios exigen previa resolución judicial, aquí sí sería necesaria.

También puede ocurrir, cambiando de hipótesis, que quien decida instalar una cámara de seguridad dentro de su propiedad sea el mismo propietario, lo que podrá hacer, en principio, sin más requisitos que los arriba comentados con relación a las personas que compartan habitualmente con él ese ámbito privado, si es el caso.

Si se tratase de espacios privados abiertos a un determinado colectivo que pudiesen ser visitados por terceros (por ejemplo, el garaje comunitario de un inmueble de vecindad), habría que utilizar el preaviso de «zona cubierta por videocámaras». La ubicación de esas cámaras en lugares bien visibles podría ser suficiente, aun sin anuncio expreso, ya que lo determinante es que no se trate de instalaciones subrepticias.

5. Grabaciones en establecimientos privados abiertos al público

Sin el mencionado preaviso de «zona cubierta por videocámaras», entendido como acabamos de referir (instalación no subrepticia), no puede considerarse constitucionalmente legítima la videovigilancia en las zonas comunes de los llamados espacios intermedios, como cafeterías, comercios, zonas de tránsito público de las urbanizaciones, etc. La instalación de micrófonos parece más difícilmente justificable invocando razones de seguridad. Por otra parte, como quiera que buena parte de estos espacios constituyen también centros de trabajo tendremos que tener asimismo en cuenta las normas que rigen la relación laboral y demás circunstancias a las que nos referiremos en el epígrafe siguiente.

El que libremente entra en estos espacios sabiendo que están cubiertos por videocámaras presta implícitamente su consentimiento a ser captado por ellas. En la teoría de los derechos fundamentales el consentimiento enerva la responsabilidad del sujeto activo, salvo excepciones, y no estamos ante una de ellas.

Puede ocurrir asimismo que sea la policía la que necesite llevar a cabo grabaciones en estos lugares. Podrá acceder libremente a ellos durante las horas en que permanecen abiertos al público, como cualquier otro ciudadano, pero para instalar un dispositivo audiovisual no basta la simple decisión de la policía.

No es necesario advertir, por otra parte, que los aseos participan de una protección equivalente a la que se dispensa al ámbito domiciliario e incluso mayor por la incidencia del derecho a la intimidad corporal.

6. Cámaras y micrófonos en centros de trabajo

El empresario puede adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 Estatuto de los Trabajadores), pero sin que ello suponga que éste se vea privado de sus derechos fundamentales, aun pudiéndose producir una cierta modulación de tales derechos (*vid.* SSTC 88/1985, FJ 2, 4/1996, FJ 4, etc.) (16).

El uso de cámaras puede venir requerido por exigencias organizativas y productivas y por razones de seguridad. Piénsese en una fábrica de armas o material explosivo, en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, en determinado tipo de comercios (su instalación es incluso preceptiva en algunos casos, como en bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito). La colocación de micrófonos en el entorno laboral será, por el contrario, más difícil de justificar, salvo excepciones («cajas negras» de las aeronaves, empresas de venta telefónica, etc.) (17).

Nuestra legislación, al contrario que otros ordenamientos jurídicos (18), no ha regulado apenas esta cuestión. Poco dice nuestro legislador más allá de normas de carácter muy general. Por su parte, la jurisprudencia viene rechazando una solución apriorística del conflicto de derechos y aplicando el principio de proporcionalidad. La aplicación de este principio supone valorar en cada caso lo siguiente: 1) que el sistema de vigilancia audiovisual pretendido sea susceptible de conseguir el legítimo objetivo propuesto (adecuación); 2) que no se hayan podido adoptar medidas menos gravosas para los derechos de los trabajadores (indispensabilidad), y 3) que produzca más beneficios para el interés general que perjuicios a los otros bienes jurídicos en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto).

