



# El derecho a la intimidad

## Nuevos y viejos debates

**Director**

**JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA**

**Coordinadores**

**JUAN DIEGO SALON PIEDRA**

**FREDY VALENZUELA YLIZARBE**



**EL DERECHO A LA INTIMIDAD:  
NUEVOS Y VIEJOS DEBATES**



EL DERECHO A LA INTIMIDAD:  
NUEVOS Y VIEJOS DEBATES

DIRECTOR

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

COORDINADORES

JUAN DIEGO SALON PIEDRA  
FREDY VALENZUELA YLIZARBE

DYKINSON

2017

© 2017 Autores

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9148-070-9  
D.L.: M-1450-2017

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/24016>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## ÍNDICE

Presentación .....	9
I. El derecho a la intimidad	
1. La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la Lecrim (LO 13/15): Juan José López Ortega .....	15
2. Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas: Manuel Alejandro Donato Ramírez .....	49
II. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional y convencional: el Tribunal Constitucional español, el Tribunal Europeo de Derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos	
3. El derecho a la intimidad en la Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos: Alejandro Jiménez Pérez .....	101
4. La intimidad como parte de la dignidad del ser humano en el Convenio europeo de derechos humanos y la Convención americana de derechos humanos: Juan Diego Salom Piedra .....	115
III. El derecho a la intimidad y la investigación penal	
5. El derecho a la intimidad y la investigación penal: una ponderación de derechos: Carlos Patricio Serrano .....	131
6. El derecho a la intimidad como límite de las intervenciones corporales en el marco del proceso penal: Fredy Valenzuela Ylizarbe ...	149

7. Las intervenciones corporales, la intimidad y otros derechos: especial referencia a las diligencias de cacheo: Gerson W. Camarena Aliaga / Ana Lucía Heredia Muñoz .....	165
IV. El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías	
8. El derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías de comunicación e información: Zoila Macavilca Román .....	181
9. El derecho a la intimidad y el nuevo delito de <i>sexting</i> : Miriam Sánchez Sánchez .....	193
10. El derecho a la intimidad y la amenaza del terrorismo: una nueva configuración de la intimidad y su regulación: Carmen González Vaz .....	209
Los autores .....	225

## PRESENTACIÓN

Si bien existe, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, un amplio desarrollo sobre el derecho a la intimidad y su relación con el proceso penal, cierto es que aún no existe uniformidad en cuanto a sus alcances, lo que se debe en gran parte a las nuevas modalidades de investigación del delito y, desde luego, al constante cambio de la sociedad. Ello justifica, en buena cuenta, que se siga analizando, desde diferentes perspectivas el alcance y vigencia del derecho a la intimidad.

Dentro de este contexto, hemos considerado conveniente abordar en la presente publicación cuál es el estado de la cuestión de este derecho y los problemas que viene presentando en España, teniendo en consideración, como más adelante lo precisaremos, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y Supremo de España, así como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde luego, no pretendemos brindar una respuesta definitiva, que por lo demás no es posible, sino únicamente contribuir en alguna medida con el debate sobre esta materia.

La presente publicación está estructurada en cuatro capítulos: en el primer capítulo se abordan principalmente las cuestiones generales del derecho a la intimidad; en el segundo capítulo se analiza el derecho a la intimidad preferentemente desde la jurisprudencia constitucional y convencional; en el tercer capítulo se estudia el derecho a la intimidad y sus implicancias dentro del proceso penal; y, finalmente, en el cuarto capítulo abordamos el derecho a la intimidad a la luz de las nuevas tecnologías.

El primer capítulo está compuesto por dos artículos: de un lado, la utilización de los medios técnicos de observación y vigilancia en la LECRIM (LO 13/2015), que si bien no es en estricto un análisis de la parte general del derecho a la intimidad, atendiendo a su actualidad e importancia, hemos convenido en ubicarlo en el primer lugar.

En efecto, en este artículo se analiza la incorporación a la legislación procesal española, a propósito de la Ley Orgánica 13/2015, de tres nuevas diligencias de investigación basadas en la utilización de medios técnicos de observación y vigilancia: la grabación de las comunicaciones orales directas, la captación de la imagen con fines investigadores y la utilización de dispositivos de localización y seguimiento.

Además, se examina las consecuencias que para el proceso penal tiene incorporar la noción de intimidad informativa, así también se aborda la descripción del régimen jurídico de cada uno de estos medios de investigación, cuya regulación incorpora la LECRIM, y se hace referencia a los derechos que, como manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, se reconocen al investigado y a los terceros afectados por los sistemas de vigilancia.

De otro lado, en el segundo artículo, denominado *Sobre el derecho fundamental a la intimidad. Breves reflexiones jurídicas*, se estudia, primero, las reglas óntico-deónticas inscritas en el marco convencional internacional y constitucional, para luego analizar los límites del derecho fundamental a la intimidad a partir de su contenido esencial.

Por otro lado, se enumeran mecanismos de protección del derecho fundamental a la intimidad y los principios y garantías que rigen su intervención, como, por ejemplo, que se deben sujetar a las exigencias del principio de legalidad, que funciona como una limitación objetiva para el Estado; también el mandato de objetividad jurídica, el mandato de certeza jurídica, la garantía de jurisdiccionalidad como mecanismo de protección ante la intervención del derecho fundamental a la intimidad y los juicios de proporcionalidad con la ponderación como directriz en la intervención del derecho fundamental a la intimidad.

El segundo capítulo está compuesto, del mismo modo, por dos artículos: el primer artículo, cuyo nombre es *El derecho a la intimidad en la Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos*, está enfocado en el análisis de la intimidad desde la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional español como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera que se verá los alcances que el primer órgano le ha otorgado a la intimidad corporal (art. 18.1 CE), así como a la investigación basada en el perfil genético y la inviolabilidad de domicilio (18.2 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y, por último, la protección frente al uso de la informática (art. 18.4 CE).

Posteriormente, en el segundo artículo, nombrado como *La intimidad como parte de la dignidad del ser humano en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos*, de forma breve se estudia la normativización constitucional del derecho a la intimidad en España y Costa Rica y la regulación convencional dada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos; finalizando con una serie de ejemplos prácticos de cómo se protege a este derecho fundamental en ambos países.

El tercer capítulo está integrado por tres artículos. Primero, en el artículo *El derecho a la intimidad y la investigación penal: una ponderación de derechos*, se realiza, como su propio nombre lo indica, una ponderación de derechos dentro del marco de una sociedad de la información.

En efecto, se plantea cómo debe aplicarse el principio de proporcionalidad para evitar que la injerencia en el derecho a la intimidad sea arbitraria. Para ello, se tiene en consideración el modo en que ha sido analizado este principio en la jurisprudencia nacional y supranacional. Desde luego, el principio de proporcionalidad será de suma utilidad en aquellos casos en los que el procesado no consienta la injerencia en su derecho a la intimidad.

En el artículo *El derecho a la intimidad como límite a las intervenciones corporales en el marco del proceso penal* se comienza con el estudio de la constitucionalización del proceso penal, que sirve como punto de partida para entender que debe existir una correspondencia entre la legislación ordinaria, la Constitución, los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos. El análisis de ese apartado permite, luego, que se establezca que los derechos fundamentales funcionan como un límite infranqueable frente a la búsqueda de la verdad en el proceso penal.

Establecido este marco general, se realiza un breve alcance sobre el derecho fundamental a la intimidad y las intervenciones corporales, a efectos de definir de qué modo se entrelazan y cuándo una intervención corporal resulta legítima. Efectivamente, partiendo de la pregunta: ¿se puede practicar la intervención corporal aun en contra de la voluntad del sujeto?, cuya respuesta en doctrina mayoritaria, salvo alguna excepción, es afirmativa, se pasa a desarrollar los requisitos que legitiman tal intervención: finalidad constitucionalmente legítima, principio de legalidad y el principio de proporcionalidad.

En el tercer artículo, que ha sido intitulado como *Las intervenciones corporales, la intimidad y otros derechos: especial referencia a las diligencias de cacheo*, comienza por definir a las intervenciones corporales, las que pueden ser concebidas como medidas restrictivas de derechos fundamentales que, en concreto, constituyen injerencias sobre el cuerpo de las personas que se practican con el fin de descubrir elementos o datos que permitan esclarecer unos hechos de naturaleza delictiva (cómo acontecieron y quienes participaron) que vienen siendo investigados a nivel preliminar-policial o judicial.

Luego se afirma que estas injerencias serán legítimas siempre que dichas medidas se practiquen cumpliendo determinados requisitos y procedimientos. Respecto a la diligencia del cacheo, observaremos que no existe

propriadamente un marco legal que establezca el concepto o presupuestos para la adopción de la medida; no obstante, el Tribunal Supremo, asumiendo criterios genéricos para la práctica de cualquier medida limitativa de derechos, establece unos específicos para la diligencia específica del cacheo.

De este modo, si la diligencia del cacheo supone *per se* la injerencia a varios derechos fundamentales (la intimidad, la libertad, la presunción de inocencia, entre otros), el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos –por ley o jurisprudencialmente– harán legítimas dichas injerencias en un caso en concreto; por lo que podrá ser utilizada en el proceso penal como un medio de prueba, pudiendo incluso, una vez debatida en juicio oral, determinar la emisión de una sentencia condenatoria si fuere el caso.

Dentro del cuarto y último capítulo, cuyo nombre es *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías*, está compuesto por tres artículos. El primero de ellos es intitulado *El derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías*, y analiza la evolución que han sufrido las nuevas tecnologías y, consecuentemente, las implicancias que ello tiene en el derecho a la intimidad, el cual naturalmente debe sufrir una reinterpretación a la luz del mencionado avance tecnológico.

Además, se analiza el modo en que debe mantenerse a la intimidad libre de intromisiones desde la Internet, por ejemplo; de ahí que exista un derecho al anonimato como una manifestación del derecho a la intimidad, a través del cual la persona autodetermina qué aspectos de su vida deben estar en la Internet. Finalmente, este artículo concluye analizando la protección penal que se le brinda al derecho a la intimidad, es decir, la afectación de este derecho puede desencadenar la realización de un proceso penal para sancionar al infractor.

En el segundo artículo de este último capítulo se desarrolla: *Sexting: un nuevo delito en el CP*, partiendo del análisis de la intimidad como un derecho fundamental y la compleja delimitación de su contenido. Y es que este derecho tiene una doble vertiente: una positiva, que pone el acento en el poder de control sobre la información que atañe a uno mismo y otra negativa, relativa a la capacidad de excluir a terceros de aquellos ámbitos que el sujeto considera reservados o secretos. Asimismo, se analiza cómo funciona o cuáles son los alcances actualmente la intimidad en la era de internet y las redes sociales. Teniendo ello en consideración, se requiere regular el *sexting* como un nuevo delito contra la intimidad.

El último artículo no solo de este capítulo, sino del libro se titula: *El dere-*

*cho a la intimidad y la amenaza del terrorismo: una nueva configuración de la intimidad y su regulación*, en el cual se comienza desarrollando el contexto actual del terrorismo internacional y cómo, a partir de ello, el Derecho se ha visto en la necesidad de enfrentar esta situación, incluso llegando a realizar modificaciones normativas.

Desde luego, la concepción del derecho a la intimidad ha cambiado a partir del ataque terrorista del 11 de setiembre y ello ha llevado a que tanto a nivel nacional como internacional se realicen modificaciones legislativas para enfrentar esta nueva criminalidad de manera eficaz y eficiente. En buena cuenta se pone en contraposición la lucha contra el terrorismo, de un lado, y el respeto de los derechos fundamentales en general y el de la intimidad en concreto, de otro. Eficacia vs. garantismo.

Esperamos que esta publicación coadyuve en el debate sobre el derecho a la intimidad, el cual es de observancia obligatoria en un Estado constitucional de Derecho, y además ayude a encontrar aquel equilibrio tan ansiado en un Estado: que haya armonía entre los postulados constitucionales y la eficacia del proceso penal; dicho de otro modo, solo estaremos ante un proceso penal legítimo si los derechos fundamentales son respetados escrupulosamente y las limitaciones que sean inexcusables se realizan en estricta observancia de los presupuestos que la habilitan, dentro de los que el principio de proporcionalidad debe merecer especial atención.

Antes de finalizar esta presentación, conviene mencionar que esta publicación tiene su origen en el trabajo de fin de curso encomendado a los alumnos del Máster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid, concretamente en el curso denominado el “Estado de Derecho y Justicia Penal”. En el Máster mencionado se advirtió una particularidad: gran parte de los alumnos eran no españoles; este es un dato que no es menor, por cuanto permite observar cómo estudiantes de diferentes realidades analizan una misma temática de actualidad innegable: la protección de la intimidad dentro del Estado constitucional de Derecho.

Finalmente, debo agradecer la labor desempeñada de los coordinadores de esta obra, Fredy Valenzuela Ylizarbe y Juan Diego Salo Piedra, amigos y colegas, quienes impulsaron desde un inicio la publicación de este libro, y es gracias a ellos que ha llegado a buen puerto. A ellos mis sinceros agradecimientos.

Madrid, 9 de enero de 2017.

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA



## CAPÍTULO I EL DERECHO A LA INTIMIDAD

### LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS TÉCNICOS DE OBSERVACIÓN Y VIGILANCIA EN LA LECRIM (LO 13/2015)

Juan José López Ortega  
Madrid, España

#### *Introducción*

A pesar del amplio desarrollo que la tecnología de la vigilancia ha tenido en las últimas décadas, nuestro legislador ha sido muy remiso a la hora de abordar la regulación de las investigaciones basadas en la utilización de medios técnicos de observación y vigilancia. Prescindiendo de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, cuya regulación fue tardía y muy deficitaria, hasta la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LO 13/2015), nuestra legislación ha estado huérfana de una regulación específica de estos medios de investigación, que estableciese las condiciones en las que se pueden escuchar y grabar las conversaciones entre presentes (comunicaciones orales directas), obtener fotografías o grabar subrepticamente la imagen del sospechoso o instalar dispositivos de seguimiento y localización de personas u objetos.

La inacción del legislador, en buena parte debida al convencimiento de que la regulación más permisiva es la que no existe, se ha visto favorecida por una jurisprudencia que no ha tenido inconveniente en recurrir a normas de habilitación genérica de funciones para dar cobertura a estas nuevas formas de injerencia, cuando no, simple y llanamente, ha negado que comporten la afectación del derecho a la intimidad. Este es, sin ir más lejos, el tratamiento que tradicionalmente ha merecido la obtención subrepticia de imágenes en lugares públicos o la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, supuestos en los que el Tribunal Supremo, de manera reiterada y constante, ha descartado que se produzca la restricción del derecho a la intimidad.

La indiferencia frente a estas formas de intromisión se explica porque en ninguna de ellas se produce una intrusión física en un ámbito espacial de

intimidad. A pesar de ello, la intrusión existe y es capaz de afectar de un modo particularmente intenso al contenido del derecho. Bien es verdad que no a su configuración tradicional identificada con la protección de espacios o ámbitos físicos determinados. Sí, en cambio, a su vertiente informativa entendida como la facultad que se reconoce a su titular de controlar las informaciones que le conciernen y son relevantes para el desarrollo de su vida privada.

Reducir la tutela de la intimidad a su dimensión territorial, prescindiendo del contenido informativo del derecho, supone ignorar que las intromisiones más graves y penetrantes, las que se producen en un contexto tecnológico, conciernen a la vertiente informativa de la intimidad. Lo que la revolución tecnológica ha propiciado es que injerencias mínimas, incluso banales en la intimidad física, potencien sus efectos invasivos por la cantidad y la calidad de las informaciones que pueden llegar proporcionar. La prueba de ADN constituye un buen ejemplo de una injerencia de escasa intensidad en la intimidad corporal que, sin embargo, es capaz de producir una injerencia especialmente intensa en el ámbito informativo (perfil genético).

Algo equivalente sucede con las investigaciones basadas en la observación y vigilancia de personas, que constituyen una injerencia intensa en la intimidad por las informaciones que pueden llegar a recopilarse. Piénsese, por ejemplo, en la vigilancia física que se mantiene durante un tiempo prolongado o se realiza utilizando medios técnicos de observación o vigilancia. Las informaciones que en estas condiciones pueden obtenerse de las personas investigadas son tan exhaustivas y penetrantes que sin grandes dificultades y en un breve plazo puede elaborarse un perfil exacto de la movilidad del sujeto, identificando las personas con las que se relaciona, los lugares que frecuenta, escudriñando sus hábitos más ocultos y los aspectos más recónditos de su personalidad. Todo ello, además, sin dejar rastro, sin posibilidad alguna de control, pues el éxito de estas investigaciones se encuentra asociado a que se desarrollen de manera oculta y disimulada.

El carácter subrepticio de la investigación es consustancial a todas estas formas de intromisión, una característica que les dota de una mayor carga lesiva potenciando sus efectos invasivos en la intimidad. Además, a diferencia de las investigaciones tradicionales, sus efectos se extienden a terceras personas, es decir, no solo conciernen al investigado sino también a las personas que se relacionan con él. Siendo éstos los rasgos característicos de estas diligencias de investigación, me ocuparé, en primer lugar, de aclarar cuál es la relevancia que para el proceso penal tiene la configuración de un contenido in-

formativo asociado a la tutela del derecho a la intimidad (I); para examinar, a continuación, el régimen jurídico de las diversas diligencias de investigación basadas en la utilización de medios técnicos de vigilancia, tal y como se encuentran reguladas tras la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LO 13/2015) (II); y concluir refiriéndome al destinatario de las medidas y a las garantías informativas que se establecen para tutelar los derechos del destinatario de la vigilancia como del ocasionalmente afectado por ella (III).

*La transposición al proceso penal del derecho a la autodeterminación informativa y sus consecuencias para las investigaciones subrepticias*

La aparición de nuevos riesgos para la intimidad asociados al desarrollo tecnológico ha provocado que el derecho a la intimidad se redefina incorporando nuevos contenidos. Si en su origen la intimidad era concebida como el derecho a la soledad o al aislamiento (“right to be let alone”), en la actualidad su rasgo más característico es el poder de control que confiere a su titular sobre las informaciones que le conciernen.

La intimidad se identifica con la capacidad de controlar las informaciones que sobre uno mismo pueden tener otras personas o, más exactamente, con la posibilidad de determinar “cómo, cuándo y en qué medida se comunica información a otros” (Westein). De este modo, junto a una concepción tradicional (pretecnológica) de la intimidad que garantiza su protección, negativamente, reconociendo a su titular facultades de exclusión sobre un ámbito determinado (el propio cuerpo, el domicilio o las relaciones que se establecen con los demás en los procesos comunicativos), la vertiente informativa de la intimidad incorpora una dimensión positiva, referida a la protección del individuo frente a la obtención y utilización de las informaciones que le conciernen. Si la intimidad física refleja una concepción territorial o topográfica de la intimidad, en cuanto circunscribe el objeto de protección a determinados espacios o zonas que se mantienen ocultos y reservados (secretos), la intimidad informativa proporciona una protección más amplia, puesto que su atención se centra en las informaciones relativas a la vida privada de las personas.

Ambos aspectos de la intimidad confluyen, pues no se puede ignorar que las concreciones territoriales de la intimidad también tienen un contenido informativo. Si se accede al cuerpo del investigado, a su domicilio o si se vigilan sus conversaciones no es más que para obtener informaciones, fuentes

de prueba que podrán ser utilizadas en el curso de la investigación. A causa de ello, tampoco debe extrañarnos que al compás del desarrollo tecnológico la doctrina constitucional haya ido progresivamente ampliando el objeto de protección. Por una parte, incluyendo en la tutela de la intimidad nuevos ámbitos o espacios de intimidad física. Por otra, desplazando la tutela de la intimidad de lo territorial a lo informativo, es decir, de los ámbitos físicos de intimidad a los datos y a las informaciones que son relevantes para la efectiva protección del bien jurídico, de tal modo que en la actualidad ya no es aventurado predecir que las garantías de la autodeterminación informativa y de la intimidad física acabarán confundándose, operando como una única garantía que se desdobra en un haz de facultades de carácter positivo (facultades de control) y negativo (facultades de exclusión).

Hasta el fin de la década de los noventa el desarrollo del derecho a la intimidad ofrece muy pocos avances. La intimidad se configura como una realidad diferenciada de la protección del *habeas data*. Se beneficia de una protección más intensa al estar dotada de un contenido material (*privacy*) que se identifica con el secreto, es decir, un “ámbito reservado” de intimidad vinculado a la tutela de realidades físicas, de ámbitos espaciales de privacidad, como son, fundamentalmente, el domicilio (art. 18.2 CE), el espacio íntimo por excelencia en la configuración liberal del derecho a la intimidad, vinculada a la protección del derecho de propiedad; pero también los procesos comunicativos que cada uno establece con los demás (art. 18.3 CE), los papeles reservados (art. 197.1 CP) y la propia realidad corporal (STC 37/1989). En todos estos ámbitos siempre hay intimidad, son ámbitos que el sujeto quiere mantener resguardados del conocimiento ajeno y, por ello, la intromisión se consume por el mero acceso al ámbito espacial, independientemente del conocimiento que se llegue a obtener como consecuencia de la intromisión.

A partir de esta configuración tradicional de la intimidad, la evolución se centrará en extender la protección a nuevos espacios, es decir, descubrir nuevos ámbitos de intimidad, como por ejemplo sucede con la celda de los establecimientos penitenciarios (STC 89/2006), en las que hay intimidad, a pesar de no ser domicilio; los equipajes (STC 281/2006), el buzón en el que se recibe la correspondencia (ATC 104/2000) y, más recientemente, el ordenador personal (STC 173/2011) y el terminal de telefonía (STC 142/2012).

Todas ellas son realidades físicas, ámbitos espaciales de intimidad. Pero si se reconoce a su titular la facultad de excluirlos del conocimiento ajeno es, sobre todo, por las informaciones que pueden incorporar. Este, sin duda, será

el aspecto más destacado en la evolución de la noción jurídica de intimidad que se desarrolla a partir de la STC 207/1996. No solo se configuran nuevos ámbitos de intimidad, sino que al combinar lo territorial con lo informativo se produce un cambio sustancial. Se dota al derecho a la intimidad de un contenido positivo y, al hacerlo, se incorpora a la tutela del derecho el haz de facultades que hasta ese momento eran propias de la protección de datos, en las que el consentimiento ocupa el lugar central. Y a partir de ese momento resulta vano todo intento de configurar el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) como un derecho autónomo y desligado de la protección de la intimidad (art. 18.1 CE).

Históricamente, la dimensión informativa de la intimidad surge en la década de los setenta vinculada a la protección del “habeas data”. En Alemania, en la sentencia de 15 de diciembre de 1983 dictada por el Tribunal Constitucional Federal resolviendo el recurso contra la Ley del censo. En España todavía habrá que esperar una década para que la noción de autodeterminación informativa haga aparición en nuestra doctrina constitucional. No porque el Tribunal Constitucional no hubiese tenido antes oportunidades de elaborar esta noción.

El caso que dio lugar a la STC 37/1989 era, a este a este respecto, paradigmático. A pesar de que en la demanda se invocaba la lesión del derecho a la intimidad como consecuencia del acceso a las informaciones contenidas en la historia clínica de la recurrente, de quien se sospechaba se había sometido a un aborto ilegal, el Tribunal Constitucional prefirió abordar la solución del caso desde otra perspectiva, la tutela de la intimidad corporal, que aparece por vez primera reconocida en nuestra historia constitucional, aunque eso sí vinculada a la protección de una realidad, el cuerpo humano, delimitada culturalmente por los sentimientos de recato y de pudor. En definitiva, una construcción jurisprudencial de la protección del cuerpo y de las informaciones médicas que, sin embargo, en aquel momento carecía totalmente de contenido informativo.

No será hasta la segunda mitad de la década de los noventa cuando el Tribunal Constitucional concrete esta nueva dimensión de la intimidad. Aunque cabía esperar que hubiera surgido como una garantía específicamente vinculada a la protección de datos (STC 290/2000), lo cierto es que la noción de intimidad informativa aparece antes, en la segunda mitad de los noventa, referida a la tutela de la intimidad personal (art. 18.1 CE). Así se encuentra expresamente mencionada en la STC 207/1996, en relación con el conocimiento

de si el sujeto es drogadicto; en la STC 243/1997, en relación con las informaciones que se pueden obtener al realizar la prueba de alcoholemia; y en la STC 134/1999, en relación con la información que incorporaba una fotografía obtenida en un lugar público por un grupo de amigos.

Será después, en la década siguiente, cuando el Tribunal Constitucional desplace el punto de mira centrandó la lesión del derecho a la intimidad en la ausencia de un consentimiento válido para acceder a un ámbito de intimidad o para utilizar las informaciones para una finalidad distinta de la que fueron obtenidas. Es, sin ir más lejos, el caso de la STC 196/2004, a propósito de la utilización de una muestra biológica para una finalidad diferente de aquélla para la que se obtuvo; y de las SSTC 25/2005 y 206/2007, en relación con las informaciones que, para del descubrimiento de un delito (conducción bajo la influencia del alcohol), proporciona el resultado de unas pruebas médicas.

Por tanto, aunque la tutela de la intimidad informativa suele estar asociada a la protección de datos, lo que no se puede ignorar es que en nuestra doctrina constitucional esta vertiente positiva de la intimidad se incorpora al haz de facultades que conforman la tutela del derecho a la intimidad personal, reconociendo a su titular un poder de control sobre las informaciones que le conciernen. Desde esta perspectiva es desde la que, en mi opinión, resulta inútil todo intento de configurar el derecho a la autodeterminación informativa como un derecho autónomo y desligado de la protección genérica de la intimidad.

En cualquier caso, lo que en este momento hay que subrayar es que el rasgo característico de la intimidad informativa, tanto desde la perspectiva del art. 18.1 CE como del art. 18.4 CE, es la capacidad de control que garantiza al titular del derecho, la cual se articula en torno a un elemento nuclear, el *consentimiento informado*, que es el principal elemento legitimador de toda injerencia en cualquier ámbito de intimidad constitucionalmente protegido, independientemente de que se trate de datos personales (art. 18.4 CE) o de realidades físicas (art. 18.1, 2 y 3 CE).

En ausencia de consentimiento del titular del derecho, como regla general, será precisa la *autorización judicial*, lo que resulta particularmente relevante a la hora de concretar el estatuto jurídico de las investigaciones subrepticias. En ellas, por la propia forma en la que se desarrolla la investigación, que se mantiene oculta para el investigado, no es posible obtener el consentimiento del titular del derecho y, a causa de ello, esta forma de realizar la investigación, por sí, comporta la restricción del derecho a la intimidad.

Así ha venido a reconocerlo el Tribunal Constitucional en dos supuestos muy concretos de lesión, que se agrava por el carácter insidioso del medio utilizado para acceder a la información. En la STC 89/2006, a propósito del registro la celda de un recluso, que se practicó sin conocimiento del interesado; y en las SSTC 12, 24 y 74/2012, en relación con la utilización de la cámara oculta para la realización de reportajes periodísticos.

Establecido que la protección de la intimidad, tanto desde la perspectiva del art. 18.1 CE como del art. 18.4 CE, incorpora una dimensión positiva reconociendo a su titular facultades de control sobre la información que le afecta, lo relevante para la investigación penal es que en la misma se haga efectiva la noción de autodeterminación informativa, independientemente de que se vincule a la protección general de la intimidad (art. 18.1 CE) o, específicamente, a la tutela de la protección de datos (art. 18.4 CE). Se trata, en suma, de transponer al proceso penal la noción de autodeterminación informativa en un momento en el que el uso de las tecnologías de la vigilancia ha transformado esta fase del proceso (Hassemer).

Uno de los rasgos característicos de estos nuevos medios de investigación es que posibilitan el control oculto de la persona investigada. Las intrusiones físicas se sustituyen por intromisiones informativas y éstas sólo son eficaces si pasan inadvertidas, si se desarrollan clandestinamente. Junto a ello, el ámbito que abarcan las informaciones que se obtienen en estos nuevos contextos investigadores es más extenso que en la investigación basada en los métodos tradicionales. Lejos de centrarse exclusivamente en el sospechoso, el círculo de la investigación se amplía hasta incluir a terceros no implicados directamente en la información.

Por ello, aunque transponer al proceso penal la noción de autodeterminación informativa es una prioridad, lo que tampoco se puede desconocer es que la tarea no es ni mucho menos sencilla. La razón es bien simple. Si el objeto de protección de la intimidad informativa está constituido por las informaciones que conciernen a la persona y, por ello, su contenido se identifica con el *poder jurídico sobre la información*, cabe preguntarse sobre la operatividad que puede tener una noción tan amplia de intimidad al trasladarse al proceso penal, cuya finalidad es, precisamente, obtener la máxima información posible sobre el hecho y sus responsables.

Pues bien, consistiendo la autodeterminación informativa en la facultad que se reconoce al individuo de decidir sobre la obtención y divulgación de sus datos personales (las informaciones que le son propias) se comprende

fácilmente que este derecho fundamental está llamado a constituir un *límite frente a la obtención subrepticia de información*, frente a las vigilancias que se realizan sin que el interesado sea consciente de estar siendo observado, sin recurrir a la coacción física, pero, aun así, articulando un sistema de control especialmente agresivo. Se comprende así la necesidad de poner límites a estos nuevos medios de investigación, levantando barreras para salvaguardar la libertad individual en ámbitos muy específicos, como sucede entre otros con la vigilancia audiovisual clandestina.

### *Régimen jurídico de las diligencias de investigación basadas en la utilización de medios técnicos de observación y vigilancia*

#### 1. Clasificación de las medidas de vigilancia atendiendo a la gravedad de la injerencia

Tomando como referencia la regulación contenida en la LECRIM (LO 13/2015), las diligencias de investigación que pueden realizarse utilizando medios técnicos de observación y vigilancia pueden consistir en la captación de imágenes o sonidos y en la localización de personas u objetos. Sus rasgos característicos son que se realizan sin conocimiento del interesado, durante un tiempo más o menos prolongado, obteniendo informaciones relativas a la vida personal del sospechoso y de cuantas personas se relacionan con él.

Todo ello comporta la restricción del derecho a la intimidad del investigado y de los terceros ocasionalmente afectados, en mayor o menor medida según el medio utilizado. Su régimen jurídico varía en función del grado de afectación del bien jurídico, pues siendo desigual la capacidad lesiva de cada uno de estos medios de investigación, también serán diferentes las garantías a las que ha de condicionarse su utilización.

La gravedad de la injerencia se mide atendiendo a dos criterios: la calidad del ámbito material afectado por la intromisión y el medio por el cual se accede al conocimiento de los datos o informaciones reservados.

Desde la primera perspectiva, la intensidad de la intrusión varía, pues no todos los datos o informaciones son igualmente íntimos. Cabe distinguir entre una intimidad de calidad máxima, coincidente con los ámbitos territoriales de intimidad (el cuerpo, el domicilio y las comunicaciones personales); y una intimidad de calidad mínima, referida a los datos o informaciones que,

formando parte de la vida privada del sujeto, más relación guardan con el exterior.

Es lo que sucede, por ejemplo, con las imágenes obtenidas en lugares públicos, las cuales, aun siendo informaciones personales, presentan un grado de lesividad menor que las imágenes captadas en lugares privados. En ambos casos entra en juego la protección constitucional vinculada a la tutela de la intimidad, pero siendo diferente el ámbito material afectado por la intromisión, el régimen jurídico también debe ser diferente.

Conforme al segundo criterio, la mayor o menor lesividad de la injerencia viene determinada por el medio empleado para llevarla a cabo, es decir, el medio utilizado para acceder al conocimiento de los datos reservados. Los medios pueden ser muy variados, pues dependen de factores tan diversos como el carácter ocasional o permanente de la vigilancia; que se dirija contra una persona determinada o afecte a un grupo indeterminado de personas; que sea visible o se desarrolle subrepticamente pasando inadvertida para el interesado.

