

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

FONDO DE PRÁCTICA DE PRO

Revista

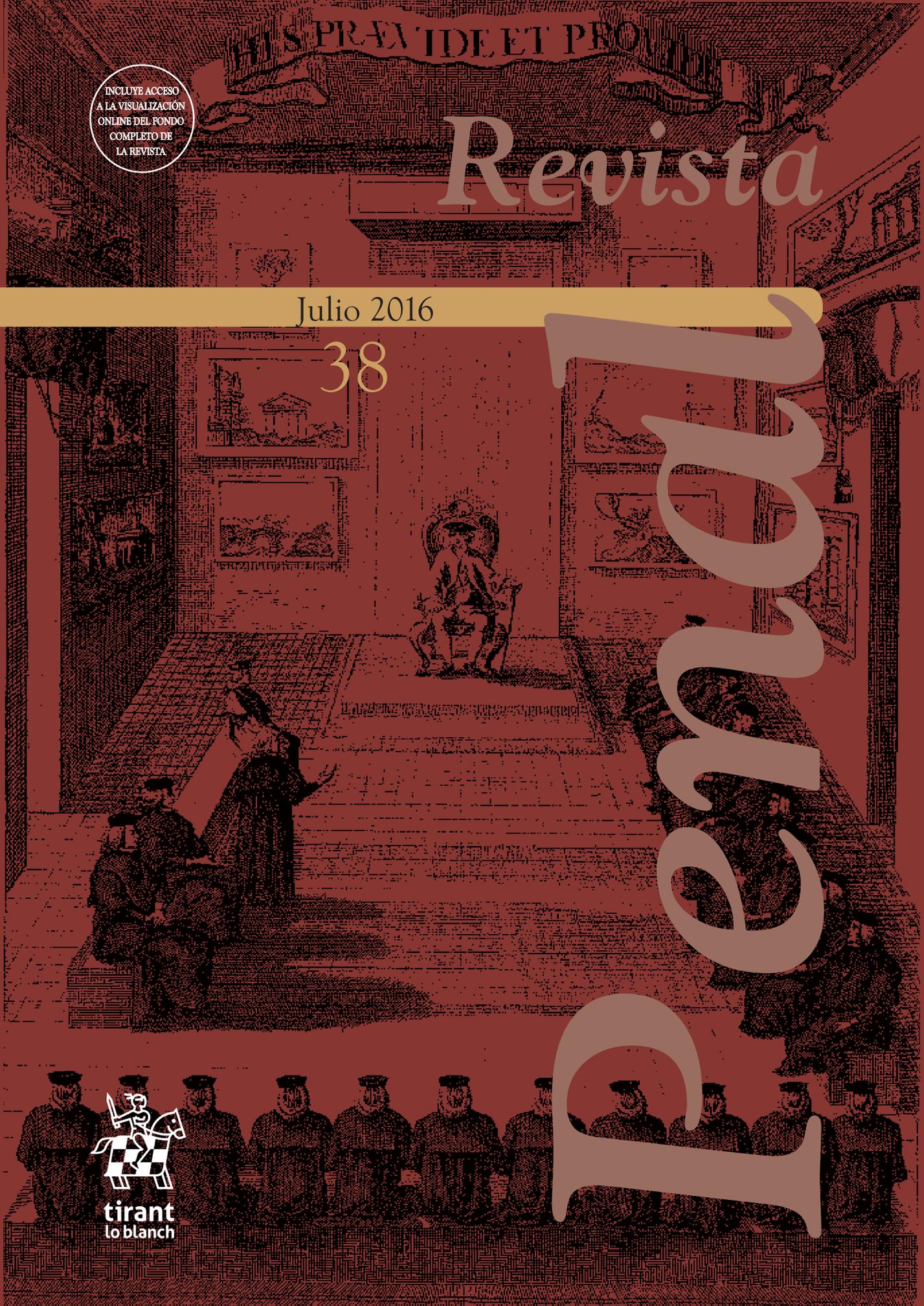
Julio 2016

38

Revista Penal

Penal

Julio 2016



Revista Penal

Número 38

Sumario

Doctrina:

– Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de voluntad, por Mercedes Alonso Álamo	5
– El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista, por Miguel Ángel Boldova Pasamar.	40
– Algunas consideraciones sobre las consecuencias jurídicas del derribo de aviones secuestrados, por Paulo César Busato	68
– La cámara oculta en el proceso penal, por Javier Ángel Fernández-Gallardo	85
– Estafa, falsedad, administración desleal y fraude de subvenciones: una revisión de sus relaciones concursales, por M ^a Carmen Gómez Rivero	107
– El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, por María Concepción Gorjón Barranco	127
– Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas accesorias del delito, por Luis Gracia Martín	147
– El <i>stalking</i> en el Derecho comparado: la obligación de incriminación de la Convención de Estambul y técnicas de tipificación, por Anna Maria Maugeri	226
– Una nueva perspectiva en relación con el bien jurídico protegido en el delito de falsedad de los documentos societarios, por David Pavón Herradón	254
– Nuevos perfiles de la corrupción y política criminal: los delitos de corrupción entre particulares y de fraude en el deporte en los ordenamientos jurídico-penales de España y Portugal, por Javier Sánchez Bernal	276
– Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos, por Vincenzo Tigano	299
– Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado, por Asier Urruela Mora	322
Sistemas penales comparados: Financiación del terrorismo (Terrorism Financing)	346
Noticias: Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen. A su vez, un homenaje a Claus Roxin	399
Notas bibliográficas: por Cristina del Real Castrillo	403



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Navid Aliabasi (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
William Terra de Oliveira (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jia Jia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La cámara oculta en el proceso penal

Javier Ángel Fernández-Gallardo

Revista Penal, n.º 38 - Julio 2016

Ficha Técnica

Autor: Javier Ángel Fernández-Gallardo.

Title: Hidden camera in criminal proceedings.

Adscripción institucional: Letrado de la Administración de Justicia, Juzgado Central de Instrucción nº 2 Audiencia Nacional. Doctor en Derecho.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de cámara oculta. 3. Derechos fundamentales afectados. 3.1. Derecho a la intimidad. 3.2. Derecho a la propia imagen. 3.3. Derecho al honor. 4. Cámara oculta y periodismo de investigación. 5. Admisión como prueba en el proceso penal. 5.1. Grabación subrepticia por uno de los interlocutores. 5.2. Grabación realizada por la víctima de un delito. 6. La incorporación a los autos de la filmación videográfica. 6.1. Control de legitimidad. 6.2. Plazo para su incorporación. 6.3. Autenticidad de las grabaciones. 6.4. Integridad de las grabaciones. 7. Declaración testifical de las personas que efectúan la grabación. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

Resumen: El uso de la cámara oculta sin el conocimiento y autorización del interlocutor puede suponer una intromisión ilegítima en derechos fundamentales como el de la intimidad y libertad personal y el de la propia imagen, pero ello no puede conllevar sin más que haya de rechazarse su admisión como medio de prueba lícito en un proceso penal, sino que precisa de un ponderación sobre la concurrencia de un fin legítimo, autorizado por los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad. En este estudio se analizarán los requisitos, tanto materiales como formales, que tal medio de prueba requiere en la jurisdicción penal.

Palabras clave: cámara oculta, grabaciones, prueba ilícita, proceso penal.

Abstract: The use of hidden camera without the knowledge and authorization of the talker can assume an illegitimate intrusion into fundamental rights such as privacy and personal freedom and self-image, but this can not lead that has to be rejected for admission as lawful evidence in a criminal trial, but requires a weighting on the concurrence of a legitimate purpose authorized by the principles of necessity, rationality and proportionality. This study will analyze the requirements, both material and formal, that such evidence required in criminal jurisdiction.

Key words: hidden camera, recordings, illegal evidence, criminal proceedings

Rec: 29-04-2016 **Fav:** 13-06-2016.

1. Introducción

Aun cuando la LECRIM no recoge la prueba videográfica entre los medios de prueba no cabe duda que debe entenderse incluida entre los medios técnicos de

documentación y reproducción que pueden utilizarse en el proceso según el art. 230 LOPJ, debiendo estarse al régimen general de la prueba, y específicamente de la documental. Su validez como prueba en el proceso penal está pacíficamente admitida por una consoli-

da jurisprudencia del TS¹, aún cuando en la misma se hayan seguido directrices², tanto para evitar invasiones de derechos fundamentales que atenten a la intimidad o dignidad de la persona o personas afectadas a la filmación³, como para garantizar su valor probatorio a base de adoptar medidas de control dirigidas a evitar la mistificación de la película, a partir de una sustitución espuria de la producida como por el intercambio de voces, palabras o imágenes para lograr un conducto diferente al real.

Conviene destacar que los videos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas⁴. Si la declaración en juicio oral de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervinientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción, no parece reprochable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estarán sometidas en dicho acto a los principios de publicidad, contradicción, oralidad e intermediación, asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminatoria de su testimonio sin merma de derechos constitucionales o garantías a los justiciables.

No afecta a lo expuesto que la filmación haya sido efectuada por un particular, bien con carácter privado, o en el desarrollo de tareas informativas, con tal que quede garantizada su integridad y autenticidad, y que

sea ocasional, entendiéndose por ella la que no estando preordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos puede evidenciarlos de forma causal. Y ello, porque el principio de necesidad, informador del sistema procesal penal, y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material, no deben ser obstaculizados por el origen circunstancial de la grabación⁵.

La jurisprudencia constitucional⁶ ha fijado importantes limitaciones al uso de la cámara oculta como medio de obtención incontestada de imágenes y sonidos que luego son objeto de difusión en algún medio de comunicación, advirtiendo que la ponderación de los derechos en conflicto ha de hacerse teniendo en cuenta que el espacio físico en el que la persona afectada desarrolla su actividad profesional, en la medida en que puede existir una razonable expectativa de intimidad, por cuanto que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado.

Ahora bien, esta doctrina ofrece una regla de ponderación para un conflicto que no se presenta en el proceso penal, intimidad versus derecho a la información. Por tanto no puede extraerse una prohibición absoluta y excluyente de la cámara oculta como medio de prueba en dicho proceso, pues lo que la misma proclama es la prevalencia, en casos concretos, de los derechos a la intimidad y a la propia imagen frente a la libertad de información. Prevalencia que no puede imponerse miméticamente cuando el conflicto entre los derechos concurrentes tiene una naturaleza diferente, como en el caso del proceso penal, en el que convergen bienes y derechos de diversos rango axiológico. El elemen-

1 SSTS, Sala 2ª, de 5.05.1997 (ROJ: STS 3121/1997; MP: Roberto García-Calvo Montiel); 21.05.1994 (ROJ: STS 10526/1994; MP: Roberto Hernández Hernández); y 6.05.1993 (ROJ: STS 2828/1993; MP: José Antonio Martín Pallín), entre otras.

2 STS, Sala 2ª, de 30.11.1992 (ROJ: STS 8765/1992; MP: Roberto Hernández Hernández); y STC 190/1992, Sala 1ª, de 16.11.1992 (BOE núm. 303 de 18.12.1992; MP: Pedro Cruz Villalón).

3 De ahí que sea preceptiva la autorización judicial previa, cuando se trata de domicilios o lugares privados similares considerados como tales.

