

Inviolabilidad domiciliaria y uso de prismáticos como medida de investigación en el proceso penal: el Tribunal Supremo pone coto a la tácita omnisciencia del controlador estatal

Jaime CAMPANER MUÑOZ

Doctor en Derecho. Abogado. Profesor de Derecho y Proceso Penal (UIB)

Diario La Ley, Nº 8767, Sección Tribuna, 23 de Mayo de 2016, Ref. D-212, Editorial LA LEY

Cada vez son menos los reductos de intimidad personal y familiar de los ciudadanos. En una tan elaborada como pionera resolución, el Tribunal Supremo analiza por primera vez las implicaciones jurídicas de la utilización de prismáticos por los agentes de la autoridad desde la perspectiva de su potencial incidencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, concluyendo, en suma, que el uso del expresado instrumento supone una limitación del mentado derecho fundamental y, corolario de lo anterior, queda sometida al principio de reserva o de exclusividad jurisdiccional, sin que quepa el uso de atajos por parte de los investigadores.

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada

La Sala Segunda del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) acaba de hacer pública su Sentencia núm. 329/2016, de 20 de abril (LA LEY 32932/2016) (Pon: Excmo. Sr. MARCHENA GÓMEZ). Esta resolución analiza por primera vez las implicaciones jurídicas de la utilización de prismáticos por los agentes de la autoridad desde la perspectiva de su potencial incidencia en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (1) . Concretamente, estudia la validez de la observación del interior de la vivienda de un acusado, situada en el décimo piso de un edificio, llevada a cabo por parte de agentes de la policía desde un inmueble cercano valiéndose de unos prismáticos.

La Sala de instancia, ante la queja de la Defensa del acusado relativa a la —a su juicio— ilegítima intromisión policial en su domicilio, concluyó la inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria reconocido en el art. 18.2 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) (en adelante, CE), arguyendo, en síntesis, que aquél no estableció «obstáculo alguno que impidiese la visión del salón».

Por el contrario, el TS no comparte la postura de los Magistrados *a quibus* y concluye, de modo ciertamente gráfico, que el domicilio «no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas». La argumentación básica del TS descansa sobre dos pilares fundamentales: en primer lugar, que no existió autorización judicial ni consentimiento (expreso o implícito) del morador, es decir, ninguno de los supuestos habilitadores del art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978); y, en segundo lugar, que los agentes utilizaron «instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad» (2) .

Así, partiendo de que «ningún derecho fundamental vulnera el agente que percibe con sus ojos lo que está al alcance de cualquiera», esto es, lo que sucede en espacios o recintos públicos, considera, no obstante, que una verdadera protección constitucional del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria «sólo puede obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual», por lo que debe abarcar aquellos supuestos en los que «para sortear los obstáculos propios de una tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado».

En suma, pues, el Alto Tribunal distingue dos tipos de invasiones domiciliarias inconstitucionales: por un lado, la irrupción in consentida en el escenario doméstico (lo que podríamos denominar una injerencia clásica), y, por otro, la observación clandestina de su interior siempre y cuando para ello sea preciso hacer uso de artilugios técnicos de grabación o aproximación de las imágenes (una invasión moderna).

La STS distingue dos tipos de invasiones domiciliarias inconstitucionales

Subyace también en la resolución objeto de comentario la protección de la expectativa de intimidad del investigado, pues, en efecto, y en nuestra opinión, quien vive en una planta baja con ventanales exteriores colindantes con una vía pública peatonal concurrida no puede esperar razonablemente la misma intimidad que quien reside en un décimo piso con una distancia considerable entre su vivienda y las del edificio vecino. Con todo, el TS se limita a abordar la cuestión de la expectativa de intimidad con carácter general, descargando responsabilidad al morador que no refuerza los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble (bajar persianas o correr cortinas, por ejemplo).