Aplicando estos criterios debe distinguirse, por ejemplo, entre las vigilancias físicas (seguimientos) y las que se desarrollan utilizando medios técnicos; las vigilancias instantáneas y las que prolongan durante un cierto tiempo; las que son visibles, porque se desarrollan a la vista del sujeto, y las que se realizan de forma oculta e inadvertida.

Combinando estos factores puede realizarse la siguiente clasificación de los medios técnicos de observación y vigilancia, en atención al mayor o menor grado de afectación del derecho a la intimidad:

- (a) Captación de conversaciones en el domicilio de la persona investigada.
- (b) Captación de conversaciones fuera del domicilio o en cualquier otro lugar cerrado.
- (c) Captación de la imagen en el domicilio del sospechoso.
- (d) Utilización durante un tiempo prolongado de dispositivos de seguimiento.
- (e) Captación de la imagen fuera del domicilio sin conocimiento del sospechoso.
- (f) Captación de imágenes en lugares públicos con conocimiento del afectado (actividades de videovigilancia).

De acuerdo con esta clasificación, la mayor intensidad de la injerencia se aso-

cia a los sistemas de vigilancia que permiten *escuchar y grabar las conversaciones entre presentes* (comunicaciones orales directas), superior incluso a la intervención de las conversaciones telefónicas, como evidencia el hecho de que en una comunicación personal los interlocutores están dispuestos a transmitir informaciones que, generalmente, prefieren mantener reservadas cuando la comunicación se desarrolla a distancia a través de un medio técnico.

La gravedad de la injerencia se incrementa considerablemente si la vigilancia acústica se realiza en el interior del domicilio, el ámbito de privacidad por excelencia, aquél en el que el investigado desarrolla las facetas más íntimas y reservadas de su vida personal y familiar. Y en este ámbito la intrusión todavía será mayor si no se discriminan las conversaciones que se pueden captar, blindando un núcleo inderogable de intimidad vinculado a la protección de aquellos ámbitos de secreto (familiar, profesional y religioso) a los que generalmente se reconoce la condición de inderogables.

Los dispositivos de *localización geográfica* se sitúan en un nivel de gravedad intermedio. Con la utilización de estos dispositivos de localización y seguimiento se pueden controlar tanto los movimientos de una persona como conocer la situación de los objetos (embarcaciones o vehículos) que ésta utiliza para desplazarse. El nivel de gravedad es menor, puesto que la información que estos medios de investigación son capaces de proporcionar es más limitada, al menos si se compara con la información que puede proporcionar la captación de las conversaciones.

No obstante, la gravedad de la injerencia aumentará progresivamente en atención a la duración del seguimiento, pues un seguimiento prolongado es capaz de proporcionar informaciones muy amplias del entorno en el que se sitúa el sospechoso, de sus desplazamientos e incluso, llegado el caso, de las personas con las que se relaciona, elaborando un auténtico perfil de su movilidad.

Por ello, su menor lesividad es solo aparente, máxime si se tiene en cuenta que el ámbito material de intimidad afectado por la utilización de estos dispositivos se verá incrementado si se utilizan combinadamente con otros medios de investigación, como sucede cuando las informaciones obtenidas son sometidas a un ulterior tratamiento automatizado.

En el nivel inferior se encuentra la mera *captación de imágenes*. Presenta un grado de lesividad menor cuando la observación tiene carácter ocasional, se limita a los sucesos que se desarrollan a la vista de todos y la utilización

del medio técnico no pasa inadvertida (actividades de video vigilancia). Su gravedad, sin embargo, se ve sustancialmente incrementada cuando la captación de imágenes se realiza sin conocimiento del afectado y alcanza el nivel máximo cuando, además, se obtienen en el interior del domicilio.

En suma, aunque en diferente grado, todas ellas son diligencias que afectan al derecho a la intimidad, lo que inevitablemente conlleva que la restricción, para ser legítima, tenga que encontrarse prevista legalmente y con un grado de previsibilidad suficiente de las condiciones en que puede producirse la restricción. Su adopción, además, ha de estar sujeta al principio de jurisdiccionalidad (control judicial), que en los supuestos más graves, además, se traducirá en la exigencia de autorización judicial previa. Y en la ejecución de la medida ha de observarse el principio de proporcionalidad, en el sentido de resultar idónea, necesaria y proporcionada.

En cualquier caso, lo relevante en este momento es destacar que la legitimidad de la intromisión se encuentra determinada por la mayor o menor lesividad de la injerencia, de tal modo que cuanto mayor sea más restrictiva habrán de ser las condiciones a las que se sujeta la utilización del medio de investigación. A partir de esta configuración, se aborda seguidamente el examen de la regulación procesal de cada uno de estos medios de investigación, en orden inverso a la gravedad de la injerencia.

## 2. Captación de imágenes

- El art. 588 quinquies (a) LECRIM habilita a la Policía Judicial para obtener y grabar por cualquier medio técnico la imagen de la persona investigada que se encuentre en un *lugar público* siempre que resulte necesario para facilitar su identificación, localizar los instrumentos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

- La medida también podrá afectar a terceros (personas diferentes del investigado) siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de las vigilancias o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado o con los hechos objeto de investigación.

- Por otro lado, el art. 588 quáter (a) 3º LECRIM contempla la posibilidad de *obtener imágenes en el domicilio o en espacios cerrados* como medida de investigación complementaria de la vigilancia acústica.

La captación de imágenes es la más leve de las actividades de vigilancia reguladas en la LECRIM. Se realiza sin conocimiento del afectado, lo que debe-

ría resultar determinante para que se apliquen todas las garantías asociadas a la tutela de la autodeterminación informativa del afectado (el investigado o un tercero), tanto en relación al acceso como al control de la información.

Aun cuando con la inclusión de la regulación de esta diligencia en la LECRIM el legislador parece haber reconocido que con su utilización resultan afectados los derechos de la persona investigada, su regulación es muy laxa, pues se limita a habilitar a la Policía Judicial, sin restricción alguna, para obtener la imagen del sospechoso o de otras personas relacionadas con él en lugares públicos, sin tan siquiera establecer limitaciones por razón de la gravedad del delito.

Tampoco se condiciona su obtención a la concurrencia de otros requisitos relacionados con el principio de proporcionalidad, salvo una genérica referencia a la idoneidad de la medida (que resulte necesario para conseguir el fin pretendido con su realización) y a la regla de subsidiariedad (“de otro modo se reduzca considerablemente la utilidad de la investigación”).

Además, excepción hecha de la captación de imágenes en el domicilio del investigado, la realización de esta diligencia no está condicionada a la previa obtención de la autorización del Juez de Instrucción, pues ni tan siquiera se encuentra sujeta a su control. De hecho, ni siquiera es necesario comunicarle su realización y puesto que tampoco se contempla la notificación de la obtención de las imágenes al interesado, hay que concluir que la reforma de la LECRIM ha configurado una actividad investigadora que, siendo lesiva para los derechos de los afectados (el investigado u otras personas), se realiza de forma clandestina, sin atender al principio de proporcionalidad y en su ejecución se encuentra totalmente exenta del control judicial.

La regulación parte de la idea de que en público nadie está protegido de la observación de otros y, por tanto, en los espacios abiertos y públicos no hay intimidad. Esta concepción es la que tradicionalmente ha inspirado nuestra doctrina jurisprudencial. Desde la década de los noventa, el Tribunal Supremo admite que la policía en sus labores de investigación obtenga imágenes de las personas sospechosas, siempre que exista una sospecha de ilicitud previa (principio de intervención indiciaria) y la toma de imágenes no se extienda al ámbito del domicilio, en cuyo caso sí será necesario contar con la autorización judicial.

La STS 16847/1993 (6 de mayo de 1993), constituye el *leading case* en esta materia, cuya doctrina se mantiene sin modificaciones relevantes:

“En el desarrollo de estas funciones (las relacionadas en el art. 282 LECrim) se pue-

den realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial.

No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la LO 5 de mayo de 1982 reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de intimidad que podrán ser reputadas ilegítimas.

Según el art. 8 de la Ley Orgánica antes mencionada, no se reputaran intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. El art. 282 LECrim autoriza a la policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes.

No existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que están cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos mediante la percepción visual y directa de las acciones que realizan en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que puedan transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementemente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.

La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos y fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invade el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental”.

Reducir la vida privada, como hace el Tribunal Supremo, a la que se desarrolla en la vivienda familiar supone desconocer que fuera del domicilio, en los espacios abiertos y públicos, también pueden desarrollarse actividades privadas, pueden obtenerse informaciones que el afectado quiere mantener reservadas. Es cierto que la expectativa de intimidad que el titular del derecho

tiene de las actividades realizadas en público es menor, pero de ello no debería resultar que los espacios públicos se encuentren totalmente desprovistos de protección, máxime si las imágenes se obtienen en un contexto investigador y sin conocimiento del afectado.

A este respecto, hay que destacar que ya en la década de los noventa, con ocasión de la utilización en el proceso de las actividades de videovigilancia, se abrió una línea jurisprudencial más restrictiva que, sin embargo, no llegó a consolidarse. Restringía la obtención de imágenes en la vía pública, sosteniendo que existen manifestaciones públicas de esferas privadas que conectan el derecho a la intimidad con las informaciones que se obtienen en público. Poniendo el punto de mira en el contenido informativo de la intimidad, se cuestionaba la aplicación de un criterio meramente locativo o geográfico para distinguir lo público de lo privado:

“Las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan en la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos se desarrollan en el exterior, pero inevitablemente reflejan datos o informaciones sobre aspectos concretos de nuestra personalidad” (SAP Bilbao 10 enero 1995).

Como oportunamente señaló el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, “la cuarta enmienda protege personas no lugares” (Katz v. US (1967)). Por ello, si bien es cierto que la expectativa razonable de intimidad es más débil cuando la injerencia se produce en un ámbito público, no debería extraerse como consecuencia la irrelevancia para la intimidad de los espacios públicos.

Lo relevante para determinar la existencia o no de una intromisión en el ámbito de intimidad constitucionalmente tutelado no es el espacio (público/privado) en el que se desarrollan las actividades de vigilancia, sino si éstas, por la forma en que se ejecutan, permiten acceder subrepticamente a datos o informaciones relativas a la personas cuyas actividades se escudriñan de un modo persistente y continuado.

Por ello, en mi opinión, no debería ponerse en duda que la captación subrepticia de información constituye, por sí sola, una injerencia en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido y, por tanto, contrariamente a la opinión dominante en nuestra jurisprudencia, el derecho a la intimidad debería considerarse afectado no sólo cuando la captación de la imagen tiene lugar en el domicilio u otros lugares asimilados al mismo, sino también cuando se obtiene en espacios abiertos y públicos. Lo relevante en estos casos no es que se obtenga información privada de las personas (dimensión negativa de la

intimidad), sino que la actividad de vigilancia, en sí misma considerada, comporta la restricción de la libertad de la persona se retrae ante el temor de estar siendo observada. Se trata de una acción que afecta a la dimensión positiva de la intimidad, a la esfera de la autodeterminación personal.

Como ha tenido ocasión de destacar la STC 98/2000, incorporando esta nueva perspectiva, el temor a ser observado constriñe la libertad de decisión de quienes son objeto de la vigilancia, las pautas ordinarias de la conducta se ven alteradas, pues cuando se tiene la conciencia de estar siendo observado se desarrollan miedos e inhibiciones que afectan a nuestra forma de relacionarnos con los demás y la persona se ve reducida a la condición de mero objeto del sistema de vigilancia.

Este fue el punto de partida de la regulación contenida en el ALECRIM 2011 que contemplaba las vigilancias como una injerencia en la intimidad, distinguiendo entre las vigilancias físicas, que pueden ser ejecutadas por la Policía Judicial, y las vigilancias sistemáticas, las cuales, según el grado de afección a la intimidad, precisaban la autorización previa del Ministerio Fiscal o del Juez de Garantías.

Obsérvese que a estos efectos se consideraban vigilancias sistemáticas y, por ello, sujetas al régimen de autorización previa tanto las vigilancias físicas cuya duración se extendiese durante más de cinco días, como las que se realizasen utilizando medios técnicos de obtención de imágenes y dispositivos de localización y seguimiento. La regulación actual, sin embargo, ha restringido la exigencia de autorización judicial a estas últimas, consagrando a favor de la Policía Judicial un ámbito de investigación totalmente autónomo y exento de todo control, del que solo se exceptúa la captación de imágenes en el domicilio.

Siendo el elemento locativo el relevante para establecer el distinto grado de injerencia y, consiguientemente, para concretar el régimen jurídico de esta diligencia de investigación, tampoco podemos dejar de señalar que hasta el momento el Tribunal Supremo se ha mostrado muy permisivo, convalidando la grabación de las actividades desarrolladas en el interior del domicilio que pueden ser vistas desde el exterior. Así sucede, por ejemplo, con la obtención de imágenes a través de las ventanas o de las actividades que se desarrollan en los patios contiguos a las casas.

En concreto, la STS de 15 de abril de 1997 (rec. 397/1996) ha descartado que la observación realizada a través de una ventana precise la autorización judicial previa:

“En principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuerto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de la ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior del domicilio no es necesaria una autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás”.

Y con un razonamiento similar la STS de 18 febrero de 1999 (rec. 17/1998) se ha referido a la admisibilidad de la grabación de las actividades realizadas en un patio perceptible desde el exterior, estableciendo que, aun teniendo la consideración funcional de domicilio, tampoco es necesario contar con autorización judicial:

“Los agentes de policía, que visualizaron directamente el repetido patio y observaron a quienes se encontraban en él procedentes de la calle, no hacían más que lo que cualquiera podía hacer; contemplaban y miraban lo que cualquiera podía mirar y observar ante la ausencia de obstáculos que perturbaran, impidieran o simplemente dificultaran la curiosidad de los demás. Por ello, no ha tenido lugar ninguna infracción a la privacidad o a la intimidad y, por ello, la prueba obtenida a partir de esas observaciones es perfectamente lícita y válida desde la perspectiva constitucional”.

En estos, y otros casos similares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de la aplicación de un único límite a la captación de imágenes, el carácter público o privado del lugar en el que se desarrolla la actividad objeto de vigilancia, de tal modo que la actuación realizada por la policía es válida si se circunscribe al ámbito de las vías públicas o de los espacios abiertos. De forma muy expresiva se ha dicho que nuestra jurisprudencia tradicionalmente ha venido aplicando la máxima “donde llega el ojo, debe poder llegar la cámara” (Martínez Ruíz), entendiendo que no puede considerarse privado lo que se realiza a la vista de todos.

Frente a ello, la reciente STS 13 de abril de 2016 (rec. 1789/2015) se aparta de esta concepción de lo privado. Representa un punto de ruptura con la concepción tradicional y pretecnológica de la intimidad, hasta ahora imperante en nuestra doctrina jurisprudencial. En esta sentencia el Tribunal Supremo se muestra preocupado por los riesgos que para la intimidad constituyen las *intromisiones virtuales* en el ámbito del domicilio, una nueva forma de intrusión posibilitada por el amplio desarrollo tecnológico de los sistemas de vigilancia. Razona la sentencia a propósito de la utilización de unos prismáticos para divisar lo que sucede en el interior de un domicilio:

“La fijación de alcance de la protección constitucional que dispensa el art. 18.2 CE solo puede obtenerse a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual. En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente a la irrupción in consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes.

El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE. Y se vulnera esa prohibición cuando sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado”.

Una nueva orientación jurisprudencial que, por fin, reconoce que la afectación de la intimidad domiciliaria no requiere la intrusión física en el ámbito domicilio, optando por una configuración amplia del derecho de la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), que ya hace más de tres décadas la jurisprudencia constitucional había anticipado, estableciendo que el contenido del derecho no sólo se encuentra afectado por la entrada física en el domicilio, sino también cuando se invade ese espacio de intimidad sin penetración directa:

“... la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y facultades en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medios o aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos” (STC 22/1984).

La decisión del Tribunal Constitucional ya entonces resultaba premonitória de unas posibilidades técnicas que todavía estaban por venir y que, sin embargo, hoy son ya una realidad.

### 3. Dispositivos de localización geográfica

- El art. 588 quinquies (b) faculta al Juez de Instrucción para autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización, siempre que concurren *acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada*.
- La Policía Judicial podrá proceder, por sí, a su utilización siempre que concurren *razones de urgencia* que hagan razonablemente temer que de no

haber actuado inmediatamente la investigación se habría frustrado. En este caso, la actuación deberá ser ratificada por el Juez de Instrucción en el plazo veinticuatro horas.

- Conforme al art. 588 quáter (c) 1º contempla la medida tendrá una *duración máxima de tres meses*. Excepcionalmente y a la vista de los resultados obtenidos, la medida puede ser objeto de prórrogas sucesivas hasta un total de dieciocho meses.

- Junto a la captación de imágenes y la grabación de conversaciones, en el art. 588 quinquies (b) y (c) LECRIM se incluye la regulación de una diligencia de gravedad intermedia, que se corresponde con la utilización de dispositivos de seguimiento y localización.

A diferencia de la obtención de fotografías o de la grabación de imágenes, diligencias en las que la actuación investigadora tiene carácter ocasional, limitada a la captación de un suceso, los dispositivos de localización y seguimiento son vigilancias prolongadas, cuya duración puede extenderse por un máximo de dieciocho meses, circunstancia esta que, por sí sola, es razón suficiente para que estas investigaciones se encuentren sujetas al régimen de autorización judicial previa (art. 588 quinquies (b) LECRIM).

Excepcionalmente, sin embargo, el art. 588 quinquies (b) 2º LECRIM habilita a los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para actuar por razones de urgencia. No obstante, incluso en este supuesto excepcional de actuación a prevención de la policía judicial, el control del Juez de Instrucción no se encuentra excluido, únicamente diferido. En las veinticuatro horas siguientes a la aplicación de la medida, el Juez de Instrucción habrá de convalidar la utilización del dispositivo de seguimiento, pues de lo contrario la aplicación de la medida quedará suspendida.

La autorización judicial exige que el Juez de Instrucción compruebe que concurren todos los presupuestos a los que se condiciona la adopción de la medida investigadora. Además, en el caso de que se haya iniciado sin su autorización, específicamente, habrá de comprobar que existían razones de urgencia para hacerlo, es decir, motivos que razonablemente hicieran temer que, de no haberse colocado el dispositivo, la investigación se habría frustrado.

La regulación de esta medida es muy imprecisa. Solo se contiene una vaga referencia a los principios de necesidad y proporcionalidad (“cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulta proporcionada”), cuya apreciación, además, queda totalmente confiada a la autoridad

judicial. Por ello, hay que subrayar que esta genérica e insuficiente invocación del principio de proporcionalidad que se contiene en el art. 588 quinquies (b) 1º LECRIM debe completarse con la previsión contenida en el art. 588 bis (a) LECRIM, que con carácter general obliga a respetar los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Por otro lado, resulta comprensible que, dada la complejidad técnica de estos dispositivos, la regulación tampoco especifique cuál es el medio técnico que puede utilizarse para realizar el seguimiento. Puesto que los medios de vigilancia pueden ser muy variados, resulta lógico que el art. 588 quinquies (b) 2º LECRIM obligue a especificar en la resolución habilitante el medio técnico con el que se desarrollará la vigilancia.

Lo que, en todo caso, debe quedar claro es que el precepto comprende no solo la instalación de dispositivos de control remoto (balizas) que se colocan en objetos en movimiento (vehículos o embarcaciones), sino también la utilización de cualquier otro medio de localización y seguimiento, como las señales de los dispositivos de telefonía móvil. Ahora bien, en este último caso, siempre que los datos de localización no se encuentren asociados a una comunicación en curso, pues de ser así resultaría aplicable el art. 588 ter (b) LECRIM.

Aunque el art. 588 quinquies (b) LECRIM no hace referencia a la finalidad legítima que con la utilización del medio técnico puede perseguirse hay que entender, por la propia naturaleza del dispositivo empleado, que su finalidad se extiende tanto a la vigilancia del sospechoso como al seguimiento de los objetos que se encuentran directamente relacionados con él o con la actividad delictiva investigada. Desde este punto de vista, puede sostenerse que la utilización de estos medios de investigación está sujeta al principio de intervención indiciaria, es decir, a la existencia de sospechas fundadas de que la persona contra la que se orienta el medio de investigación participa en la actividad delictiva.

Por contra, ninguna limitación se establece por razón de la gravedad del delito, lo que parece sugerir que podrá utilizarse para la investigación de cualquier infracción. Sin embargo, la afectación de un derecho fundamental y el carácter persistente de la vigilancia, que puede extenderse durante tres meses y ser objeto de prórrogas sucesivas hasta un año y medio (art. 588 quinquies (c) LECRIM), habrían aconsejado restringir el uso de estos medios técnicos a la investigación de los delitos que revistan cierta gravedad. El § 100 i StPO

alemán, en el que en buena medida se inspira la regulación de esta diligencia, exige que la investigación concierna a *hechos delictivos de considerable importancia*.

Nada aclara al respecto nuestro legislador y, por ello, ante su silencio deberá ser el Juez de Instrucción quien, al autorizar la medida, realice el correspondiente juicio de proporcionalidad, atendiendo al interés público subyacente y a la relación entre la gravedad del hecho investigado y la intensidad de la restricción del derecho, en este caso tanto para el investigado como para las personas relacionadas con él, que también pueden verse afectadas por la utilización del dispositivo.

Por último, hay que subrayar la importante novedad que supone el hecho de que el legislador haya vinculado la utilización de los medios técnicos de localización y seguimiento a la protección del derecho a la intimidad. Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia había considerado que estas injerencias quedaban extramuros de la protección constitucional. La STS 22 junio de 2007 (rec. 2138/2006) es un buen ejemplo de esta línea doctrinal, en la que el Tribunal Supremo no dudaba en afirmar que la utilización de estos dispositivos no requieren autorización judicial, simple y llanamente, porque su uso, en sí mismo considerado, no constituye una injerencia en la intimidad: “... denuncian (los recurrentes) la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido y a la intimidad que concretan en el hecho de haber colocado una baliza de seguimiento sin autorización judicial.

La sentencia impugnada da respuesta a la pretensión deducida como motivo de casación con una argumentación que ha de ser reproducida para la desestimación del motivo. El artificio colocado permitió a los agentes de investigación el seguimiento por mar de la embarcación respecto a la que existían fundadas sospechas de su dedicación al tráfico de drogas. La colocación de esa baliza permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial”.

Al razonar de este modo, nuestra jurisprudencia no hacía más que equiparar la utilización de estas tecnologías con el seguimiento físico realizado por los agentes, una visión pretecnológica de la tutela del derecho a la intimidad, muy alejada de otras concepciones del Derecho comparado. Por su-

puesto del TS de los Estados Unidos, que desde la década de los ochenta ha venido otorgando relevancia constitucional a la instalación de dispositivos de localización que monitorizan los movimientos del sospechoso (US .v Karo (1984)). También el Tribunal Constitucional Federal alemán que en las dos últimas décadas ha advertido de los riesgos que para la intimidad representa la utilización de medios tecnológicos en la investigación penal, refiriéndose al uso por la policía de los dispositivos de localización GPS (BvverfGE 12 de abril de 2005) y de lectores de matrículas (BvverfGE 11 de marzo de 2008).

En ambos casos, las condiciones en las que se obtiene la información son muy diferentes a las que se obtienen en el caso de una vigilancia física. También lo es la relevancia de las informaciones que pueden llegar a obtenerse a través de un seguimiento subrepticio y prolongado, máxime si los datos, además, se almacenan y se comparan con los registrados en otras bases de datos. Por ello, las vigilancias que se desarrollan utilizando estos dispositivos constituyen una injerencia grave en la intimidad que sobradamente justifica que las vigilancias se encuentren reguladas legalmente, sometidas al régimen de autorización previa y al control ulterior del Juez de Instrucción.

#### 4. Escucha y grabación de las conversaciones privadas

- El art. 588 quáter (a) LECRIM permite que el Juez de Instrucción autorice la *vigilancia acústica del investigado*, de las conversaciones que mantenga en su domicilio, en cualquier otro lugar cerrado o en la vía pública.
- Las conversaciones han de tener lugar en *encuentros concretos* del investigado con otras personas, a los que se refiere el art. 588 quáter (b) LECRIM, señalando que ha de resultar previsible que en el curso de los mismos se obtendrán informaciones relevantes para el esclarecimiento del hecho investigado o la identificación de su autor.
- Conforme al art. 588 quáter (d) LECRIM, el *contenido de la resolución habilitante* deberá concretar el lugar en el que se desarrollará la vigilancia acústica ya los encuentros sometidos a vigilancia.

La tercera modalidad de injerencia regulada en la LECRIM, a todas luces la más invasiva, es la captación y grabación de las conversaciones privadas (comunicaciones orales directas) del investigado en su domicilio o fuera de él (en la vía pública, en otro espacio abierto o en cualquier otro lugar cerrado).

Aunque el legislador, acertadamente, ha diferenciado el régimen de las diversas medidas de observación y vigilancia en función de su gravedad, pues no todas afectan del mismo modo y con la misma intensidad al derecho a la intimidad, al regular las vigilancias acústicas las ha equiparado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas. La opción del legislador es lógica, no solo porque las conversaciones telefónicas son las que gozan del más alto nivel de protección, sino también porque tras la STC 145/2014 se ha puesto fin a un amplio debate doctrinal sobre el derecho constitucional afectado por la escucha y grabación de las conversaciones entre presentes (comunicaciones orales directas), situando el núcleo de la tutela constitucional en el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), a cuyo régimen legal ahora se asimilan.

Es cierto que cuando la afectación del ámbito de intimidad se produce dentro del domicilio también resulta afectado el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE). Sin embargo, en el marco de la regulación de la vigilancia acústica del domicilio la afectación de este ámbito de intimidad solo tiene carácter instrumental. Se accede al domicilio no para registrarlo y obtener las informaciones que hay en su interior, sino para instalar los dispositivos de escucha (art. 588 quáter (a) 2º LECRIM) y grabación de la imagen (art. 588 quáter (a) 3º LECRIM).

A pesar de ello, puesto que no se puede ignorar que la lesividad de la injerencia se incrementa significativamente por la naturaleza de las conversaciones que se desarrollan dentro del domicilio, el legislador debió regular su captación de un modo más restrictivo, en lugar de dejar en manos del Juez de Instrucción la determinación de si el sacrificio del derecho se encuentra suficientemente justificado.

Si como ya se ha señalado con anterioridad la intensidad de la injerencia se mide atendiendo a la calidad del ámbito material de intimidad afectado por la intromisión y al medio por el que se accede al conocimiento de las informaciones que conforman el ámbito material de la garantía, resulta evidente que constituye una injerencia con un grado de lesividad máximo la intrusión subrepticia en un ámbito de intimidad (el domicilio) que permite acceder a datos o informaciones estrechamente vinculados con el libre desenvolvimiento de la personalidad. En el ámbito del domicilio la expectativa de privacidad es máxima, pues no solo es el lugar donde el ser humano desarrolla las facetas más reservadas de su vida privada, sino que es el lugar en el que el individuo se relaciona con sus familiares resultando afectada, como consecuencia de ello, toda la comunidad familiar.

Por ello, sin lugar a dudas, es criticable que la regulación incorporada a la LECRIM (LO 13/2015) haya omitido una regulación específica de las vigilancias acústicas del domicilio, imponiendo restricciones materiales a la observación del mismo, tanto en relación con las personas que pueden resultar afectadas como respecto de las informaciones a las que se puede extender la vigilancia. Son restricciones que están presentes en otras regulaciones del Derecho comparado.

Se imponen por razón del lugar en el que se captan los sonidos, la horas en las que se realiza la vigilancia o las personas cuyas conversaciones pueden ser objeto de escucha. El §100 c (5) StPO alemán, funda estas limitaciones en la configuración de un ámbito esencial de la vida privada, cuyo contenido, por su carácter esencial para el desenvolvimiento de la vida privada, es absoluto e inderogable. Es un ámbito en el que no caben las limitaciones ni, por ello, es posible hablar de proporcionalidad de los sacrificios, pues en ese ámbito toda injerencia es en sí misma desproporcionada.

Nuestro legislador, a pesar de contar con estos antecedentes, ha optado por una regulación más abierta y, aparentemente, más permisiva. Aunque solo en apariencia, pues la principal consecuencia que resulta de este modelo legislativo es que la responsabilidad se desplaza del legislador al Juez de Instrucción, que habrá de ponderar en cada caso la adecuación de la medida realizando un juicio estricto de proporcionalidad. También el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que en lo sucesivo no deberían contentarse realizando una aproximación meramente formal a la proporcionalidad de la injerencia (deber de motivación), sino que deberían extender el control de constitucionalidad de la medida al contenido material de la garantía, como por lo demás sugiere la exhaustiva mención que el art. 588 bis (a) LECRIM contiene a los distintos aspectos que comprende el principio de proporcionalidad.

El esfuerzo de justificación que ha de realizar el Juez de Instrucción se incrementa dada la variedad de supuestos que tienen cabida en el art. 588 quáter (a) LECRIM: la captación y grabación de las comunicaciones orales en un espacio público; la captación y grabación de las conversaciones en un espacio cerrado; la captación y grabación de las conversaciones orales en el propio domicilio; y la obtención y grabación de imágenes asociadas a la captación y grabación del proceso de comunicación. Aún más si se advierte que la vigilancia acústica puede realizarse para investigar cualquier delito, incluso los de escasa gravedad. De hecho, tan solo se encuentran excluidos

los delitos culposos y los dolosos castigados con una pena que en su extensión máxima no alcance los dos años de prisión (art. 588 quáter (b) 2º LECRIM).

Con mayor tino el anteproyecto aprobado por el gobierno y remitido para informe al CGPJ incluía, como presupuesto de validez, que “los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delito cometido en el seno de organizaciones criminales, delito de terrorismo, delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso, puedan ser considerados de *especial gravedad*”. Una fórmula por lo demás equivalente a la contenida en el § 100 c) II StPO, que obliga a que la aplicación de la medida concierna a la investigación de un delito grave, gravedad que se determina a partir de un catálogo de infracciones y se completa con la exigencia de que en el caso concreto *el hecho tenga una importancia relevante*. El CGPJ, sin embargo, exigió mayor concreción en la norma habilitante y el resultado ha sido el contrario al pretendido, una habilitación general, prácticamente ilimitada, pues abarca la casi totalidad de los delitos incluidos en el Código Penal.

Por el contrario, merece un juicio positivo que se haya restringido la aplicación de esta medida a los encuentros concretos del investigado, es decir, a lo que muy expresivamente en la doctrina se denominan *acuerdos conspiratorios* (Roxin). Este es el verdadero significado de esta diligencia, cuya aplicación debe hacerse con criterios de absoluta excepcionalidad.

El antecedente de este presupuesto, que no tiene parangón en el Derecho comparado, hay que buscarlo en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre las vigilancias acústicas del domicilio, que inspiró la regulación contenida en el ALECRIM 2011, en el que el ámbito objetivo de las vigilancias acústicas coincidía completamente con el de las investigaciones encubiertas. Con estos antecedentes, además, queda claro cuál es el alcance de la disposición contenida en el art. 588 quáter (c) LECRIM, que obliga a que la resolución habilitante contenga una referencia expresa al lugar y a los encuentros a los que ha de extenderse la vigilancia.

Desde esta óptica, la restricción de los derechos del investigado solo será posible si es previsible que el encuentro tendrá lugar y que del mismo se obtendrán informaciones relevantes para la investigación. Por ello, también resulta lógico que esta actuación, a diferencia de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, no esté sujeta a plazo. Lejos de ser una medida que pueda mantenerse en el tiempo, se circunscribe a un único y determinado

encuentro, de tal modo que cada encuentro sospechoso habrá de ser objeto de una autorización específica (art. 588 quáter (a) LECRIM).