4 SSTS, Sala 2ª, de 31.10.2005 (ROJ: STS 6649/2005; MP: Carlos Granados Pérez); y 26.02.1996 (ROJ: STS 1220/1996; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

5 STS, Sala 1ª, de 14.01.1994 (ROJ: STS 22604/1994; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

6 Esta doctrina surge a partir de la STC 12/2012, Sala 1ª, de 30.01.2012 (BOE núm. 47 de 24.02.2012; MP: Adela Asua Batarrita), que recoge el caso de una periodista se hace pasar por paciente, y graba en la zona de la vivienda particular de la investigada dedicada a consulta médica su voz y su imagen mediante una cámara oculta con el fin de denunciar sus prácticas profesionales irregulares. Esas imágenes fueron empleadas en un programa televisivo en el que se alertaba de la existencia de falsos profesionales de la medicina y de la oferta fraudulenta de servicios y tratamientos. En ese programa se usaron las imágenes y el sonido así captados para ejemplificar dichas prácticas, y se reveló en el transcurso del programa la condena por intrusismo que ya pesaba sobre la persona grabada. Doctrina que se ha visto reiterada por las SSTC 17/2012, Sala 1ª, de 13.02.2012 (BOE núm. 61 de 12.03.2012; MP: Francisco Javier Delgado Barrio), sobre la grabación también oculta en el curso de una investigación periodística sobre el resurgir de la extrema derecha en nuestro país; 24/2012, Sala 1ª, de 27.02.2012 (BOE núm. 75 de 28.03.2012; MP: Pablo Pérez Tremps), sobre la grabación en una clínica de adelgazamiento; y 74/2012, Sala 1ª, de 16.04.2012 (BOE núm. 117 de 16.05.2012; MP: Pascual Sala Sánchez), sobre la asimismo disimulada filmación en una consulta de parapsicología.

to de ponderación para la admisión de este medio de prueba en el proceso penal no es la intimidad frente al derecho de información, sino los propios del proceso penal, ya que el Derecho penal, como derecho sustantivo y el procesal penal, como derecho adjetivo, son la ultima ratio frente a las conductas sociales más graves e intolerables.

Esta doctrina constitucional incide en la conculcación de la esfera de la privacidad de una persona cuando se emplean métodos de disimulación para sacar a la luz datos y noticias que sin ellos no se hubieran exteriorizado por las personas entrevistadas, diferenciándose así dos situaciones distintas. De un lado, los casos de cámara oculta en los que el comunicador, guiado por un interés noticiable, no se identifica como tal sino que adopta una personalidad ficticia, grabando una conversación con su interlocutor mantenida en condiciones de fingida confianza, de quien extrae datos que si se hubiese identificado como periodista no hubiera obtenido. De otro, aquellos en los que no ha mediado el engaño ni la presión, y tampoco se han extraído datos que afectan a la zona más intrínseca de la personalidad.

2. Concepto de cámara oculta

La primera nota característica para delimitar jurídicamente este concepto es la ocultación de la cámara o de los medios tecnológicos que captan la imagen, el sonido o ambas cosas. Jurídicamente esta apreciación es decisiva, por cuanto que la configuración jurídica de qué constituye una intromisión ilegítima se realiza en nuestro ordenamiento jurídico a partir de una doble delimitación: una positiva, que autoriza intromisiones, en interpretación de los arts. 2.1º y 7 LOPCDH⁷; y otra negativa, arts. 2.2º y 8 de esa misma ley, que equivalen a distintas formas de autorizar las intromisiones⁸.

Si una persona conoce o advierte que está siendo grabada, la cámara ya no es oculta, por lo que el involuntario protagonista podrá, bien consentir la difusión del material grabado, acaso imponiendo algunas condiciones sobre su contenido o forma⁹, bien podrá invocar la aplicación de la ley, requiriendo formalmente a quien le grabó sin su consentimiento para que cese en dicha actitud o, lo que es más importante, el ejercicio de la tutela inhibitoria para impedir la difusión de lo obtenido de este modo. El art. 9.2 LOPCDH expresamente contempla esta posibilidad, acentuando el carácter preventivo de esta tutela.

Si el consentimiento es prestado en el modo debido¹⁰, el régimen general de la LOPCDH regirá el desarrollo de esa relación jurídica, y no debe olvidarse que el consentimiento del titular del derecho a la intimidad o a la propia imagen es la clave de bóveda en el primer análisis sobre la existencia de intromisión o no¹¹. En cambio, de no ser así, sucederá además que aquellas personas o instituciones que fueron grabadas sin saberlo, no tendrán conocimiento de este hecho hasta el momento en el que se produzca la difusión, pues el medio de comunicación es celoso de su contenido y lo mantendrá en secreto hasta el momento último de difundirlo.

Ahora bien, la elaboración de reportajes de investigación puede suponer en determinados supuestos la necesidad del periodista de simular otra identidad a la hora de obtener una determinada información y además, grabarla sin el consentimiento y conocimiento de algunos de sus protagonistas porque «es consustancial al periodismo de investigación el carácter oculto en que se mantiene la cámara de grabación, pues de otra manera el grado de espontaneidad del interlocutor pudiese, razonablemente, entenderse mediatizado, con pérdida

7 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14.05.1982)

8 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 166.

9 El art. 2.2 LOPCDH establece que: «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviera expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». Esta posibilidad, por ejemplo, podría comprender la exigencia por parte del titular del derecho de exigir el respeto o el anonimato.

10 La prestación del consentimiento para tolerar una presunta intromisión es una cuestión sumamente importante en la que debe ser valorada la capacidad de la persona para prestarlo válidamente, no en términos generales o en abstracto, sino en cada supuesto concreto. La STS, Sala 1ª, de 23.05.2003 (ROJ: STS 3489/2003; MP: Pedro González Poveda), condena a Telemadrid por la emisión de unas imágenes en las que aparecía claramente el rostro de una persona que sufrió un accidente de tráfico mientras era atendido por el SAMUR y los bomberos. Sus herederos, al fallecer el accidentado, ejercitaron las acciones correspondientes, obteniendo la condena de la televisión autonómica madrileña, toda vez que, entre otras cuestiones «no puede olvidarse que tales escenas fueron grabadas en circunstancias en que la persona se hallaba imposibilitada para prestar o negar su consentimiento, no obstante la proximidad de la persona que estaba realizando la filmación».

11 CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H.: «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1994, pp. 31 a 69.

evidente del valor de la información que se trata de obtener»¹².

3. Derechos fundamentales afectados

Desde el punto de vista de la legalidad constitucional la grabación mediante cámara oculta podría vulnerar el derecho a la intimidad, así como el derecho a la propia imagen, e incluso al honor, si la misma se realizó de una manera subrepticia¹³. Estos derechos tienen sustantividad y contenido propio en nuestro ordenamiento, de modo que ninguno queda subsumido en el otro¹⁴. Por ello, una determinada forma de captación de la información puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos.

3.1. Derecho a la intimidad

En relación con el derecho a la intimidad el TC ha reiterado que el mismo se funda en la necesidad de garantizar «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder

ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz»¹⁵. Con unos u otros términos, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida»¹⁶, y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido»¹⁷.

La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El TEDH¹⁸ ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 CEDH a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada. La protección de la vida privada en el ámbito del CEDH, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social¹⁹.

12 SAP Valencia, Sec. 6ª, de 31.05.2003 (ROJ: SAP V 3510/2003; MP: Purificación Martorell Zulueta).

13 La STC 12/2012, *cit.*, declaró ilegítima el uso de una cámara oculta por un periodista que se hizo pasar por un paciente en el despacho profesional de una esteticista-naturista, estimando que la dimensión lesiva de la conducta se proyecta sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, sin que se ponga en cuestión la posible afeción del derecho al honor, porque lo que cobra relieve aquí no es el contenido estricto de la información obtenida, sino cómo se ha recogido y registrado mediante videograbación subrepticia, y el lugar donde se ha llevado a cabo, el reducto reservado de una consulta profesional.

14 SSTC 81/2001, Sala 1ª, de 26.03.2001 (BOE núm. 104 de 1.05.2001; MP: Carles Viver Pi-Sunyer); y 156/2001, Sala 2ª, de 2.07.2001 (BOE núm. 178 de 26.07.2001; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

15 STC 77/2009, Sala 1ª, de 23.03.2009 (BOE núm. 102 de 27.04.2009; MP: Pablo Pérez Tremps). En relación con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), la STC 12/2012, *cit.*, con fundamento en la doctrina del TEDH acerca de la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 CEDH, señala que su protección no queda reducida a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado. Existen otros ámbitos, y en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, donde se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada. Desde esta perspectiva afirma 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. Conforme a este criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente, afirma la sentencia, que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

16 Entre otras, SSTC 60/2010, Pleno, de 7.10.2010 (BOE núm. 262 de 29.10.2010); 236/2007, Pleno, de 7.12.2007 (BOE núm. 295 de 10.12.2007; MP: María Emilia Casas Baamonde); y 231/1988, Sala 2ª, de 2.12.1988 (BOE núm. 307 de 23.12.1988; MP: Luis López Guerra).

17 SSTC 196/2004, Sala 1ª, de 15.11.2004 (BOE núm. 306 de 21.12.2004; MP: Javier Delgado Barrio); 206/2007, Sala 1ª, de 24.09.2007 (BOE núm. 261 de 31.10.2007; MP: Manuel Aragón Reyes); y 70/2009, Sala 1ª, de 23.03.2009 (BOE núm. 102 de 27.04.2009; MP: María Emilia Casas Baamonde), entre otras.

18 STEDH de 16.12.1992, Niemietz c. Alemania (nº 13710/88). Doctrina reiterada en las SSTEDH, Gran Sala, de 4.05.2000, Rotaru c. Rumania (nº 28341/95); y Sec. II, de 27.07.2004, Sidabras y Diautas c. Lituania (núm. 55480/00 y 59330/00).

19 STEDH de 22.02.1994, Burghartz c. Suiza (núm. 16213/90).

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 persona²⁰, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública²¹. Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

3.2. Derecho a la propia imagen

Por lo que respecta al derecho fundamental a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 CE al par de los de honor y la intimidad personal, conforme a la doctrina del TC²² queda cifrado en el «derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no au-

torizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos». Este derecho forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de esta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz²³.

3.3. Derecho al honor

El honor, definido, en su sentido objetivo, como la estimación por la persona «en» y «por» la sociedad, es considerado en nuestro ordenamiento un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento concreto. A través de su reconocimiento normativo se pretende amparar la buena reputación de una persona y protegerla frente a expresiones o mensajes que la desmerezcan en la consideración ajena, por ir en su descrédito o menosprecio.

Aunque la captación audiovisual propiamente dicha no provoque una lesión inicial del derecho al honor, esta puede producirse después, cuando se divulgue o difunda lo anteriormente grabado²⁴. Dependerá además

20 El TEDH utiliza la expresión, en su versión original en inglés, de *legitimate expectation of protection*. SSTEDH, Sec. III, de 24.06.2004, Von Hannover c. Alemania (núm. 59320/00); y Gran Sala, de 7.02.2012, Von Hannover c. Alemania 2 (núm. 40660/08 y 60641/08). Esta última analiza la publicación en una revista alemana de unas fotografías de la Princesa Carolina y su esposo, obtenidas sin su consentimiento, paseando durante sus vacaciones en la estación de esquí suiza de Saint-Moritz. Fotografías que se publicaron en el contexto de un artículo que daba cuenta de la enfermedad de su padre, el Príncipe Rainiero de Mónaco, y el comportamiento de su familia durante dicha enfermedad. La sentencia recuerda los criterios aplicables para llevar a cabo la ponderación entre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a la libertad de expresión, como son la contribución a un debate de interés general, la notoriedad de la persona aludida y el objeto del reportaje, el comportamiento anterior de la persona en cuestión, el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación y las circunstancias de la toma de imágenes. A la luz de las circunstancias concurrentes, la Gran Sala acaba descartando la existencia de violación del derecho al respeto a la vida privada y avala la ponderación llevada a cabo por el Tribunal Federal de Justicia y el Tribunal Constitucional Federal.