En la práctica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional valora, entre otros aspectos, lo siguiente: si las cámaras se instalaron indiscriminadamente o sólo en los lugares en que era efectivamente indispensable, si se llevó a cabo ese sembrado de cámaras sin ser estrictamente necesario, si la finalidad realmente perseguida era la que se alegaba, si el tipo de actividad que se desarrollaba en el centro de trabajo justificaba semejantes medidas de seguridad, si fueron grabadas circunstancias o personas ajenas a la relación laboral o irrelevantes desde la perspectiva del control de las obligaciones laborales, si los sistemas de vigilancia eran visibles o su instalación había sido subrepticia, si quedaron claramente fuera del área vigilada los lugares de descanso o esparcimiento de los trabajadores, los lavabos, los vestuarios, etc. (*vid.* SSTC 98/2000 y 186/2000).

En cualquier caso, entendemos que un empresario no puede instalar, sin que dicha circunstancia sea previamente conocida por sus trabajadores, sistema alguno de videovigilancia para controlarlos. Sin una información previa a éstos acerca de la ubicación y características de los dispositivos utilizados, las grabaciones obtenidas nunca podrán ser utilizadas como fuente de prueba para justificar, por ejemplo, un despido procedente.

Será suficiente, eso sí, con el previo conocimiento de los trabajadores, sin que sea necesario su consentimiento, siempre que las captaciones se circunscriban al área donde exactamente se desempeña la actividad laboral y durante el transcurso de la misma. El requisito del previo conocimiento por parte de los trabajadores de la existencia y características de estos dispositivos, que nunca podrán enfocar directamente a las partes íntimas del cuerpo de los trabajadores, se convierte en exigencia de consentimiento si se trata de despachos privados.

Pero si de lo que estamos hablando no es estrictamente de videovigilancia preventiva sino de la preexistencia de indicios delictivos que señalen a uno o varios trabajadores (un presunto delito de robo continuado a la empresa, por ejemplo), la previa información no sería obligada, como es lógico, pero será el juez quien deba decidir el lugar de instalación y características de estos dispositivos, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

VI. VIDEOVIGILANCIA Y HALLAZGOS CASUALES

A través de videovigilancia se pueden obtener dos tipos de imágenes: las inicialmente previstas y las casualmente aparecidas (imágenes casuales). Todo ello dentro de una variedad que incluso puede dar más de sí. Por ejemplo, las videocámaras de una entidad bancaria pueden grabar, aparte de las imágenes de un robo en la misma (captación tipo), el acoso sexual de su director a una empleada (captación casual del interior), el robo de un automóvil en la calle (captación casual del exterior), etc.