Si como se ha señalado la autorización judicial ha de ser el resultado de un estricto juicio de proporcionalidad, resulta obligado hacer una referencia a las condiciones materiales de la observación y a las limitaciones que el Juez de Instrucción puede imponer tanto en relación con la personas que pueden verse afectadas, como respecto a las informaciones que pueden obtenerse en el curso de la vigilancia.

La vigilancia acústica del domicilio solo puede llevarse a cabo en la vivienda del investigado, nunca en el domicilio de un tercero. Además, solo puede estar orientada a captar las conversaciones del inculcado y no las de los terceros que ocasionalmente puedan encontrarse en su domicilio. Entre las personas que pueden encontrarse en la vivienda cabe pensar en sus familiares directos. También en algunas personas que mantienen con el sospechoso una relación de confianza especialmente protegida (médicos, abogados, religiosos).

En torno a todas ellas y a las conversaciones que pueden mantener con el investigado, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha construido una garantía objetiva que se traduce en la exigencia de que las escuchas que se realicen en el domicilio respeten la protección absoluta del ámbito esencial de la vida privada. Para el Tribunal Constitucional alemán, tal y como establece en su sentencia de 3 de marzo de 2004, “Forma parte del desarrollo de la personalidad en el núcleo de configuración privada de la vida la posibilidad de expresar procesos interiores como sensaciones y sentimientos tales como reflexiones, opiniones y experiencias de tipo personalísimo, y todo esto sin miedo a que ello sea vigilado por organismos estatales.

También están comprendidas por la protección las expresiones de sentimientos, las expresiones de la experiencia inconsciente, así como las formas expresivas de la sexualidad. La posibilidad de tal desarrollo presupone que el individuo disponga de un espacio libre adecuado para ello”. Espacio que se concreta en la vivienda privada, concebida como “último refugio”, para preservar la dignidad humana, y aunque la protección, aclara el Tribunal, “no exige una protección absoluta de los espacios de la vivienda privada, sí exige la protección absoluta de la conducta en estos espacios, en tanto constituya un desenvolvimiento individual en el núcleo de configuración privada de la vida” (BVerfGE 109 p. 279).

No se trata, por tanto, de que no sea posible la vigilancia acústica del domicilio, sino de asegurar que se respeta el núcleo de configuración privada de

la vida, lo que impone que la vigilancia sea omitida cuando exista la razonable sospecha de que se recopilarán informaciones comprendidas en ese ámbito esencial (“prognosis negativa de lo esencial”) o, dicho de otro modo, para que sea posible la vigilancia, debe existir algún “punto de conexión o motivo que permita realmente saber que en el interior de la vivienda privada no se está hablando de nada que sea relevante para el ámbito esencial” (Roxin). Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando las conversaciones versan sobre los delitos cometidos o cuando se realizan en recintos empresariales o comerciales (§ 100 c (4) StPO).

En sentido inverso, la vigilancia debe excluirse cuando alguien se encuentra sólo en su vivienda con personas con quienes mantiene una especial relación de confianza y no existen motivos para esperar que las conversaciones harán referencia a delitos. De acuerdo con ello, se presume que las conversaciones que se mantienen en el seno del matrimonio y la familia (cónyuges, hermanos, parientes en línea recta que conviven en la misma casa) tienen una importancia especial para el ámbito esencial de intimidad, como también la tienen las que se mantienen con personas vinculadas al inculcado por una relación de confianza especialmente protegida (médicos, abogados, religiosos).

Tomando como base esta regulación, el ALECRIM 2011 expresamente prohibía que la escucha y grabación se extendiese a “las conversaciones que la persona investigada mantenga con quienes están dispensados de la obligación de declarar por razón de parentesco o secreto profesional, salvo que el procedimiento también se haya dirigido contra ellos” (art. 304.2º). En la actual regulación, sin embargo, no existe tal prohibición general. Queda, pues, en manos del Juez de Instrucción determinar, caso por caso, si existe un bien jurídico constitucional tan relevante que justifique la restricción del derecho hasta un punto en el que pueda llegar a verse seriamente afectado el contenido esencial del derecho a la intimidad.

### *Garantías informativas establecidas a favor del investigado y de los terceros ocasionalmente afectados por la vigilancia*

#### 1. El destinatario y el afectado por las medidas de observación y vigilancia

Como anteriormente se ha señalado las diligencias de investigación en las que se utilizan medios técnicos de observación y vigilancia presentan dos ras-

gos característicos: se desarrollan subrepticamente y extienden sus efectos a personas distintas del investigado. Al carácter subreptico de la vigilancia y a las consecuencias que de ello resultan para la configuración de su régimen jurídico, se ha hecho referencia en el apartado anterior. Queda, pues, por examinar cuáles son los derechos informativos que se reconocen a favor de los afectados, como concreción de su derecho a la autodeterminación informativa (control sobre las propias informaciones).

Antes, sin embargo, conviene aclarar que el sospechoso (investigado) no siempre coincide con el destinatario ni con el afectado por las medidas de vigilancia. *Afectado* por la vigilancia es cualquier persona que se relacione con el investigado (terceros ocasionales), cuyos datos o informaciones (imagen, voz o localización) se obtienen en el curso de la investigación. Afectado siempre lo será el *destinatario* de la medida, es decir, la persona contra la que ésta se dirige, que generalmente lo será el *investigado*, aunque excepcionalmente también podrá serlo un tercero (partícipes ocasionales).

La regla general es que estas medidas solo pueden utilizarse contra el investigado. Expresamente, así se prevé para la grabación de las comunicaciones orales directas. Como establece el art. 588 quáter (a) 1º LECRIM, la utilización de los dispositivos de escucha solo puede estar dirigida a la captación y grabación de las conversaciones del investigado y, si se trata de una vigilancia acústica domiciliaria, el único domicilio que puede ser sometido a vigilancia es el del investigado

Por el contrario, tratándose de la obtención de imágenes, el art. 588 quinquies (a) 2º LECRIM expresamente autoriza que la medida se lleve a cabo aun cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado o con los hechos objeto de investigación.

Y aunque la regulación nada aclara acerca de si los dispositivos de localización geográfica pueden utilizarse contra terceros, en virtud del principio de intervención indiciaria que rige en la aplicación de estas diligencias de investigación cuando su adopción se encuentra sujeta a la exigencia de autorización judicial, existen buenas razones para sostener que la medida solo puede estar orientada a la localización y al seguimiento del investigado. En este caso, además, dada la naturaleza del dispositivo también al seguimiento de los objetos directamente relacionados con él o con la actividad delictiva investigada.

En todo caso, no se puede descartar que en el curso de la vigilancia se obtengan informaciones de personas distintas del investigado, terceros ocasionales que se relacionan con él, cuyos datos personales quedarán registrados en el curso de la investigación. Por ello, la legislación debe de incorporar las garantías propias de la protección de datos (información, acceso y cancelación), no solo respecto del investigado, sino también de cualquiera que se haya visto afectado por la vigilancia, aspecto éste en el que la nueva regulación resulta muy deficitaria.

La única mención que se contiene en la LECRIM es en relación con el acceso a la grabación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter (i) 3º LECRIM), cuyas previsiones han de entenderse aplicables a la grabación de las comunicaciones orales directas. Por contra, ninguna previsión se contiene en relación con la utilización de los demás medios técnicos de vigilancia. La omisión es especialmente llamativa en el caso de la captación de imágenes, si se tiene en cuenta que la regulación procesal expresamente contempla que este medio de investigación pueda dirigirse directamente contra terceras personas distintas del investigado. Es evidente que cuando menos en este caso deberían haberse reconocido al afectado por la medida los derechos relacionados con el acceso a la información y a la cancelación de los datos.

Por último, conviene advertir que estos derechos no deben confundirse con los que se reconocen al investigado como parte procesal en relación con la utilización en el procedimiento, como fuente de prueba, de las informaciones obtenidas en el curso de la vigilancia. En este caso, el derecho afectado no es la intimidad en su dimensión informativa (art. 18 CE), sino la prohibición de sufrir indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

## 2. Derechos informativos del investigado y de los partícipes ocasionales en las comunicaciones orales directas

Una vez se ha producido la injerencia entran en juego las *garantías informativas*. En primer lugar, como presupuesto de los demás derechos, se reconoce a favor del afectado el derecho a conocer que ha estado siendo sometido a vigilancia. El *derecho a conocer* se materializa imponiendo a las autoridades a cuyo cargo se encuentran las investigaciones, fundamentalmente el Juez de Instrucción, obligaciones informativas que en la nueva regulación se concretan en el art. 588 ter (i) LECRIM, tanto en relación con las partes como los terceros partícipes en el proceso de comunicación.

La regulación del acceso de las partes a las informaciones (art. 588 ter (i) 1º y 2º LECRIM) se centra en el uso probatorio del resultado de las escuchas. Mayor interés tiene, desde la perspectiva del derecho a la autodeterminación informativa, que la titularidad de este derecho se reconozca a cuantas personas han intervenido en las conversaciones con el investigado. Por tanto, no solo éste, que siempre habrá de ser informado cualquiera que sea el resultado de la investigación, sino todos sus interlocutores, es decir, todos los partícipes en las conversaciones tienen derecho a conocer que han sido objeto de las medidas de vigilancia.

No obstante, en determinados casos este derecho puede ser objeto de restricciones. A diferencia del §. 101 StPO, el art. 588 ter (i) 3º LECRIM no prevé la posibilidad de limitar el derecho a ser informado en atención al escaso grado de afectación en la intimidad del tercero interesado en obtener la información. Tampoco se contempla, y esto todavía es más criticable, la posibilidad de limitar el acceso a la información cuando, como consecuencia de ello, se ponga en peligro la integridad física, la libertad de alguna persona o bienes patrimoniales relevantes. De hecho, las únicas excepciones que en nuestra legislación procesal se contemplan a la obligación de informar son tan solo que resulte imposible dar la información, que darla exija un esfuerzo desproporcionado o que al hacerlo se puedan perjudicar futuras investigaciones.

Los motivos de imposibilidad generalmente estarán relacionados con la dificultad de identificar a los interlocutores, dificultad que en el caso de las conversaciones entre presentes se reduce considerablemente, puesto que al producirse la conversación directamente, cara a cara, el interlocutor en la mayor parte de los casos podrá ser visto por los investigadores y podrán identificarle. Por esto, desde el punto de vista de la limitación del derecho a obtener información, la excepción más importante, la que está llamada a ser invocada con mayor frecuencia es el riesgo de que puedan resultar perjudicadas futuras investigaciones.

Puesto que la aplicación de esta cláusula conlleva la restricción de un derecho fundamental, su adopción deberá realizarse por el Juez de Instrucción mediante una resolución motivada, en la que se concreten cuáles son las investigaciones en curso cuyo éxito puede quedar comprometido si se comunica el resultado de la vigilancia. Además, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, también deberá tenerse en cuenta la gravedad del delito cuya investigación puede resultar dañada. Y puesto que de otro modo la ga-

rantía legal quedaría sin contenido, la suspensión del derecho no debe tener carácter indefinido, sino estar sujeta a plazo que deberá concretarse en la resolución que imponga la limitación del derecho.

La existencia de otros riesgos no previstos en la LECRIM, en particular que pueda ponerse en peligro la integridad de alguna persona, podrá considerarla el Juez de Instrucción aplicando las cláusulas generales de justificación (colisión de deberes), aunque también en este caso la limitación habrá de ser temporal, hasta que el riesgo haya sido neutralizado, lo que a su vez deberá ser objeto de un pormenorizado examen en la resolución que acuerde la limitación.

Desde el punto de vista informativo, también es relevante el *destino de las informaciones obtenidas*. Aunque su destino natural sea el proceso en el que se obtuvieron, no se puede descartar que en determinadas condiciones las informaciones también puedan ser utilizadas en otro proceso. No incondicionalmente, pues su incorporación debería ser objeto de un pronunciamiento judicial expreso, en el que se realice un adecuado juicio de ponderación verificando la necesidad de incorporarlas para el esclarecimiento de los nuevos hechos investigados, los cuales, además, deberían constituir un delito para cuya investigación hubiera podido acordarse esa misma diligencia de investigación.

A pesar de que el vigente art. 579 bis LECRIM regula la utilización en otro proceso de las informaciones obtenidas, lo cierto es que la única preocupación del legislador ha sido asegurarse de que el testimonio comprende todos los particulares (solicitud, autorización y peticiones y resoluciones prorrogando la medida) que permitan tener por justificada la legitimidad de la injerencia en el procedimiento en el que la escucha fue acordada. Ni rastro, por tanto, de cualquier otra garantía relacionada con el derecho a la autodeterminación informativa del investigado o de los terceros afectados por la vigilancia.

Ligado al derecho a la información se contempla el *acceso a las grabaciones* y la *cancelación de los datos*. La regla general es la entrega de copia de la grabación o de la transcripción de las comunicaciones a todas las personas que hayan comunicado con el investigado, a quienes previamente deberá haberse notificado la existencia de la vigilancia. Solo si la intimidad de otras personas puede verse seriamente afectada podrá limitarse la obtención de copia de la grabación, nunca el acceso a su contenido. También podrán imponerse limitaciones cuando la obtención de la información resulte contraria

a los fines del proceso, previsión tan genérica y elástica que corre el riesgo de convertirse en una excusa para incumplir el mandato legal.

El cuadro de garantías informativas se cierra con la regulación de la *cancelación de los datos* mediante la *destrucción de los soportes*, una vez el proceso haya concluido por sentencia absolutoria o, si ha existido condena, tan pronto la pena se haya ejecutado o haya prescrito. El art. 588 bis (k) LECRIM, no obstante, permite conservar la información durante un plazo de salvaguarda (cinco años), durante el cual el tribunal puede disponer la conservación de las informaciones. En la regulación, sin embargo, no se concreta por cuánto tiempo ni cuál puede ser el destino ni la finalidad para cuya consecución se mantienen los datos, lo cual de facto se convierte en una vía abierta para la conservación indefinida de las informaciones.

Desde la perspectiva de la protección de datos, habría bastado con reconocer al interesado (el investigado o el tercero ocasionalmente afectado) la facultad de reclamar del responsable del fichero la eliminación física de las grabaciones, siempre que se den las condiciones establecidas para proceder a la cancelación de los datos. Con ello, en realidad se trataría de desplazar el contenido material de la garantía al derecho a recibir información de los datos que sobre el afectado poseen las autoridades encargadas de la persecución penal, dejando en sus manos el control del mantenimiento de los datos y, por tanto, la facultad de instar su cancelación cuando se den las condiciones legalmente establecidas.

La opción del legislador ha sido la contraria, imponer a los tribunales la obligación de acordar la cancelación de oficio sin tan siquiera establecer el marco procedimental en el que ha de adoptarse esta decisión, la cual cuando menos exigirá oír previamente a todos los interesados, es decir, tanto a quienes han sido parte en el procedimiento como a las personas a quienes concierne la información. Además, por afectar al contenido de un derecho fundamental, cualquier limitación deberá adoptarse mediante una resolución motivada y respetando el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa.

### *Orientación bibliográfica*

La noción jurídica de intimidad se elabora en el contexto del conflicto entre este derecho y la libertad de expresión, en la obra *“The right to privacy”* (Warren S. y Brandeis L 1890). En la década de los sesenta, antes de que se

produzca la eclosión de los sistemas informáticos, surge la noción de intimidad informativa: *“Privacy and Freedom”* (Westin 1967), que en Europa se incorpora a partir de la sentencia del TCF alemán resolviendo el recurso sobre la Ley del censo. Traducción de esta sentencia y de la que posteriormente examinó el régimen de las vigilancias acústicas del domicilio, en *“Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán en la encrucijada del cambio de milenio”* (Aláez Corral B. y Álvarez Álvarez L. 2008).

En la doctrina española, pueden consultarse dos obras de referencia sobre la construcción dogmática del derecho a la intimidad: *“La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular el derecho a la intimidad de los obligados tributarios”* (Bueno Gallardo E. 2009); y más sintética, aunque con un amplio prontuario de jurisprudencia constitucional, *“Intimidad personal y familiar”* (Mieres Mieres L. J. 2002).

Un texto clásico sobre el derecho a la autodeterminación informativa es *“El derecho a la autodeterminación informativa”* (Lucas Murillo P. 1990). Más reciente *“Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa”* (Martínez Martínez R. 2004); del mismo autor, específicamente, sobre la investigación policial: *“Tecnologías de la información, policía y Constitución”* (Martínez Martínez R. 2001).

Sobre la configuración de la noción de intimidad informativa y su transposición al proceso penal: *“La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en el proceso penal”* (López Ortega 2010).

Y específicamente, sobre las investigaciones basadas en la utilización de medios técnicos de observación y vigilancia: *“Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido”* Martínez Ruiz J. (2004); *“Las grabaciones magnetofónicas de las comunicaciones orales directas en el marco del proceso penal”* en *“Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo Sr D. Luis Portero García”* (Ordoño Artés C. 2001); *“La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal”* Noya Ferreiro M. L. (2000); y muy controvertida por su planteamiento y conclusiones, *“Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”* (Muñoz Conde F. 2004), a propósito de la grabación del caso Montesinos. Sobre este caso también puede consultarse: *“Prueba ilícita y lucha anticorrupción (El caso del allanamiento y secuestro de los Vladivideos)”* (Asencio Mellado J. M. 2008).

Más antiguos, aunque no carentes de interés: *“Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en*

*lugar cerrado*” en *“La prueba penal”* (Rafols Llach J. 1992); y *“Domicilios y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998”* (Gómez Orfanel G. 1998).

Una amplia exposición sobre la sentencia del Tribunal Constitucional en relación con la vigilancia acústica del domicilio: *“La vigilancia acústica del domicilio y el ámbito esencial de configuración de la vida privadas”* en *“La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias”* (Roxin C. (2008).

Específicamente, sobre la utilización de los dispositivos de localización geográfica en el proceso penal: *“Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal”* en *“Protección de dtos y proceso penal”* (Pérez Gil J. 2010).

Por último, sobre las consecuencias que, desde una perspectiva de política criminal, tienen para el proceso las vigilancias encubiertas y el desarrollo de las medidas de vigilancia que se instauran en la legislación alemana a comienzos de los noventa en la lucha contra la criminalidad organizada: *“¿Proceso penal sin protección de datos? en “La insostenible situación del Derecho penal”* (Hassemer 2000). Y también con referencias a la legislación alemana de la época, *“La protección de los datos de carácter persona en el ámbito de la investigación penal”* (Etxebarria Guridi J. F. 2000).



SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD.  
BREVES REFLEXIONES JURÍDICAS

Manuel Alejandro Donato Ramírez  
Aguas Calientes, Estados Unidos Mexicanos

*Introducción*

El modelo antropológico en el que está cimentada la juridicidad occidental actual concibe al Ser Humano como un ente con capacidad para ejercerse y determinarse a sí mismo de forma constante y permanente, bajo una condición de asunción inmanente de responsabilidades devenidas de sus actos, los cuales, como tales, se materializan siempre como resultado de un procedimiento de discernimiento volitivo y consciente.

Lo anterior significa indudablemente que al Ser Humano, en cuanto a tal, le es inherente un conjunto de prerrogativas, libertades y facultades que resultan indispensables para *ser* humano y, jurídicamente, para *ser* y *ejercerse* como persona –como se planteará a lo largo del presente texto–. Tales facultades se consideran pautas mínimas suficientes cuyo ejercicio, práctica, realización y materialización deben estar contemplados por el Derecho a partir de la norma fundante del Estado y asegurados a partir de todas las demás nomotesis jurídicas que de ella devienen, en favor de todos los entes a los que se les ha otorgado el estatus jurídico de *persona*. Entre las facultades, prerrogativas y libertades mínimas que en un Estado Constitucional Democrático y Posmoderno de Derecho se consideran suficientes para que la persona se ejerza y se determine a sí misma podemos encontrar la vida, la libertad, la salud, el trabajo, la paz y la intimidad, entre muchas otras.

El presente texto pretende realizar un ejercicio reflexivo respecto a la última de las prerrogativas, facultades y libertades enunciadas en el párrafo inmediato anterior: la Intimidad. Así pues, será la Intimidad el *Objeto Material* sobre el que habrán de ocuparse las siguientes líneas, estableciendo a la juridicidad positiva europea y americana, específicamente la que constituye los sistemas español y mexicano, como *Objeto Formal*<sup>1</sup> desde el cual se dará

---

<sup>1</sup> El *Objeto Material de Estudio* estará siempre constituido por el ente que pretende conocerse, mientras que el *Objeto Formal de Estudio* será en todo caso la perspectiva, el

tratamiento a aquel, en pos de lograr una visión integral de la Intimidad desde el punto de vista jurídico y acotado por el ámbito positivista occidental, sin abundar en posturas pluralistas, alternativistas, historicistas-jurídicas, socio-jurídicas o crítico-jurídicas al respecto, dado el exacerbado iuspositivismo que representa la nota característica y la cualidad que por antonomasia es propia de los sistemas jurídicos aludidos.

Para efectos de lo anterior, las presentes reflexiones intentarán, en principio, realizar un acercamiento a la Intimidad como Derecho Fundamental, utilizando para ello la concepción del Derecho como ente analógico, perfeccionada y difundida por el ilustrísimo iusfilósofo mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, a fin de establecer las bases para su definición y la delimitación de sus contenidos *esencial* y *accidental*.

Enseguida, se hará un breve análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Española y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de extraer los elementos que las normas fundamentales de marras circunscriben como dignos de protección ante intervenciones ilegítimas, arbitrarias e indebidas, principalmente de carácter epistemológico –entendiéndolos como ámbitos de información propios de la persona–, haciendo una breve referencia al tratamiento jurisprudencial de los mismos, con el propósito de crear una base normativa que permita con posterioridad concebir a la Intimidad como un Derecho Fundamental delimitado y con contenido propio.

Posteriormente se buscará establecer los *límites* del Derecho Fundamental a la Intimidad, tanto *internos* como *externos*, con base en el contenido del mismo, el cual se obtendrá de las diversas normas positivas que conforman el combés fundamental o constitucional de los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, y que constituyen las reglas que le dan vida y lo caracterizan ontológicamente en el ámbito jurídico.

A continuación, se realizará un breve ejercicio de reflexión acerca de los principios que rigen el ejercicio de la Intimidad como Derecho Fundamental y la serie de directrices que se erigen como pautas conductuales para los in-

---

enfoque, la visión o el ángulo específico desde el cual habrá de abordarse aquel, en otras palabras, el aspecto concreto desde el que se pretende conocer al *Objeto Material*. En DE LA TORRE RANGEL, J. A., *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*, 3.<sup>a</sup> ed., 2001, Porrúa, México, 2007, pp. 6-7.

dividuos y, sobre todo, para el Estado, las cuales actúan como mecanismos protectores que garantizan tanto la posibilidad de practicarla, materializarla y realizarla, como su indemnidad, otorgando a la persona que es su titular parámetros de certeza mínimos y procedimientos concretos que servirán para que se encuentre en condiciones efectivas de saber si la intervención de la que es objeto es adecuada y legítima, y principalmente, para brindarle herramientas que le sea posible utilizar activamente para contradecir, combatir y defenderse de los argumentos que el agente esgrime para sostener su pretensión de injerir en el Derecho Fundamental de marras; para finalmente realizar una condensación de las conclusiones a las que se arriba como resultado de todas las reflexiones hechas que se harán en el presente texto en torno a la Intimidad y la dimensión de esta como Derecho Fundamental.

### *Aproximación a la Intimidad como Derecho Fundamental*

El Ser Humano, en cuanto a tal, jurídicamente está dotado de ciertas libertades, facultades y prerrogativas que hacen posible el propio ejercicio del individuo a partir de la premisa kantiana del Ser Humano como finalidad en sí misma, noción que se ha extendido más allá de la concepción jurídica de la Persona Física, entendida como el centro de imputación normativa identificado con el ente bio-psico-social, alcanzando a los fenómenos jurídicos denominados Personas Morales, en algunos sistemas jurídicos (como el mexicano), o Personas Jurídicas, en otros ordenamientos normativos (como el español), a los cuales el Derecho les ha atribuido algunas de esas prerrogativas en razón de que les ha dado un tratamiento cuya virtud es equiparable al de las Personas Físicas<sup>2</sup>. A dichas prerrogativas o facultades que permiten el

---

2 En razón de que el Derecho ha resuelto dotar a ciertos fenómenos –a los que llamamos Personas Jurídicas o Morales– de las características y atributos propios de las Personas Físicas y darles un tratamiento equiparable a éstas, dado que la actividad de los primeros tiene la fuerza suficiente para producir los mismos efectos que la actividad de los segundos, de forma tal que la existencia de ambos reviste la misma apariencia jurídica, considero que el nombre más adecuado para dichos fenómenos es el de Personas Virtuales y no Morales o Jurídicas, pues el adjetivo “moral” hace referencia a una calificación ética y el adjetivo “jurídico” denotan la pertenencia a lo jurídico, cualidades que son propias de las dos categorías de *personas*, lo cual hace ineficaces e inadecuados los epítetos con los que tradicionalmente se designa a tales entidades jurídicas, pues los mismos no tienen el efecto de evocar la característica que permite diferenciarlos a uno del otro.

ejercicio propio de la persona y que han sido incorporadas al Derecho Positivo las hemos denominado Derechos Fundamentales.

Sin embargo, el ejercicio propio de la persona no puede quedarse como un mero ideal etéreo y desvinculado completamente de la realidad, ni como un concepto abstracto del elemento material que se erige como un factor inmanente a la construcción de la persona como fenómeno jurídico, cuya nota distintiva es la facticidad; sino que dicho ejercicio debe situarse siempre en el contexto de la existencia física que es inherente a la persona y en función de las interacciones e interrelaciones que mantiene de forma consustancial con todos los entes que componen su entorno, incluyendo entre ellos a las otras entidades personales cuya presencia le es concomitante y a las cuales les son propias las mismas facultades y prerrogativas.

En otras palabras, no basta con que la persona tenga la noción de que le pertenecen facultades y prerrogativas que le son requeridas para ejercerse a sí misma, sino que es necesario vincularlas con todos los elementos que conforman su realidad, a fin de establecer parámetros objetivos que permitan su realización; pues es necesario aceptar que la esencia del Ser del Derecho se encuentra en la aceptación de la individualidad y el carácter social de la persona como cualidades que le son inalienables.

En relación con lo anterior y siguiendo al ilustre iusfilósofo mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, en cuanto a su concepción del Derecho como ente analógico<sup>3</sup>, a fin de trasladar dicha concepción a la construcción de una noción de Derechos Fundamentales que servirá de base para realizar una aproximación a la Intimidad como idea inscrita dentro de ésta categoría, los Derechos Fundamentales –entendidos éstos como fenómenos jurídicos– son un Ser que se manifiesta en cuatro entes distintos consistiendo el primero, mismo que el insigne profesor mexicano ha denominado *Derecho Subjetivo*, en las facultades y prerrogativas que le sean suficientes para ejercerse a sí misma, al advertirlas epistemológicamente como pautas mínimas que harán posible la consecución de tal propósito y que, por lo tanto, le corresponden de manera necesaria.

Las facultades y prerrogativas respecto de las cuales la persona tiene una noción de pertenencia, necesariamente se ven confrontadas con el menester

---

3 DE LA TORRE RANGEL, J. A., *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina. Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006, pp. 29-34.

de autoejercicio que corresponde cualitativamente a todas las personas en razón de tal condición, dando nacimiento a una relación de débito recíproca devenida de la interacción social que les permita a todas su propio ejercicio sin perturbar, impedir o entrar en conflicto entre sí, de modo tal que se genera una delimitación de las facultades o prerrogativas que son propias de cada quien y que no pueden entenderse desvinculadas de la realidad efectiva de la que participan, dando lugar así al segundo ente en el que se manifiestan los Derechos Fundamentales y el cual es evocado a través del significante *Justo Objetivo*.

La mecánica social y las confrontaciones que nacen en su seno, como consecuencias funcionales de la interacción entre las personas que la conforman, hacen necesaria la determinación objetiva tanto del Derecho Subjetivo como de lo Justo Objetivo, en cuanto a los Derechos Fundamentales se refiere, lo cual se logra a través de formulaciones lingüísticas que se traducen en construcciones nomotéticas cuya naturaleza se distingue en razón de la función que cumplen dentro de la juridicidad.

Así, si la función que cumplen es la de definir al fenómeno concreto dotándolo de una existencia jurídica efectiva y dándole vida como tal, es decir estableciendo el Ser de cada uno de los Derechos Fundamentales puesto que —como ya se estableció— son fenómenos jurídicos, se denominarán *reglas ónticas*. Por otra parte, si la función que llevan a cabo es la de establecer oraciones explicativas que advierten el curso conductual que habrá de seguirse como proceso a través del cual es posible conseguir efectos jurídicos específicos, entonces se conocerán como *reglas técnicas o prácticas*, y pensando a los Derechos Fundamentales como elementos constitutivos del contenido teleológico de esta categoría nomotética, entonces dichas formulaciones lingüísticas fungirán como directrices que habrán de seguirse si lo que se pretende es su adecuado ejercicio, la exigencia de su cumplimiento, la restitución de su goce o la eliminación de toda medida que coarte su práctica efectiva.

Y finalmente, si la nomotesis se formula prescribiendo necesidades y expectativas conductuales que las personas habrán de satisfacer, atendiendo a un principio de orden o conveniencia, o al verse obligados a realizarlas en favor de un beneficiario, ya sea este de naturaleza abstracta o concreta —en cuyo caso existe la posibilidad de que este ya se encuentre determinado o existan parámetros que permitan su determinación—, al que le corresponde potestativamente la exigencia de su cumplimiento, a fin de crear las condiciones adecuadas para que a todas las personas les sea asequible su propio ejercicio,

entonces serán denominadas como *reglas deónticas* (las cuales son las únicas construcciones lingüísticas a las que les corresponde propia y estrictamente su designación a través del significante *norma*)<sup>4</sup>.

El conjunto de formulaciones lingüísticas a las que se ha hecho alusión en el párrafo inmediato anterior, mismas que se encuentran agrupadas en las categorías nomotéticas expuestas, constituyen el tercer ente en el que se manifiestan los Derechos Fundamentales, el *Derecho Objetivo*.

En la concepción de Jesús Antonio de la Torre Rangel, el cuarto ente en el que se manifiesta el Derecho, y por lo tanto los Derechos Fundamentales, es la *Ciencia del Derecho*, respecto al cual me limitaré a señalar que consiste tanto en el ordenamiento como en el conocimiento, metódicos y sistematizados, de los entes anteriores, sin profundizar más sobre éste tópico en razón de que resulta de poca utilidad para el tema que ocupa a las presentes reflexiones.

El ideario jurídico del ínclito catedrático hidrocálido al que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores hace patente que el Derecho es un fenómeno social que tiene su origen en el Ser Humano y que se refleja en sí mismo, atendiendo no sólo a su naturaleza individual sino también a sus naturalezas material y social, siendo esta última el ámbito en el que cobra sentido el término *Justicia* y donde esta encuentra su razón de ser, lo cual evidencia la inexorable relación axiomática que existe entre los Derechos Fundamentales y la Justicia, ya que sólo mediante la propia construcción de la persona y el reconocimiento de subjetividades alternas a las que también les corresponde la facultad del propio ejercicio es que pueden darse las condiciones óptimas en las que el Ser Humano puede ser Humano. Ante lo cual me permito afirmar que *la Justicia yace sobre el Humanismo y la Alteridad*.

Concatenado con lo anterior, el profesor Peter Häberle afirma que “...los derechos fundamentales son, por un lado, expresión de un ordenamiento de libertad ya realizado y, simultáneamente, son presupuesto para que este ordenamiento se constituya de nuevo una y otra vez a través de la actuación en libertad de todos”.<sup>5</sup> En otras palabras, los Derechos Fundamentales son

---

4 ROBLES MORCHÓN, G. *Las Reglas del Derecho y Las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría Analítica del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988. pp. 91-263.