21 SSTEDH, Sec. III, de 25.09.2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido (núm. 44787/98); y Sec. IV, de 28.01.2003, Peck c. Reino Unido (núm. 44647/98).

22 STC 23/2010, Sala 1ª, de 27.04.2010 (BOE núm. 129 de 27.05.2010; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez)

23 STC 117/1994, Sala 2ª, de 25.04.1994 (BOE núm. 129 de 31.05.1994; MP: José Gabaldón López).

24 Sobre la utilización de cámaras ocultas y su incidencia en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, GARCÍA DE GABIO-LA, J.: «Cámaras ocultas: El derecho a la información vs. los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen», en *Economist & Jurist*, núm. 70, 2003, pp. 34-43.

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. El derecho al honor no queda vulnerado directamente por la emisión, en sí misma, de imágenes captadas con cámara oculta. Sin embargo, no se pueden calificar de infrecuentes las vulneraciones del derecho al honor en este ámbito, y ello, fundamentalmente, por la emisión en el programa en el que se emite la grabación de comentarios, calificativos o apelativos injuriosos que puedan afectar al honor y a la dignidad de la persona filmada. Es decir, el honor se vulnera en este ámbito por una extralimitación en la calificación personal. Como ocurre en el caso de todos los conceptos jurídicos indeterminados, la determinación de qué debe entenderse por calificativo injurioso no está ni mucho menos clara²⁵. Por otra parte, hay que destacar también que el derecho al honor puede vulnerarse si se imputan hechos falsos, es decir, si la información no es veraz. Esto, no obstante, no suele ser frecuente, dado que las personas filmadas se comportan con total naturalidad, en la creencia de que su interlocutor no es un periodista, sino un potencial cliente²⁶. Sin embargo se ha de tener presente que puede ocurrir²⁷.

4. Cámara oculta y periodismo de investigación

El periodismo de investigación mediante la utilización de cámara oculta se basa en un ardid o engaño del periodista que simula una identidad oportuna según el contexto²⁸, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepti-

ciamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones²⁹. El TC³⁰ advierte acerca de la necesidad de reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público. En cuanto a la elección de métodos o técnicas para la transmisión informativa, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, ya que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo.

Los derechos a la intimidad y a la propia imagen constituyen unos límites externos al correcto ejercicio de la libertad de información. Así, el TC³¹ reitera que «el propio apartado 4 del art. 20 CE dispone que todas las libertades reconocidas en el precepto tienen su límite en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, que cumplen así lo que hemos denominado “función limitadora” en relación con dichas libertades». Asimismo este Tribunal señala que «el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos funda-

25 Por ejemplo, calificativos como «pricipiante», «pardillo», «bocazas», «tonto universal», referidos a un agente FIFA que creía encontrarse en unas supuestas negociaciones para el fichaje de un jugador de fútbol, no han sido considerados por el TS como injuriosos. Señala al respecto la STS, Sala 1ª, de 25.03.2010 (ROJ: STS 1521/2010; MP: Xavier O'callaghan Muñoz) que «las opiniones expresadas, aún resultando ácidas carecen de un ánimo afrentoso, subsumibles en el ámbito de una crítica plenamente tolerable que, a mayor abundamiento, resultaba socialmente relevante».

26 En este sentido SSTS, Sala 1ª, de 16.01.2009 (ROJ: STS 260/2009; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel; y 6.07.2009 (ROJ: STS 4446/2009; MP: José Almagro Nosete), señalaron que «el empleo de la llamada cámara oculta se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían».

27 STS, Sala 1ª, de 7.07.2009 (ROJ: STS 4447/2009; MP: José Almagro Nosete).

28 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «La prohibición constitucional del uso de cámaras ocultas en el marco del denominado periodismo de investigación», en *Derecom*, núm. 10, Nueva Época, junio-agosto, 2012, p. 9., afirma que «la realidad ha demostrado como en muchas ocasiones el recurso a las cámaras ocultas evidencia, justamente, la ausencia total de investigación periodística, pues son utilizadas como instrumento de facilitación en la obtención de información, carente de cualquier esfuerzo de investigación serio, riguroso y de trascendencia social». MIRANDA ESTRAMPES, M.: «Legitimidad del empleo de sistemas de captación de la imagen y el sonido y su relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen», en *Diario La Ley*, núm. 7.674, 2011, p. 7, ya llamó la atención sobre esa probable falta de rigurosidad.

29 STC 12/2012, *cit*.

30 STC 176/2013, Sala 2ª, de 21.10.2013 (BOE núm. 278 de 20.11.2013; MP: Pedro José González-Trevijano Sánchez).

31 STC 23/2010, Sala 1ª, de 27.04.2010 (BOE núm. 129 de 27.05.2010; MP: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

mentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección»³², o que «en aquellos casos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, tal intromisión se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho, no podrá considerarse ilegítima»³³. En definitiva, la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información. Por lo tanto, allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos.

Es obvio que la grabación mediante cámara oculta de la imagen y voz de una persona, sin su conocimiento y, por tanto, sin su consentimiento, constituyen invasiones de su intimidad y uso ilícito de su imagen. Pero hasta el momento el TC³⁴ había sostenido que si la información así obtenida, con invasión de la intimidad y uso de la imagen de un tercero, poseía relevancia pública por el interés general de los hechos narrados y, además, el relato era veraz, la difusión de esas imágenes estaba salvaguardada por el art. 20.1 d) CE. Sin embargo, recientemente, el TC³⁵ trastoca este razonamiento, tantas veces avalado por el TEDH³⁶, para afirmar que, a pesar de que la información sea de interés general y veraz, como el medio para obtenerla ha sido intrusivo y desproporcionado, esa garantía decae. Para ello el TC efectúa un remedo de juicio de proporcionalidad según el cual el uso de cámaras ocultas supone el empleo de un instrumento con una capacidad desmesurada de penetración en la in-

timidad y de defraudación de la confianza del grabado. El medio es desproporcionado porque el modo de obtener la información impide al así grabado oponerse en tiempo y forma a la revelación de hechos relativos a su persona y al uso de su imagen. El TC no considera, pues, medio lícito de obtención de información aquél que no ofrece la oportunidad al investigado de ejercer sus derechos fundamentales con eficacia. En definitiva, entiende que el medio elegido para obtener la información es un ardid, en suma, un engaño de manera que se quebranta la confianza del grabado y se provoca una situación y una reacción acaso inducida y no espontánea.

Se critica el método de la cámara oculta por su inviolabilidad constitucional, entendiendo que una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien, puede afectar únicamente a alguno de ellos. Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad. La captación videográfica inconsciente de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsciente, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional. El TC concluye con la negación de la prevalencia de la libertad de información, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método de la cámara oculta³⁷.

32 STC 185/2002, Sala 2ª, de 14.10.2002 (BOE núm. 271 de 12.11.2002; MP: Tomás S. Vives Antón).

33 STC 156/2001, Sala 2ª, de 2.07.2001 (BOE núm. 178 de 26.07.2001; MP: Carles Viver Pi-Sunyer).

34 Por todas, SSTC 115/2000, Sala 2ª, 115/2000, de 5.05.2000 (BOE núm. 136 de 7.06.2000; MP: Julio Diego González Campos); y 83/2002, Sala 1ª, de 22.04.2002 (BOE núm. 122 de 22.05.2002; MP: Pablo García Manzano).

35 SSTC 12/2012, 24/2012, y 72/2012, *cit.*

36 SSTDH, Sec. IV, de 10.05.2011, *Mosley c. Reino Unido* (núm. 48009/08); y Sec. III, de 24.06.2004, *Von Hannover c. Alemania*, *cit.*, entre otras.

37 SAIZ ARNAIZ, A.: «La obtención de la información. Cámara oculta, buena fe y ética periodística», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 838, 2012, p. 3. RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la publicación

Por otro lado, la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita. No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el TEDH³⁸ en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia.

En cuanto a las técnicas periodísticas que puedan utilizarse para la presentación de una información, es cierto que el TEDH³⁹ reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión informativa, que debe ser acorde a las exigencias de objetividad y neutralidad. Pero asimismo dicho Tribunal ha subrayado que en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo⁴⁰.

de un reportaje con utilización de una cámara oculta», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero/diciembre 2012, pp. 255-258, discrepa de la conclusión alcanzada por el TC de que la conversación profesional mantenida en una consulta privada pertenezca al ámbito de la intimidad.

38 STEDH, Sec. III, de 24.06.2004, Von Hannover c. Alemania (núm. 59320/00). Los hechos que motivaron dicha demanda tuvieron su origen en la publicación por varias revistas alemanas de fotografías de la princesa Carolina de Mónaco, tomadas en varios lugares públicos, que reflejaban escenas de su vida diaria y cotidiana, en algunas ocasiones sola y en otras en compañía de terceras personas. La sentencia distingue entre aquellos reportajes que relatan unos hechos —incluso controvertidos— que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales por ejemplo, y aquellos reportajes sobre los detalles de la vida privada de una persona que, además, como era el caso, no desempeñaba dichas funciones oficiales. Si en el primer caso la prensa juega su rol esencial de «perro guardián» en una democracia contribuyendo a comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público, no sucede lo mismo en el segundo. A continuación, la sentencia añade que aunque existe un derecho del público a ser informado, derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias concretas, puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas o con proyección pública, concretamente cuando se trata de personalidades de la política, este no es el caso que nos ocupa; así afirma que: en efecto, se situaría fuera de la esfera de cualquier debate político o público, ya que las fotos publicadas y los comentarios que las acompañaban hacían referencia exclusivamente a detalles de la vida privada de la demandante. Por todo ello, el Tribunal considera que en este caso la publicación de las fotografías y de los artículos en litigio, cuyo único fin era el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre los detalles de la vida privada de la demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad, pese a la notoriedad de la demandante. La sentencia destacó, también, como factores relevantes, el contexto en que las fotografías fueron tomadas —sin que lo supiera la demandante y sin su consentimiento expreso—, de forma clandestina, a una distancia de varios cientos de metros, así como el acoso que padecen numerosas personalidades públicas en su vida cotidiana.

39 STEDH de 23.09.1994, Jersild c. Dinamarca (núm. 15890/89). El 21.06.1985, una cadena de radio danesa emitió un reportaje sobre la creciente ola de desconfianza y resentimiento que sentían algunos de sus compatriotas en contra de ciertas minorías, preguntándose por los motivos que les llevaban a odiar de aquella forma a los extranjeros. El programa incluyó parte de la entrevista que realizó a tres jóvenes del grupo extremista Chaquetas verdes, en la que éstos profirieron diversas consignas xenófobas contra los inmigrantes y en favor de una Dinamarca solo para los daneses. Finalmente, la justicia danesa condenó no solo a los tres jóvenes radicales sino también al jefe de la sección de informativos de la cadena de radio y al propio periodista.

Acabada la vía judicial interna, el periodista recurrió a la Corte de Estrasburgo. En su sentencia, el tribunal europeo consideró, por el contrario, que el género de las entrevistas era uno de los medios más importantes con los que cuenta la prensa para poder desempeñar su «función vital de perro guardián» y que, al castigar al demandante por difundir unas declaraciones efectuadas por terceras personas, lo que se estaba haciendo era obstaculizar la labor de los medios de comunicación para contribuir al debate sobre asuntos de interés público. Por lo tanto, con un ajustado margen, la STEDH declaró que Dinamarca había violado el art. 10 CEDH, la libertad de expresión del demandante. Esta jurisprudencia sobre la función de la prensa como perro guardián es reiterada con relativa frecuencia, así STEDH, Sec. IV, de 24.07.2012, Ziemiński c. Polonia (núm. 46712/06).