Siempre que la instalación de esos dispositivos ópticos no sea ilícita (no nos referimos a cualquier ilicitud administrativa, sino a una actividad lesiva de derechos constitucionales), las grabaciones casualmente obtenidas podrán ser utilizadas procesalmente, lo que viene refrendado por la utilización que hace el TS [vid., *ad exemplum*, STS (2.ª) de 8 de marzo de 1994] del criterio de la flagrancia y que debe entenderse tanto más aplicable cuando no hay por medio resolución judicial: «si aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia» (la aplicación de este criterio es discutible en el caso de los delitos de efectos permanentes) (19).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARZOZ SANTIESTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002.
- BACIGALUPO, E., «La regulación del uso de medios técnicos para la interceptación de comunicaciones privadas», *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- BARCELONA LLOP, J., «A propósito de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia», *AA*, núm. 13, 1998.
- BRUNO, P., «Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni», *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, ed. UTET, Torino, 1993.
- BUTRÓN BALIÑA, P. M., «Utilización de videocámaras en lugares públicos para prevenir la comisión de ilícitos», en VV.AA. (Coord. Martín Morales): *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», *Poder Judicial*, núm. 38.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Revista Española de Derecho Procesal*, núm. 8-9, agosto-septiembre 2003.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2001, Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.
- DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- GARCÍA DE GABIOLA, J., «Cámaras ocultas: El derecho a la información vs. los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen», *E. & J.* núm. 70, 2003.
- GÓMEZ ORFANEL, G., «Jueces y micrófonos. La experiencia alemana», en *JpD*, núm. 32, 1998.
- «Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998», en *CDP*, núm. 3, 1998.
- GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989.
- MAGRO SERVET, V., «Consideraciones sobre la nueva ley que regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas de seguridad en lugares públicos», en *PJ*, núm. 47, 1998.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., *Escuchas telefónicas. Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blach, Valencia, 2003.
- MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ RUIZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch, 2004.
- MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S., «Límites constitucionales a la libertad de empresa y derechos fundamentales inespecíficos del trabajador», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2 (monográfico *Derechos Humanos, Derechos Fundamentales*), 1999, págs. 263 y ss.
- MONTÓN REDONDO, A., «Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas», *LA LEY*, 1995, t. V.
- NAVAJAS RAMOS, L., «La prueba videográfica en el proceso penal», en *Eguzkilore*, núm. 12, 1998.
- NOYA FERREIRO, M. L., *La intervención de comunicaciones orales en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- ORDOÑO ARTÉS, C., «Las grabaciones magnetofónicas de las comunicaciones orales directas en el marco del proceso penal», *Los derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001.
- RODRÍGUEZ COARASA, C., «Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, págs. 183-222.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1998.
- RAFOLS LLACH, J., «Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado», *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992.
- RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia penal*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- ROXIN, C., «Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán sobre las trampas de la escucha» (trad. por De Hoyos Sancho, M.), *RPJ*, núm. 47, 1997.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002.
- SENÉS MOTILLA, C., «Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales», en Velasco Núñez (dir.), *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996.
- SOTO NIETO, F., «La motivación, la proporcionalidad y el control en las intervenciones telefónicas», *LA LEY*, 1995, t. II.
- VV.AA. (Coord. Martín Morales): *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.

(1) Cfr., por ejemplo, JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989; MONTÓN REDONDO, A., «Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas», *LA LEY*, 1995, t. V; SOTO NIETO, F., «La motivación, la proporcionalidad y el control en las intervenciones telefónicas», *LA LEY*, 1995, t. II; RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1998; MARTÍN PALLÍN, J. A., «Escuchas telefónicas», *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, Madrid, 1999; RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia penal*, Aranzadi, Navarra, 2000; MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995; etc.

(2) Sobre la utilización de cámaras ocultas y su incidencia en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, cfr. GARCÍA DE GABIOLA, J., «Cámaras ocultas: El derecho a la información vs. los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen», *E. & J.* núm. 70, 2003.

(3) Una sistematización de todos los requisitos temporales, instrumentales y sustantivos del concepto constitucional de comunicación del art. 18.3 CE en MARTÍN MORALES, R., *op. cit.*, págs. 44 y ss.

(4) La conversación es un objeto jurídicamente protegible diferenciado de la comunicación. Sobre la intervención de las comunicaciones orales, BRUNO, P., «Intercettazioni di

comunicaciones e conversazioni», *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, ed. UTET, Torino, 1993; NOYA FERREIRO, M. L., *La intervención de comunicaciones orales en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; ORDOÑO ARTÉS, C., «Las grabaciones magnetofónicas de las comunicaciones orales directas en el marco del proceso penal», *Los derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001.

(5) Nos referimos al artificio o infraestructura material que se utiliza para establecer y mantener la comunicación, no para su interceptación. Cfr. BACIGALUPO, E., «La regulación del uso de medios técnicos para la interceptación de comunicaciones privadas», *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

(6) Sobre esta garantía constitucional, *vid.* DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2003; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; DEL MORAL GARCÍA, A., «Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2001, Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia; DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas», *Revista Española de Derecho Procesal*, núm. 8-9, agosto-septiembre 2003; GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales* (Prólogo GARRORENA MORALES), Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003; DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001; etc.

(7) Con relación a la prueba videográfica puede consultarse CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», *Poder Judicial*, núm. 38; NAVAJAS RAMOS, L., «La prueba videográfica en el proceso penal», *Eguzkilore*, núm. 12, 1998.