5 HÄBERLE, P., *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley de Bonn. Una Contribución a la Concepción Institucional de los Derechos Fundamentales y a la Teoría de la Reserva de la Ley*, Dykinson-Constitucional, Madrid, 2003, p. 7.

una determinación a la libertad de autodeterminación como cualidad propia de toda persona, lo cual los erige como pautas que encausan conflictos sociales y humanos devenidos de la aceptación y el reconocimiento de las limitaciones reales que recaen sobre individuos y colectivos específicos respecto al acceso de recursos, bienes, satisfactores y derechos concretos, a través de reglas que establezcan condiciones óptimas para la materialización de la justicia en situaciones concretas en las que se realice efectivamente la equidad y la epiqueya.

Así pues, si los Derechos Fundamentales constituyen las pautas que generan condiciones óptimas para la materialización de la Justicia en el caso concreto y el ejercicio propio de la persona en cuanto a tal, y los valores son definidos por Cruz Pérez Pérez como “...cualidades de la realidad humana que nos permiten preferir aquellas manifestaciones de la realidad que son o nos parecen más óptimas [...] propiedades de la realidad que sólo aparecen o se perciben en la relación que se establece entre las realidades presuntamente valiosas y los hombres que se vinculan con ellas...”<sup>6</sup> y que lo son por “...la relación que mantienen los hombres con esa realidad...”<sup>7</sup>, es válido afirmar entonces que los Derechos Fundamentales son valores que el ordenamiento jurídico tutela como bienes preponderantes que merecen una protección correspondiente con su relevancia para el Ser Humano, la persona y la justicia, dado que de ellos depende su existencia y su ejercicio en cuanto a tal.

En una opinión personal, partiendo de un modelo antropológico distinto al kantiano y tomando como base las concepciones devenidas de la antropología filosófica sartreana, misma que conceptualiza al Ser Humano no como un fin en sí mismo, sino como un proyecto constante en sí mismo, considero que los Derechos Fundamentales son entonces, no sólo aquellos valores tutelados por la juridicidad como bienes preponderantes que permiten el propio ejercicio de la persona, sino aquellas facultades y prerrogativas suficientes para que la persona esté en condiciones de determinarse constantemente a sí misma, en forma libre y bajo una asunción inmanente de responsabilidades que se determinan mediante el enfrentamiento o a partir de la contraposición entre las que son propias de las personas entre sí, de las que atañen a todas

---

6 PÉREZ PÉREZ, C., “Sobre el Concepto de Valor. Una Propuesta de Integración de Diferentes Perspectivas”. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2691995>, p. 105.

7 PÉREZ PÉREZ, “Sobre el Concepto de Valor”, *op. cit.*, p. 105.

como un colectivo cuya cohesión nace en el seno de interrelaciones e interacciones dadas entre ellas, y de las anteriores con el fenómeno jurídico al que hemos denominado Estado (fenómeno al que también se le ha atribuido el estatus de Persona Moral, Jurídica o Virtual).

Así pues, entre las libertades, prerrogativas y facultades que hemos incluido dentro de la categoría de Derechos Fundamentales, dada su esencialidad para la propia determinación y ejercicio de la persona, además de muchas otras como la Vida, la Libertad, la Salud, etcétera, encontramos el Derecho Fundamental a la Intimidad.

La intimidad es considerada como un Derecho Fundamental dado que se erige como un valor que la juridicidad tutela como un bien preponderante inscrito en tal categoría en razón de que la reserva que decide hacer la persona respecto de cierta información que considera debe estar apartada de la vista del resto, al considerar que no corresponde a aquella que sea de su incumbencia, le asegura un mínimo de tranquilidad y un marco de acción suficiente que le permite tomar decisiones libremente y en ausencia de controles que lo expongan al escrutinio de los demás e incluso a la ignominia derivada de prácticas, conductas, costumbres o usos cuya relevancia para la sociedad, entendida como cuerpo colectivo organizado con base en determinado sustrato cultural, es nimia o definitivamente nula; haciéndole asequible la materialización del ordenamiento de libertad que le permita la constante autodeterminación y la asunción de responsabilidades que inherentemente se encuentran implicadas en el intercambio debido, indebido, legítimo, ilegítimo, permitido y vedado de la información que las personas viviendo en sociedad requieren para una convivencia pacífica y una interacción armónica en la que se vea reflejado lo *Justo Objetivo*.

Y es a partir de la necesidad de la realización efectiva de lo *Justo Objetivo* del Derecho Fundamental a la Intimidad y su transpolación en formulaciones lingüísticas que lo manifiesten en la entidad del *Derecho Objetivo*, que resulta necesario esclarecer las nomotesis que delimitan el contenido del Derecho Fundamental que sirve de eje para las presentes reflexiones, para lo cual haré de referirme en el próximo apartado a las disposiciones positivas que sirven de asideros y referentes más próximos para el entorno iberoamericano, en específico para los sistemas jurídicos mexicano y español, al ser los puntos de vista desde los cuales se ha planteado el abordaje del tópico que constituye el objeto material de lo que aquí se estudia.

*Positivización del Derecho Fundamental a la Intimidad.  
Las Reglas Óntico-Deónticas Inscritas en el Marco Convencional  
Internacional y Constitucional*

Señalamos al inicio del primer apartado que la nota distintiva que un Derecho requiere para adquirir la naturaleza de Fundamental, además de su trascendencia e importancia para el ejercicio y la determinación propios de la persona y la inherencia de su existencia a la de la dignidad de ella, es la necesidad de que se encuentre contenido en las nomotesis que conforman el Derecho Positivo<sup>8</sup>.

No obstante, no cualquier nomotesis positiva determina la fundamentalidad de los derechos, pues su protección como bienes jurídicos que son tutelados de forma preponderante requiere de su inserción dentro del ámbito cuya extensión abarque toda la juridicidad, pues los Derechos Fundamentales deben permear a toda ésta, y éste es el combés constitucional, mismo que debe ser entendido no sólo como la norma fundante del Estado, en la cual se ve formalizado el contrato social de cada entidad política soberana, como lo conceptualizaba la teoría constitucional clásica, sino como todas aquellas disposiciones que establecen reglas de organización de los órganos del Estado y, sobre todo, que consagren facultades, prerrogativas y libertades que limiten y dirijan su poder y hagan posible la autodeterminación y el ejercicio de la persona, tanto frente al propio Estado como frente a otras personas; en otras palabras, nomotesis que formulen Derechos Fundamentales.

Por lo que hoy, partiendo de una óptica neoconstitucionalista, entendemos como pertenecientes al ámbito constitucional no sólo a las reglas contenidas en las constituciones de cada uno de los Estados soberanos, sino también a todas aquellas derivadas de los Instrumentos Internacionales en los que se han positivizado Derechos Humanos, convirtiéndolos en Derechos Fundamentales, y que, al ser asimilados por los Estados mediante la ratificación de dichos instrumentos, se convierten en principios rectores que permean a todo el sistema jurídico del Estado de que se trate y que son recibidas como directrices sustantivas supremas de la totalidad del Derecho en favor de la persona. En otras palabras, comprendemos hoy a la “norma constitucional” como un fenómeno que se extiende a los Instrumentos Internacionales que contienen Derechos Humanos y que el Estado ha decidido asimilar y recibir dentro de su juridicidad.

---

8 JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

En razón de lo anterior y a fin de delimitar el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad en el contexto iberoamericano, en concreto en el de los sistemas jurídicos mexicano y español, se utilizarán como base los ordenamientos que pertenecen al ámbito constitucional de los países aludidos, por lo que se estudiarán diversas disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la Ciudad De Nueva York, E.U.A. el 19 de diciembre de 1966, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como algunos de los criterios establecidos al respecto por los Tribunales de cada uno de los países mencionados y por los órganos jurisdiccionales que, en el ámbito internacional, se encargan de la aplicación y la interpretación de los instrumentos referidos. Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup> prescribe una prohibición que sirve como un elemento de protección para la persona, oponible a otras y al Estado, respecto a injerencias o ataques que se realicen sobre su vida privada, de forma arbitraria, abusiva o ilegal, incluyendo en el ámbito de lo privado lo relativo a su familia, a su domicilio, a su correspondencia, a su honra, a su dignidad y a su reputación.

Asimismo, el numeral 12 de los que conforman el articulado de la Declaración de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho<sup>10</sup> señala que toda persona deberá ser protegida por la ley en

---

9 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de ingerencias (sic) arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas ingerencias (sic) o esos ataques.

10 DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APROBADA Y PROMULGADA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS EL 10 DE DICIEMBRE DE 1948. Artículo 12. Nadie será objeto de ingerencias (sic) arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ingerencias (sic) o ataques.

contra de los ataques o injerencias que se hagan a la vida privada de las personas, de forma arbitraria, incluyendo en dicho ámbito a los mismos elementos referidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, salvo la inclusión expresa de la dignidad –lo cual no constituye una discrepancia verdadera en razón de que ésta se encuentra incluida en el concepto de honra, mismo que se define como la estima y el respeto a la dignidad propia–, puesto que nadie puede ser sometido a ellas.

Al respecto, establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, en su arábigo 17<sup>11</sup>, que la ley protegerá a las personas de las injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, circunscribiendo en éste rubro los mismos elementos que los ordenamientos normativos internacionales referidos con anterioridad, dado que proscribire convertir a las personas en objeto de intervenciones ilegítimas respecto de las partes que constituyen el combés del significante *vida privada* al que ónticamente refiere la norma aludida en el presente párrafo.

En relación con dicho Derecho Fundamental, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>12</sup>, en sus párrafos primero,

---

11 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ABIERTO A FIRMA EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK, E.U.A. EL 19 DE DICIEMBRE DE 1966. Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

12 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. [...] En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad (sic) de las mismas, excepto cuando sean

segundo, décimo primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo quinto, décimo sexto y décimo séptimo, establecen una protección respecto a la indemnidad de la persona, incluyendo en el marco de su privacidad, además de los elementos considerados por los instrumentos internacionales referidos en parágrafos anteriores, los documentos, las posesiones, las comunicaciones privadas y los datos personales; elevando además a categoría constitucional expresa la tutela judicial como requisito para la intervención de dichos bienes jurídicos, a la cual haré alusión posteriormente.

En razón de lo anterior, resulta válido aseverar que el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad en el contexto constitucional mexicano se encuentra formado por los siguientes elementos: la honra, la dignidad, la familia, el domicilio, la correspondencia, la reputación, los documentos, las posesiones, los datos personales y las comunicaciones privadas; y que dicho contenido se encuentra salvaguardado por una serie de mecanismos de protección adicional constituidos por la necesidad de que la intervención sea autorizada por una autoridad judicial competente en el caso concreto de que se trate –reiterando que la garantía de tutela judicial se tratará posteriormente–, en forma escrita, con sujeción al principio de legalidad –al que también se aludirá en apartados subsiguientes– y en atención a circunstancias que la ameriten legítima y racionalmente, según sea el supuesto concreto de que se

---

aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. [...] Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.[...] La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos. [...] La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

trate (tales como la Seguridad Nacional y la Salud Pública, entre otros), lo cual se traduce indudablemente en proporcionalidad.

Los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>13</sup> establecen la protección a la vida privada de la persona, incluyendo en dicho rubro los elementos considerados por los instrumentos internacionales mencionados en líneas anteriores y coincide con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la extensión de dicho ámbito a los datos personales y su tutela por una autoridad independiente –que no necesariamente será de naturaleza jurisdiccional, según se advierte de la redacción de dicho precepto, sino que basta con que el órgano encargado del control de las intervenciones a dicho ámbito esté dotado de la suficiente independencia que le permita evaluar objetivamente los motivos y la necesidad de la intervención– agregando tres elementos más para garantizar la indemnidad de dicha esfera, siendo el primero que el manejo de dichos datos será hecho siempre con base en el consentimiento de quien se vea afectado con dichas injerencias; el segundo que dicho manejo será realizado en forma leal, es decir, ajustado a criterios que hagan posible su veracidad y fe digna, y que garanticen la implementación de medidas adecuadas para mantener dichos elementos en el ámbito que corresponden; y el tercero que dicha información sea utilizada para fines concretos contemplados en la ley o que sean necesarios a partir de un fundamento legítimo.

A lo que ello respecta, el arábigo 8 de los que conforman el articulado del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>14</sup> establece el derecho de la persona

---

13 Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Artículo 8. Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

14 Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

a que sea respetada su vida privada, incluyendo en éste rubro al domicilio, la familia y las comunicaciones privadas, señalando que el mismo puede ser sujeto de injerencias siempre que se sigan los lineamientos postulados como medios de protección de dicho derecho y como garantías para su tutela, mismos que se concretan en parámetros de legitimidad, legalidad y proporcionalidad instrumentados por una autoridad pública –siendo posible interpretar tal prescripción en la misma forma que la apuntada para las disposiciones contenidas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que dicha autoridad pública no necesariamente deberá ser de naturaleza jurisdiccional– a los que me referiré con posterioridad.

Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Española de 1978<sup>15</sup> establece la garantía de proteger la intimidad personal, incluyendo en ella el honor, la familia, las comunicaciones y el domicilio (todos ellos elementos contemplados en los ordenamientos jurídicos a los que se ha hecho referencia con anterioridad), pero hace alusión a un elemento que aparentemente no se encuentra contemplado ni en los demás instrumentos internacionales aludidos ni por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es la imagen propia, divergencia aparente que retomaré en el párrafo que sucede al inmediato siguiente.

A partir de lo ya expuesto respecto al Reino de España, deviene en válida la afirmación de que los elementos que en su ámbito constitucional corresponden al contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad son: el honor, la familia, el domicilio, la correspondencia, la imagen propia, los datos personales y las comunicaciones privadas; erigiéndose como garantías de indemnidad del referido derecho su tutela por una autoridad independiente –insistiendo en que no necesariamente será de naturaleza jurisdiccional–, que el manejo de la información correspondiente al ámbito de lo íntimo o lo privado será hecho siempre con base en el consentimiento de quien se vea afectado cualquier injerencia que pueda suscitarse; que dicho manejo será realizado en forma leal, es decir, ajustado a criterios que hagan posible su veracidad y fe digna, y que garanticen la implementación de medidas adecuadas para

---

15 Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

mantener dichos elementos en el ámbito que corresponden; que dicha información sea utilizada para fines concretos contemplados en la ley o que sean necesarios a partir de un fundamento basado en parámetros de legitimidad, legalidad y proporcionalidad.

Retomando la aparente discordancia entre los ámbitos constitucionales mexicano y español respecto a los elementos comprendidos en el Derecho Fundamental a la Intimidad y a fin de dirimirla, si bien es cierto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no alude expresamente a dicho elemento y en los demás instrumentos internacionales tampoco se hace manifestación expresa al respecto, cierto es que de todos ellos puede inferirse la protección a la imagen propia a partir de la suma de los elementos a los que atribuye la condición de pertenecer a la esfera jurídica de la persona, o se encuentra incluido en las implicaciones de los términos *Honra, Reputación y Honor*, utilizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto para firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, pues todos ellos implican la estima y el respeto a la dignidad propia, a la opinión o la fama adquirida por virtud o mérito, al pudor, al recato, a la cualidad moral, a la opinión, a la consideración y al prestigio que existe respecto de la persona, elementos todos que conforman su imagen, dado que la totalidad de los factores apuntados devienen de la proyección que la persona hace de sí misma.

Como abundamiento de lo anterior y a fin de obtener un resultado del estudio comparativo de los sistemas jurídicos mexicano y español, es necesario apuntar, en primer término, que el ámbito constitucional de ambos sistemas jurídicos comparte su extensión a lo dispuesto por la Declaración de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y a lo establecido en el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis<sup>16</sup>, además de que

---

16 España reconoce la Declaración de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho en el apartado 2 del artículo 10 de su Constitución y ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la Ciudad de Nueva

tanto éstos Instrumentos Internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Constitución Española convergen en la mayoría de elementos que conforman el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad, devenido de las nomotesis positivas que conforman los mencionados ordenamientos, circunscribiendo dentro de tal rubro a la honra, la dignidad, la familia, el domicilio, la correspondencia, la reputación (dentro de la que se incluye la dignidad, la imagen propia, la honra y el honor, según se argumentó en el párrafo inmediato anterior), los datos personales y las comunicaciones privadas.

Asimismo, ambos sistemas jurídicos coinciden en establecer como mecanismos que garanticen la indemnidad del Derecho Fundamental de marras la autorización de su intervención a través de la intervención de una autoridad del Estado, misma que debe fundamentar el mandamiento escrito en el que ordena las injerencias mediante las cuales se afectará la Intimidad de la persona en parámetros de legalidad, legitimidad y proporcionalidad, exponiendo exhaustivamente además los motivos y los razonamientos que sostienen su decisión y su adecuación al caso concreto.

Empero existen diferencias tanto sustantivas como adjetivas entre ambos sistemas, las primeras respecto a la determinación de los elementos que conforman el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad, y las segundas en lo relativo a los mecanismos de protección que aseguran su indemnidad.

En cuanto al aspecto sustantivo, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incluye en los elementos que se encuentran circunscritos en el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad los

---

York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis mediante el Instrumento de Ratificación Publicado en el Boletín Oficial del Estado a los treinta días del mes de abril de mil novecientos setenta y siete; mientras que México ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación a los veinte días del mes de mayo del año 1981 (enmendado a través de la fe de erratas publicada en la misma vía a los veintidós días del mes de junio del mismo año), y forma parte de los cuarenta y ocho países que originalmente emitieron la Declaración de los Derechos Humanos aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho.

documentos y las posesiones, mismos que no se encuentran contemplados dentro del sistema jurídico español.

En lo tocante al aspecto adjetivo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea extiende los mecanismos de protección que garantizan la indemnidad del Derecho Fundamental a la Intimidad, prescribiendo para ello directrices estrictas que rigen el manejo de la información que pertenece al combés de lo íntimo y lo privado, cuya base medular se encuentra en el consentimiento de quien se pudiera ver afectado con cualquier injerencia que sobre ellos llegase a acaecer; ordenando que dicho manejo debe ser realizado en forma leal, es decir, ajustado a criterios que hagan posible su veracidad y fe digna, y que garanticen la implementación de medidas adecuadas para mantener dichos elementos en el ámbito que corresponden; e indicando estrictamente que dicha información únicamente será utilizada para fines concretos contemplados en la ley o que sean necesarios a partir de un fundamento legítimo.

Garantías que corresponden, consecuentemente al sistema jurídico español. Por su parte, es propio del ordenamiento jurídico mexicano proteger la indemnidad del Derecho Fundamental a la Intimidad mediante el establecimiento del principio de tutela jurisdiccional como requisito necesario someter, válida y legítimamente, a una persona a la afectación de tal derecho, al prescribir que es la autoridad judicial la única facultada para imponer tales intervenciones en su esfera jurídica, mientras que en el sistema jurídico español basta con que la autoridad que ordene tales injerencias este dotada de imparcialidad e independencia suficientes para ello.

El estudio comparativo realizado en el presente apartado, en torno a los sistemas jurídicos iberoamericanos en los que se centran las presentes reflexiones, permite asignar un contenido al Derecho Fundamental a la Intimidad y establecer los elementos que lo conforman, como se ha expuesto en párrafos anteriores.

No obstante, ello sólo plantea la necesidad de resolver una serie de cuestionamientos que surgen de la dicotomía establecida por los ordenamientos positivos referidos, la cual consiste –como habrá podido advertirse ya– en la protección jurídica de valores específicos que pertenecen a la categoría del valor genérico de Intimidad –como *mandato de indemnidad sustancial o intrínseca*– y la posibilidad de intervenirlos, restringirlos o afectarlos mediante la imposición de determinadas injerencias que limiten o incluso impidan su ejercicio, bajo ciertas circunstancias que las hagan necesarias –como *garantía de afectación relativa o extrínseca*–.

Tales cuestiones consisten en determinar si todos los factores mencionados forman parte del contenido esencial del aludido Derecho Fundamental; en caso de ser así, resulta necesario entonces discernir los límites que corresponden a los elementos ya referidos; y, a partir de ello, concluir el alcance que podrán tener las medias que afecten su ejercicio en perjuicio de la persona que es su titular. Sobre tales cuestiones es que versará el siguiente apartado.

### *Determinación de los Límites del Derecho Fundamental a la Intimidad a partir de su Contenido Esencial*

Como se habrá podido advertir, los instrumentos legales nacionales e internacionales analizados, además de no proporcionar una definición del Derecho Fundamental a la Intimidad –ya que incluso es posible inferir que en ellos se equipara a la *intimidad* con la *privacidad*–, pues se limitan a señalar algunos elementos que habrán de considerarse dentro de la protección circunscrita al Derecho Fundamental al que se refieren las presentes reflexiones; son óbices respecto a la proporción de parámetros que sirvan para establecer los límites a los que pueden ser sometidos tanto su goce como su ejercicio, límites que inexorablemente dependen de los factores que conforman su contenido esencial pues, como acertadamente lo asevera Ascensión Martín Huertas, “... el tema de la limitación de los derechos fundamentales está estrechamente vinculado al problema del contenido esencial...”<sup>17</sup>.

Así pues, considero importante establecer parámetros que permitan definir jurídicamente al Derecho Fundamental a la Intimidad para, posteriormente, señalar los límites a los que podrá someterse, en aras de estar en aptitud efectiva de ejercerlo y dotarlo de la protección necesaria a través de los mecanismos que aseguren la plena posibilidad de su práctica y realización, y hagan efectiva la prohibición de injerencias arbitrarias, abusivas, innecesarias e ilegítimas por parte del Estado o de cualquier otra persona.

#### 1. Definición Jurídica del Derecho Fundamental a la Intimidad

Hemos dicho ya que los Derechos Fundamentales son prerrogativas, es decir atributos propios de la persona cuyo goce es inherente a su dignidad y con-

---

<sup>17</sup> MARTÍN HUERTAS, M. A. “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales”. En *Revista General de las Cortes*. Primer Cuatrimestre 2008. Madrid, España. p. 143.

dición jurídica de persona. Hemos apuntado también que tales derechos son facultades, puesto que se erigen como aptitudes de posibilidad o poder operativo. Y hemos señalado de igual forma que tales derechos son libertades, dado que se constituyen como posibilidades permisivas de manifestación conductual material (que es cuando adquieren relevancia para el Derecho), positiva o negativa, determinadas a partir de la posibilidad de decisión consciente y volitiva.

Por su parte, la Intimidad consiste en el ámbito reservado de la persona que se determina sólo en contraposición a lo público, término que sirve para designar aquello que atañe a todo el pueblo; para calificar aquello que es sabido por el común de la gente, y para caracterizar a lo que es patente, notorio y se encuentra a la vista de todos.

Por lo tanto, podemos definir entonces a la Intimidad como aquello que la persona ha decidido reservar para sí y para aquellos a los que consienta o dé la autorización de compartirlo, como resultado de un juicio *intuitu personae*, privando al común de la gente de su conocimiento; evitando así que lo comprendido en dicha reserva sea notorio, patente y evidente para todos, dado que no es de su interés e incumbencia.

Ergo, podemos afirmar que el Derecho Fundamental a la Intimidad es el conjunto de aspectos que la persona ha decidido reservar para sí y para sus autorizados *intuitu personae*, de forma tal que priva al común de la gente de ellos y de su conocimiento, por no ser de naturaleza tal que por sí misma sea patente, notoria y evidente para toda la gente, o porque a ésta no le atañe ni su conocimiento ni su injerencia.

Así lo han definido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro de las consideraciones hechas al resolver el caso Jalloh contra Alemania; el Tribunal Constitucional del Reino de España, en los argumentos jurídicos expuestos en las sentencias 37/1989 y 57/1994; y el Primer Tribunal Colegiado de Circuito con Residencia en la Ciudad de Nezahualcóyotl, Estado de México, en los Estados Unidos Mexicanos al emitir la tesis aislada identificada con el rubro "*Derecho a la Intimidad o a la Vida Privada. No se viola por el hecho de que el imputado o algún miembro de su familia sea fotografiado en la vía pública como parte de las labores de vigilancia e investigación para la persecución del delito correspondiente*"<sup>18</sup>.

---

18 Época: Décima Época, Registro: 2009626, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 20, Julio de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: II.10.29 P (10a.), p. 1719.

Empero y en adición a la definición anteriormente concluida, resulta menester precisar que tanto la reserva que la persona hace de determinados aspectos que le son propios como la decisión que toma de compartirlos, son resultado de la realización de una evaluación cuya base se encuentra en las cualidades del ente al que hace partícipe de ellos (juicio *intuitu personae*), a fin de establecer diferencias graduales que le indiquen, por una parte, las facetas sobre las que permitirá la participación de aquellos a los que de por sí son ajenos a ellas y, por otra, el nivel de intromisión que en tales aspectos les concederá, en atención a sus distinciones específicas; grados y niveles que dependerán del vínculo que los otros guarden en lo relativo al aspecto específico de que se trate o a la relación que tengan con la persona a la que de por sí le pertenece. Lo cual da origen a dos categorías distintas que se crean a partir de la naturaleza de los vínculos y las relaciones apuntadas, a saber: lo íntimo y lo *privado*.

Lo íntimo se entiende como aquellos fenómenos que pertenecen de por sí a las personas en razón de que tienen lugar en el ámbito más interior o en el contexto más interno de ellas –contextos y ámbitos que, para efectos jurídicos, deben ser entendidos desde el punto de vista material, dado que es lo existente en el plano de lo real lo que tiene relevancia para el Derecho– o que les atañen inmanentemente por que el titular efectivo de tales aspectos decide llevarlos a cabo frente a otras personas y en el seno de la estrecha relación que guardan con ellas.

Mientras que los aspectos que pertenecen a lo *privado* son todos aquellos que el sujeto decide compartir con otros, aunque no les sean evidentes de por sí, puesto que las características concretas del vínculo que lo une a ellos representan limitaciones epistemológicas inherentes, o que tiene la necesidad de revelar, dadas sus cualidades específicas.

Partiendo de las consideraciones anteriores me atrevo a distinguir aquí, entre un Derecho Fundamental a la Intimidad y otro Derecho Fundamental a la Privacidad, estando delimitado el primero por los elementos que conforman el ámbito material interior de las personas o que tienen lugar en su contexto fáctico más interno, pudiendo éstos ser propios de la persona como individuo o de sus relaciones y sus vínculos estrechos con otras personas; y el segundo por todas aquellas facetas que la persona comparte con otros, por razones volitivas o necesarias, originadas ambas por las cualidades específicas del sujeto al que hacer partícipe de ellas.

Sin obstar las consideraciones conceptuales desarrolladas a lo largo del

presente numeral, resulta necesario apuntar que la juridicidad perteneciente a los combeses mexicano y español no hace distinción específica alguna entre el Derecho Fundamental a la Intimidad y el Derecho Fundamental a la Privacidad, otorgando el mismo tratamiento, las mismas protecciones, las mismas garantías y las mismas limitaciones a ambos, por lo que los razonamientos que se harán en torno a su contenido esencial y a los límites que de él devienen resultarán homólogos entre sí.

## 2. Límites Internos y Límites Externos del Derecho Fundamental a la Intimidad

Antes de iniciar con el desarrollo del tópico referido en el rubro del presente arábigo, es pertinente advertir que no se hará una exposición de las distintas teorías que existen respecto a los límites de los Derechos Fundamentales, dado que no es el propósito de las presentes reflexiones, sino que se recurrirá a la tesis que al respecto sostiene Peter Häberle<sup>19</sup> y a las contribuciones que a ella hace Ascensión Martín Huertas<sup>20</sup>, en razón de que se considera la que explica de forma más adecuada la forma en la que dichos límites aparecen y se implementan en la práctica jurídica real y, por lo tanto, en el ejercicio de los Derechos Fundamentales.

Cuando se hizo referencia en el primer apartado a la propuesta iusfilosófica del ilustre teórico mexicano, Jesús Antonio de la Torre Rangel, se dijo que a la persona le son propias facultades, prerrogativas y libertades que atienden tanto a su condición jurídica en cuanto a tal como a su dignidad, es decir, Derechos Fundamentales, y que estos se ven delimitadas a partir de las relaciones e interacciones que se producen en la mecánica social. En otras palabras, los Derechos Fundamentales encuentran sus limitaciones en el carácter dual que es inherente a la persona, por lo que devienen de la conjunción de su dimensión individual y su dimensión social, mismas que interactúan de forma tal que establecen un vínculo de condicionamiento recíproco. Así pues, los Derechos Fundamentales son para la persona siempre en razón de que a esta le es propio tal carácter y en función directa a la relación que esta guarda con los demás entes que poseen la misma cualidad. En palabras de Ascensión

---

<sup>19</sup> HÄBERLE, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley de Bonn*, *op. cit.*, pp. 217-222.

<sup>20</sup> MARTÍN HUERTAS, “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, pp. 145-155.

Martín Huertas, “...la socialidad del hombre implica que no existe derecho fundamental alguno ajeno a esa relación con los demás...”<sup>21</sup>.

Así pues, la persona –y obviamente el Ser Humano– son en sí mismos e inexorablemente limitados, por lo que igualmente lo serán su Derechos Fundamentales. Por lo tanto, es válido afirmar que los Derechos Fundamentales están caracterizados por cierto grado de relatividad en razón de que, a pesar de ser inmanentes a la persona, no pueden ser objeto de un ejercicio ilimitado, dado que éste depende de las relaciones y la mecánica social en la que se ve inmerso su titular, cuyos vínculos establecen márgenes determinados que los condicionan. Dicho de otro modo, los Derechos Fundamentales de la persona no son absolutos, sino que son relativos a los que pertenecen a todas las demás, de forma interdependiente.

Sin obstar lo anterior y considerando lo ya manifestado anteriormente en el sentido de que los Derechos Fundamentales son necesarios para que la persona se encuentre en condiciones de autodeterminarse y autoejercerse de forma constante bajo una sujeción continua a la asunción de responsabilidades, se pone de manifiesto la existencia de un parámetro mínimo suficiente de posibilidad conductual que resulta estrictamente imprescindible para tales efectos y una porción extendida de éste que no forma parte de los elementos que inexorable y apodícticamente sean necesarios para su autoejercicio y su autodeterminación constante y permanente, pero que le proporciona condiciones ampliativas de su marco arbitral de acción, otorgándole a su vez una mayor eficacia en cuanto a ello, significando así que su dispensa, exención, eliminación, afectación, privación, desechamiento, exclusión, supresión, eliminación, restricción o acotación no constituye un impedimento en sí mismo, ni total ni definitivo, para el autoejercicio y la autodeterminación que son consustanciales a la persona.

Siguiendo lo planteado en el párrafo inmediato anterior, es posible afirmar entonces que todos aquellos elementos que pertenecen a la categoría del marco conductual imprescindible para que la persona esté en condiciones efectivas de autoejercerse y auto determinarse de forma continua en una asunción permanente de responsabilidades constituyen el *contenido esencial* de los Derechos Fundamentales, dado que las facultades, prerrogativas y libertades inscritas dentro de tales parámetros constituyen la naturaleza ontológica de cada uno de ellos y se mantienen constantes para cada Derecho

---

21 MARTÍN HUERTAS, “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales”, *op. cit.*, p. 147.

Fundamental concreto; mientras que todos aquellos factores correspondientes a esa porción extensiva del margen conductual que otorga a la persona mayor eficacia para su autoejercicio y su autodeterminación, pero que no resultan inexorablemente imprescindibles para ello, constituyen el *contenido accidental* de los Derechos Fundamentales y como tales están presentes de forma contingente.