40 STEDH, Sec. IV, de 18.01.2011, MGN Limited c. Reino Unido (núm. 39401/04). En este caso la demandante era la sociedad editora del periódico del Reino Unido conocido como *Daily Mirror*. Dicho periódico había sido condenado por los Tribunales ingleses por vulneración de confidencialidad con ocasión de la publicación de varias informaciones acerca de la conocida *top-model* Naomi Campbell en las que revelaba su adicción a las drogas y su sometimiento a terapia de rehabilitación, así como detalles sobre la naturaleza del tratamiento. Informaciones que se acompañaban de varias fotografías de la modelo que habían sido obtenidas a la salida del centro de desintoxicación al que acudía en Londres. El TEDH desestimó la alegación de vulneración del derecho a la libertad de expresión prevista en el art. 10 CEDH, invocada por el periódico demandante, y avaló la decisión adoptada por la Cámara de los Loes. Merece referirse al § 151 de dicha sentencia en donde, haciendo suyas las razones esgrimidas por la Cámara de los Loes, destaca la naturaleza privada de

En la doctrina científica⁴¹ se ha censurado el carácter absoluto de la prohibición de utilización de las cámaras ocultas que parece derivarse de la doctrina constitucional. Así, se afirma que la solución dada por la Sala de lo Civil del TS, sometiendo su utilización a un test de imprescindibilidad, fruto de la aplicación de la técnica de ponderación, resultaba más adecuada y prudente. Desde esta perspectiva se justifica la utilización de la cámara oculta en el ámbito periodístico cuando concurra un elevado interés público, siempre y cuando sea el último recurso al haberse agotado otros medios para obtener la información y su utilización fuera necesaria para demostrar lo ocurrido⁴².

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 12/2012 acerca de la prohibición constitucional de las grabaciones videográficas obtenidas con cámaras ocultas, algunas resoluciones judiciales⁴³ han acordado el archivo y sobreseimiento de causas penales en las que las grabaciones con cámara oculta constituían el principal o más importante elemento incriminatorio en contra de los investigados, calificando tales grabaciones de prueba ilícitamente obtenida. Resoluciones que son objeto de crítica doctrinal⁴⁴ por su aplicación mecánica y acrítica que en la resolución judicial de archivo se hizo de la doctrina constitucional sobre la prohibición de las cámaras ocultas en el ámbito periodístico. Entendiendo asimismo que en los casos de grabaciones subrepticias llevadas a cabo por particulares, para acreditar la existencia de un hecho delictivo, debe prevalecer el interés público en

la investigación y persecución de los ilícitos penales, como interés superior constitucionalmente relevante, sin que en estos casos pueda afirmarse que exista una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen cuando se cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En ningún caso las SSTC sobre cámaras ocultas afirmaron que las grabaciones así obtenidas eran un supuesto de prueba ilícita o nula⁴⁵.

5. Admisión como prueba en el proceso penal

El alcance de la jurisprudencia constitucional expuesta en el anterior epígrafe atañe, en sentido estricto, al conflicto entre la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen de la persona que fue objeto de grabación mediante una cámara oculta. En definitiva, su objeto consiste en resolver si, en la ponderación de los mencionados derechos fundamentales en juego se vulneró el art. 20.1 d) CE en su concreción de derecho a la libertad de información.

Por consiguiente esta doctrina constitucional nada tiene que ver con una hipotética prohibición absoluta y excluyente de un determinado medio de prueba en el proceso penal. Lo que el TC proclama es la prevalencia, en esos casos concretos, de los derechos a la intimidad y a la propia imagen frente a la libertad de información. La utilización de un mecanismo técnico

la información sobre la salud física y mental y el tratamiento de la señora Campbell y que la publicación sobre su tratamiento había sido nociva para la continuidad de dicho tratamiento y corría el riesgo de causar una significativa recaída en su recuperación. También destaca que las imágenes se habían obtenido de forma clandestina con un gran teleobjetivo en las inmediaciones del lugar del tratamiento para su drogadicción. Fotografías que se tomaron deliberadamente para ser incluidas en el artículo periodístico y estaban acompañadas de leyendas que dejaban claro que la señora Campbell acudía a sus reuniones de desintoxicación, permitiendo incluso identificar la ubicación de dichas reuniones. Para el TEDH la publicación de ese material no era necesario y tampoco había ninguna necesidad de que el público dispusiera de ese material, pues el interés público estaba ya satisfecho con la publicación de los hechos centrales referidos a su adicción y tratamiento.

41 PASCUAL MEDRANO, A.: *ob. cit.*, pp. 32-33; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Intromisión ilegítima...», *ob. cit.*, pp. 268-270.

42 DEL RIEGO, C.: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de cámaras ocultas», en *Diario La Ley*, núm. 7814, 8 marzo 2012, pp. 1-2.

43 SAP Madrid, Sec. 16ª, de 22.06.2012 (ROJ: AAP M 8456/2012; MP: Eduardo Cruz Torres), conforme a la cual «al declarar el TC prohibida la utilización de las cámaras ocultas y que las pruebas obtenidas mediante las mismas infringen los derechos a la intimidad y a la propia imagen y teniendo en cuenta que toda la investigación que concluye en el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado de 9 de diciembre de 2011 se deriva de la grabación y emisión del referido programa «Asalto a la casa blanca» grabado con cámara oculta no cabe sino concluir que las pruebas obtenidas y que han llevado a la imputación de los recurrentes son nulas».

44 VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: «Validez de la prueba obtenida mediante cámara oculta: ¿cambio de paradigma?», en *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 177, octubre 2012, p. 37. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Ramón Calderón y la cámara oculta», en periódico *El Mundo*, 18.07.2012, p. 17.

45 VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: *ob. cit.*, p. 39, concluye afirmando que la nueva jurisprudencia constitucional no impide la validez de la cámara oculta como medio de prueba, ni implica, en este sentido, un cambio de paradigma, sino que la prohibición del método de investigación periodística se circunscribe a un ámbito concreto que requerirá en el futuro de una mayor delimitación de sus contornos.

de grabación de la imagen y del sonido, para su ulterior difusión en un medio de comunicación, puede entrañar una irreparable lesión de derechos personalísimos del entrevistado que, desconocedor de que su imagen y sus palabras están siendo grabadas clandestinamente, llega a conducirse con un grado de espontaneidad que no ofrecería si conociera el verdadero propósito que anima a su interlocutor. De ahí que el TC, en sintonía con la jurisprudencia del TEDH, en el juicio de ponderación de los derechos en conflicto y en el momento de decidir cuál de ellos ha de ser sacrificado, opte por desplazar el derecho a la información frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen del afectado⁴⁶.

Ese desenlace, favorable a la prevalencia del derecho a la intimidad cuando colisiona con el derecho a la libre difusión de información, no tiene por qué imponerse miméticamente dentro del proceso penal, en el que convergen bienes y derechos de distinto rango axiológico. La jurisprudencia constitucional expuesta sólo ofrece la regla de ponderación para un conflicto que no se presenta en esos mismos términos durante la investigación penal. En el proceso penal el Juez no tiene que pronunciar acerca de si la difusión de un reportaje grabado con cámara oculta ha implicado una lesión constitucionalmente injustificada de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de las personas entrevistadas, sino que tendrá que efectuar un juicio de pertinencia acerca de la prueba propuesta tomando como elementos de ponderación, no la intimidad frente al derecho de información, sino los que singularizan el proceso penal, cuya naturaleza, por definición, es indisociable de los propios fines que justifican la propia existencia de la jurisdicción penal. Esta jurisdicción atiende a la depuración de las responsabilidades penales en un marco de garantías con el fin primordial de proteger en última instancia el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos lesionados mediante las infracciones penales, lo que permite que pueda admitirse y valorarse

una prueba que en otros ámbitos jurisdiccionales quizás sea expresiva de la lesión de un derecho fundamental.

La declaración de impertinencia de la prueba documental consistente en la reproducción de los reportajes obtenidos con cámara oculta exige una resolución judicial que no desenfoque la verdadera naturaleza de los bienes en conflicto, no pudiéndose limitar a proclamar la acrítica prevalencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los investigados, sino que ha de efectuar una ponderación de los bienes en conflicto de acuerdo con la singular significación con la que ese conflicto se presenta en el proceso penal. Por consiguiente, una remisión genérica a una supuesta ilicitud de este medio de prueba en base a la ilegitimidad del empleo de esa técnica en el mundo de la información en ningún caso colma el contenido material, no ya del derecho a la prueba, sino del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución razonable, ajustada a los dictados de la lógica.

Condicionar la legitimidad de una prueba en el proceso penal a que también sea aceptada en el ámbito de la difusión informativa, supone desatender los principios que están en la esencia misma de la jurisdicción penal. Las limitaciones que condicionan el ejercicio de la función periodística nada tienen que ver con el sacrificio de los derechos que impone el proceso penal. La afectación del derecho a la intimidad que podría implicar la admisión de una determinada prueba gráfica, puede estar plenamente justificada cuando un órgano jurisdiccional entienda, a partir de un motivado juicio de pertinencia, que ese sacrificio viene impuesto por un fin constitucionalmente legítimo y, además, es conforme a los principios de proporcionalidad y necesidad. Son numerosos los ejemplos que ofrece el proceso penal de diligencias de investigación que implican una legítima injerencia en el círculo de exclusión definido por los derechos fundamentales del investigado y que, sin embargo, resultarían inimicables como elemento de

46 En palabras de la STC 12/2012, *cit.*, «el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada «cámara oculta» impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose a su realización y posterior publicación, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniente, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir. La ausencia de conocimiento y, por tanto, de consentimiento de la persona fotografiada respecto a la intromisión en su vida privada es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, como subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 24.06.2004, Von Hannover c. Alemania; y de 10.05.2011, Mosley c. Reino Unido). Por otro lado, es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones».

investigación periodística. La jurisprudencia del TS ha procurado siempre distinguir en su análisis la singularidad de los distintos supuestos que pueden suscitarse. Y es que no puede asimilarse, por ejemplo, la utilización de cámaras videográficas por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado⁴⁷, con aquellos otros casos en los que esas imágenes son obtenidas por cámaras de seguridad⁴⁸ instaladas con arreglo a la LO 4/1997⁴⁹, o por particulares o entidades que se han valido, con uno u otro fin, de cámaras videográficas⁵⁰. Las situaciones son distintas, de ahí que la potencial vulneración de los derechos a la intimidad o a la propia imagen, exija una tarea de ponderación que, ante todo, huya de reglas estereotipadas o de interpretaciones apresuradas e inflexivas de la jurisprudencia constitucional.