(8) Las interconexiones entre estos dos principios constitucionales en MARTÍN MORALES, R., *El principio constitucional de intervención indiciaria* (VV.AA.), Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, págs. 11 a 15.

(9) Un estudio sobre las distintas proyecciones de la reserva judicial puede encontrarse, por ejemplo, en SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002. Con relación en concreto a las captaciones audiovisuales, RAFOLS LLACH, J., «Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado», *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992; GÓMEZ ORFANEL, G., «Jueces y micrófonos. La experiencia alemana», en *JpD*, núm. 32, 1998, y, del mismo autor, «Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998», en *CDP*, núm. 3, 1998; ROXIN, C., «Comentario a la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán sobre las trampas de la escucha» (trad. por De Hoyos Sancho, M.), *RPJ*, núm. 47, 1997; etc.

(10) Sobre la incidencia del requisito de la *interpositio legislatoris*, y en general sobre el contenido y los elementos del ilícito penal en el ámbito de las grabaciones audiovisuales, véase el completísimo trabajo de MARTÍNEZ RUIZ, J., *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*, Bosch, 2004, págs. 147 y ss., de ineludible consulta.

(11) Desarrollada reglamentariamente por Real Decreto 596/1999, de 16 de abril.

(12) Entre los trabajos que han estudiado esta ley, ARZOZ SANTIESTEBAN, X., «Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002; BARCELONA LLOP, J., «A propósito de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, llamada de videovigilancia», *AA*, núm. 13, 1998; BUTRÓN BALIÑA, P. M., «Utilización de videocámaras en lugares públicos para prevenir la comisión de ilícitos», en VV.AA. (coord. Martín Morales): *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000; MAGRO SERVET, V., «Consideraciones sobre la nueva ley que regula la utilización de las videocámaras por las fuerzas de seguridad en lugares públicos», en *PJ*, núm. 47, 1998; etc.

(13) Tampoco con aportaciones doctrinales clarificadoras, con la excepción de los trabajos que se han centrado en el estudio la Ley Orgánica 4/1997 y de alguno otro más general, como el de

SENÉS MOTILLA, C., «Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales», en Velasco Núñez (dir.), *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, Madrid, 1996.

(14) Pueden consultarse las SSTs de 6 de abril de 1994; de 19 de abril de 1996; 5 de mayo y 7 de julio de 1997; 30 de enero, 15 de febrero y 23 de julio de 1999; 28 de junio de 2001 y 13 de marzo de 2003; también las SSTC 99/1994, 81/2001 y 83/2002.

(15) *Vid.* la STC 110/1984, de 26 de noviembre, o las SSTs de 6 de mayo de 1993 y de 5 de noviembre de 1996; también la STEDH de 12 de mayo de 2000.

(16) Sobre los límites de la libertad de empresa frente a los derechos fundamentales de los trabajadores, *vid.* por ejemplo MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S., «Límites constitucionales a la libertad de empresa y derechos fundamentales inespecíficos del trabajador», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2 (monográfico *Derechos Humanos, Derechos Fundamentales*), 1999, págs. 263 y ss.; RODRÍGUEZ COARASA, C., «Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en la ámbito laboral», *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, págs. 183-222; GOÑI SEIN, J. L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988; etc.

(17) RODRÍGUEZ COARASA, C., *cit.*, pág. 192.

(18) *Vid.*, por ejemplo, el art. 4 del Statuto dei Lavoratori italiano, que aunque prohíbe con carácter general el uso de instalaciones audiovisuales que tengan por finalidad el control a distancia de la actividad de los trabajadores, reconoce una serie de excepciones por exigencias organizativas, productivas y de seguridad en el trabajo, estableciendo también ciertos requisitos como el previo acuerdo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, la intervención de la Inspección de Trabajo.

(19) Un estudio en profundidad sobre la problemática de los hallazgos casuales, en DÍAZ CABIALE, J. A. y MARTÍN MORALES, R., *op. cit.*, págs. 176 a 197.