Si existe una serie de elementos que resultan imprescindibles para que la persona se encuentre en condiciones efectivas de *ser y determinarse* como persona, constituyendo estos el *contenido esencial* de los Derechos Fundamentales, ello implica que, a fin de mantener a los aludidos factores libres de toda afectación, restricción, injerencia o intervención –pues de incidir en ellos de ésta forma conllevaría indefectiblemente en coartar a la persona impidiéndole su autoejercicio y su autodeterminación constante y permanente–, conservándolos incólumes al ser lo que conforma el Derecho Fundamental en sí mismo, se erige respecto a ellos un *mandato de indemnidad sustancial o intrínseca* que tiene la propiedad de ser *erga omnes*, es decir, que se instituye un imperativo oponible a todas las demás personas y, sobre todo, frente al Estado, que les exige de forma categórica abstenerse de intervenir o de realizar injerencia alguna que prive o coarte a la persona en cuanto a aquello que le es imprescindible para su autoejercicio y su autodeterminación.

Este *mandato de indemnidad sustancial o intrínseca* fija los *límites internos* de los Derechos Fundamentales, los cuales definen su naturaleza, su razón ontológica y constituyen su *contenido esencial*, mismo que se crean a partir de la bidimensionalidad de la persona (individual y social), representando a su vez barreras infranqueables que ni las demás personas ni el Estado tienen permitido quebrantar, bajo ninguna circunstancia.

Por su parte, si hay una porción del marco conductual que no resulta imprescindible para el autoejercicio y la autodeterminación de la persona, resulta evidente entonces que esta puede ser objeto de injerencias o intervenciones, sometiendo a los factores que la conforman a determinados menoscabos, dado que su existencia es contingente. En otras palabras, los elementos circunscritos en el *contenido accidental* de los Derechos Fundamentales pueden ser gravados mediante la imposición de medidas que dispensen, eliminen, acoten, excluyan, restrinjan o supriman su existencia, o incluso priven a la persona de ellas impidiendo su ejercicio, que dado que ni su acaecimiento ni su ausencia trastocan los elementos que dotan de sustancia ontológica al Derecho Fundamental.

No obstante, es necesario que la persona se encuentre protegida ante el riesgo de sufrir tales afectaciones, para lo cual surge la *garantía de afectación relativa o extrínseca*, misma que consiste en asegurar a la persona que sólo sufrirá tales afectaciones en función de situaciones concretas que las hagan estrictamente necesarias y con posterioridad a una valoración que determine la correspondencia relacional entre el gravamen a imponer y la situación que lo amerita. Así pues, la *garantía de afectación relativa o extrínseca* establece los *límites externos* de los Derechos Fundamentales, los cuales determinan su naturaleza contingente al constituir su *contenido accidental*, representando obstáculos vencibles tanto para las demás personas como para el Estado, bajo circunstancias específicas que sean suficientes para ello y que justifiquen su intervención.

Como añadidura a lo anterior, considero pertinente manifestar mi opinión en el sentido de que ni el *contenido esencial*, ni el *contenido accidental* de los Derechos Fundamentales son universalmente perennes, y de que ni sus *límites internos*, ni sus *límites externos* se mantienen definidos de forma absoluta y permanente, sino que ontológica y accidentalmente los Derechos Fundamentales están caracterizados por una *textura abierta* que hace fluctuar constantemente a los elementos que conforman a unos y a otros, y que, en consecuencia, ambos se determinan solamente cuando el caso concreto aparece y hace necesaria su definición o delimitación, misma que se verá condicionada por la totalidad de los factores que conforman el contexto circunstancial en el que surja el fenómeno específico.

Así pues y dado el *mandato de indemnidad sustancial o intrínseca* que existe respecto al *contenido esencial* de los Derechos Fundamentales, mismo que debe relacionarse indefectiblemente con la *textura abierta* que los caracteriza, resulta válido afirmar que de ello surge un imperativo cuyo destinatario es el legislador, el cual está, en principio, impedido para señalar de forma taxativa los elementos que conforman tanto al *contenido esencial* como al *contenido accidental* de los Derechos Fundamentales pero al mismo tiempo obligado a establecer parámetros o directrices que permitan su determinación y, después, se encuentra constreñido a que en el establecimiento de tales parámetros no se incluyan supuestos que hagan materialmente imposible el efectivo ejercicio de los Derechos Fundamentales al negar o limitar los elementos que constituyen a su *contenido esencial* haciéndolos nugatorios.

Asimismo, dicho mandato de *indemnidad sustancial suficiente o intrínseca* va dirigido igualmente a la autoridad que en el caso concreto se ve en

la necesidad de determinar el los *límites internos* y los *límites externos* de los Derechos Fundamentales, a fin de delimitar el alcance de su *contenido esencial* y de su *contenido accidental* –reiterando que lo relativo a dicha autoridad se tratará con posterioridad– pues al realizar dicha actividad y obtener de ella los juicios conclusivos correspondientes debe asegurarse que ellos no sean incompatibles con la necesidad de salvaguardar la porción de marco conductual que es imprescindible para el fundamento ontológico, y por lo tanto para el ejercicio efectivo, del Derecho Fundamental de que se trate, mismo que debe mantenerse incólume en aras de no eliminar las condiciones que hacen posible su ejercicio real para la persona que es su titular.

Por otra parte, la *garantía de afectación relativa o extrínseca* constituye igualmente la necesidad de establecer mecanismos de protección que proporcionen seguridad a la persona respecto a la afectación adecuada y legítima del *contenido accidental* de sus Derechos Fundamentales, imponiendo al legislador la necesidad de crear herramientas que sirvan para obstaculizar las injerencias o afectaciones arbitrarias o ilegítimas que pudieran sufrir, mismas que se traducirán *reglas deóntico-prácticas* que sirvan de pautas para la valoración de la medida que habrá de imponerse, vinculándola al caso concreto que amerita el nacimiento del gravamen al que se someterá el Derecho Fundamental específico.

De igual forma, la *garantía de afectación relativa o extrínseca* como imperativo destinado a la autoridad que será la encargada de afectar al Derecho Fundamental en el caso concreto, obliga a esta a establecer una relación condicional directa entre la medida que para tal efecto habrá de imponer y el caso concreto que le da lugar, de forma que entre ellos exista una correspondencia que los correlacione de manera interdependiente y funcional, encontrándose supeditados mutuamente.

A partir de lo anterior resulta inconcuso que los elementos que conforman el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad desde el punto de vista positivo –para el sistema español el honor, la familia, el domicilio, la correspondencia, la imagen propia, los datos personales y las comunicaciones privadas; y para el sistema mexicano la honra, la dignidad, la familia, el domicilio, la correspondencia, la reputación, los documentos, las posesiones, los datos personales y las comunicaciones privadas– tienen todos y cada uno de ellos una porción que corresponde al *contenido esencial* del aludido Derecho Fundamental, en la medida de que les es intrínseca una esfera o un ámbito que no puede trastocarse, y otra que es propia del su *contenido acci-*

*dental*, constituido por el combés que es susceptible de afectarse mediante la imposición de alguna medida que los grave hasta en tanto ello no implique la nugatoriedad del ejercicio efectivo de su *contenido esencial*.

Así pues, habrá una parte nuclear que corresponde al honor, la familia, el domicilio, la correspondencia, la imagen propia, los datos personales, las comunicaciones privadas, los documentos y las posesiones, que deberá mantenerse indemne a fin de que cada uno de éstos elementos mantengan su naturaleza ontológica y sean susceptibles de ejercerse en forma efectiva como factores conformantes del Derecho Fundamental a la Intimidad, y otra eventual, externa o periférica que es apta para ser objeto de injerencias o intervenciones, siempre que estas sean adecuadas y legítimas.

En consecuencia, la determinación, tanto del *contenido esencial* y el *contenido accidental*, como de los *límites internos* y los *límites externos*, de cada uno de los factores que componen el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad y que han sido enumerados en los párrafos anteriores dependerá de la relación vinculante y condicional que se establezca en cada caso concreto, a partir de la bidimensionalidad de la persona que es su titular, reiterando que a ellos les es propia la característica de la *textura abierta*, la cual les provoca una fluctuación constante.

### *Los Mecanismos de Protección del Derecho Fundamental a la Intimidad: Principios y Garantías que Rigen su Intervención*

Lo hasta ahora expuesto hace patente que la existencia de los Derechos Fundamentales de forma aislada es estéril y estos resultan yermos por sí mismos si no están dotados de mecanismos que aseguren su ejercicio y que garanticen su protección, los cuales están definidos por una serie de reglas jurídicas deóntico-prácticas que encausan su práctica de forma adecuada –dotándolo de legitimidad–, permitiendo prevenir su coartación o haciendo posible restituir a la persona en el goce de los mismos –no sólo frente al Estado como ente jurídico al que le es posible afectar la esfera jurídica de la persona de forma unilateral y coactiva, en razón de su fuerza de imperio, sino también frente a otras personas que las trasgredan, las vulneren o las limiten de alguna forma–.

Así también, se ha dicho ya que dentro del contenido de los Derechos Fundamentales existen dos categorías: la de su *contenido esencial*, que no

puede sufrir injerencia ni trastorno alguno sin que se afecte ontológicamente al Derecho Fundamental, y la de su *contenido accidental*, cuyos elementos pueden ser intervenidos mediante la imposición de un gravamen que afecte su ejercicio en relación interdependiente y funcional con el caso concreto que lo amerita. Dicho en otras palabras, el Derecho Fundamental puede limitarse en cuanto a su ejercicio en relación con un caso concreto y sólo en tanto que este no se haga nugatorio de forma absoluta.

Ello supone la existencia de entes capaces de llevar a cabo e incluso de imponer coactiva y coercitivamente tales gravámenes sobre los Derechos Fundamentales de las personas, lo cual hace necesaria la sujeción de estos entes a determinados controles que sirvan para evitar arbitrariedades en las intromisiones que lleven a cabo, estableciendo directrices de adecuación para ellas que le confirmen a la persona que únicamente será objeto de injerencias en su esfera jurídica fundamental en situaciones concretas que se encuentren relacionadas de manera directa con la necesidad de imponer una carga a sus Derechos Fundamentales, otorgándole así cierto grado de certeza en cuanto a su indemnidad relativa que le sirva como asidero de seguridad para su ejercicio.

Por ende, los controles que permiten la adecuada intervención de todos los Derechos Fundamentales, incluido el Derecho Fundamental a la Intimidad, sobre el cual se han ocupado las reflexiones expuestas a lo largo del presente texto, son en realidad mecanismos de protección que aseguran su indemnidad o los dotan de barreras suficientes que hacen posible evitar, relativamente, que la persona que es su titular sufra injerencias, intervenciones e incluso privaciones respecto al ejercicio de esas facultades, prerrogativas y libertades que el ordenamiento jurídico considera básicas, esenciales y preponderantes para la autodeterminación y el autoejercicio de la persona en cuanto a tal.

En otras palabras y parafraseando al Maestro Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, dichos controles son mecanismos de tutela que aseguran a la persona el pleno goce y la plena posibilidad de ejercitar dichas prerrogativas, facultades y libertades, manteniendo a cualquier fuerza ilegítima –sea de otra persona o del Estado– al margen de ello<sup>22</sup>.

Ergo, la existencia del Derecho Fundamental a la Intimidad resulta es-

---

22 MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V. M. “Las Garantías Individuales en la Constitución Mexicana de 1917”. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/956/4.pdf>. México, 2016. pp. 7-9.

téril si no existe un aparato que garantice su indemnidad, su protección y su libre ejercicio, mediante la implementación de controles suficientes que permitan a la persona la determinación y el ejercicio libre de su Intimidad, otorgándole un mínimo de certeza de que esta se mantendrá relativamente libre de cualquier injerencia proveniente de entes ajenos y que, en caso de se le intervenga, será sólo cuando exista una causa racionalmente suficiente para ello y a través de un gravamen que se corresponda estrictamente con ella.

En el apartado tercero del presente texto se dijo que los *límites externos* de los Derechos Fundamentales, es decir, las fronteras que separan sutilmente a los elementos que constituyen al *contenido esencial* de los Derechos Fundamentales de los que corresponden a su *contenido accidental*, se encuentran en la naturaleza contingente de los factores que conforman a este último y que son susceptibles de trastocarse por parte de las demás personas y el Estado cuando, a partir de circunstancias específicas que sean suficientes, se soslayan los obstáculos a través de los cuales se busca mantener relativamente incólume el pleno ejercicio de los Derechos Fundamentales, dando lugar a la *garantía de afectación relativa o extrínseca* como categoría de protección abstracta.

En el presente apartado se hará una breve reflexión de los fenómenos en los que se manifiesta de manera concreta la *garantía de afectación relativa o extrínseca*, los cuales conforman una serie de principios puntuales que funcionan como directrices de corrección a través de las cuales se arriba a la adecuada intervención de los Derechos Fundamentales, en concreto del Derecho Fundamental a la Intimidad que es el que ocupa el eje central de este texto, proporcionando racionalidad a la medida con la que éste vaya a gravarse y parámetros de adecuación relacional interdependiente con el caso concreto que la haga necesaria, a fin de lograr una apologética legitimadora de la intervención en la esfera jurídica fundamental de la persona.

#### 1. Sujeción al Principio de Legalidad como Limitación Objetiva para el Estado

Entre los mecanismos que habrán de implementarse a fin de asegurar la mínima intervención, injerencia o privación de los Derechos Fundamentales se encuentra que ello esté sujeto al Principio de Legalidad.

La sujeción al Principio de Legalidad, erigida como garantía de los Derechos Fundamentales, deviene necesariamente en la relación intrínseca de todo derecho tanto al Principio Democrático-Social, es decir a la concordancia

cia necesaria entre las nomotesis jurídicas con la realidad de la mecánica social producida en el seno de las relaciones que en ella tienen lugar, como al Principio de Seguridad Jurídica, el cual otorga a la persona certeza no sólo de las conductas que son esperadas de ella, de aquellas que le están proscritas mediante el establecimiento de una condición expresa y de las sanciones que podrán aplicarse en su contra en caso de actuar en contravención al derecho —lo cual necesariamente deviene en el establecimiento de un margen de acción que de ello se deriva, permitiendo a la persona adecuar su conducta a la juridicidad establecida, tomar decisiones, y ejercerse a sí misma, en un marco de libertades aunadas a responsabilidades que le son inmanentes, a partir de la predicción de las consecuencias que habrá de sufrir, en su caso, dado el previo conocimiento de ellas—; sino también de una capacidad epistemológica efectiva de los entes encargados de hacer cumplir dichas normas, de exigirle o reprocharle su conducta, de aplicarle las sanciones que correspondan y, claro, de intervenir su esfera jurídica en los distintos rubros que la propia juridicidad permite y en la intensidad que ésta misma prescribe.

Según lo expresado en el párrafo que antecede de forma inmediata al presente, el Principio de Legalidad, vinculado con los Principios de Seguridad Jurídica y Democrático-Social, se traduce en dos mandatos específicos que sirven como vía para su materialización; el *Mandato de Objetividad Jurídica* y el *Mandato de Certeza Jurídica*.

#### a) *Mandato de Objetividad Jurídica*

Al hacer referencia a la tesis jurídica sostenida por el sobresaliente catedrático Jesús Antonio de la Torre Rangel, se dijo que tanto los Derechos Fundamentales como su determinación objetiva a partir de la realidad acaecida en el seno de la sociedad se transpolan en formulaciones lingüísticas nomotéticas que sirven como parámetros para su inteligibilidad, su práctica real y su determinación efectiva, dando lugar a reglas que definen y dan ser al Derecho Fundamental como fenómeno jurídico, que establecen directrices para su debido ejercicio y que instituyen deberes y obligaciones que hacen posible que las personas los lleven a cabo en el ámbito material de sus relaciones, dando lugar al *Derecho Objetivo*.

Es respecto a la creación o el establecimiento del *Derecho Objetivo* que surge el *mandato de objetividad jurídica*, mismo que se manifiesta en tres aspectos distintos. El primero consiste en que las reglas jurídicas en las que se pronuncia el *Derecho Objetivo* deben ser concretas y puntales, estableciendo

los supuestos abstractos que son relevantes para el Derecho, las situaciones jurídicas correspondientes que se generan a partir de ellas y las consecuencias concretas que por tal motivo serán imputables a la persona afectando o incidiendo en su esfera jurídica, trasladando las hipótesis abstractas a los supuestos concretos a los que haya lugar.

Llevado esto al ámbito de los Derechos Fundamentales, el primer aspecto del *mandato de objetividad jurídica* a través del cual se materializa el Principio de Legalidad consiste en la necesidad de formular los parámetros que sirvan para establecer la determinación del contenido de cada uno de los Derechos Fundamentales, de los factores que componen su naturaleza ontológica y las facetas que les pertenecen de forma eventual; las directrices que sirven para su ejercicio efectivo, y los deberes y obligaciones que lo permitan. Formulación que, desde la óptica del Estado Constitucional Moderno de Derecho, debe ser realizada por una entidad legitimada democráticamente para ello, es decir, un órgano del Estado –al ser el ente que detenta el poder del pueblo como consecuencia de la formalización del contrato social– con facultades suficientes para ello –en los sistemas legislados será el órgano encargado de la función legislativa y en los sistemas consuetudinarios el órgano que tenga a su cargo la creación paulatina y permanente de la juridicidad–. Este aspecto ha sido denominado como cualidad de *lex scripta*, en el cual encuentro una limitante terminológica pues su referencia a las formulaciones nomotéticas escritas parece estar dirigida únicamente a los sistemas legislados, excluyendo aparentemente a los sistemas consuetudinarios –en los que igualmente se presenta el aspecto aquí aludido–, por lo que estimo más adecuado designarla cualidad de *lex formulata o lex expressa*.

En lo relativo al Derecho Fundamental a la Intimididad la cualidad de *lex scripta, lex formulata o lex expressa* se traduce en la necesidad de que un órgano del Estado legitimado para ello cree nomotesis jurídicas abstractas y generales en las que se instauren los parámetros para determinar su contenido; establecer la definición entre los factores que componen su *contenido esencial* y su *contenido accidental*; las reglas que sirvan para encausar su adecuado ejercicio; las pautas mediante las cuales se delimiten los supuestos en los que su intervención, injerencia o limitación se considera necesaria; los gravámenes a través de los cuales se llevará a cabo dicha afectación, y las directrices de adecuación para ello. En otras palabras, la cualidad de *lex scripta, lex formulata o lex expressa* se erige como un aspecto del *mandato de objetividad jurídica* cuyo destinatario es el órgano del Estado encargado de

la función legislativa, el cual debe formular *reglas ónticas*, *reglas deónticas* y *reglas prácticas o técnicas* en torno al Derecho Fundamental a la Intimidad, desde su perspectiva más abstracta.

En relación con la ordenanza dirigida al órgano del Estado encargado de la función legislativa a la que se ha aludido en el párrafo inmediato anterior, y ante la necesidad de que tales formulaciones abstractas se trasladen a un fenómeno fáctico específico, se hace patente que tal imperativo se dirige igualmente al ente estatal al que se le han asignado las competencias y las facultades para determinar y delimitar el Derecho Fundamental a la Intimidad en el caso concreto –insistiendo en que dicha autoridad debe ser de naturaleza jurisdiccional, como se expondrá posteriormente– al cual se le exige que instaure nomotesis que lo determinen ontológicamente en el fenómeno específico, asignándole a partir de este su contenido y delimitando tanto su *contenido esencial* como su *contenido accidental*; la forma en la que se materializará su ejercicio; y las limitaciones a él impuestas; las cuales deberán ser expresadas en proposiciones o aserciones que formalicen juicio conclusivos concretos.

Dicho de otro modo, la cualidad de *lex scripta*, *lex formulata* o *lex expressa*, como aspecto del *mandato de objetividad jurídica*, constituye una prescripción para el órgano encargado de determinar en el fenómeno fáctico específico el Derecho Fundamental a la Intimidad, que lo constriñe a establecer *reglas ónticas*, *reglas deónticas* y *reglas prácticas o técnicas* traslativas de las formulaciones abstractas a formulaciones concretas, individualizando situaciones jurídicas que recaerán sobre la esfera jurídica de las personas que se vean involucradas en el fenómeno fáctico en el que se particulariza el Derecho Fundamental a la Intimidad.

Aunado a lo anterior y siguiendo al insigne teórico italiano Luigi Ferrajoli<sup>23</sup>, el *mandato de objetividad jurídica* y su expresión en la cualidad de *lex scripta*, *lex formulata* o *lex expressa* materializada en la formulación de las nomotesis, tanto abstractas como concretas, creadas por el Estado a través de los órganos facultados para ello está sujeto al cumplimiento de *condiciones formales suficientes* o *condiciones formales de vigencia*, es decir, que deben satisfacerse de manera estricta todos los pasos y formalidades que se requieren para producir tales reglas jurídicas.

En otras palabras, para que la formulación de las *reglas ónticas*, las reglas

---

23 FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*. Cuarta Edición. Trotta. Madrid, España. 2004. pp. 20-25.

*deónticas* y las *reglas prácticas* que establece el Estado en torno a cualquier Derecho Fundamental, en concreto para efectos de las presentes reflexiones en relación con el Derecho Fundamental a la Intimidad, es necesario que se sigan de forma estricta todas las fases de producción nomotética y se cumplan de manera irrestricta todas las formalidades que se requieren para positivarlas y dotarlas de vigencia.

Lo cual se traduce, para el Derecho Fundamental al que se refiere el presente texto, en que el órgano del Estado encargado de la función legislativa debe seguir todos los pasos y cumplir absolutamente las formalidades que se requieren para la producción de las reglas jurídicas abstractas que atañen a la Intimidad, y en que el órgano del Estado encargado de producir esas reglas jurídicas para el caso concreto se ciña a los requerimientos procesales y formales a través de los cuales se emite el acto de autoridad que le corresponda y de acuerdo a las disposiciones que regulan su actividad concreta.

Como abundamiento a lo anterior, se infiere que existe un efecto de retorno, reflejo o tautológico en cuanto a lo anterior, pues ello implica que la creación de juridicidad positiva debe partir de la juridicidad positiva ya vigente, lo cual representa un proceso *autopoyético* generado por la cualidad de *lex praevia* que se ve comprendida dentro del Principio de Legalidad y al que haré referencia en el siguiente inciso.

El segundo aspecto en el que se manifiesta el *mandato de objetividad jurídica* es la denominada cualidad de *lex pública*, mismo que yo concibo en tres facetas distintas. La primera faceta de la cualidad de *lex pública* que distingue es la que pertenece a la teoría tradicional del Principio de Legalidad y consiste en que todas las nomotesis positivas que componen el *Derecho Objetivo* deben hacerse del conocimiento de todos sus destinatarios, es decir, de todas las personas, a fin de que estén en condiciones de conocerlas –lo cual se encuentra relacionado con el *Mandato de Certeza* y las cualidades que le son propias (*lex praevia* y *lex certa*), mismo que se expondrá posteriormente– y a partir de ello poder adecuar su conducta a tales disposiciones. La segunda faceta que encuentro en esta cualidad es la que consiste en la necesidad de que el proceso a través del cual se positiviza el *Derecho Objetivo* sea transparente, es decir que se permita la observación del elemento poblacional del Estado a fin de que esté sujeto a un control democrático y social que limite la función legislativa para que no se lleve a cabo de forma arbitraria y autoritaria.

Ello va aunado a la tercera faceta que advierto se desprende de la cualidad de *lex pública*, la cual consiste en que el *Derecho Objetivo* debe corres-

ponderarse verdaderamente con la realidad de la circunstancia social, cultural e incluso antropológica, tanto en lo general como en lo particular, en la que se crean las nomotesis positivas, dado que éstas deben atender a la facticidad humana para que adquieran legitimidad efectiva pues, como lo expresa el catedrático de Aguascalientes, Jesús Antonio de la Torre Rangel, “...*las normas, la objetividad del Derecho y la ciencia de lo jurídico[...] se ordenan al servicio del ser humano que tiene la facultad de exigir lo suyo como persona individual y social, como otro...*”<sup>24</sup>. En otras palabras, la juridicidad legítima nace en función de la realidad efectiva del Ser Humano, de modo tal que lo contrario implicaría una juridicidad ilegítima, autoritaria y arbitraria, legalizando la injusticia e ilegalizando la justicia.

Como adición a lo propuesto en el apartado anterior en lo referente a la cualidad de *lex* pública y para robustecer lo dicho con respecto de la tercera faceta de esta, me permito aludir al ideario del reconocido profesor italiano, Luigi Ferrajoli<sup>25</sup>, quien señala que no basta con que los órganos del Estado encargados de los procesos de creación del *Derecho Objetivo* sigan todas y cada una de las formalidades requeridas para su vigencia y aplicabilidad, es decir que no basta con que en la producción de las nomotesis jurídicas se cumplan las *condiciones formales suficientes* o *condiciones formales de vigencia*, sino que es necesario también –incluso, tal vez, en mayor medida– que el *Derecho Objetivo* corresponda con el conjunto de Derechos Fundamentales y sea efectivamente determinado partir de una relación dependiente con la axiología propia de la sociedad que es al mismo tiempo creadora y destinataria de aquel, de forma tal que la ausencia de dicha correspondencia y de aludida vinculación tendrá como consecuencia su invalidez.

En otras palabras, el *Derecho Objetivo* debe cumplir con las *condiciones sustanciales de validez* o *condiciones sustanciales suficientes*, tanto en su dimensión sistemática, determinada por el conjunto de Derechos Fundamentales, como en su dimensión democrática sustancial, constituida por la axiología social, pues en ello reside la legitimidad real del *Derecho Objetivo*.

El *mandato de objetividad jurídica*, en su cualidad de *lex* pública, respecto al Derecho Fundamental a la Intimidad, consiste entonces en un imperativo destinado tanto al órgano del Estado que se encarga de la función legislativa como a aquel que tiene a su cargo emitir el acto de autoridad en

---

24 DE LA TORRE RANGEL, *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*, op. cit., p. 34.

25 FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, op. cit., pp. 20-25.

el caso concreto, el cual les exige, por una parte, que al crear –en la medida de sus competencias y facultades– el *Derecho Objetivo* que es relativo al Derecho Fundamental de marras, tanto desde el punto de vista abstracto como en el caso concreto, se cumplan estrictamente las *condiciones formales suficientes* o *condiciones formales de vigencia* y, sobre todo, las *condiciones sustanciales de validez* o *condiciones sustanciales suficientes*; y por otra, que el proceso de creación aludido sea susceptible de ser observado y controlado por el elemento poblacional del Estado a fin de evitar el surgimiento de una juridicidad arbitraria y autoritaria que imponga limitaciones, injerencias o afectaciones a los elementos que componen su *contenido accidental* que sean innecesarias o que trastocuen los elementos que constituyen su *contenido esencial*, haciendo nugatorio su ejercicio.

Asimismo, también les impone la obligación de dar hacer llegar a todas las personas las reglas que corresponden a tal Derecho Fundamental a fin de que ponerlas en su conocimiento para que se encuentren en condiciones efectivas de ejercerlo bajo la seguridad de que su honra, su dignidad, su familia, su domicilio, su correspondencia, su reputación, sus documentos, sus posesiones, sus datos personales y sus comunicaciones privadas permanecerán libres de toda intervención desproporcionada e inadecuada, y de actuar dentro del marco de posibilidad conductual que no les sea proscrito, es decir, conduciéndose en forma consecuenta al respeto del Derecho Fundamental a la Intimidad de los otros, evitando cualquier conducta que lo invada, lo inter venga, lo trastoque o lo afecte de alguna manera.

El tercer aspecto en el que se manifiesta el *mandato de objetividad jurídica* es la cualidad de *lex stricta* y consiste, por una parte, en una prescripción para el órgano del Estado encargado de la función legislativa que lo obliga a cumplir con las *condiciones formales suficientes* o *condiciones formales de vigencia* al momento de crear el *Derecho Objetivo*, es decir que debe realizar dicha actividad en un apego estricto a las reglas que determinan su competencia y delimitan sus facultades, sin que pueda excederlas o extenderlas bajo ningún supuesto, condicionando en forma necesaria su actividad; y por otra, en una orden dirigida al ente del Estado encargado de la producción de los actos de autoridad que corresponden al caso concreto, en el sentido de que no puede emitir otros que no sean los que estrictamente le atañen en razón de sus facultades y que sólo puede pronunciarse respecto de los supuestos fácticos que la propia juridicidad se lo indica como hipótesis jurídicas. Lo anterior solo pone de manifiesto la pertinencia de la máxima en la que se expresa el

Principio de Legalidad: *la persona puede hacer todo aquello que la ley no le prohíbe y el Estado sólo lo que la ley le ordena expresamente.*

Trasladado este aspecto tercer aspecto del *mandato de objetividad* al Derecho Fundamental a la Intimidad, consiste en que el órgano del Estado encargado de producir las nomotesis abstractas que lo definen y le dan vida en el plano jurídico, que establecen directrices para su ejercicio, y que imponen deberes y obligaciones para su práctica, debe hacerlo sólo bajo un estricto apego a su marco competencial y ciñéndose a las facultades que le son atribuidas; y en que el órgano encargado de imponer gravámenes respecto a su contenido debe hacerlo únicamente en los supuestos fácticos ordenados por la juridicidad y dentro de los límites, tanto adjetivos como sustantivos, que ésta misma le marca.

#### *b) Mandato de Certeza Jurídica*

En relación con el *mandato de objetividad jurídica*, el Principio de Legalidad también exige otorgar a la persona asideros que le permitan ejercer efectivamente sus derechos y adecuar su conducta a los parámetros que condicionan un adecuado respeto al derecho de los demás, garantizándole la indemnidad sustancial de sus Derechos Fundamentales y que los mismos serán afectados, si y sólo si, existe un fenómeno que lo haga necesario y siempre en una relación adecuada tanto a dicho fenómeno como a los fines que se pretenden con la injerencia a su esfera jurídica fundamental. Es a esta exigencia a la que se le conoce como *mandato de certeza jurídica*.

El *mandato de certeza jurídica* se manifiesta en dos aspectos distintos. El primero es el aspecto de la cualidad de *lex praevia*, mismo que se encuentra vinculado directamente con el *mandato de objetividad jurídica*, consiste en que la existencia de un conjunto de nomotesis que den lugar a la constitución de un *Derecho Objetivo* de manera previa al acaecimiento de los fenómenos fácticos a los que corresponden –y que dicho conjunto sea conocido también previamente por las personas a las que se dirige–, hace posible otorgar a las personas asideros que les permitan tomar decisiones y materializarlas en actitudes conductuales en las que se realicen los Derechos Fundamentales. Dicho en otras palabras, el conocimiento previo de la juridicidad objetiva hace posible que las personas puedan ajustar su comportamiento a las exigencias y expectativas de esta y a las libertades que otorga.

Así pues y en torno al Derecho Fundamental a la Intimidad, el primer aspecto del *mandato de certeza jurídica* se erige como una exigencia para

el órgano del Estado encargado de llevar a cabo la función legislativa, la cual consiste en que a éste le son inherentes tanto la necesidad de producir el *Derecho Objetivo* abstracto que le corresponde con apego a las reglas que constituyen los *requisitos formales suficientes* o *requisitos formales de vigencia*, tanto en su aspecto adjetivo como en su aspecto sustantivo, que previamente fueron dadas para limitar su actuación, sin que le sea posible crear disposiciones *ad hoc* para la realización de su actividad legislativa, pues ello implicaría transgredir los límites que le son impuestos y el quebrantamiento al *mandato de objetividad jurídica* en cuanto a su cualidad de *lex stricta*; como la obligación de proporcionar reglas jurídicas que limiten la actuación del órgano del Estado encargado de gravar el Derecho Fundamental a la Intimidad en el caso concreto, imponiendo cargas a sus elementos y afectando a la persona en cuanto a su ejercicio, determinando previamente los supuestos en los que le estará permitido intervenir mediante la emisión de un acto de autoridad en tal sentido, el proceso que deberá llevar a cabo para ello y los parámetros a través de los cuales se determinará en el caso concreto el contenido del Derecho Fundamental, su *contenido esencial*, su *contenido accidental*, sus *límites internos* y sus *límites externos*.