Por tanto, la declaración de impertinencia como medio de prueba de la grabación efectuada con cámara oculta no puede fundamentarse sin más en la doctrina del TC, cuyo alcance no puede captarse sin un examen contextualizado de los procesos de amparo que justificaron aquellas decisiones. Resulta necesario que el Juez proceda a un juicio revisado de pertinencia que tome en consideración todos los datos que ofrezca el medio de prueba en cuestión. No pueden solucionarse con arreglo a las mismas pautas valorativas los casos en los que esa grabación se ofrece por los agentes de policía que han asumido la investigación de un hecho delictivo y aquellos en que son los particulares quienes obtienen la grabación. Y tratándose de particulares, aconsejan un tratamiento jurídico distinto las imágenes que hayan podido grabarse mediante cámara oculta por un periodista para respaldar un programa televisivo, por una víctima para obtener pruebas con las que advenir una denuncia o por una entidad bancaria como medida disuasoria frente a robos violentos. Tampoco

puede dispensarse un tratamiento unitario al caso de una grabación que se realice con simultaneidad al momento en el que se está ejecutando el delito, frente a aquellos otros en los que se busca información sobre acciones delictivas ya cometidas o planeadas para el futuro. Resulta ineludible, además, el análisis del entorno físico en el que las imágenes fueron grabadas, la actitud de los protagonistas y la naturaleza confidencial o no de la información que fue proporcionada. En un segundo momento valorativo habrá de ponderarse si concurre un fin legítimo que justifique la utilización en el proceso penal de esas imágenes y si su incorporación al proceso como prueba viene autorizada por los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

En opinión de ROXIN⁵¹ y de la jurisprudencia alemana⁵², la admisión de la valoración como prueba de este tipo de grabaciones entre particulares, dependería sobre todo de la gravedad del delito que se esté juzgando. En caso de un delito grave debe darse la primacía del interés en la averiguación de la verdad, pero cuando se trata de un delito menos grave la primacía debe darse al interés privado, es decir, al derecho a la intimidad del acusado y, en consecuencia, prohibirse la valoración de la prueba obtenida violando ese derecho, porque además ello constituye un delito de escucha o grabación ilegal. La tesis jurisprudencial alemana sitúa, por tanto, el problema en el ámbito propio del estado de necesidad, en el que predomina el principio de la ponderación de intereses. Y como criterio o baremo a tener en cuenta para hacer esta ponderación sobre cuál de los dos intereses en conflicto es prioritario se utiliza prácticamente de un modo exclusivo el de la gravedad del delito que se esté juzgando. Si se trata de un delito grave, entonces el interés prioritario es el público, pero si se trata de un delito menos grave, es el del particu-

47 SSTS, Sala 2ª, de 2.06.2010 (ROJ: STS 3136/2010; MP: Juan Saavedra Ruiz); 17.03.2006 (ROJ: STS 1517/2006; MP: José Ramón Soriano Soriano); y 18.02.1999 (ROJ: STS 1123/1999; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

48 STS, Sala 2ª, de 11.10.2004 (ROJ: STS 6368/2004; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca).

49 LO 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 (BOE núm. 186, de 5.08.1997).

50 SSTS, Sala 2ª, de 12.01.2011 (ROJ: STS 7991/2011; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo); y 19.01.2005 (ROJ: STS 132/2005; MP: José Manuel Maza Martín).

51 ROXIN, C.: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. Gómez Rivero y García-Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 147, manifiesta que «en general, los Tribunales, en relación a los delitos más graves, han dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los menos graves, por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado».

52 Una sentencia del Tribunal Supremo Federal del año 1989 contempló el caso en el que dos hombres de negocios hablaban sobre un gran incendio que planeaban. Uno de los dos hombres de negocio grabó la conversación de forma secreta y más tarde la aportó al tribunal como prueba. Aunque la realización de grabaciones secretas sobre conversaciones privadas está sancionada penalmente, según el Derecho alemán (parágrafo 201 CP), el Tribunal Supremo Federal aceptó la grabación como prueba (BGHSt, 36, 167). Respecto a los delitos menos graves, por el contrario, se dispone la primacía de la protección del ámbito privado. Así el Tribunal Supremo Federal ha rechazado el uso procesal de una grabación oculta que podía emplearse como prueba de un delito de perjurio (BGHSt 14, 358).

lar. Con ello se aplica directamente la idea del principio de proporcionalidad, que es un criterio adicional, doctrinal⁵³ y jurisprudencialmente⁵⁴ aceptado, cuando se trata de admitir la valoración de pruebas obtenidas con violación indirecta de algún derecho fundamental o simplemente con hechos antijurídicos que no lesionan directamente un derecho fundamental. La clave para saber en qué casos, excepcionalmente, puede ser utilizada como prueba la grabación audiovisual realizada por un particular, la da la situación en la que se encuentre el particular que hace la grabación, pues no es lo mismo que la haga alguien que en ese momento está siendo víctima de un delito y con la grabación pretende facilitar su averiguación, persecución y posterior castigo, o que lo haga alguien que no es la víctima, sino incluso coautor de ese delito o quiere utilizar la grabación para chantajear a la persona grabada, conforme exponemos a continuación.

5.1. Grabación subrepticia por uno de los interlocutores

De forma constante e incontrovertida el TC⁵⁵ viene manteniendo la plena adecuación a la legalidad cuando no se observa que quien efectúa las grabaciones de conversaciones fingiera ser otra persona, o se incitara al contertulio a decir lo que no quería expresar, o que éste exteriorizara aspectos de su vida íntima sujetos a especial protección. Es decir, no se produce conculcación alguna de derechos constitucionales cuanto los sujetos afectados por las grabaciones de forma espontánea y voluntaria se despojaron del ámbito de la propia privacidad y exteriorizaron sus puntos de vista, no siendo grabados por un tercero ajeno a la conversación sino por uno de los contertulios.

En este sentido, la STC 114/1984 estableció las líneas básicas, que luego se han mantenido en el tiempo, sobre la distinción entre la grabación de una conversación «de otros» y la grabación de una conversación «con otros», indicando que el derecho al secreto de las

comunicaciones, salvo resolución judicial, no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Se garantiza así la impenetrabilidad de la comunicación para terceros, sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. Aunque el supuesto concreto contemplado por la STC de referencia es la grabación de una conversación telefónica, esta doctrina se puede extender sin problemas al supuesto de grabación de la conversación por cámara oculta, pues ambos casos responden al mismo fundamento. La única diferencia entre ellos es que la grabación con videocámara capta la imagen del interlocutor, por lo que se podría conculcar también el derecho sobre la propia imagen⁵⁶.

El secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro⁵⁷. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido. No es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite cap-

53 NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 113; BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «El principio de proporcionalidad, Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15-50.

54 SSTC, 98/2000, Sala 1ª, de 10.04.2000 (BOE núm. 119 de 18.05.2000; MP: Fernando Garrido Falla); 55/1996, Pleno, de 28.03.1996 (BOE núm. 102 de 27.04.1996; MP: Carles Viver Pi-Sunyer); y 66/1995, Sala 2ª, de 8.05.1995 (BOE núm. 140 de 13.06.1995; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), entre otras.

55 STC 114/1984, Sala 2ª, de 29.11.1984 (BOE núm. 305 de 21.12.1984; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León). Doctrina reiterada en SSTC 70/2002, Sala 1ª, de 3.04.2002 (BOE núm. 99 de 25.04.2002; MP: Fernando Garrido Falla); y 56/2003, Sala 2ª, de 24.03.2003 (BOE núm. 91 de 16.04.2003; MP: Elisa Pérez Vera), entre otras muchas.

56 RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Derecho sobre la propia imagen, captada por cámara oculta para difusión en reportaje televisivo de investigación. Comentario a la STS 30 junio 2009», en *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 83, mayo-agosto, 2010, p. 944.

57 SSTS, Sala 2ª de 24.06.2011 (ROJ: STS 4626/2011; MP: Francisco Monteverde Ferrer); 28.10.2009 (ROJ: STS 6860/2009; MP: Andrés Martínez Arrieta); y 20.02.2006 (ROJ: STS 978/2006; MP: Francisco Monteverde Ferrer).

tar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE⁵⁸. No existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando un interlocutor es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras, el art. 18 CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación vulnere el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven⁵⁹.

Cuando la grabación ilegal no tiene ninguna justificación y el sujeto que la hace tiene como propósito divulgar secretos o datos de la intimidad del grabado, para chantajearlo, o para obtener alguna prueba de hechos no delictivos pero considerados socialmente inmorales, tal forma de actuar podría constituir el delito previsto en el art. 197 CP. Se trata ahora de determinar hasta qué punto los datos así obtenidos pueden ser utilizados como prueba, por ejemplo, de un hecho delictivo de los que suelen darse en el ámbito de la privacidad⁶⁰, y sobre todo si esto lo puede hacer impunemente al-

guien que incluso ha participado en esos hechos o ha sido incluso coautor de los mismos.

Existe en estos casos un conflicto entre dos intereses contrapuestos. No cabe duda que de admitirse de forma general la validez de estas pruebas obtenidas por un particular, cometiendo el delito previsto en el art. 197 CP, no sólo se volatizaría la protección penal del bien jurídico protegido en este delito, sino que se abriría la puerta a la práctica del chantaje⁶¹. Conforme a lo expuesto anteriormente la jurisprudencia y la doctrina alemana aplican para estos casos el principio de proporcionalidad⁶², que no deja de constituir un criterio abstracto a concretar después en cada caso. Pero lo que realmente dificulta una solución unitaria a este problema es la variedad de situaciones que se pueden presentar, que van desde la del agente provocador, que incluso puede ser un infiltrado por la Policía, que consigue sin darse cuenta su interlocutor que este se delate hablando, mientras el otro graba sus palabras, hasta la del chantajista que filma a quien está comprando droga para después pedirle dinero a cambio de no denunciarlo.

El TS⁶³ en un caso en el que se trataba de la validez de la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsela a las demás, parte de que dicha grabación «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». Tras esta afirmación el TS alega que «el contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado», lo que plantearía entonces el problema de la validez como prueba de la declaración de un coimputado contra otro coimputado⁶⁴, «o mediante la entrega de la cinta que

58 STS, Sala 2ª, de 24.03.2010 (ROJ: STS 1738/2010; MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

59 STS, Sala 2ª, de 9.11.2001 (ROJ: STS 8721/2001; MP: José Jiménez Villarejo).

60 Malos tratos familiares, aborto, abusos sexuales de menores, donación y consumo compartido de drogas ilegales, etc.

61 MUÑOZ CONDE, F: Prólogo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: *El chantaje*, PPU, Barcelona, 1995.

62 ROXIN, C.: *La evolución...*, *ob. cit.*, pp. 154 y ss.

63 STS, Sala 2ª, de 1.03.1996 (ROJ: STS 1322/1996; MP: José Antonio Martín Pallín). Doctrina asimismo seguida en STS, Sala 2ª, de 13.03.2013 (ROJ: STS 1885/2013; MP: Antonio del Moral García). En igual sentido, SSTC 56/2003, Sala 2ª, de 24.03.2003 (BOE núm. 91 de 16.04.2003; MP: Elisa Pérez Vera).

64 Sobre la admisibilidad desde el punto de vista constitucional del valor probatorio de la declaración de un coimputado contra otro coimputado, MUÑOZ CONDE, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 69-84. A favor de su carácter como prueba, aunque requiriendo, en todo caso, la corroboración, DÍAZ PITA, M.P.: *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 180 y ss.; y una amplia jurisprudencia recogida por FLORES PRADA, I.: *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputa-*

recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre todos los asistentes». A mayor abundamiento dice dicho Tribunal que «cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico». El TS viene a decir que «cuando un sujeto habla con otra persona, asume el riesgo de que sus palabras pueden ser grabadas». Para algunos autores⁶⁵, esto puede tener sentido cuando se hacen declaraciones en un lugar o en unas condiciones (bar, restaurante, calle, conferencia, etc.) en las que además del interlocutor pueden escuchar las palabras cualquier otra persona, pero no cuando se pronuncian en la intimidad y en relación directa con una persona o personas únicos destinatarios de las mismas, y mucho menos cuando se trata de conversaciones mantenidas con un profesional (abogado, médico, psicólogo). Finalmente, en cuanto al valor probatorio de las conversaciones privadas grabadas por uno de los intervinientes, el TS

afirma, por un lado, la admisibilidad como prueba de la grabación de la conversación obtenida sin consentimiento de uno de los intervinientes en la misma, pero lo niega por otro, al rechazar esta prueba por violar el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables⁶⁶. Lo que resulta en todo caso exigible es la proporcionalidad entre la entidad del delito de que se trate y la gravedad de la violación de la intimidad que implica la grabación con la que quiere probarse ese delito⁶⁷.