A nuestro juicio, no obstante, la expectativa razonable de intimidad debe tener un mayor peso en el discurso de los Tribunales penales cuando se trata de determinar si la actuación de los investigadores no amparada en resolución judicial habilitante ha supuesto una ilícita injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliar del investigado. Para ello sería conveniente partir de la base del sólido cuerpo de doctrina recaída en materia de protección civil del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, del que resulta un buen exponente la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional núm. 12/2012, de 30 de enero (LA LEY 2303/2012) (Pon.: Excmo. Sra. ASÚA BATARRITA). En esta resolución, el Tribunal de Garantías establece que un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas, es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno.

Con total acierto, la Sentencia objeto de comentario recuerda que el nuevo art. 588 *quinquies* a) LECrim. (LA LEY 1/1882) (3) regula en su apartado 1.º la obtención y grabación de imágenes de la persona investigada en espacios públicos, sin que se exija autorización judicial, mas, sin embargo, el nuevo art. 588 *quater* a) LECrim. (LA LEY 1/1882) somete a autorización judicial el uso de dispositivos electrónicos que permitan grabar imágenes o comunicaciones orales directas tanto en recintos abiertos como en domicilios (4). Y aunque el TS reconoce que la reforma no contempla de forma específica el uso de prismáticos y que éstos no permiten la grabación de imágenes, alerta sobre la similar intensidad que tendría en el Plenario la declaración testifical del agente que observó el interior del domicilio mediante unos prismáticos. En efecto, dejando a un lado el impacto que producen en cualquier juzgador la imagen y el sonido contenidos en una grabación, no puede perderse de vista que el art. 741 LECrim (LA LEY 1/1882), consagra el principio de libre valoración de la prueba, de tal manera que no tendría por qué ser de peor condición la declaración testifical de un agente a fin de explicar al Juez o Tribunal qué observó a través de unos prismáticos que una grabación, permitiendo aquélla acreditar el mismo hecho necesitado de prueba.

Sea como fuere, resulta encomiable el mensaje que viene a lanzar el TS a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: no valen los atajos, máxime cuando están en juego derechos fundamentales del investigado. Si la Constitución exige autorización judicial o consentimiento del titular del domicilio para proceder a su invasión (sea física o virtual), y la LECrim. (LA LEY 1/1882), por fin dispone de una detallada regulación en orden a decidir la procedencia o no de cualquier injerencia en derechos fundamentales mediante el uso de medios tecnológicos, no es de recibo que los agentes policiales recurran a los expresados medios prescindiendo de las rígidas e imperativas previsiones de ambas normas en aras a orillar los —*sit venia verbo*— «inconvenientes» que entraña la solicitud de una autorización judicial.

En definitiva, el TS dificulta el triunfo del eudemonismo utilitarista propugnado por BENTHAM, quien propugnaba como un punto esencial de su plan para pretendidamente maximizar la felicidad de una sociedad el «ver sin ser visto» y la «tácita omnisciencia» del controlador estatal (5).

(1) Hasta la fecha, el Alto Tribunal únicamente había analizado el uso de prismáticos para observar acciones delictivas desarrolladas en vías públicas, lo cual no generaba problemas de afectación al derecho fundamental a la intimidad debido al ámbito en el que se desarrollaban. Menos aún en lo concerniente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

(2) De aquí parece seguirse que, para el TS, la solución habría sido distinta si los agentes no hubieran utilizado medios técnicos en su observación. Y es que, en efecto, la STS de 18 de febrero de 1999 (Pon.: Excmo. Sr. RAMOS GANCEDO) resolvió un supuesto en el que los agentes policiales visualizaron «directamente» la vivienda del acusado desde su exterior, contemplando «lo cualquiera podía mirar y observar».

(3) Introducido mediante LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

(4) Sobre esta cuestión, vid., ad exemplum, MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, págs. 336 a 355; y CASANOVA MARTÍ, R., «La captación y grabación de comunicaciones orales mediante utilización de dispositivos electrónicos», Diario LA LEY, Año XXXVII, Semanal 164, 11 al 17 de enero de 2016, págs. 20 a 25.

(5) Vid., BENTHAM, J., Panóptico, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2011 (Trad. David Cruz Acebedo), págs. 59 y 63.