Así también, este primer aspecto del *mandato de certeza jurídica* instituye una obligación que se impone al órgano del Estado encargado de gravar el Derecho Fundamental a la Intimidad en el caso concreto, imponiendo cargas a sus elementos y afectando a la persona en cuanto a su ejercicio, misma que consiste en que éste sólo podrá emitir actos de autoridad que restrinjan el ejercicio del Derecho Fundamental únicamente en los casos que previamente han sido establecidos por el órgano encargado de la función legislativa, siguiendo los procedimientos que éste mismo ha fijado y aplicando los parámetros que anteriormente le haya proporcionado para determinar el contenido del Derecho Fundamental aludido, su *contenido esencial*, su *contenido accidental*, sus *límites internos* y sus *límites externos* en el caso concreto.

En otras palabras, el órgano del Estado encargado de gravar el Derecho Fundamental a la Intimidad en el caso concreto sólo podrá hacerlo en los supuestos y bajo las condiciones que se hayan fijado previamente al acaecimiento del fenómeno fáctico sobre el cual se pronuncia, sin que puede sobre pasar los límites que dichas disposiciones le han impuesto previamente, so consecuencia de incumplir la cualidad de *lex stricta* del *mandato de objetividad jurídica*.

El segundo aspecto del *mandato de certeza jurídica* es la denominada

cualidad de *lex certa*, mismo que consiste en que el *Derecho Objetivo* debe estar formulado en términos claros y precisos, de forma que su contenido sea inteligible y asequible a todos los destinatarios de la regla jurídica.

Dicho de otro modo, el *Derecho Objetivo* debe cumplir con la característica de estar construido a partir de un lenguaje natural a todas las personas y no con base en un lenguaje artificial que oscurezca su sentido para todos aquellos que no poseen las herramientas para descifrarlo, ello en virtud de que es el común de las personas las que se constituyen como destinatarios reales del *Derecho Objetivo* y deben tener acceso, no sólo a su conocimiento previo, sino a su entendimiento y comprensión efectiva a fin de estar en condiciones suficientes que le permitan adecuar su conducta de forma que el ejercicio de su Derecho Fundamental a la Intimidad se lleve a cabo con respeto a la honra, la dignidad, la familia, el domicilio, la correspondencia, la reputación, los documentos, las posesiones, los datos personales y las comunicaciones privadas de los demás.

Lo anterior implica además que tanto el órgano del Estado encargado de la función legislativa como el encargado de afectar el Derecho Fundamental a la Intimidad en el caso concreto, deben realizar una actividad expositiva en la que manifiesten los argumentos justificativos que sostienen la reglas jurídicas que formulan, uno desde una perspectiva abstracta y otro a partir de un caso concreto, a fin de dar legitimidad a su actuación, eliminando los problemas epistemológicos que pudieran surgir para el destinatario del *Derecho Objetivo* en cuanto a las causas que se consideraron motivos suficientes para establecer limitaciones (abstractas y concretas) al ejercicio del Derecho Fundamental a la Intimidad y otorgándole, a su vez, posibilidad de contradecir de forma eficaz tales argumentos ante la autoridad que corresponda, como medio de protección de su esfera jurídica fundamental.

En relación con el Principio de Legalidad como garantía del Derecho Fundamental a la Intimidad, el que escribe considera, por una parte, que lo más adecuado, a fin de proporcionar una certeza jurídica efectiva a la persona, dando cumplimiento real a los mandatos que por él se constituyen, a todas y cada una de las cualidades que les son propias y a la totalidad de los aspectos en los que cada una se manifiesta, lo más adecuado es que tanto las hipótesis jurídicas idóneas para desencadenar la intervención, la injerencia o la privación de Derechos Fundamentales como las medidas que pueden adoptarse para ello, deben ser enlistadas por el legislador de forma taxativa y limitativa, puesto que los Derechos Fundamentales son *erga omnes* y las ga-

rantías que los tutelan son una esfera protectora que la persona tiene respecto de otros pero, sobre todo, respecto del Estado, quien deberá ajustarse a la prescripción limitativa que para éste representa el principio de legalidad y a la prescripción expansiva que el principio aludido constituye para la persona; y por otra, en concordancia con lo propuesto por Häberle<sup>26</sup>, que resulta completamente inadecuado delimitar positivamente desde el *Derecho Objetivo* abstracto el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad, su *contenido esencial*, su *contenido accidental*, sus *límites internos* y sus *límites externos*, pues ello implicaría una limitación a las libertades de la persona y una negación de la naturaleza de los Derechos Fundamentales como armas de protección frente al poder del Estado, además de que, según se dijo anteriormente, tal delimitación sólo puede surgir del caso concreto y en atención a la *textura abierta* que los caracteriza.

## 2. Garantía de Jurisdiccionalidad como Mecanismo de Protección ante la Intervención del Derecho Fundamental a la Intimidad

Los ordenamientos legales positivos, tanto nacionales como internacionales, a los que se hizo alusión en apartados anteriores, establecen como parte de los mecanismos de protección que se erigen en torno al Derecho Fundamental a la Intimidad que toda intervención específica que se efectúe sobre él o cualquier afectación que se autorice realizar en el caso concreto, debe provenir de un acto propio del Estado emitido a través de alguno de los entes integrantes de los órganos que lo conforman, es decir que para incidir en la esfera jurídica fundamental de una persona, específicamente en el campo de su Derecho Fundamental a la intimidad, es necesario que el Estado lo ordene a través de un órgano facultado previamente para ello.

Asimismo se expuso que dicho órgano debe estar revestido de tres características principales, las cuales determinan la legitimidad de su actuación y por tanto de la injerencia que ordene respecto a la esfera jurídica fundamental de la persona. La primera de esas características es que dicha entidad pública debe estar dotada de autoridad, en otras palabras, debe tener la capacidad, dadas sus facultades prescritas por la ley en las diversas reglas jurídicas ónticas, deónticas y prácticas que norman su actuación, de incidir de forma coactiva y coercitiva en la esfera jurídica fundamental de la

---

26 HÄBERLE, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley de Bonn*, op. cit., p. 220.

persona, imponiendo sus decisiones y determinaciones aún en contra de la voluntad de ésta a partir del empleo de la fuerza de imperio que caracteriza al Estado.

La segunda de dichas características es que el órgano al que se encomienda la intervención, la injerencia o la privación de Derechos Fundamentales en perjuicio de las personas que son sus titulares debe existir de forma previa al hecho que se estudiará y a partir del cual se determinará la decisión de afectar al sujeto incidiendo en su esfera jurídica al nivel de las prerrogativas, facultades y libertades esenciales que le corresponden en razón de su condición y dignidad humana.

Y el tercero de los elementos característicos de dicho órgano es que debe estar dotado de una total independencia e imparcialidad respecto del ente –público o privado– que pretende trastocar los Derechos Fundamentales en perjuicio de una persona determinada, ello para asegurar la objetividad de su actuación, el trato igualitario a las partes que participan del conflicto y la debida evaluación de los factores que habrán de considerarse para discernir adecuadamente la situación concreta y su condición como causas adecuadas para provocar consecuentemente la intervención, la injerencia o la privación de los Derechos Fundamentales de la persona.

También se afirmó en el primero de los apartados que conforman el presente texto que los Derechos Fundamentales son bienes tutelados por la juridicidad, en razón de constituir valores sociales que se consideran esenciales para que la persona se encuentre en condiciones óptimas de autoejercerse y autodeterminarse de manera constante a través de una asunción permanente de responsabilidades. Lo cual supone que los Derechos Fundamentales, al ser condiciones óptimas que permiten a la persona ser, ejercerse y determinarse como tal, en atención sus dimensiones individual y social, constituyen valores esenciales inherentes a un Estado democrático.

Por lo tanto y para conservar la existencia de dicho Estado democrático, es necesario que éste se encuentre sometido a controles que sean suficientes para limitar su poder y hacer efectivas para la persona las condiciones mínimas suficientes que le otorguen certezas a partir de las cuales se *autoejerza* y se *autodetermine*, lo cual se logra solamente proporcionando a la persona herramientas que le permitan controvertir tanto las premisas conclusivas como las premisas justificativas que el órgano del Estado pronuncia para afectar sus Derechos Fundamentales a fin de no colocarlo en una situación de indefensión que lo obligue a padecer irremediablemente la fuerza coactiva y

coercitiva del Estado haciendo nugatoria su capacidad de autoejercerse y de autodeterminarse.

Aunado a lo anterior, los Estados democráticos se caracterizan además por una autolimitación del ejercicio del poder público mediante la división de funciones y la independencia efectiva de cada uno de los órganos que las realizan al detentar una porción de dicho poder, perteneciéndoles a cada uno de ellos una porción de la capacidad coactiva y coercitiva del Estado que les permite manifestarla en actos de autoridad concretos delimitados por el ámbito competencial y el cúmulo de facultades que a cada uno de ellos corresponden, lo cual implica que las injerencias a los Derechos Fundamentales pueden provenir de cualquiera de ellos, siempre que se cumplan el *mandato de objetividad jurídica* y el *mandato de certeza jurídica*.

Por ende, podrá advertirse que los actos de autoridad a través de los cuales se afecta la esfera jurídica fundamental de la persona pueden presentarse de tres formas distintas: la primera, desde el momento en el que se crean las nomotesis abstractas, formuladas a través de *reglas ónticas*, *reglas deónticas* y *reglas prácticas o técnicas*, que servirán para la intervención del Derecho Fundamental en el caso concreto; la segunda, al momento en que la injerencia de tales derechos encuentra su origen en las actividades de dirección, orden y organización del Estado y la planeación, distribución, suministro y disposición de sus recursos; y, la tercera, al momento en que las nomotesis abstractas se trasladan a un caso concreto mediante su individualización correspondiente y correlativa, ya sea mediante la evaluación directa y concreta del fenómeno específico que motiva la intervención de los Derechos Fundamentales o mediante el control *a posteriori* de la afectación impuesta a la esfera jurídica de una persona determinada dada con anterioridad.

La primera categoría de los actos de autoridad referidos en el presente párrafo pertenece al órgano del Estado encargado de la función legislativa, el segundo rubro corresponde el órgano del Estado que tiene a su cargo la función administrativa y el tercer estrato de los actos aludidos es propio del órgano del Estado al que le ha sido encomendado el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo anterior supone, en primer término, que las afectaciones a los Derechos Fundamentales pueden ser impuestas *a priori* por los órganos legislativo y administrativo del Estado, el primero al establecer desde el punto de vista abstracto límites para su ejercicio y el segundo al gravar la esfera jurídica fundamental de una persona en el caso concreto; en segundo término,

que tales gravámenes (abstractos y concretos) deben estar sujetos a controles específicos que permitan a la persona o a las personas que habrán de padecerlos el proteger su esfera jurídica fundamental mediante la contradicción de los argumentos justificativos y los juicios conclusivos en los que se formula el acto de autoridad que la restringe en forma alguna; y, en tercer término, que corresponde al órgano jurisdiccional el trasladar las hipótesis abstractas a los casos concretos, mediante a una evaluación *a posteriori* del caso concreto en sí, a fin de autorizar la afectación de los derechos fundamentales, o de la medida con la que se trastoca la esfera jurídica fundamental de la persona, ya sea para evitar su ejecución o para, una vez ejecutada, restituir a la persona en el goce y el ejercicio de sus Derechos Fundamentales.

Por lo tanto, se hace inconcuso que al órgano del Estado al que le corresponde el control efectivo de los Derechos Fundamentales es al órgano jurisdiccional, pues es éste el que se encuentra en posibilidades de limitar las injerencias que realiza el órgano legislativo al emitir reglas jurídicas que contravengan los valores sociales esenciales que son tutelados por el derecho como bienes preponderantes, a través del control constitucional –y convencional– de las nomotesis positivas cuando estas tienen la característica de ser *autoaplicativas*, es decir, cuando por su sola entrada en vigor afectan la esfera jurídica de todas las personas o de un sector del elemento poblacional que se determina por la característica común que comparten, la cual constituye su ámbito personal de validez.

Es también es dicho órgano el facultado para evaluar, *a posteriori* en algunos supuestos, los actos de autoridad emitidos por el órgano ejecutivo –e incluso por otros entes del órgano judicial– en los que impone gravámenes a una persona específicamente individualizada y en un caso concreto, a fin de determinar su pertinencia y adecuación, en cuyo caso habrá de mantenerla, o su falta de necesidad o desproporción, debiendo levantarla o anularla de ser así y establecer los medios a través de los cuales se restituirá al afectado en el goce y el ejercicio de los Derechos Fundamentales que le fueron indebidamente afectados; y para considerar, *a priori* en otros supuestos, la medida con la que se afectarán los derechos fundamentales de una persona en particular, a partir del conocimiento *a posteriori* –una vez que ya haya ocurrido– del caso concreto que motiva la pretendida intervención, lo cual representa la existencia de una solicitud formulada, previamente ante el órgano judicial y en tal sentido, por parte de otro ente de los que conforman los distintos órganos del Estado y un proceso de discernimiento llevado a cabo por parte del ente al que

le corresponde pronunciarse ante tal petición, que permita a este decidir de forma conclusiva si autoriza o no la imposición del gravamen pretendido sobre los derechos fundamentales de una persona en específico, si estima que el caso concreto es motivo suficiente para ello, y los alcances que habrá de tener dicha intervención en relación estrictamente dependiente con este último.

Así pues y a fin de retomar la cuestión planteada desde el segundo apartado de los que conforman las presentes reflexiones, es la tutela jurisdiccional el mecanismo a través del cual se garantiza de forma eficaz la protección al Derecho Fundamental a la Intimidad pues, en principio y como se expuso en el párrafo inmediato anterior, corresponde al órgano jurisdiccional, en una valoración *a priori* de la legitimidad de los límites abstractos que impone el legislador a la esfera jurídica fundamental a de la persona.

Lo anterior, específicamente en lo relativo a su honra, su dignidad, su familia, su domicilio, su correspondencia, su reputación, sus documentos, sus posesiones, sus datos personales y sus comunicaciones privadas, establecida a partir de la verificación del cumplimiento de las *condiciones formales suficientes* o *condiciones formales de vigencia* en su formulación y de las *condiciones sustanciales suficientes* o *condiciones sustanciales de validez* en cuanto a su contenido, cuando las nomotesis jurídicas que constituyen dichos límites afectan el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad por su sola entrada en vigor, al ser *autoaplicativas*; y después porque es dicho órgano el que tiene a su cargo determinar tanto el *contenido esencial* como el *contenido accidental* del Derecho Fundamental a la Intimidad.

Esto, estableciendo sus *límites internos* y sus *límites externos*, a partir del caso concreto, ya sea discerniéndolos a partir de una evaluación *a posteriori* de éste y la necesidad que representa de la imposición de un gravamen a su ejercicio mediante un estudio previo a que se tome la decisión de autorizar o negar la injerencia pretendida a la esfera de la intimidad de la persona; o mediante un control *a posteriori* de la medida que ya ha sido impuesta e incluso ejecutada, a fin de mantenerla como consecuencia de que la conclusión a la que se arribe sea la de establecer su validez, su legitimidad y adecuación, o de levantarla en el caso contrario y sentar las bases para restituir a la persona en el goce y el ejercicio de su Derecho Fundamental a la Intimidad.

Asimismo, es la tutela judicial el mecanismo que hace posible eliminar la indefensión en la que pudiera encontrarse la persona ante el poder coercitivo y coactivo del Estado, al proporcionarle las herramientas suficientes para contradecir tanto los argumentos apologéticos esgrimidos por la autoridad

que interviene la Intimidad de la persona como los juicios conclusivos concretos en los que se contiene la medida intrusiva, ya sea de forma previa a que la medida se adopte o en un momento posterior a que el gravamen haya sido ya impuesto a cualquiera de los elementos que conforman el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad, y de controvertir en un plano de igualdad la actuación de la entidad Estatal que pretende injerir a la persona en tal ámbito, al proporcionarle armas de ajustamiento que equiparen adjetivamente a través del ajustamiento de los estatutos estatal y personal en un contexto de igualdad procesal en el que se someten, tanto la persona destinataria de la medida intrusiva de la Intimidad como la entidad estatal que la emite, a la decisión de una autoridad que –idealmente–, desde una posición de imparcialidad, evaluará la legitimidad, la necesidad y la adecuación de las restricciones, injerencias, intromisiones, limitaciones, coartaciones, acotaciones e incluso privaciones con las que se afectará el Derecho Fundamental a la Intimidad de una persona específica en un caso concreto.

### 3. Juicio de Proporcionalidad: Ponderación como Directriz en la Intervención del Derecho Fundamental a la Intimidad

Anteriormente se dijo que el *Derecho Objetivo* debe corresponderse con la realidad social, cultural e incluso antropológica en la que éste se produce, de modo tal que las nomotesis jurídicas que lo conforman adquieran legitimidad, la cual deviene única y exclusivamente de la relación de interdependencia directa existente entre la facticidad humana y las formulaciones en las que se ven expresados tanto el *Derecho Subjetivo* como lo *Justo Objetivo*, tanto en un plano abstracto como en un plano concreto. En otras palabras, entre la formulación positiva y objetiva de los Derechos Fundamentales y la realidad social a la que pertenecen debe haber una relación de conformidad y correspondencia entre sí, pues es sólo de esta forma que se establecen mandatos de optimización para la *autodeterminación* y el *autoejercicio* de la persona que armonicen las posibilidades materiales y jurídicas en las que habrán de darse. Dicho de otra forma, los Derechos Fundamentales sólo pueden realizarse y materializarse a través de la ponderación.

Atendiendo a la propuesta de Robert Alexy<sup>27</sup>, la ponderación es el medio a través del cual se logra establecer esta relación de correspondencia y con-

---

<sup>27</sup> ALEXY, R., “Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad”. En <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>, pp. 8-13.

formidad entre el *Derecho Objetivo* (general e individualizado), la facticidad humana y los Derechos Fundamentales entre sí, y está comprendida dentro del principio de *proporcionalidad en sentido amplio* (*weite Verhältnismäßigkeit*), el cual se compone a su vez de tres aspectos erigidos como directrices inscritas dentro del principio aludido, que son: *adecuación* (*Geeignikeit*), *necesidad* (*Erforderlichkeit*) y *proporcionalidad en sentido estricto* (*enge / stricte Verhältnismäßigkeit*).

La directriz de *adecuación* (*Geeignigkeit*) consiste en la prescripción de abstenerse de imponer cualquier medida que restrinja el ejercicio de un Derecho Fundamental de una persona, si éste no impide a las demás personas la práctica de sus Derechos Fundamentales. Igualmente consiste esta directriz en la orden de no gravar el contenido de los Derechos Fundamentales, si su ejercicio no entra en conflicto con la práctica de otros Derechos Fundamentales. La *adecuación* es pues la proscripción de establecer sobre la persona cualquier carga que impida, restrinja, acote, coarte o limite el ejercicio de sus Derechos Fundamentales, si éstos no entran en conflicto con otros impidiendo su realización efectiva, así como también es el mandato de exclusión de cualquier medio que afecte las facultades, prerrogativas y libertades de *auto-determinación* y *autoejercicio* de una persona, si estas no impiden realmente esto último a los otros.

Por lo tanto, la directriz de *adecuación* supone la existencia de un *fin legítimo* que se persigue con la imposición de la medida restrictiva de Derechos Fundamentales y que consiste en establecer condiciones necesarias para que aquellas libertades, prerrogativas o facultades de la persona que se ven impedidas por alguna circunstancia puedan llevarse a cabo de manera óptima.

La directriz de *necesidad* (*Erforderlichkeit*) consiste en la prescripción de elegir el medio a través del cual se logra de manera más eficaz el ejercicio de un Derecho Fundamental que entra en conflicto con otro, de forma tal que este se vea afectado en la menor medida posible.

En otras palabras, esta directriz exige únicamente mejorar las condiciones de realización de uno de los Derechos Fundamentales en conflicto, a través de la elección de la medida que se acerque más a mantener indemne el otro que interviene en dicha relación conflictual. En otras palabras, ello consiste en intervenir la esfera jurídica fundamenta la persona en los casos que sean suficientes para ello y siempre buscando que la intervención sea lo menos invasiva o restrictiva posible, en aras de promover y no evitar el ejercicio de los Derechos Fundamentales.

Ergo, la directriz de *necesidad* indica una convicción inexorable de que es únicamente a través de la imposición de la medida que pueden mejorarse las condiciones en las que se ejercen los Derechos Fundamentales, es decir que la imposición de la medida resulta indispensable y su aplicación es imprescindible para la consecución eficaz de las prerrogativas, las libertades y las facultades que son esenciales para que la persona se autoejerza y se autodetermine.

Esto implica que la medida debe corresponder a los postulados del Estado Democrático de Derecho, siendo una expresión de la convicción social respecto a la necesidad de la aplicación de tal medida, al ser esta la única vía a través de la cual puede conseguirse el establecimiento de las condiciones más óptimas para el ejercicio efectivo y eficaz de los Derechos Fundamentales y bajo la verificación de que ella se acerca a la conservación de la indemnidad total de los demás Derechos Fundamentales que entran en conflicto, ya sea de forma abstracta o en el caso concreto.

Por su parte, la directriz de *proporcionalidad en sentido estricto* (*enge / strikte Verhältnismäßigkeit*) se constituye como la ponderación en sí misma, dado que significa la optimización de las posibilidades jurídicas de realización de los Derechos Fundamentales en relación con conflicto que entre ellos se presenta en el caso concreto, pues prescribe que “...como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio [Derecho Fundamental], tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro...”<sup>28</sup>.

Dicho de otro modo, la intervención que se realice sobre un Derecho Fundamental debe ser directamente proporcional con la preponderancia del que se considera prevalente, lo cual implica una relación jerárquica entre los distintos valores que se erigen como bienes jurídicos tutelados por el derecho al considerarlos como fundamentales para el *autoejercicio* y la *autodeterminación* de la persona, en la que unos resultan preponderantes y deben prevalecer sobre otros, como devenir de la bidimensionalidad de la persona a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

En otras palabras, la directriz de *proporcionalidad en sentido estricto* como mandato de ponderación constituye un parámetro de ajustamiento cuyo origen se encuentra en la jerarquía axiológica social y se expresa, material y concretamente, a partir de la colisión de Derechos Fundamentales que acaece en el caso concreto.

El ilustre Robert Alexy propone a la ponderación como un proceso que

---

<sup>28</sup> ALEXY, “Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad”, *op. cit.*, p. 9.

se sigue a través de tres pasos distintos. El primero consiste en determinar el grado de perjuicio que se producirá a los Derechos Fundamentales de una persona, o a un Derecho Fundamental en específico, mediante la imposición de una medida concreta como gravamen sobre estos; el segundo consiste en comprobar la preponderancia jerárquica del Derecho Fundamental que se favorece con la medida a imponer con el propósito de hacer prevalecer al que ocupa un lugar más alto en la escala axiológica social sobre el que se sitúa en un escaño inferior; y, el tercero consiste en determinar, de manera apologética, si la prevalencia del Derecho Fundamental axiológicamente preponderante justifica la intervención o el perjuicio del Derecho fundamental jerárquicamente inferior, a partir de una relación de racionalidad concreta.

El Derecho Fundamental a la Intimidad, pues, se encuentra protegido mediante la aplicación del juicio de proporcionalidad, es decir que la intervención de la esfera jurídica fundamental de la persona en lo que se refiere a su honra, su dignidad, su familia, su domicilio, su correspondencia, su reputación, sus documentos, sus posesiones, sus datos personales y sus comunicaciones privadas, no tendrá lugar si éstos elementos o alguna porción de ellos no impiden el ejercicio de otros Derechos Fundamentales o si con su práctica no se perjudica a otras personas; si dicha medida no es la opción que sirva para establecer condiciones más óptimas en las que otros Derechos Fundamentales puedan ser ejercidos de manera más eficaz sin que la intimidad y representa una lesión o intromisión excesiva en la honra, la dignidad, la familia, el domicilio, la correspondencia, la reputación, los documentos, las posesiones, los datos personales y las comunicaciones privadas de la persona; y si los bienes jurídicos fundamentales tutelados que colisionan con el Derecho Fundamental a la intimidad en el caso concreto no son jerárquicamente superiores a éste y por lo tanto prevalentes, conclusión que sólo puede lograrse mediante la determinación del grado del perjuicio que habrá de sufrir la intimidad, la comprobación de la prevalencia del otro Derecho Fundamental desde el punto de vista de la axiología social determinada y la justificación de los motivos que hacen a algún Derecho Fundamental prevalecer sobre la Intimidad de la persona a partir de una relación de racionalidad con el caso concreto en que ambos bienes jurídicos fundamentales tutelados colisionan.

Los instrumentos jurídicos a los que se ha hecho referencia en apartados anteriores traducen el juicio de proporcionalidad propuesto por Robert Alexy en cuatro aspectos prácticos que reflejan las directrices circunscritas dentro

de dicho principio como mecanismo de protección del Derecho Fundamental a la Intimidad en aras de lograr el cumplimiento tanto del *mandato de indemnidad sustancial o intrínseca* como de la *garantía de afectación relativa o extrínseca*.

El aspecto práctico que refleja la directriz de *adecuación* consiste en que la medida con la que se limite el ejercicio del Derecho Fundamental a la Intimidad debe ser suficiente para lograr la consecución de un *fin legítimo*, es decir, mismo que consiste en establecer condiciones más óptimas para el ejercicio y la realización de todos los Derechos Fundamentales o para que la persona pueda *autoejercerse* y *autodeterminarse* de manera más eficaz; dicho de otro modo el *fin legítimo* que se pretende con la medida que interfiere al Derecho Fundamental a la Intimidad únicamente puede ser la protección y la realización de todos los Derechos Fundamentales.

La directriz de *necesidad* se ve reflejada, primero, en el aspecto práctico consistente en que la medida con al que se afecta el Derecho Fundamental a la Intimidad debe estimarse acorde a un Estado Democrático de Derecho, es decir que la sociedad debe estar convencida de que no puede lograrse una mayor eficacia en el ejercicio de los Derechos Fundamentales si no es a través de esta vía; y, segundo, que exista una comprobación de que el gravamen impuesto a este rubro de la esfera jurídica fundamental de la persona se ha elegido por ser la opción que menos lesiona la Intimidad, como bien jurídico fundamental tutelado, generando así un consenso social sobre la naturaleza indispensable de dichas injerencias.

Por su parte, la directriz de *proporcionalidad en sentido estricto* se ve reflejada en el aspecto práctico consistente en que la medida adoptada sea la verdaderamente idónea para lograr la protección del bien jurídico fundamental tutelado que se considera preponderante, haciéndolo prevalecer a través de la injerencia que se efectúe sobre el Derecho Fundamental a la Intimidad por ser jerárquicamente superior en la escala axiológica social, y justificando las razones que resultan suficientes para realizar una intromisión en la Intimidad de la persona, estableciendo una relación de racionalidad entre los bienes que colisionan en el caso concreto y que la magnitud de la injerencia que habrá de llevarse a cabo corresponde con la efectividad en la consecución de la protección o la realización del Derecho Fundamental que se concluyó como relativamente superior.

## Conclusiones

La Intimidad es un valor que se tutela jurídicamente como un bien fundamental en razón de que es inherente a la persona la facultad, la prerrogativa y la facultad de reservar determinados elementos de información que pertenecen a factores concretos de sí misma, privando a los demás de su conocimiento al decidir que no son de la incumbencia de estos, a fin de asegurarse a sí misma la posibilidad de *autodeterminarse* y *autoejercerse*, en una constante y permanente asunción de responsabilidades, mediante la realización de conductas que resultan de relevancia mínima o nula para la sociedad, y que deben mantenerse ausentes de todo control que la exponga al escrutinio público y a la ignominia, a fin de hacer posible la realización del ordenamiento de libertad que es inmanente al estatus jurídico de persona.

La tutela jurídica de la Intimidad a la que se ha hecho referencia en el párrafo inmediato anterior se ve expresada mediante formulaciones nomotéticas que óntica, deóntica y técnica o prácticamente la inscriben dentro del *Derecho Objetivo*, a través de su positivización en el ámbito constitucional, lo cual determina que en el sistema español su contenido se compone de el honor, la familia, el domicilio, la correspondencia, la imagen propia, los datos personales y las comunicaciones privadas; y que en este sistema se establecen como garantías de indemnidad del referido derecho: a) su tutela por una autoridad independiente; b) el manejo de la información correspondiente a éste ámbito será hecho siempre con base en el consentimiento de quien se vea afectado con cualquier injerencia que pueda suscitarse; c) el ajuste del manejo de la información relativa a la intimidad a criterios que hagan posible su veracidad y fe digna, y que garanticen la implementación de medidas adecuadas para mantener dichos elementos en el ámbito que corresponden; y d) que dicha información sea utilizada para fines concretos contemplados en la ley o que sean necesarios a partir de un fundamento basado en parámetros de legitimidad, legalidad y proporcionalidad.

Mientras que en el contexto constitucional mexicano el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad se compone por la honra, la dignidad, la familia, el domicilio, la correspondencia, la reputación, los documentos, las posesiones, los datos personales y las comunicaciones privadas; y su ejercicio se encuentra salvaguardado mediante la prescripción de que cualquier gravamen que se le imponga habrá de ser autorizado necesariamente por la autoridad jurisdiccional que sea competente, la cual se encuentra obligada

a expresar su mandamiento en forma escrita y a emitirlo con estricto apego al principio de legalidad, una vez que haya realizado un proceso de discernimiento que le haya llevado a concluir que el caso concreto es una circunstancia que amerita legítima y racionalmente la intervención de la esfera jurídica fundamental de la persona.

Los elementos que conforman el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad que se obtienen de las formulaciones nomotéticas que constituyen el *Derecho Objetivo* en el que se establecen el ámbito constitucional español y mexicano tienen dos porciones determinadas a partir de la bidimensionalidad de la persona y definidas por los *límites internos*, que separan al *contenido esencial* del Derecho Fundamental a la Intimidad, mismo que necesariamente debe mantenerse indemne a fin de no trastocarlo ontológicamente y conservarlo en condiciones efectivas de ser ejercicio, de su *contenido accidental*, el cual consiste en el combés susceptible de ser afectado mediante la imposición de una medida restrictiva sin que ello recaiga en la nugatoriedad efectiva de su ejercicio y se encuentra inscrito dentro de sus *límites externos*.

Sin embargo, ni los *límites internos* ni los *límites externos* del Derecho Fundamental a la Intimidad son absolutos, como tampoco lo son su *contenido esencial* y su *contenido accidental*, pues se encuentran caracterizados por una *textura abierta*, la cual hace fluctuar los linderos de dichas porciones y obliga a atender al caso concreto a fin de establecerlos de forma específica para cada fenómeno fáctico que lo requiera.

Y finalmente, si bien es cierto que los elementos que componen el *contenido accidental* del Derecho Fundamental a la Intimidad y que se encuentran circunscritos dentro de sus *límites externos* son susceptibles de sufrir afectaciones e injerencias, también es cierto que estas no pueden imponerse de manera arbitraria, sino que el órgano del Estado que las lleva a cabo o las autoriza debe constreñirse a cumplir el *mandato de indemnidad esencial o intrínseca* y regir su actuación por el estricto apego a los principios directivos puntuales en los que se manifiesta la *garantía de afectación relativa o extrínseca*, siendo estos el *Principio de Legalidad*, la *Garantía de Jurisdiccionalidad* y el *Juicio de Proporcionalidad*, a fin de legitimar correctamente los gravámenes, las limitaciones, las restricciones e incluso las privaciones que se imponen sobre las prerrogativas, las facultades y las libertades que conforman la esfera jurídica fundamental de la persona, permitiendo la intromisión en alguno o algunos de los aspectos que componen su intimidad.