5.2. Grabación realizada por la víctima de un delito

Conforme a lo anteriormente expuesto, la STC 114/1984⁶⁸ trató de la validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, si bien no se trataba exactamente de un delito contra los intereses del que realizó la grabación, sino de una infracción laboral que motivó un despido, entendiéndose que «quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado», para declarar posteriormente, de forma un tanto contradictoria⁶⁹, que la penalización de las escuchas

dos, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 1-80. La doctrina que arranca de la STC 153/1997, Sala 2ª, de 29.09.1997 (BOE núm. 260 de 30.10.1997; MP: Fernando García-Mon y González-Regueral) ha supuesto un punto de inflexión hacia el reforzamiento de la efectividad de la garantía constitucional, pasando a exigir la corroboración de lo dicho por el coimputado y, más tarde, exigiendo que esa corroboración concierna a la participación del condenado y no meramente a la credibilidad del coimputado (SSTC 10/2007, Sala 1ª, de 15.01.2007 (BOE núm. 40 de 15.02.2007; MP: Manuel Aragón Reyes); y 277/2006, Sala 2ª, de 25.09.2006 (BOE núm. 256 de 26.10.2006; MP: Elisa Pérez Vera), entre otras. En este sentido, asimismo, SSTS, Sala 2ª, de 12.03.2014 (ROJ: STS 1112/2014; MP: Luciano Varela Castro); y 26.11.2013 (ROJ: STS 5828/2013; MP: Luciano Varela Castro).

65 MUÑOZ CONDE, F.: «Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», en *Revista penal*, núm. 14, 2004, p. 121.

66 En este sentido la STS, Sala 2ª, de 1.03.1996, *cit.*, afirma «no obstante y de manera clara y terminante la Sala sentenciadora acuerda rechazar la validez de la grabación pues si la hubiese admitido se desconocería el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación. (...) El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que si esta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales es nula de pleno derecho. La Sala sentenciadora de acuerdo con esta doctrina proclamada expresamente prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, se hicieron de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarlas como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar a y no confesarse culpable».

67 En este sentido y en relación con la intervención de comunicaciones, SSTC 184/2003, Pleno, de 23.10.2003 (BOE núm. 272 de 13.11.2003, MP: María Emilia Casas Baamonde); 205/2002, Sala 2ª, de 11.11.2002 (BOE núm. 286 de 29.11.2002; MP: Eugeni Gay Montalvo); y 167/2002, Pleno, de 18.09.2002 (BOE núm. 242 de 9.10.2002; MP: Vicente Conde Martín de Hijas), en las que se otorga el amparo por haberse infringido este principio de proporcionalidad

68 STC 114/1984, Sala 2ª, de 29.12.1984, *cit.* El TC después de varias consideraciones sobre si el problema debe ser enfocado como una lesión directa del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.3 CE, o como una vulneración del derecho también fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 del texto constitucional, y tras exponer la situación del tema en el derecho comparado, con alusiones al derecho anglosajón, francés e italiano, estima que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no fue violado y, por tanto, confirmó la validez del despido y de las sentencias de los tribunales laborales que lo habían confirmado.

69 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 259-260, mantiene que la grabación por parte de los interlocutores de una conversación o de un acto de la intimidad, sin el consentimiento del otro protagonista, constituye

ilegales que en aquel momento se acaba de introducir en el CP «se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada». Sin embargo, no se trata de si la grabación de una conversación por uno de los interlocutores sin consentimiento del otro integra el tipo del art. 197.2 CP, sino de si en algún caso, excepcionalmente, puede esta conducta quedar amparada por una causa de justificación, que tratándose de un particular puede ser el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho. Este puede ser el caso cuando el que graba pretende con la grabación defender sus legítimos derechos, sobre todo si está siendo víctima de un delito y con la grabación puede ayudar a la identificación del autor y a su castigo. En definitiva, el TC, aplicando el principio de proporcionalidad, considera que el tribunal laboral al valorar la prueba videográfica y declarar en base a ella procedente el despido, había «ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa había respetado en el presente caso el derecho a la intimidad del solicitante de amparo»⁷⁰.

En igual sentido el TS⁷¹ ve que la razón fundamental de admitir como prueba la grabación de una conversación privada por parte de uno de los interlocutores es que la persona que graba está siendo víctima de un

delito. A este respecto considera que el delito de escuchas ilegales no puede referirse a hechos en los que un ciudadano obtiene una fuente de prueba respecto de un delito grabando la conversación que mantiene con el autor del delito, entendiendo que «si hay obligación de denunciar los delitos de que un particular tiene conocimiento (arts. 259 y ss. LECRIM) ha de considerarse legítimo que el que vaya a denunciarlo se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto al delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito comportamiento (salvo el caso del llamado delito provocado), siempre que este medio sea constitucionalmente permitido y no integre, a su vez, una infracción criminal».

Pero la admisión como prueba de una captación videográfica que revela actos de la intimidad personal no solo es admisible cuando el que realiza la captación se trata de la víctima de un delito. Un caso interesante de este tipo lo ofrece el conocido como el «caso padre coraje»⁷², en el que el TS⁷³ anulando la sentencia dictada por la AP de Cádiz ordenó celebrar un nuevo juicio, con una consideración pro víctima que la propia sentencia denomina «sensibilidad probatoria», llegando a admitir «la práctica de esta prueba con posterioridad al escrito de calificación, siempre que exista una causa justificada para ello y no implique ni un fraude procesal ni un obstáculo al principio de contradicción». De todo ello se deriva que las escuchas o grabaciones videográficas llevadas a cabo por la víctima de un delito pueden

el delito de grabación escucha ilegal, siempre que se den los demás elementos que configuran la tipicidad de este delito.

70 La STC 186/2000, Sala 1ª, de 10.07.2000 (BOE núm. 192 de 11.08.2000; MP: Fernando Garrido Falla), vuelve a dar validez a la prueba videográfica aportada por la empresa en un proceso laboral de despido motivado porque, como atestiguaban las grabaciones realizadas, naturalmente sin previa comunicación a los trabajadores, «el actor realizó de forma reiterada maniobras en el cobro de artículos a los clientes del economato, sustrayendo diferentes cantidades de la caja. La investigación sobre las otras dos cajas puso de relieve irregularidades consistentes en que uno de los cajeros desprecintó en la caja unos calcetines y se los guardó, en tanto que otro de los cajeros desprecintaba en la caja y manipulaba prendas interiores femeninas, como consecuencia de una adicción fetichista reconocida por el autor de los hechos». El tema de si las empresas pueden controlar de un modo general datos de la intimidad de sus trabajadores, con la instalación de aparatos de grabación audiovisuales, o con el control de su correspondencia informática o incluso de su estado de salud, es bastante controvertido. Al respecto, MORALES GARCÍA, O: «La tutela penal de las comunicaciones laborales», en *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, núm. 54, octubre 2001, pp. 48 y ss.

71 STS, Sala 2ª, de 30.05.1995 (ROJ: STS 3077/1995; MP: Joaquín Delgado García).

72 Se trataba de un robo con homicidio durante el atraco a una gasolinera en el que murió el empleado como consecuencia de las más de 30 puñaladas que le infligieron los atracadores. Tras el correspondiente juicio oral la AP de Cádiz dictó sentencia absolutoria al no poder proclamarse la autoría de ninguno de los procesados. Sin embargo, el padre de la víctima había hecho por su cuenta sus propias investigaciones, y disfrazándose y conviviendo durante un cierto tiempo con personas del entorno de los que pudieron haber asesinado a su hijo, consiguió grabar algunas conversaciones con ellas en las que de forma indirecta se recogían rumores y se hacían alusiones personales y se daban nombres de posibles autores. No obstante, la Audiencia Provincial consideró que no debía admitir estas grabaciones como prueba, no ya sólo por su endeble contenido material probatorio, pues sólo recogían rumores y conversaciones en las que no se constata la autoría de nadie, sino «por las reservas y objeciones formales que a las mismas pudieran formularse (no fueran aportadas en sede de instrucción, ni tan siquiera antes de procederse al inicio de las sesiones y carecen de garantías de integridad y autenticidad)».

73 STS, Sala 2ª, de 6.07.2000 (ROJ: STS 5581/2000; MP: Cándido Conde-Pumpido Touron).

ser utilizadas como pruebas, siempre que después sea comprobada su autenticidad y sean incorporadas al juicio oral, para ser sometidas a contradicción y a la valoración del juzgador. En este ámbito deben admitirse y valorarse en su caso como prueba también las grabaciones que puedan realizar detectives privados, encargados por un particular de investigar a quien pueda estar cometiendo algún delito en contra de sus intereses⁷⁴.

En definitiva, la grabación de las palabras de los autores de un delito realizada por la víctima con el propósito de su posterior revelación, no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente⁷⁵, ya que no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos⁷⁶. El secreto no puede referirse a hechos en que un ciudadano obtiene una fuente de prueba respecto de un delito basado en la conversación que mantiene con el presunto autor si hay obligación de denunciar los delitos tal y como disponen los arts. 259 y ss. LECRIM. Por tanto, ha de considerarse legítimo que el denunciante se provea de algún medio de acreditar el objeto de su denuncia, incluso aunque ello sea ocultando el medio utilizado respecto del delincuente a quien se desea sorprender en su ilícito comportamiento, salvo el caso del llamado delito provocado, siempre que el medio sea constitucionalmente lícito y no integre, a su vez, una infracción criminal. Así las cosas, en principio, puede afirmarse la aptitud probatoria del contenido de la grabación, sin perjuicio, claro está, de la valoración que pueda concedérsele al mismo y en particular, en relación sobre su autenticidad o sobre el valor incriminatorio de la conversación grabada⁷⁷.

6. La incorporación a los autos de la filmación videográfica

A la vista de lo dispuesto en el art. 26 CP se debe considerar documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Su admisibilidad probatoria se consagra en los arts. 299.2º, 382 y 383 LEC, que consideran documentos las

imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de grabación y/o filmación u otros semejantes, advirtiéndose que deberán valorarse con arreglo a los criterios de la sana crítica. Esta misma conclusión sirve para acreditar su valor probatorio en el procedimiento penal⁷⁸. Ahora bien, la admisión de esta prueba documental no obvia a que el juez pueda adoptar las medidas que considere convenientes con el fin de minimizar, en su caso, la afectación de los derechos a la intimidad y a la imagen de las personas que fueron objeto de grabación, de modo especial aquellas que no objeto de acusación. Habrá de valorar, por tanto, la posibilidad de su reproducción a puerta cerrada o de pixelación de los rostros con el fin de impedir, si esta resultara innecesaria, su identificación. La incorporación al proceso penal de la grabación efectuada deberá efectuarse bajo el control de la autoridad judicial, enunciado éste que engloba las siguientes garantías:

6.1. Control de legitimidad

Este control implica el que el juez instructor supervise que la captación de las imágenes, se efectuó con el debido respeto a la intimidad personal y a la inviolabilidad domiciliaria, pues si la filmación merece un juicio desfavorable notoriamente a la luz de los citados derechos fundamentales, debería negarse la incorporación a los autos de la filmación ex art. 11 LOPJ. El TS⁷⁹ ha aceptado la validez como prueba de las grabaciones videográficas realizadas por medios de comunicación, aunque en su ejecución no existiera, por razones evidentes, ningún control judicial y aunque sean parciales respecto a la totalidad de los hechos ocurridos.