## Bibliografía

- ALEXY, R. *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>. Marzo de 2016.
- BERNAL PULIDO, C. *Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?* Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30. 2007.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Diario Oficial de la Unión Europea. 30 de marzo de 2010.
- Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado. España, 27 de septiembre de 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación. México, 23 de febrero de 2013.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Diario Oficial de la Federación. México, 7 de mayo de 1981.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma. 4 de noviembre de 1950.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. *Apuntes para una Introducción Filosófica al Derecho*. Tercera Edición 2001. Porrúa. México. 2007.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. *El Derecho como Arma de Liberación en América Latina. Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho*. CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. 2006.
- Declaración Universal De Los Derechos Humanos Aprobada Y Promulgada Por La Asamblea General De Las Naciones Unidas El 10 De Diciembre De 1948*. 10 de diciembre de 1948.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. <http://lema.rae.es/drae>. España, 2016.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*. Cuarta Edición. Trotta. Madrid, España. 2004.
- HÄBERLE, P. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley de Bonn. Una Contribución a la Concepción Institucional de los Derechos Fundamentales y a la Teoría de la Reserva de la Ley*. Dykinson-Constitucional. Madrid, España. 2003.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*. Madrid, Trotta. España. 1999.

- LÓPEZ ORTEGA, J. J. *Los Principios Constitucionales del Derecho Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional. Ponencia*. Consejo General del Poder Judicial. Amparo Judicial. Jurisprudencia Constitucional Práctica: Laboral, Penal, Civil y Contencioso-Administrativa. Colección Digital. 1994.
- MARTÍN HUERTAS, A. “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales”. *Revista General de las Cortes*. Primer Cuatrimestre 2008. Madrid, España.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V. M. “Las Garantías Individuales en la Constitución Mexicana de 1917”. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/956/4.pdf>.
- MUÑOZ, F. A. et alia. *Investigación de la Paz y los Derechos Humanos desde Andalucía*. Universidad de Granada. Granada, España. 2004.
- Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos, Abierto A Firma En La Ciudad De Nueva York, E.U.A. El 19 De Diciembre De 1966*. 23 de marzo de 1976.
- PÉREZ PÉREZ, C. “Sobre el Concepto de Valor. Una Propuesta de Integración de Diferentes Perspectivas”. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2691995>
- ROBLES MORCHÓN, G. *Las Reglas del Derecho y Las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría Analítica del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1988.
- Semanario Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>. México, 2016.
- Tribunal Constitucional Español*. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es>. España, 2016.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. <http://hudoc.echr.coe.int>. España, 2016.



CAPÍTULO II  
EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA  
Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Jiménez Pérez  
Madrid, España

*Introducción*

Con este trabajo se pretende hacer un breve análisis del derecho fundamental a la intimidad en todo su alcance, desde su dimensión constitucional hasta la perspectiva que de él tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, extraída de la extensa jurisprudencia existente sobre la materia.

El artículo 18 de nuestra Constitución, en adelante CE, recoge una serie de derechos que forman un compendio sobre la protección de un derecho fundamental y bien jurídico constitucional, tal como la intimidad, considerada ésta como el reducto más privado de la vida del individuo.

Dicho derecho se vincula con la personalidad propia del citado individuo y con la dignidad de la persona, recogida, a su vez, en el artículo 10 de nuestra Carta Magna. Así, queda protegido el ámbito privado de aquella mediante la exclusión del resto de individuos, salvo que sea la persona afectada quien decida compartirlo<sup>1</sup>.

Por otro lado, el derecho a la intimidad en todas sus vertientes actúa, también, como límite a algunos derechos fundamentales tales como el de libertad de expresión e información, produciéndose una interminable serie de conflictos con gran reflejo jurisprudencial. De ello puede extraerse que la titu-

---

<sup>1</sup> LÓPEZ GUERRA, L. y otros. Derecho Constitucional. Volumen 1. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, 8ª ed. Valencia, 2010, pp. 197 y ss.

laridad del citado derecho es ostentada con carácter personalísimo por todas las personas físicas, siendo discutida por la jurisprudencia, su extensión a las jurídicas<sup>2</sup>. Es precisamente ese carácter personalísimo el que declara que su disfrute finaliza con la propia vida de la persona, por lo menos en lo referido a su dimensión constitucional<sup>3</sup>.

Además, en algunos supuestos es posible que del comportamiento del individuo se extraiga la conclusión de que éste renuncia parcial o temporalmente a su disfrute, independientemente de la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad del derecho a la intimidad<sup>4</sup>. Siendo relevantes también aquellos casos en los que la restricción del dominio protegido por estos derechos es expresa e indiscutible cuando se trata de personajes públicos que gozan de gran popularidad, pues el margen de crítica a soportar por los mismos es ciertamente superior al del resto de la ciudadanía<sup>5</sup>.

En otro orden de cosas, los derechos que se incardinan en el artículo 18 de nuestra Constitución poseen múltiples canales de protección que permiten al sujeto afectado optar por aquel que considere más adecuado; a saber: el derecho de rectificación, la protección civil con contenido indemnizatorio y la protección penal, siendo esta última la que nos atañe para el presente análisis, ya que queda reservada a los atentados más graves contra la intimidad.

Por último, en cuanto a su dimensión supranacional, el derecho a la intimidad queda recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH, constituyendo dicho artículo un marco que encuadra la vida privada, el desarrollo de la persona y su libertad individual.

Además, el contenido de dicho artículo es muy similar al establecido por la mayoría de constituciones europeas, con especial parecido a la española, pues el objetivo primario del mismo es la necesidad de garantizar la intimidad o vida privada, suponiendo “*el derecho de vivir la vida en el domicilio, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el evitar ser colocado bajo una falsa luz, la no revelación de hechos irrelevantes o embarazosos, la publicación no autorizada de fotografías privadas así como la protección de la divulgación de información dada y recibida por el individuo de manera confidencial*”<sup>6</sup>.

---

2 STC 137/85, caso Derivados de Hojalata, S.A.

3 STC 231/88, caso Pantoja-Paquirri.

4 LÓPEZ GUERRA, L. y otros. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, op. cit., pp. 197 y ss.

5 Art. 2 y ss. LO 1/82 de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

6 Resolución 428 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1970.

*Contenido, fundamento y alcance del derecho*

## 1. El derecho a la intimidad corporal: 18.1 CE

La intimidad corporal, protegida expresamente por el artículo 18.1 de la CE, se constituye como la “*principal manifestación del derecho a la intimidad ya que mediante este artículo se reconoce al individuo la facultad para controlar el acceso de terceros a su cuerpo*”<sup>7</sup>; lo que conlleva la protección contra investigaciones o reconocimientos corporales llevadas a cabo contra la voluntad de éste. Por tanto, el respeto a tal vertiente del derecho a la intimidad debe prevalecer, salvo excepciones tasadas o consentimiento expreso, frente a toda pesquisa ejercida contra el cuerpo de la persona investigada.

Por otro lado, la protección de este derecho queda delimitada por la denominada “sensación de pudor” o el también llamado “sentimiento de recato”; constituyendo ambos el criterio definidor de lo que se conoce como “intrusiones forzosas”, siendo aquellas las intervenciones o injerencias sobre el cuerpo que constituyan violación de esta sensación o sentimiento. Por ejemplo, un registro corporal que consiste en examinar, siempre con mandato judicial, las partes íntimas de un sujeto al tenerse la sospecha fundada de la tenencia de sustancias prohibidas por parte de aquel<sup>8</sup>.

El presupuesto base que se extrae del respeto a este derecho, en relación a la figura del investigado, es que la confesión no puede arrancarse por la fuerza así como que el investigador o instructor se enfrenta a la imposibilidad de acceder al cuerpo de aquel para obtener fuentes de prueba.

Tras una crisis a mediados del siglo XX respecto de esta disyuntiva, se puede afirmar que el cuerpo ha acabado por convertirse en objeto de indagación mediante el uso, incluso, de ciertos instrumentos técnicos tales como los rayos X<sup>9</sup>. Entonces, corresponde preguntarse si lesionan esos instrumentos la indemnidad del cuerpo o no.

Sobre lo dicho hasta aquí, se han pronunciado en numerosas ocasiones tanto nuestro Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos

---

7 LÓPEZ GUERRA, L. y otros. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, op. cit., pp. 197 y ss.

8 STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.

9 FERNÁNDEZ ACEBO, M<sup>a</sup> D. *La Tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano*. Tesis Doctoral. A Coruña, 2013.

Humanos. El primero, en la STC 37/1989 concreta y desarrolla la noción de intimidad corporal extendiendo la protección jurídica del 18.1 al cuerpo humano con motivo del requerimiento de colaboración a una mujer, por parte de los Tribunales, para ser sometida a un examen ginecológico en el marco de una investigación contra una clínica abortiva ilegal<sup>10</sup>.

Aquí, el TC considera a dicha injerencia como una restricción del derecho a la intimidad, invalidando la providencia que lo autoriza por no ponderar debidamente los bienes jurídicos en juego. Sin embargo, se le escapa la protección del secreto médico de la paciente, centrándose únicamente en la intimidad corporal como realidad física.

El problema, entonces reside en determinar si todo el cuerpo humano debe ser objeto de protección o sólo aquellas partes íntimas sobre las que el mencionado sentimiento de pudor es más elevado. Es por ello que nuestro Tribunal Constitucional aplica un estándar objetivo cultural y cambiante para determinar este problema basado en la citada sensación de recato, determinando que estas zonas íntimas serán “*aquellas que habitualmente uno no expone a la vista del resto*”. De ahí, la especial protección que merecen estas.

Asimismo, sobre el derecho a la intimidad corporal el citado Tribunal ha dictado sentencias merecedoras de un análisis más exhaustivo como la STC 57/1994, en la que se examina la influencia entre intimidad y humillación al preso en un ámbito penitenciario; la STC 207/1996, en la que se determina la noción de intimidad informativa desde la perspectiva de la proporcionalidad en la injerencia y la STC 199/2013, en la que se establecen los estándares de los derechos afectados: la intimidad y la garantía de la defensa.

Por último, creo necesario traer a colación dos sentencias de la jurisprudencia del TEDH relacionadas con la intimidad corporal, pues los estándares y criterios aplicados por este órgano no difieren demasiado de los adoptados por el Constitucional. Así, en la STEDH *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006, el Tribunal considera lesionado tal derecho en su vertiente corporal al ser obligado el investigado a ingerir una droga sintética para vomitar posibles sustancias ocultas en su organismo, en presencia policial.

Finalmente, en la STEDH *Marper c. Reino Unido*, el Tribunal afirma que “*una injerencia se considerará necesaria en una sociedad democrática, cuando sirva para alcanzar un fin legítimo si responde a una «necesidad social imperiosa» y en particular, si es proporcionada al fin legítimo perse-*

---

10 Véase también STEDH Y.F. c. Turquía, del 22 de julio de 2003.

*guido y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen «pertinentes y suficientes»”.*

## 2. La investigación basada en el perfil genético del sospechoso

Para comenzar, debe señalarse que el perfil genético caracteriza a cualquier persona de igual o mejor forma que sus propias huellas dactilares. Como se desprende de recientes estudios criminológicos, las aplicaciones del análisis del ADN de cara a la identificación genética son muy numerosas (diagnósticos de parentesco, identificación de sospechosos de delitos, etc.).

Sin embargo, la identificación genética no está exenta de limitaciones legales, siendo éstas de gran importancia, por ejemplo, de cara a la prueba pericial. Así, el problema del consentimiento para la realización de análisis de identificación genética en los peritajes médico-legales tiene dos aspectos, uno desde la actuación médica dentro del ámbito de la investigación judicial y otro desde la perspectiva jurídica apreciando la posible quiebra de los derechos del encausado al realizar las referidas pruebas.

En relación al derecho que nos atañe, la intimidad, aparece otro de igual rango a pesar de no estar categorizado como fundamental por nuestro ordenamiento; la dignidad humana del artículo 10 CE. De ambos, se desprende que la información genética de cada individuo pertenece al reducto humano de intimidad, a la esfera privada de los sujetos reservada frente a injerencias extrañas.

Por todo ello, de una limitada jurisprudencia constitucional podemos extraer que los datos analíticos de una persona determinada se integran en el patrimonio de la intimidad personal y, en consecuencia, aquel comprende el perfil genético revelado por las técnicas de ADN<sup>11</sup>.

Por otra parte, la intimidad personal, en el sentido de la intimidad corporal, puede verse además afectada por una medida restrictiva que imponga una intervención corporal, debiendo tenerse en cuenta que la mayoría de estas indagaciones corporales no exigen más que una mínima afectación de nuestra integridad física, como podría ser una leve extracción sanguínea o la recogida de un único cabello<sup>12</sup>.

---

11 MARTÍNEZ DE PANCORBO, M<sup>a</sup> A y CASTRO, A. *Límites de la tecnología basada en el ADN*. Instituto Vasco de Criminología San Sebastián. Eguzkilore 12, San Sebastián (1998).

12 LÓPEZ ORTEGA, J.J. *La protección de la intimidad en la investigación penal*.

Pero si además tenemos en cuenta que el fin de las pruebas de identificación genética es la determinación de la autoría de delitos generadores de elevada alarma social y protagonizados por delincuentes con una tasa alta de peligrosidad, éstas pueden convertirse en imprescindibles para el objetivo último de todo proceso penal; el principio de verdad material. Es por ello que algunos autores sostienen que se deberá ponderar entre el derecho a la intimidad personal y los incardinados en la búsqueda de dicha verdad, debiéndose valorar el interés prevalente en cada caso<sup>13</sup>.

De la jurisprudencia constitucional que existe sobre la materia, creo conveniente rescatar las STC 25/2005 y 206/2007; pues en ambas, con motivo de un accidente de tráfico, la policía “secuestra” una muestra de sangre del implicado para su posterior análisis con el objeto de buscar sustancias estupefacientes motivadoras de dicho accidente. Es entonces cuando entra en juego el componente “informativo” de la intimidad, lo que motivará una posible valoración de la proporcionalidad de la obtención de dicha muestra sanguínea<sup>14</sup>.

### 3. Inviolabilidad de domicilio: 18.2 CE

La siguiente vertiente del derecho a la intimidad, hace referencia a la intimidad domiciliaria y cuya base legal se encuentra en el apartado segundo del artículo 18. En dicho precepto, queda explícitamente constatado que el domicilio es inviolable y, por ello, ninguna entrada o registro podrá practicarse en él sin consentimiento expreso y voluntario del titular o por estar autorizado mediante resolución judicial motivada en forma de auto, en el que se justifiquen los indicios o sospechas respecto de la comisión de un delito grave<sup>15</sup>. La única excepción a tal mandato lo constituye el caso de flagrancia, siempre que se cumplan los presupuestos habilitantes de inmediatez temporal, personal y necesidad urgente de intervención, definidos por nuestro Tribunal Constitucional<sup>16</sup>.

---

*Necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez.* Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, N.º. 22, (1996).

13 GARCÍA ROCA, J. y otros. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2014).

14 LÓPEZ ORTEGA, J.J. *Intimidad y autodeterminación informativa*. Materiales complementarios de la asignatura Estudios Avanzados en Materia Probatoria del Máster en Justicia Criminal, modalidad semipresencial.

15 LÓPEZ GUERRA, L. y otros. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, op. cit., pp. 202 y ss.

16 SSTC 341/1993, 22/2003 y 94/1996.

Así, el fundamento de tal inviolabilidad es la protección de la vida privada, siendo, consecuentemente, las personas físicas los titulares del citado derecho. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar<sup>17</sup> que *las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, sean extensibles a ellas*.

En otro orden de cosas, cabe destacar que la inviolabilidad de domicilio, como garantía frente a potenciales supuestos de entrada ilegítima en el mismo por parte de los poderes públicos, puede ser suspendida en caso de declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos por la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de julio.

Una vez introducida la presente vertiente del derecho a la intimidad, se hace necesario definir el concepto constitucional de domicilio, siendo éste, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, “*el lugar en el que se ejerce el derecho a la vida privada personal y familiar, así como el libre desarrollo de la personalidad*”; pudiendo asimilarse a tal consideración lugares como habitaciones de hotel<sup>18</sup>, caravanas<sup>19</sup>, y establecimientos abiertos al público cuando se encuentren fuera de las horas de apertura<sup>20</sup>.

Por otro lado, las garantías frente a la ejecución del auto de entrada y registro se contemplan en los artículos 569 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo las principales: dar al interesado la oportunidad de estar presente mientras se realiza tal inspección, realizarse por el propio Juez de Instrucción o funcionarios policiales, concurriendo el Secretario Judicial para que extienda acta de la diligencia y notificar con una determinada antelación dependiendo del supuesto concreto.

En lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, dicho Tribunal ha seguido la línea marcada por el artículo 8 del CEDH, mediante el que no se garantiza el derecho a tener un domicilio. Sin embargo, el Tribunal extiende tal calificación a todo lugar en el que una persona organiza su vida privada y/o familiar. Por consiguiente, se considerará domicilio a una casa no habitada en los últimos años<sup>21</sup>, o incluso una caravana habitada regularmente por una familia gitana que no dispone de las pertinentes autorizaciones administrativas.<sup>22</sup>

---

17 STC 137/85 caso *Derivados de hojalata, S.A.*

18 STC 10/2002.

19 STEDH caso *Coster c. Reino Unido* de 18 de enero de 2001.

20 STEDH caso *Chappell c. Reino Unido* de 30 de marzo de 1989.

21 STEDH caso *Gillow c. Reino Unido* de 24 de noviembre de 1986.

22 STEDH caso *Buckley c. Reino Unido* de 25 de setiembre de 1996.

Además, dicho órgano, tal como hace nuestro Tribunal Constitucional, extiende tal consideración a los locales de negocio y despachos profesionales, tanto a sus sedes sociales como sus sucursales y locales comerciales<sup>23</sup>. En otro orden de cosas, aunque del CEDH no se derive la exigencia de una resolución judicial para efectuar un registro domiciliario, el Tribunal sí la ha considerado preceptiva, añadiendo que debe ser, también, precisa y determinada, con ocasión de la STEDH *Van Rossem c. Bélgica* en 2004.

#### 4. Secreto de las comunicaciones: 18.3 CE

El derecho al secreto de las comunicaciones se recoge en el artículo 18.3 de la Constitución Española, disponiéndose que éste quedará garantizado especialmente respecto de comunicaciones postales, telegráficas y telemáticas, comprendiendo tanto estas técnicas tradicionales como las de desarrollo más reciente y avanzado, (internet, video-llamadas...etc.); salvo que se disponga lo contrario para un caso concreto mediante resolución judicial motivada que deberá adoptar la forma de auto. Además, esta resolución deberá contener una justificación de la pertinencia de tal injerencia, una concreción del objeto al que se refiere y una determinación temporal con base en la duración limitada de la misma<sup>24</sup>.

Así, este derecho se constituye como una garantía más de la vida privada, ya que preserva al individuo de un ámbito de actuación libre de injerencias de terceros y, especialmente, de los poderes públicos.

A su vez, este derecho se configura como una garantía formal, ya que protege la privacidad de la comunicación independientemente de su contenido, como refleja la STC 114/84<sup>25</sup>. Por ello, toda captación de información constituye una vulneración del secreto de las comunicaciones, quedando protegida la opacidad de la propia comunicación, no su contenido, como se ha dicho previamente. Además, es preciso reseñar que nuestro Tribunal Constitucional declara la no afcción de este derecho a partícipes en la comunicación que esté teniendo lugar, pues sólo afecta a *extraneus* ajenos a ella.

Como ya se ha mencionado, existe la posibilidad de levantar esta garan-

---

23 STEDH casos *Niemietz c. Alemania* de 16 de diciembre de 1992, *Société Colas Est y otros c. Francia*, 2002, *Funke c. Francia* de 25 de febrero de 1993.

24 LÓPEZ GUERRA, L. y otros. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, op. cit., pp. 207 y ss.

25 STC 114/1984, caso *Poveda Navarro c. el "Diario Información"*.

tía constitucional mediante resolución del Juez Instructor para permitir una adecuada investigación de determinados delitos graves, siempre que ello se haga bajo un seguimiento y control judicial que garantice la aplicación de los demás derechos en juego; pues, como se verá posteriormente, incluso el propio TEDH sostiene la imperiosa necesidad de restringir su regulación para garantizar dichos derechos<sup>26</sup>.

Una especialidad respecto de la protección de este derecho reside en que se puede obtener tanto en vía civil como penal, pues la LO 1/1982 de 5 de mayo, reguladora de la protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen, lo permite. Además, nuestro Código Penal recoge varios tipos delictivos relativos a la vulneración de tal secreto.

Por otro lado, a la hora de acordar la interceptación de comunicaciones entre sujetos, existen numerosos criterios que deben tenerse en cuenta para que se cumplan los presupuestos habilitantes de tal medida. El principal consiste en que los indicios en que se funda la sospecha de la comisión de un delito por parte del investigado no pueden basarse en meras suposiciones, debiendo justificarse, además, la idoneidad de la medida y la necesidad de la misma, así como los medios de comunicación que se pretenden intervenir.

En cuanto al tratamiento de este derecho constitucional desde la perspectiva del TEDH, debemos hacer referencia al artículo 579 de nuestra LECrim. pues es muy discutido si dicho artículo cumple las exigencias de la jurisprudencia de dicho Tribunal, por tratarse de un precepto que otorga cobertura legal a una medida manifiestamente limitativa de derechos fundamentales. Por ello, esta cuestión fue analizada con amplitud en la STEDH *Valenzuela Contreras c. España* (1998).

No obstante, cabe recordar que con motivo de la reciente reforma de la citada Ley se han producido auténticas abominaciones jurídicas en lo que a este precepto se refiere, pues tal y como queda recogido en el apartado tercero de dicho artículo “*en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad*”.

Independientemente de que ello se supedite a una posible revocación por parte del Juez en un plazo máximo de setenta y dos horas, en mi opinión,

---

26 STEDH caso *Kruslin y Huvig c. Francia*, 24 de abril de 1990.

tal disposición es un claro ejemplo de una injerencia desproporcionada en lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que funciones que deberían corresponder a la autoridad judicial, sobradamente preparada para evaluar las condiciones de esta actuación, se dejan en manos de organismos no jurisdiccionales despreocupados absolutamente por las garantías del investigado.

#### 5. Protección frente al uso de la informática: 18.4 CE

El último apartado del artículo 18 de nuestra Constitución hace referencia a la limitación dispensada por ley sobre el uso de la informática para garantizar *el honor y la intimidad de todo ciudadano, así como el pleno ejercicio de sus derechos*. Dicho mandato al legislador se sostiene sobre la base que representa el peligro de acumular datos informáticos para la libertad y vida privada de dichos ciudadanos, como se pone de manifiesto en diversos acuerdos internacionales y en especial en la LO 15/1999 de 13 de diciembre, relativa a la Protección de Datos de Carácter Personal, que regula el almacenamiento de datos automatizados o informatizados por particulares o instituciones públicas. A su vez, dicha Ley establece una serie de requisitos y garantías que los ficheros de almacenamiento deben cumplir para salvaguardar las garantías de los afectados, pues sólo podrán usarse para la finalidad que expresamente los justifica y estarán sometidos a las obligaciones de reserva, veracidad, actualización y rectificación de los datos que contengan.

Por otro lado, los afectados podrán tener conocimiento del destino de lo que en dichos ficheros se guarda, ya que se prohíbe taxativamente la creación de éstos con la finalidad exclusiva de almacenar datos personales relativos a la ideología, creencias, origen social y religión de las personas. Además, la cesión de datos sin el consentimiento del afectado por su contenido no podrá llevarse a cabo, salvo en las excepciones que la Ley expresamente prevea. Queda claro, por tanto, el mandato expreso dirigido al legislador de proteger el honor e intimidad de los ciudadanos frente al uso de la informática por constituir ello un ámbito de riesgo.

Cabe destacar, que tras lo dispuesto en el Convenio Europeo de 28 de enero de 1981, para la protección de datos de carácter personal se ha llevado a cabo la creación de una autoridad responsable de la vigilancia, supervisión y control de estos ficheros; la Agencia de Protección de Datos; independiente de la Administración Pública.

Al respecto del uso de la informática, nuestro Tribunal Constitucional ha perfilado la configuración de la protección frente a dicho uso como si de un nuevo derecho fundamental se tratase<sup>27</sup>; en este caso, el *derecho a la libertad informática*, que será autónomo de los mencionados en el artículo 18.1 CE, a pesar de que dicho tribunal lo relaciona con la vida privada y familiar de los ciudadanos, “*en especial a su esfera de bienes de la personalidad pertenecientes al ámbito de la vida privada, unidos inextricablemente al respeto de la dignidad personal...*”.

Además, el Alto Tribunal señala la vinculación directa de este derecho para los poderes públicos sin necesidad de desarrollo normativo en la STC 254/1993. Asimismo, con ocasión de su STC 94/1988 el Tribunal afirma que nos encontramos ante un derecho fundamental por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos personales y su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos que pudiera resultar lesivo para su dignidad y derechos. Por lo que queda claro que el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquél que justificó su obtención<sup>28</sup>.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera a raíz de su sentencia *caso Amann c. Suiza, de 16 de febrero de 2000*, que la simple recopilación y conservación de “*cualquier dato relativo a una persona física identificada constituye una injerencia en el respeto a su vida privada, con independencia de que éste haya sido utilizado, o no, en su perjuicio*”.

Además, en la STEDH *caso Gaskin c. reino Unido, de 7 de julio de 1989*, el Tribunal puso de manifiesto que debe tenerse en cuenta la confidencialidad de expedientes que contengan información objetiva y digna de confianza, como causa de rechazo para facilitar información al ciudadano que la solicite, ya que la intimidad de terceras personas puede verse afectada por ello. Además, se reitera en la jurisprudencia del Tribunal el problema de intereses en conflicto cuando el Estado dispone de registros justificadamente secretos en los que se contienen datos privados de los ciudadanos, pues se impone que la injerencia sobre el respeto a la vida privada tenga un fundamento legal suficiente y un objetivo legítimo<sup>29</sup>.

27 STC 292/2000, caso Ley de Protección de Datos de Carácter Personal.

28 Véase también SSTC 11/98, de 13 de enero, STC 202/1999, de 8 de noviembre, 44 y 45/1999, de 22 de marzo, sobre inclusión de datos sin conocimiento del afectado.

29 STEDH caso Rotaru c. Rumanía, de 4 de mayo del 2000.

## Conclusiones

Con este breve análisis sobre el derecho a la intimidad, se ha intentado analizar el fundamento constitucional del artículo 18 de nuestra Constitución en consonancia con la extensa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que existe sobre la materia.

Asimismo, se ha querido poner de manifiesto el contenido múltiple de dicho artículo, por contener la protección de varios derechos basados todos en la protección de la intimidad, pero cada uno con un desarrollo, matices e interpretaciones propias, tan alejadas a veces de la perspectiva del Tribunal Europeo.

Por ello, se ha hecho referencia al hecho de que dicho artículo eleva a rango de derechos fundamentales lo que siempre ha ostentado la categoría de derechos privados de la personalidad, por lo que su colisión con otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, normalmente acaba resolviéndose en favor de los mismos, salvo en casos muy concretos, como los mencionados.

## Bibliografía

- AGUDO ZAMORA, M. *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos, 4ª ed. Madrid (2013).
- ALBERTI ROVIRA, E. y otros. *Leyes políticas del Estado*. Civitas, 33ª edición, (2015).
- ÁLVAREZ CONDE, E y TUR AUSINA, R. *Derecho Constitucional (Ebook)*. Tecnos, 3ª ed. Madrid (2014).
- CASADEVALL, J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, Valencia (2012).
- GARCÍA ROCA, J. y otros. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2014).
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros. *Derecho Constitucional. Volumen 1. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, 8ª ed. Valencia (2010).
- LÓPEZ ORTEGA, J.J. *La protección de la intimidad en la investigación penal. Necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez*. Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, N.º. 22, (1996).

- LÓPEZ ORTEGA, J.J. *Intimidad y autodeterminación informativa*. Materiales complementarios de la asignatura Estudios Avanzados en Materia Probatoria del Máster en Justicia Criminal, modalidad semipresencial.
- MARTÍNEZ DE PANCORBO, M<sup>a</sup> A y CASTRO, A. *Límites de la tecnología basada en el ADN*. Instituto Vasco de Criminología San Sebastián. Eguzkilore 12, San Sebastián (1998).



LA INTIMIDAD COMO PARTE DE LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO  
EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
Y LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Juan Diego Salon Piedra  
San José, Costa Rica

“La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo”

*Milan Kundera*

*Introducción*

Tanto el Reino de España<sup>1</sup> como la República de Costa Rica<sup>2</sup>, como Estados Democráticos de Derecho, han garantizado mediante su carta magna una serie de garantías fundamentales a las personas, que su territorio habitan o transitan, para su correcto desenvolvimiento en sociedad y realización íntegra en su calidad de seres humanos.

Y es que una persona es aquel individuo de la especie humana, tanto en las relaciones con la sociedad que lo rodean como con su propio ser, que es sujeto de Derecho y por tanto de protección; e incluso se podría agregar que más que sujeto de Derecho, es el origen, razón y fin último de este.

Sobre este tema de la persona como sujeto de Derecho, SERRANO ALONSO refiere que “el ser humano es el centro y razón de ser del Derecho, ya que este trata de regular las diversas situaciones en que la persona puede encontrarse en su vida en sociedad”<sup>3</sup>.

Importante es subrayar, dado que se comparte esta posición, el carácter regulador del Derecho como punto medio para evitar arbitrariedad en contra de los ciudadanos o abusos por parte de estos en el goce de sus derechos, punto que se analizará posteriormente<sup>4</sup>.

---

1 “Art. 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Constitución Política del Reino de España.

2 “Art. 1. Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural”. Constitución Política de la República de Costa Rica.

3 SERRANO ALONSO, E. mencionado por GARCÍA FERNÁNDEZ. *Derecho de la persona*. Editorial La Ley. Madrid, 1992, p. 5.

4 Respecto del principio *pro homine* la autora Pinto refiere que: “es un criterio

Es importante rescatar el concepto de persona para evitar la cosificación de esta, como lamentablemente viene ocurriendo en las modernas tendencias del Derecho, en especial y de forma particularmente preocupante: el Derecho Penal

Lo anterior, puesto en dicha materia jurídica se podría despojar al ser de sus derechos, incluso aquellos más fundamentales como la intimidad, siempre relacionada con la dignidad que posee por su sola naturaleza de ser humano en circunstancias especiales y previstas normativamente (cosa que aunque deseable, no es cumplida a un cien por ciento a nivel mundial).

A estos efectos se deben recordar los artículos 1º, 5º y 12º de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>5</sup> (en adelante DUDH) que establecen:

- La igualdad en la que nacen todos los hombres (entendida de forma actual como hombre y mujer) tanto en dignidad como en derechos (art. 1º);
- El cómo nadie será sometido a tratos inhumanos o degradantes (esto último que proviene del verbo degradar que a su vez significa según la RAE: “1. tr. Privar a alguien de las dignidades 3. tr. Humillar, rebajar, envilecer.”<sup>6</sup>) (art. 5º);
- y que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (art 12º).

Véase la importancia primordial que posee la dignidad como cualidad y carácter imperativo (mas no absoluto como se verá y analizará posteriormente) de respeto impositivo ante los demás e inherente de todo ser humano, que

---

hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. PINTO, M. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Abregú, M/Courtis C editores. Buenos Aires, 1998. p. 163.

5 Sitio web de la Organización de Naciones Unidas, versión español. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Consulta hecha el día 5 de enero de 2016 (hora peninsular española). Arts. 1º, 5º y 12º.