6.2. Plazo para su incorporación

La comunicación y puesta a disposición judicial del material videográfico deberá tener lugar en términos relativamente breves, puesto que cuanto más rápida sea la aportación mayor es la garantía en favor de su autenticidad, en detrimento de su posible manipulación. No obstante, aunque efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto

74 STS, Sala 4ª, de 28.10.2003 (ROJ: STS 6684/2003; MP: Gonzalo Moliner Tamborero).

75 STS, Sala 2ª, de 27.02.2002 (ROJ: STS 1386/2002; MP: Enrique Abad Fernández)

76 SSTS, Sala 2ª, de STS, Sala 2ª, de 27.02.2002, *cit.*; 17.06.1999 (ROJ: STS 4300/1999; MP: Carlos Granados Pérez); y 11.05.1994 (ROJ: STS 3516/1994; MP: Enrique Bacigalupo Zapater).

77 SSTS, Sala 2ª, de 1.06.2001 (ROJ: STS 4607/2001; MP: José Jiménez Villarejo); 18.10.98 (ROJ: STS 5976/1998; MP: José Antonio Marañón Chavarrí); y 27.11.97 (ROJ: STS 7177/1997; ROJ: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

78 STS, Sala 2ª, de 13.09.2002 (ROJ: STS 5850/2002; MP: Eduardo Moner Muñoz).

79 STS, Sala 2ª, de 19.01.2005, *cit.*

antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones⁸⁰. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le cumple de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley⁸¹, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas⁸². Lo que desde luego resulta impropio es que las cintas originales, en su integridad, no se presenten en la fase sumarial y sean luego aportadas como prueba documental y en el propio acto del juicio oral por el Ministerio Fiscal, pues ello habría impedido a la defensa la posibilidad de conocer el material videográfico para una eficaz contradicción en el plenario y su eventual admisión produciría evidente indefensión⁸³.

6.3. Autenticidad de las grabaciones

Supuesta la legitimidad de la filmación y su regular incorporación a los autos, es cuestión prioritaria a su eficacia probatoria el control de su autenticidad, para evitar su eventual manipulación mediante alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico.

Que un testigo pueda mentir no significa que haya de desecharse por principio la prueba testifical. Que un documento pueda ser alterado, tampoco descalifica a priori ese medio probatorio. Por iguales razones, que una grabación pueda ser objeto de manipulación no obsta a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse *in casu* y le merece fiabilidad, o no. Entra dentro de las facultades de la defensa solicitar una prueba pericial sobre tal punto. El TS⁸⁴ subordina su eficacia probatoria a la concurrencia de un plus de credibilidad, integrado ya por la prueba pericial cuando resulte controvertida la autenticidad del material videográfico aportado a los autos, ya a través de la prueba testifical en cuanto que precisa la corroboración del testimonio del sujeto que controla la filmación, compareciendo en el acto del juicio oral. En todo caso, la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a su visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad⁸⁵. Finalmente, la prueba videográfica será valorada libremente por el Tribunal sentenciador, conforme al art. 741 LECRIM en conjunción con las restantes pruebas practicadas en el plenario⁸⁶.

6.4. Integridad de las grabaciones

En lo que se refiere a la integridad de la grabación, es cierto que en algunas sentencias se ha exigido que lo grabado se remita en su totalidad. Especialmente se exige cuando se trate de grabaciones efectuadas por la Policía en su investigación que, es claro, debe ser comunicada en su totalidad al Juez. Sin embargo, no se trata de una exigencia meramente formal, sino que se justifica en el sentido de garantizar a la defensa la posibilidad de utilizar todo el contenido de la grabación para sostener una interpretación y valoración distinta

80 SENES MONTILLA, C.: «Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, T. XII, CGPJ, 1996, p. 288, apunta la posibilidad de que exista una cierta flexibilidad judicial en la inmediata incorporación a los autos de las cintas de vídeo, cuando la identificación de los responsables criminales aconsejara la aplicación a las imágenes de «técnicas de ampliación o clarificación» de las mismas sin alteración de su contenido.

81 Art. 295 LECRIM.

82 SSTS, Sala 2ª, de 5.06.2013 (ROJ: STS 2936/2013; MP: Francisco Monteverde Ferrer); y 12.01.2011 (ROJ: STS 167/2011; MP: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar).

83 En este sentido CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «La prueba videográfica en el proceso penal: Validez y límites», en *Poder Judicial*, núm. 38, CGPJ, 1995, p. 69.

84 STS, Sala 2ª, de 30.11.1992 (ROJ: STS 8763/1992; MP: Ramón Montero Fernández-Cid).

85 SSTS, Sala 2ª, de 30.01.1999 (ROJ: STS 503/1999; MP: Eduardo Moner Muñoz); y 17.07.1998 (ROJ: STS 4822/1998; Eduardo Moner Muñoz).

86 SSTS, Sala 2ª, de 27.02.1996 (ROJ: STS 1220/1996; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); y 4.11.1994 (ROJ: STS 7144/1994; MP: Joaquín Delgado García).

de lo grabado, lo cual debe ponerse en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales la grabación puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio.

Asimismo debe ser la autoridad judicial la que seleccione de modo contradictorio los planos y secuencias que resulten relevantes para reconstruir el hecho⁸⁷, mediante su exhibición en el acto del juicio siguiendo la pauta del art. 726 LECRIM sobre el examen directo por parte del tribunal de documentos y piezas de convicción. Que el documento se halle completo, en toda su duración, permite a las partes acceder a la prueba para obtener elementos de cargo y de descargo. Cuando la selección se hace de manera unilateral por los investigadores policiales, sin mediación judicial ni intervención de las partes, se está privando a las defensas de la posibilidad de contextualizar las imágenes incriminatorias en el relato filmico. La elección de planos o imágenes no es una diligencia neutral, depende de la hipótesis de partida del observador. Cualquier tarea de síntesis o de cita es una forma de manipulación del documento, porque otorga sentido y puede alterar la narración, de ahí que deba realizarse con posibilidad de actuación de la defensa. También en este momento de práctica de la diligencia de instrucción de visionado contradictorio y selección de imágenes y secuencias, es cuando las partes pueden solicitar pericias para establecer la autenticidad de la grabación o la identidad de las personas registradas en el documento.

Entiende la jurisprudencia del TS⁸⁸ que debe asimilarse el tratamiento de las filmaciones videográficas a la de las grabaciones de sonido que contienen las conversaciones telefónicas. Es importante destacar, a partir de esa pauta, que respecto a las escuchas telefónicas, si hay un proceso de selección de las conversaciones relevantes para la prueba de cargo y de descargo, nunca un diálogo, al margen de su extensión, es objeto de selección, fragmentación o síntesis, se aporta íntegra la comunicación y se escucha en el juicio. Palabras o frases sueltas, descontextualizadas, pueden llevar al observador a error con suma facilidad. Es un parámetro

de comparación para analizar el valor de la presentación de fotos fijas extraídas de una filmación en función, exclusivamente, de los intereses del encargado de la persecución. Porque pueden provocar el mismo sesgo y desnaturalizar el relato. La importancia de la elección de unas imágenes y del descarte de otras no puede considerarse un tema menor, pues esas decisiones configuran la realidad que se muestra o que se trata de reflejar. No es una actividad neutral, como pareciera al tratarse de fotos o filmaciones de hechos acaecidos. La misma determinación de lo que entra en el cuadro y lo que se deja fuera influye en la reconstrucción de la realidad. La interposición judicial, con la contradicción de las partes, método imprescindible de configuración y presentación de los medios de prueba, garantiza un mínimo de imparcialidad y objetividad, de eliminación, al menos, de groseros sesgos subjetivos, porque de lo contrario el investigador se dejará llevar por la pulsión de confirmar su hipótesis sobre lo ocurrido.

7. Declaración testifical de las personas que efectúan la grabación

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. Este requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En tal caso es necesario extremar el rigor de las medidas de control de la filmación así obtenida, en tanto que en este supuesto, la prueba vendrá constituida exclusivamente por las imágenes que contenga la película, sin posibilidad de

87 STS, Sala 2ª, de 19.05.1999 (ROJ: STS 3473/1999; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo): La sentencia objeto de casación condenó por un delito de robo con intimidación. La prueba consistió en fotogramas extraídos por la policía de una grabación de vídeo, sin que se visionara la filmación ni declararan los policías que habían positivado las imágenes. La sentencia fue casada por absoluta falta de control judicial en la gestación y obtención de la prueba, ya que no fue la autoridad judicial la que había seleccionado las imágenes sino la policía y, además, no se permitió la contradicción en el proceso de obtención de los fotogramas que se llevaron al cuadro probatorio. La STS, Sala 2ª, de 17.07.1998 (ROJ: STS 4822/1998; MP: Eduardo Moner Muñoz), se ocupa de un caso de asesinato intentado: las imágenes de la agresión fueron tomadas por un operador de cámara de televisión que entregó la grabación íntegra, se le recibió declaración para autenticar la filmación, el juez seleccionó los pasajes que se incorporaron a la prueba y se realizó una pericia para acreditar la integridad del documento. La STS 157/1999, una investigación sobre venta de drogas con grabación de escenas por parte de la policía: se entregó el soporte original íntegro y el juez acotó las secuencias que interesaban.

88 SSTS, Sala 2ª, de 5.06.2013, *cit.*; y 17.03.2003, *cit.*

ser complementadas y confirmadas por la declaración personal del inexistente operador. Por esta misma razón la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad, exigiendo la doctrina jurisprudencial⁸⁹ que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales.

Se hace necesario asimismo determinar la pertinencia o no de la prueba testifical de que quienes están en el origen de la grabación mediante cámara oculta, en el caso de que esta grabación sea inadmitida por considerarse ilícita atendidas las circunstancias del caso. Se trataría así de impedir que una prueba inicialmente ilícita pueda ser convalidada con la declaración testifical de los periodistas que obtuvieron la grabación de modo subrepticio. Es indudable que en aquellas ocasiones en que la prueba de unos hechos ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, los efectos contaminantes de esa infracción se proyectan respecto de aquellas otras pruebas conectadas antijurídicamente con la fuente probatoria irregularmente obtenida. Así se desprende del art. 11 LOPJ y así ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional⁹⁰ y del TS⁹¹, conforme a la cual la transferencia del carácter ilícito de las pruebas originales a las derivadas, se produce en virtud de la existencia de una conexión de antijuridicidad cuya presencia resulta del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo, como desde una perspectiva externa, a saber, de las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad de este derecho. De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad.

De acuerdo con esta doctrina, por ejemplo, la propuesta como testigos de aquellos policías que escucharon una conversación captada mediante interceptación de las comunicaciones declarada nula, habría de ser

siempre rechazada, a la vista de la indudable conexión causal entre una y otra fuente de prueba. Lo mismo podría decirse respecto de una propuesta probatoria que pretendiera, con el fin de acreditar la aprehensión de droga, oír en declaración a los agentes que participaron en el registro de la vivienda, luego declarado nulo por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En ambos casos, la declaración de impertinencia de la propuesta probatoria resultaría obligada.

En la interceptación telefónica, el mismo acto vulnerador del derecho al secreto de las comunicaciones es el que ha servido de información a los agentes. Su rehabilitación como fuente de prueba por la vía indirecta del testimonio de los policías chocaría de lleno con el mandato prohibitivo del art. 11 LOPJ. Lo mismo puede decirse del ejemplo referido a la droga aprehendida con vulneración del estándar constitucional de protección del domicilio. La existencia de la droga tiene su origen en un acto ilegítimo de injerencia que no puede producir efectos jurídicos, ni directa ni indirectamente. Es decir, los agentes de policía no podrían contar lo que vieron y hallaron en el domicilio del investigado porque el acto vulnerador de los derechos fundamentales es precisamente el acceso al inmueble. Por la misma razón, tampoco podrían los agentes narrar lo que escucharon en unas conversaciones ilegalmente intervenidas, pues el acto ilegal ha sido precisamente la injustificada interceptación de esos diálogos.

Ahora bien, hemos de tener presente que la doctrina constitucional sitúa el acto vulnerador no en la obtención de las imágenes mediante cámara oculta, sino en su difusión pública, contraviniendo así la expectativa de privacidad de aquel cuyas imágenes han sido subrepticamente grabadas. Los detalles que el testigo puede ofrecer de la conversación mantenida con un tercero no han sido obtenidos mediante la cámara oculta. Son el resultado de su propia percepción, sin que exista interferencia alguna entre lo oído y lo grabado. Sólo cuando se procede de forma interesada a una difusión innecesaria e injustificada, nace el acto vulnerador de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

89 STS, Sala 2ª, de 17.06.1998 (ROJ: STS 4023/1998; MP: Eduardo Moner Muñoz).

90 SSTC 8/2000, Sala 1ª, de 17.01.2000 (BOE núm. 42 de 18.02.2000; MP: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera); 171/1999, Sala 2ª, de 27.09.1999 (BOE núm. 263 de 3.11.1999; MP: arles Viver Pi-Sunyer); 121/1998, de 15.06.1998 (BOE núm. 170 de 17.07.1998; MP: Tomás S. Vives Antón); 49/1996, Sala 2ª, de 26.03.1996 (BOE núm. 102 de 27 de abril de 1996; MP: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera); y 86/1995, Sala 1ª, de 6.06.1995 (BOE núm. 162 de 8.07.1995; MP: Vicente Gimeno Sendra), entre otras muchas.

91 SSTS, Sala 2ª, de 28.10.2013 (ROJ: STS 5249/2013; MP: Manuel Marchena Gómez); 7.03.2011 (ROJ: STS 2294/2011; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo); y 10.06.2010 (ROJ: STS 3562/2010; MP: Julián Artemio Sánchez Melgar).

8. Conclusiones

1. El TC parece haber establecido una prohibición constitucional absoluta de utilización de la cámara oculta por su alta capacidad invasiva en los derechos a la intimidad personal y a la imagen. Para el TC ni la veracidad del contenido del reportaje periodístico, ni la relevancia pública de la información, son factores relevantes para descartar una vulneración de dichos derechos de la personalidad. Afirma que la no prevalencia de la libertad de información deriva no porque el método utilizado no fuera ni necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, ni por la relevancia pública de lo investigado —factores propios del test de ponderación—, sino porque, en todo caso, lo que «está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo». En definitiva, en atención a las circunstancias concurrentes, el fin de transmitir información veraz no justifica el uso de la cámara oculta en un ámbito de carácter reservado e íntimo.

2. El TS somete la utilización de la cámara oculta a un riguroso test de imprescindibilidad o necesidad pero no fundamenta su decisión en una prohibición absoluta de utilización de dicho método en la actividad periodística, de raigambre constitucional. En este sentido entiende que la jurisprudencia sentada por el TC trata de la confrontación del derecho a la información con el derecho a la intimidad y a la propia imagen del incorrectamente entrevistado y filmado. Pero tales resoluciones no abordan la cuestión de la posible vulneración del derecho a la intimidad personal individualmente considerado, sino de manera tangencial, a modo de apéndice del derecho a la privacidad de que gozan las personas, especialmente cuando su imagen y palabras aparecen subrepticamente grabadas en un contexto profesional por alguien que no se presenta con su verdadera identidad.

3. El art. 18.3 de la CE no garantiza el mantenimiento del secreto de lo que un ciudadano comunica a otro. La cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación realizada por uno de sus intervinientes sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representan 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. El contenido de la conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de

los asistentes recuerda fielmente lo conversado o mediante la entrega del soporte que recogía textualmente, con mayor o menor calidad, el intercambio de palabras entre todos los asistentes. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico.

4. Las grabaciones realizadas por particulares en el ámbito de las relaciones privadas que, por tanto, suponen una injerencia en la intimidad de otros particulares, no tienen una regulación legal específica y deben ser, por tanto, valoradas en cada caso concreto de acuerdo con los intereses en conflicto. La doctrina considera de manera unánime que son legítimas las grabaciones de imagen y sonido obtenidas por particulares, especialmente cuando quien las obtiene es la víctima de la infracción. La admisibilidad de las grabaciones realizadas por la víctima encuentra fundamento en la doctrina sentada por la STC 114/1984, que excluye la vulneración del derecho a la intimidad si la conversación grabada carece de contenido objetivamente íntimo, exigencia que en todo caso no concurriría si la conversación versa sobre la comisión de un delito. Ahora bien, desde la perspectiva de la protección del derecho a la intimidad, ciertamente, no se puede menospreciar el interés del titular del derecho en controlar quién puede grabar su palabra o sus imágenes o ante quién puede ser reproducida su voz o imagen. Todo ello, dentro de la apreciación del carácter dinámico de la noción jurídica de intimidad cuya extensión será determinada por cada sociedad y momento histórico. En definitiva, cuando la injerencia en el ámbito de la intimidad de una persona es imputable a un particular, la reserva de jurisdicción se hace efectiva en el momento de la divulgación mediante su incorporación al proceso, que ha de estar sometida a un estricto juicio de ponderación de los intereses en juego considerando, por un lado, la gravedad del hecho y los intereses vinculados a su esclarecimiento y, por otro, la afectación del ámbito material de intimidad, atendiendo al carácter ocasional o permanente de la vigilancia, su duración, la utilización del engaño o el recurso a otros medios ilícitos.

5. La grabación videográfica realizada con cámara oculta puede ser considerada como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio que recoge la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado, pero su eficacia probatoria está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral. Es decir, la grabación en sí misma no es prue-

ba, si no es exhibida en el juicio oral y analizada por las partes de acuerdo con los principios de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad, que son los que le dan su verdadero carácter de prueba. Deberá ser el Juez de Instrucción quien disponga la positivación de los fotogramas, y seleccione los que debían ser extraídos de la película para su incorporación a las actuaciones. No es suficiente la mera constatación videográfica como medio de prueba si la misma no pasa por todos los controles procesales de validez que la convierten en verdadera prueba. Esta es la diferencia principal entre lo que puede ser un dato útil para una investigación policial y lo que después puede ser utilizado como medio de prueba. El Estado de Derecho impone unos límites y unas garantías, no bastando, por tanto, ni la buena fe de los investigadores, ni la constatación material de unos hechos, si éstos no pasan luego por el tamiz mucho más estricto de la contradicción e intermediación en el juicio oral. La independencia del Tribunal sentenciador que, salvo algunos casos excepcionales de prueba preconstituida, debe obtener su convicción de las pruebas presentadas y practicadas en el juicio oral, se manifiesta cuando sólo a partir de las pruebas presentadas en juicio puede formar libremente la convicción a la que se refiere el art. 746 LECRIM. Es decir, para valorar libremente una prueba lo primero y principal es tener una prueba que valorar.

6. La jurisprudencia constitucional no permite afirmar que la utilización de una cámara oculta conlleve, siempre y en todo caso, una vulneración de los principios y derechos que convergen en el proceso penal. La conclusión acerca de la licitud o exclusión de esa prueba sólo puede ser el desenlace lógico de un riguroso juicio de ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad. Sólo entonces, después de hacer explícitas las razones y criterios que han presidido la tarea ponderativa, se estará en condiciones de proclamar la legitimidad del sacrificio de aquellos derechos o, por el contrario, su exclusión como fuente de prueba por su irreparable ilicitud. Son perfectamente imaginables supuestos en los que esas imágenes, por su propio contenido, por el lugar en el que han sido captadas, por el contexto en el que se ha desarrollado la entrevista, por el papel asumido por sus protagonistas y, en fin, por la escasa gravedad del hecho cuya prueba se pretende garantizar, puedan justificar su rechazo. Sin embargo, no faltarán otros en los que el examen en el proceso penal de esas imágenes grabadas, con el consiguiente sacrificio del derecho a

la intimidad del interlocutor, estará más que justificado. Optar por una u otra solución y motivar las razones que explican la decisión jurisdiccional es una exigencia de nuestro sistema constitucional.

9. Bibliografía

- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «La prueba videográfica en el proceso penal: Validez y límites», en *Poder Judicial*, núm. 38, CGPJ, 1995, pp. 47-78
- CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H.: «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1994, pp. 31-69.
- DEL RIEGO, C.: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de cámaras ocultas», en *Diario La Ley*, núm. 7814, 8 marzo 2012.
- DÍAZ PITA, M.P.: *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA DE GABIOLA, J.: «Cámaras ocultas: El derecho a la información vs. los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen», en *Economist & Jurist*, núm. 70, 2003, pp. 34-43.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Ramón Calderón y la cámara oculta», en periódico *El Mundo*, 18.07.2012, p. 17.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «La prohibición constitucional del uso de cámaras ocultas en el marco del denominado periodismo de investigación», en *Derecom*, núm. 10, Nueva Época, junio-agosto, 2012, pp. 1-17.
- LORES PRADA, I.: *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998.
- MIRANDA ESTRAMPES, M.: «Legitimidad del empleo de sistemas de captación de la imagen y el sonido y su relación con los derechos a la intimidad y a la propia imagen», en *Diario La Ley*, núm. 7.674, 2011.
- MORALES GARCÍA, O.: «La tutela penal de las comunicaciones laborales», en *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, núm. 54, octubre 2001, pp. 48-55.
- MUÑOZ CONDE, F.: «Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal», en *Revista penal*, núm. 14, 2004, pp. 96-123.
- MUÑOZ CONDE, F.: *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F.: Prólogo a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: *El chantaje*, PPU, Barcelona, 1995.

- NARANJO DE LA CRUZ, R.: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- PASCUAL MEDRANO, A.: «La captación subrepticia y difusión pública de imágenes de las personas en el ámbito periodístico: las cámaras ocultas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2012, p. 8.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Derecho sobre la propia imagen, captada por cámara oculta para difusión en reportaje televisivo de investigación. Comentario a la STS 30 junio 2009», en *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, núm. 83, mayo-agosto, 2010, pp. 923-947.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la publicación de un reportaje con utilización de una cámara oculta», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero/diciembre 2012, pp. 239-271.
- ROXIN, C.: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. Gómez Rivero y García-Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SAIZ ARNAIZ, A.: «La obtención de la información. Cámara oculta, buena fe y ética periodística», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 838, 2012, p. 3.
- SENES MONTILLA, C.: «Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, T. XII, CGPJ, 1996, pp. 267-320.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: «Validez de la prueba obtenida mediante cámara oculta: ¿cambio de paradigma?», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 177, octubre 2012, pp. 36-39.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.