6 Real Academia Española, sistema de consultas en línea. Significado de “degradar”.

incluso se le da un énfasis especial al resaltar esta dignidad por fuera de los derechos, en lugar de haber incorporado dicho concepto dentro de la denominación general de derecho.

Diversos supuestos pueden violar el derecho y ámbito de intimidad de una persona, entre los cuales se podrían mencionar (solo por dar unos ejemplos ilustrativos): intervenciones corporales, ingresar al domicilio por la fuerza o descuido de una persona sin su consentimiento, instalar cámaras, micrófonos o utilizar cualquier medio tecnológico para obtener información personal de una manera secreta a espaldas de la persona cuya data se recaba.

Por otro lado, las intervenciones telefónicas, de correos personales o de redes de Internet tanto a nivel personal como laboral (sin mediar orden judicial -una de las excepciones a analizar posteriormente-), el hurgar e incluso hurtar datos médicos de expedientes clínicos (ya sea solo por propia consulta indebida o transmisión a terceros con fines no autorizados remunerados o no, etc.) cuando no se está en posición donde se requiera válidamente (ejemplo el doctor que consulta los datos para la prescripción de un medicamento a pedido de su paciente.), entre muchos otros y siempre en el supuesto de falta de orden judicial debida y razonadamente emitida por funcionario competente en el correcto cauce de un proceso específico.

Por todo esto, en el presente artículo -de forma breve- se tratará el concepto de la intimidad, su protección en instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos como la CEDH y la CADH, su regulación en las constituciones políticas de España y Costa Rica y finalmente se darán un par de ejemplos de actualidad respecto de este tema.

### *Intimidad, conceptualización*

Es menester brindar una serie de definiciones sobre el concepto de la intimidad que serán valiosas no solo para la comprensión del término como tal, sino por la contextualización que debe dársele para su correcto tratamiento; puesto que de no ser así se podría malinterpretar que es un derecho absoluto, cuando por la experiencia, la sana crítica y ante todo la ley, se sabe que no es así. Por lo que se procede a dar la definición de distinguidos juristas sobre el mismo.

Según GARCÍA SAN MIGUEL, la intimidad es “(...) el derecho a que

ciertos aspectos de nosotros mismos no sean conocidos por los demás, es una especie de *‘derecho al secreto’*, a que los demás no sepan lo que somos, lo que sentimos y lo que hacemos”<sup>7</sup>. (cursiva y subrayado no son del original).

Esta noción del derecho al secreto se convierte en un tema sumamente actual en tiempos donde, por dar un ejemplo, por razones de seguridad, se instalan cámaras en gran cantidad de vías o áreas comunes de sitios de esparcimiento, laborales, vías públicas... e incluso con intervenciones telefónicas o seguimientos a las personas en ciertas partes del mundo (como Francia a raíz de los ataques yihadistas de París del 13 de noviembre del año 2015) con la “motivación de una prevención terrorista” por la sola posibilidad de que esto hecho volviera a ocurrir.

Por otro lado, según GARCÍA FERNÁNDEZ, “el derecho a la privacidad o a la intimidad se entiende que es la facultad que tiene un individuo de *disponer de un terreno o espacio de su libertad individual*, el cual no debe ser invadido por otras personas, *sin su consentimiento*”<sup>8</sup>. (cursiva no es del original).

Esta definición aporta dos elementos que deben ser considerados por parte del juez precisamente a la hora de sopesar cuando da una orden de registro corporal o registro en el domicilio, solo por dar dos ejemplos, toda vez que efectivamente tratándose de privacidad<sup>9</sup> debe recordarse que ese espacio vital corresponde a aquel en el que se desarrolla la esencia del ser (primer elemento), por la que este solo puede ceder ante la propia voluntad del agente (segundo elemento), a no ser que confluayan las razones de excepción que se explicarán de forma posterior en la sección D) y que precisamente deben confrontarse ante estos elementos.

---

7 SAN MIGUEL, L., mencionado por GARCÍA FERNÁNDEZ. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Ed. Tecnos, Universidad Alcalá de Henares. Madrid, 1992, p. 17.

8 GARCÍA FERNÁNDEZ, D. “El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad”. En *Revista Jurídica Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, volumen 19, nº 2, 2010, p. 276.

9 Véase el significado de privacidad: «el término privacidad procede de la traducción inglesa Privacy, creada como un Derecho de las personas a no verse sometido a la presión de los medios de comunicación social. Su ámbito es más amplio que el derecho a la intimidad, ya que procura prevenir la constante divulgación de hechos privados de una persona que, sin ser difamatorios ni perjudiciales, esta desearía que no fueran divulgados» según el *Diccionario Jurídico El Derecho*. Grupo editorial El Derecho y Quantor, S.L. 2ª ed. Madrid, abril 2009, p. 1073.

Siempre en la línea de los autores anteriores, ALBALADEJO, mencionado por XAVIER O'CALLAGHAN, da una definición sumamente precisa sobre este tema: “la intimidad es el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman parte de su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”<sup>10</sup>.

Finalmente, a manera de conclusión preliminar, se comparte la posición del autor LÓPEZ ORTEGA, en la medida de que afirma que “en el momento actual, el derecho a la intimidad significa, sobre todo, *poder de control* de las informaciones que son relevantes para cualquier sujeto y se configura bajo la forma de un *poder jurídico* que se reconoce a la persona *sobre un ámbito de conocimiento limitado*. En su virtud, se garantiza la facultad de excluir las intromisiones de los demás en esta esfera de conocimiento reservado, *cuyo alcance se delimita por la propia voluntad del interesado*”<sup>11</sup>. (cursiva no es del original).

Dicha definición resume de forma completa las principales y primordiales ideas que se deben manejar sobre el concepto de intimidad, como lo es ese poder jurídico de control de las informaciones (independientemente de su origen ya sea médico, de su hogar, de su trabajo, de sitios privados donde se encuentre... del medio ya sea telemático, físico... en fin de cualquier lugar físico en el que se encuentre o medio por el que se emane o propague) por parte del administrado de su propio ámbito y frente tanto al Estado como al resto de los particulares y cuya voluntad es el límite final que únicamente cederá ante casos excepcionalísimos a detallar de forma posterior.

### *Regulación constitucional en España y Costa Rica*

En el Reino de España, la intimidad encuentra resguardo en su ordenamiento jurídico en el máximo escalafón de derecho interno, el constitucional, en el artículo 18.1, que establece los siguiente: “Se garantiza el derecho al honor,

<sup>10</sup> ALBALADEJO (*Derecho civil*), mencionado por O'CALLAGHAN, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1991, p. 85.

<sup>11</sup> LÓPEZ ORTEGA, J. J. *La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez. Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar*. Director Juan José López Ortega, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 276.

a la *intimidación personal* y familiar y a la propia imagen”<sup>12</sup>. (cursiva no es del original)<sup>13</sup>.

El Tribunal Constitucional español a raíz de un recurso de amparo planteado por un condenado en un centro penitenciario que alegó la afectación a su intimidad relacionado con una afrenta a su dignidad como persona aun siendo un recluso, lo declaró con lugar y estableció una corriente jurídica que recogía las tendencias de protección previas de dicho derecho y que sentó línea jurisprudencial en adelante, instaurando lo siguiente:

Stc. 57/1994 “...ello, sin perjuicio de que la regla del art. 10.1 C.E., proyectada sobre los derechos individuales, implica que *la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre*, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima, en cuanto ser humano, merece la persona...”<sup>14</sup>. (cursiva no es del original).

Caso interesante y bastante llamativo puesto que, en muchas ocasiones –más de las que le gustaría a una sociedad “civilizada” aceptar–, a raíz de oleadas mediáticas de persecución y etiquetamiento de esos “criminales enemigos de la sociedad” producto de un populismo punitivo acentuado, se considera a esos seres como sub-personas cuyos derechos (en este caso, la intimidad) deben ser suprimidos; cosa que dichosamente el Constitucional no aceptó y resaltó que es indiferente la condición del ser, pues nunca dejará de ser tal.

En la República de Costa Rica, la intimidad encuentra su protección máxima en el artículo 24 de la Constitución Política, pues prescribe: “*se garantiza*

---

12 Cortes Generales. *Constitución del Reino de España*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 311 del 29/12/1978 y cuya entrada en vigor fue el 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. Art. 18.1.

13 Se debe también recordar el artículo 10.1 de la Constitución Española donde se establece que: “*La dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás *son fundamento del orden político y de la paz social*”. Lo que también da protección constitucional a la dignidad humana como base inclusive para lograr el orden y paz que deben imperar en todo el reino.

14 Sentencia 57/1994 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español de 28 de febrero de 1994. Parte II. Fundamentos Jurídicos, 3A.

*el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones...*<sup>15</sup>. (cursiva no es del original).

Casualmente, en dicho país centroamericano se plantea una consulta judicial<sup>16</sup> en 1994, al igual que la sentencia del caso español, a la Sala Constitucional por parte del Alcalde Primero de Faltas y Contravenciones de San José (órgano que en la actualidad no existe, dadas las reestructuraciones que se han dado en el Poder Judicial desde entonces a nivel orgánico-funcional) respecto de la potestad de agentes del Ministerio de Economía, Industria y Comercio de poder revisar las cuentas de comerciantes, ya que solo se le estaba permitido por ley a los agentes del Ministerio de Hacienda y la Contraloría General de la República, a lo que la Sala contestó (en lo que importa):

“Como lo reconoce la doctrina del Derecho Constitucional existe una gran dificultad en clarificar los derechos que integran la vida privada. Ello es así porque puede examinarse desde un punto de vista intimista o, por el contrario, introducir en ella todas las libertades fundamentales, corriéndose, en consecuencia, el riesgo de que este derecho pierda especificidad.

*El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo* que se manifiesta de múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como *la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse*.

*La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona*<sup>17</sup> (cursiva no es del original).

---

15 Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Fecha de entrada en vigencia: ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, semestre segundo, tomo segundo, página 724. San José, Costa Rica. Art. 24.

16 La consulta judicial es aquella que se establece en el artículo 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional: “Art. 102. Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”. Se ve claramente donde los jueces lo que piden es criterio sobre la norma, mas nunca bajo ninguna circunstancia la Sala Constitucional entra a conocer sobre el fondo de ningún asunto. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley: 7135 del once de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, vigente desde el diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve. Número de Gaceta: 198 del diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve. Alcance: 34.

17 Sentencia 06776-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de la República de Costa Rica. San José, a las catorce horas cincuenta y

*El derecho a la intimidad tiene un contenido positivo que se manifiesta de múltiples formas, como por ejemplo: el derecho a la imagen, al domicilio y a la correspondencia. Para la Sala el derecho a la vida privada se puede definir como la esfera en la cual nadie puede inmiscuirse.*

*La libertad de la vida privada es el reconocimiento de una zona de actividad que es propia de cada uno y el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas o de los poderes públicos en la vida privada de la persona”<sup>18</sup> (cursiva no es del original).*

Este Tribunal aclara perfectamente que, si bien el Estado –sus poderes públicos- es garante de nuestra seguridad (al mejor estilo conceptual Hobbesiano<sup>19</sup>), no cualquier motivo puede dar pie a una intervención en esa zona de actividades propias de cada ser como parte de la vida de la persona para su correcto y sano desenvolvimiento integral.

Por otro lado, se da una manifestación del ya consolidado principio de legalidad, en el entendido de que las autoridades públicas no pueden realizar aquello que no les está expresamente permitido, por lo que, en el caso concreto analizado, la autoridad recurrida, al no estar habilitada por el legislador, no tenía la potestad de ejecutar la acción pretendida al escaparse del ámbito de sus competencias normativas; esto a favor de la intimidad del recurrente en sus finanzas.

---

siete minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. Expediente 0057-E-93. Considerando II, párrafo 9. Si se desea ver más fallos más recientes en esta línea jurisprudencial para observar que se mantiene incólume, se recomienda la sentencia 15953-2014 de las once horas y treinta y cinco minutos del veintiséis de setiembre de dos mil catorce del mismo Tribunal de Justicia, en su considerando IV párrafo único.

18 Sentencia 06776-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de la República de Costa Rica. San José, a las catorce horas cincuenta y siete minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. Expediente 0057-E-93. Considerando II, párrafo 9. Si se desea ver más fallos más recientes en esta línea jurisprudencial para observar que se mantiene incólume, se recomienda la sentencia 15953-2014 de las once horas y treinta y cinco minutos del veintiséis de setiembre de dos mil catorce del mismo Tribunal de Justicia, en su considerando IV párrafo único.

19 Para entender mejor la concepción de Hobbes sobre la función primordial del Estado, se recomienda leer su obra el: “Leviatán”.

*Regulación convencional: Convenio Europeo de Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos*

Una vez explorado el campo constitucional en ambos países, se procede a enumerar lo establecido en dos de los principales instrumentos internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos a nivel mundial: la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), tutelados respectivamente por el TEDH y la CorteIDH:

“Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia...*”<sup>20</sup> (cursiva no es del original).

Como bien había sido introducido previamente, el derecho a la intimidad no es absoluto, dado que puede ceder ante intereses superiores como el propio CEDH establece en el numeral 8.2:

“8.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho *sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”<sup>21</sup>. (Cursiva no es del original).

El Tribunal Constitucional español ha entendido lo anterior y lo ha recogido diversos votos e introducido en conjunto en este en particular sobre casos que han sido sometidos a su conocimiento y establece precisamente los requisitos necesarios al indicar:

“...se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que *las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido*

---

20 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o Convención Europea de Derechos Humanos, Consejo de Europa. Roma, 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigencia 1953. Consulta en línea el 6 de enero de 2016, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), art. 8.1.

21 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o Convención Europea de Derechos Humanos, Consejo de Europa. Roma, 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigencia 1953, *op. cit.*, art. 8.2.

(SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º y 13/1985, fundamento jurídico 2º), *ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone* (STC 37/1989, fundamento jurídico 7º) y, *en todo caso, ha de respetar su contenido esencial* (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10º; 196/1987, fundamentos jurídicos 4º a 6º; 120/1990, fundamento jurídico 8º y 137/1990, fundamento jurídico 6º)<sup>22</sup> (cursiva no es del original).

Por otro lado, la CADH (si bien establece el respeto a la intimidad) no es explícita como el CEDH respecto de las limitaciones de dicho derecho, debe verse el artículo 11º:

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.* 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”<sup>23</sup>. (cursiva no es del original).

A pesar de lo anterior, vía jurisprudencial sí se ha rescatado el carácter de no absoluto de este derecho. Así, en el caso *Atala vs Chile* del 2012 se establece:

“El Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que el derecho a la vida privada *no es un derecho absoluto* y, por lo tanto, *puede ser restringido* por los Estados *siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias*. Por ello, las mismas *deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática*”<sup>24</sup> (cursiva no es del original).

A raíz de lo anterior, se puede observar como claramente existe un diálogo y

---

22 Sentencia 57/1994 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español. *op. cit.*, Parte II. Fundamentos Jurídicos, 6, párrafo tercero.

23 Convención Americana o Pacto de San José, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Art. 11.

24 Caso *Atala Rifo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Consideraciones de la Corte, párrafo 164. Mismo que hace referencia de igual forma al Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56 y Caso *Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio 2009. Serie C No. 200, párr. 116.

una coherencia lógica entre ambos sistemas de protección de derechos humanos, tanto el tutelado por el TEDH como por la CorteIDH, además de los sistemas constitucionales de España y Costa Rica, al establecer los requisitos para realizar la injerencia en el derecho a la intimidad: existencia de dichas injerencias en la ley, que sean estrictamente necesarias para alcanzar el fin propuesto (finalidad que debe ser legítima) y que no sean abusivas o arbitrarias, puesto que se vaciaría de contenido este derecho.

### *Ejemplos prácticos de protección de la intimidad*

Dada la gran cantidad de aspectos y casos en los que puede ser afectada la intimidad y toda vez que no es el objetivo de este artículo breve el abarcar todos y cada uno de ellos, se va a proceder a dar un ejemplo de protección en Costa Rica y, finalmente, un caso de gran actualidad a raíz de las medidas contra el terrorismo adoptadas en Hungría y que han sido condenadas de forma reciente por el TEDH.

En Costa Rica se dio el caso de una mujer en labores de parto en el principal hospital de maternidad de la capital y en el que mientras daba a luz, en el espacio físico destinado para tal fin, se encontraban estudiantes de medicina, misceláneos y personal de cocina (estos últimos dos transitando), que no tenían relación directa con el procedimiento médico que estaba tomando lugar.

La paciente sostuvo que se sintió ultrajada tanto emocional como psicológicamente porque debió soportar su presencia e incluso que le pareció que un conserje se le quedó viendo como con “morbo” por un espacio de unos veinte minutos aproximadamente. En síntesis, menciona que se sintió ofendida por la situación que vivió, pues, a su juicio, no se respeta la privacidad ni la intimidad de las mujeres, por lo que presentó un Recurso de Amparo contra esta acción.

A lo que la Sala Constitucional estipuló:

“...entre los derechos habitualmente violados en la atención obstétrica, está el *derecho a la integridad personal*, que como se indica en el Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es el derecho que poseen todas las personas a que su integridad física, psíquica y moral sea respetada.

El respeto a este derecho se refiere a que nadie debe ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional; *igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al*

*reconocimiento de la dignidad*; por su parte, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer ... lo que se ha interpretado como la violación institucional de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, en la consulta ginecológica y en otras circunstancias, sin ofrecer a la mujer la posibilidad de decidir sobre su cuerpo. (Belli)<sup>25</sup> (cursiva no es del original).

Se ve como la Sala Constitucional costarricense ampara de forma amplia la protección a la intimidad y considera la violencia obstétrica, que aunque corriente nueva, como detractora de la intimidad de las mujeres en un momento tan propio de la esfera personal y familiar de la mujer; por lo que exige hacer las correcciones protocolarias necesarias.

Finalmente, en el TEDH se acaba de resolver el asunto Szabó y Vissy v. Hungría<sup>26</sup>, en el que los recurrentes alegan que en su país las medidas contra terrorismo introducidas en el 2011 se muestran arbitrarias y completamente invasivas a la intimidad de las personas de forma desproporcionada.

Se establece que no hubo disputa entre ambas partes de que la interferencia se da por motivos de seguridad nacional y que tienen una base legal previa; sin embargo, bajo la sección 7/E es posible que cualquier persona pueda ser sujeta de esta interceptación en las comunicaciones sin limitaciones y filtro selectivo.

Lo anterior, puesto que la legislación no describe las categorías de las personas sujetas a dichos procedimientos y solo se requiere la autorización del Ministro de Justicia. Para dicha solicitud no se deben aportar pruebas sobre el supuesto ligamen de la persona con la asociación terrorista, no se establece el tiempo máximo de intervención y es una autoridad administrativa y no judicial la que realiza el control de la actividad.

La Corte no solo recalca lo anterior como yerros y excesos de la normativa, sino que hace un hincapié en que se prefiere en este tipo de circunstancias que sea una autoridad judicial, no una autoridad política como el Ministro de Justicia, la que realice este control porque así se ofrecerían mejores garantías

---

25 Sentencia 03354-2015 (sentencia relevante). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de la República de Costa Rica. San José, a las doce horas y cero minutos del seis de marzo del dos mil quince. Expediente 15-001331-0007-CO. Considerando II.

26 Caso Szabó y Vissy v. Hungría (aplicación nº 37138/14). Sección cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo, de 12 de enero de 2016. <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-160020>.

de independencia, imparcialidad y aseguramiento del debido proceso. Dadas estas situaciones, la Corte llega a la conclusión de que se ha producido una evidente trasgresión del artículo 8 de la CEDH.

Lo que indica de forma clara que el fin (protección y persecución de posibles atentados, por ejemplo), no justifica una extralimitación en los medios, sino que estos deben ser razonados, proporcionales con el propósito que lo originan y ante todo controlados por autoridades judiciales para velar por la legalidad y dignidad de éstas personas (que no dejan de tener dignidad aun siendo miembros de bandas de crimen organizado o terroristas. Esto es parte de la superioridad ética del Estado).

### *Conclusiones*

Derechos como al honor (frente a la injuria, difamación o denuncia calumniosa), derecho de imagen (y los distintos usos que se le podrían dar, tema en boga actualmente a raíz de las múltiples introducciones informáticas en dispositivos de almacenamiento de memoria digital de personalidades famosas y su posterior publicación no autorizada -solo por dar un ejemplo-) y la intimidad, son derechos de la esfera privada del individuo.

Éste último, el derecho a la intimidad, en definitiva puede ser catalogada como uno de los derechos más delicados y que más protección debería de conllevar luego de la vida, aunque lamentablemente en los tiempos en que nos encontramos nos vemos más que expuestos constantemente a distintas y más invasivas (en su mayoría tecnológicas) técnicas de intrusión en la privacidad.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, bien es y debe ser sabido que la intimidad no es absoluta. Siempre que confluyan razones que justifiquen las intervenciones, se producen las medidas limitadoras necesarias para conseguir el fin perseguido, debe existir proporcionalidad entre el sacrificio del derecho alterado y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, de forma primordial, independientemente del tipo de intervención que sea, ésta debe imperativamente respetar su contenido esencial.

Especial atención merece la materia penal, puesto que para la obtención de pruebas lícitas siempre ha de existir el respecto por los derechos fundamentales, y para que ello sea observado, siempre está presente el control judicial previo o posterior, dependiendo de cada caso en concreto. Como lo ha dicho el TEDH, el control debe ser realizado siempre por parte de autoridades

judiciales, a fin de velar por la independencia y despolitización en la persecución de actividades delictivas, siempre respetando el debido proceso dentro de un Estado de Derecho.

Finalmente, se debe afirmar que cualquier persona, independientemente de su sexo, color, idioma, raza, religión, etnia, afiliación política, posición económica o cualquier otra forma de distinción, por su sola condición de persona humana tiene el derecho originario (a partir de su nacimiento e incluso antes, comprendiendo desde su concepción -en mi opinión-), irrenunciable de forma absoluta e imprescriptible, de que se le respete su intimidad o privacidad como esa consecuencia lógica de la dignidad.

### *Bibliografía*

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Fecha de entrada en vigencia: ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, semestre segundo, tomo segundo, página 724. San José, Costa Rica.

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. *Ley de Jurisdicción Constitucional*. Ley 7135 del 11 de octubre de 1989. Número de Gaceta 198 del 19 de octubre del 1989, alcance 34.

Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José), Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Consulta en línea el 6 de enero de 2016, [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o Convención Europea de Derechos Humanos, Consejo de Europa. Roma, 4 de noviembre de 1950. Entrada en vigencia 1953. Consulta en línea el 6 de enero de 2016, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

Cortes Generales. *Constitución de España*. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 311 del 29/12/1978 y cuya entrada en vigor fue el 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229.

Diccionario Jurídico El Derecho. Grupo editorial El Derecho y Quantor, S.L. 2ª ed. Madrid, abril 2009.

GARCÍA FERNÁNDEZ, D. "El derecho a la intimidad y el fenómeno de la

- extimidad". En *Revista Jurídica Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, volumen 19, nº 2, 2010, pp. 269-284.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez. *Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar*. Director Juan José López Ortega, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp. 275-308.
- NICOLA, A. *Diccionario de Filosofía*. Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión. México, 1980.
- O'CALLAGHAN, X. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1991.
- Organización de las Naciones Unidas, sistema de consulta en línea en versión española. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Consulta hecha el día 5 de enero de 2016.
- PINTO, M. *El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Abregú, M/Courtis C editores. Buenos Aires, 1998.
- Real Academia Española, sistema de consultas en línea. Consultas hechas entre el 15 de diciembre de 2015 y el 15 de enero de 2016. <http://www.rae.es/>
- SAN MIGUEL, L., mencionado por GARCÍA FERNÁNDEZ. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Ed. Tecnos, Universidad Alcalá de Henares. Madrid, 1992.
- SERRANO ALONSO, E. mencionado por GARCÍA FERNÁNDEZ. *Derecho de la persona*. Editorial La Ley. Madrid, 1992.

### *Jurisprudencia*

- Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- Caso Szabó y Vissy v. Hungría (aplicación nº 37138/14). Sección cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estrasburgo, 12 de enero de 2016. <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-160020>.
- Sentencia 57/1994 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español de 28 de febrero de 1994.

Sentencia *06776-94*. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de la República de Costa Rica. San José, a las catorce horas cincuenta y siete minutos del veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. Expediente 0057-E-93.

Sentencia *15953-2014*. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de la República de Costa Rica. San José, a las once horas y treinta y cinco minutos del veintiséis de setiembre de dos mil catorce. Expediente 14-013588-0007-CO.

Sentencia *03354-2015* (sentencia relevante). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Poder Judicial de la República de Costa Rica. San José, a las doce horas y cero minutos del seis de marzo del dos mil quince. Expediente 15-001331-0007-CO.

CAPÍTULO III  
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INVESTIGACIÓN PENAL

EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INVESTIGACIÓN PENAL:  
UNA PONDERACION DE DERECHOS

Carlos Patricio Serrano  
Cuenca, Ecuador

*Introducción*

A lo largo de la historia, se han observado diferentes posiciones ideológicas respecto a las distintas ramas del derecho. El *iusnaturalismo* se enfrentó al *iuspositivismo*, el *causalismo* al *finalismo* y así diferentes pensamientos fueron posicionándose respecto a otros. Esta batalla dogmática entre distintas posiciones ideológicas es enriquecedora y tiende a la evolución; sin embargo, en muchas ocasiones, las ideologías y la toma de posiciones se han vuelto irracionales, a tal punto que sus defensores han olvidado el fin último del derecho: el *hombre*<sup>1</sup>.

El derecho está al servicio del hombre y, por lo tanto, deberá buscar su protección. La protección de la persona no solamente alcanza su vida y salud; además, para que el hombre pueda evolucionar y realizar las actividades propias de él, es menester proteger su *personalidad*. La personalidad y el libre desarrollo se dan gracias a la *intimidad*, siendo oportuno que esta se encuentre protegida mediante un nutrido *blindaje constitucional que garantice el desarrollo personal*.

En la actualidad, los Estados dotan de diferentes derechos a las personas, por lo que es común que exista una aparente confrontación entre estos; así, muchas veces la investigación penal limita la intimidad con el fin de es-

---

1 Los aportes dogmáticos a la ciencia jurídico penal han sido de vital importancia para el avance de la misma, sin embargo, es necesario admitir que, a lo largo de la historia, también han surgido teorías equivocadas que, puestas en ejecución, han perjudicado a la sociedad y al hombre en general. En tal virtud, a mi criterio, en ningún caso podrá considerarse un dogma sobre el hombre. Relativo a este tema, véase GARCÍA, A., *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la constitución de 1978*. Aranzadi. Pamplona, 1983, p. 13.

clarecer ciertos delitos e impartir justicia. Ello supone que, por una parte, la persona tiene derecho a la intimidad y, por otra, el Estado tiene la obligación de investigar, creando tal situación, una restricción limitada de determinados derechos de los investigados.

Esta cuestión se ha visto agravada aún más en la actualidad, pues nos encontramos en una “sociedad de la información” donde las herramientas tecnológicas existentes permiten el intercambio indiscriminado de datos personales de forma nunca antes vivida. Por ello, no en vano Etzioni<sup>2</sup> ha dicho que “...las nuevas tecnologías han facilitado tanto la invasión de la privacidad que es justificado que nos preguntemos qué queda de la privacidad y cómo va a salvaguardarse en esta nueva era cibernética”.

Sin lugar a duda, el Estado, al ser un ente con capacidad reguladora de la actividad de los ciudadanos, podrá mantener cierto grado de injerencia en la vida de estos. Sin embargo, dicha injerencia tiene varios límites y uno de ellos es el respeto a la intimidad de sus habitantes. Este respeto a la intimidad se ha convertido en un derecho fundamental que el Estado debe *proteger y a la vez no violentar*.

El derecho a la intimidad personal, familiar, al honor y a la propia imagen se encuentra consagrado en la constitución española en su artículo 18, en el que se consagra la inviolabilidad del domicilio, el secreto en las comunicaciones y la limitación sobre el uso de la información para garantizar el máximo respeto al derecho a la intimidad, tanto por parte de los ciudadanos en general, como por parte del Estado.

Teniendo en consideración el precepto anunciado, el Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia ha sido el responsable de moldear el criterio de intimidad y a su vez relacionarlo con la dignidad humana, poniendo límites a su intromisión.

Además de la constitución, existen varios tratados internacionales que protegen el derecho a la intimidad, de los cuales, para el presente análisis, me referiré a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que, en su artículo 8, tutela la vida privada y familiar, encontrando dentro de este precepto garantías básicas del derecho a la intimidad que, gracias al desarrollo jurisprudencial progresivo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), han contribuido a lograr una protección aún mayor de estos derechos.

---

2 ETZIONI, A. *Los límites de la privacidad*, Trad. Alexander López Lobo. B de F. Buenos Aires, 2012, p. 3.

*Sociedad de la información, intimidad e investigación penal*

La intimidad es una condición intrínseca del hombre, de manera que, históricamente, el derecho a la intimidad se ha venido presentando como tal en diversos aspectos del quehacer cotidiano de las personas, de ahí que en un principio se haya visto la necesidad de proteger, por ejemplo, el domicilio, la correspondencia, la propia imagen, etcétera.

La protección jurídica de la intimidad ha variado en el tiempo y espacio, de tal manera que su tutela más primitiva se remonta a los pueblos germánicos de la edad media; sin embargo, solo a finales del siglo XIX, se elabora una categoría unitaria para englobar estas manifestaciones, y a lo largo del siglo XX este derecho ha sido declarado internacionalmente constitucionalizado<sup>3</sup>.

No obstante, no se puede olvidar que el ordenamiento jurídico debe estar a la par de los adelantos tecnológicos del día a día y, en consecuencia, aquellas regulaciones legales que en un principio protegían la intimidad, hoy en día han quedado limitadas respecto a las potenciales injerencias que se podrían producir con las nuevas tecnologías de nuestra época.

Como es evidente, en las últimas décadas, con la aparición de internet y las plataformas virtuales, la comunicación de los ciudadanos ha cambiado, de tal forma que internet se ha convertido en una de las herramientas más usadas para la interacción entre los miembros de la sociedad. Esto ha llevado incluso a que diferentes órganos estatales se relacionen con los ciudadanos por estos medios, piénsese por un momento en todos los procedimientos ciudadanos que tenemos que hacer con el Estado mediante internet.

De igual manera ocurre con las empresas privadas, de tal forma que, hoy en día, es normal rellenar un formulario virtual colocando toda nuestra información para aplicar a un trabajo, solicitar una tarjeta de crédito o incluso una cita previa. La información confiada al receptor es almacenada y organizada no solo con el fin para el cual se entregó la misma, sino que en ocasiones se han constatado prácticas prohibidas por la ley, en las cuales se han cedido estos datos con fines económicos e incluso maliciosos.

Todo ello nos hace pensar que nos encontramos en una nueva era, ya no se trata solamente de la protección del domicilio donde se buscaba que ningún extraño entre a nuestro hogar, o de proteger nuestra correspondencia

---

<sup>3</sup> RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Universidad Complutense de Madrid, Colección de tesis doctorales 376/92, Madrid, 1992, p. 75.

postal. Las nuevas tecnologías y la sociedad de la información han hecho que la protección de la intimidad se centre en otros inminentes riesgos que se han desarrollado a raíz de ellas.

Los mecanismos tecnológicos y avances científicos que hasta la fecha se han dado también han servido para mejorar la persecución de delitos por parte del Estado, y aquello es plausible, pues sería ilógico no poder contar con alta tecnología para la persecución de ciertos delitos so pretexto de que el uso de herramientas tecnológicas *per se* violan ilegítimamente el derecho a la intimidad.

Aquello no tiene sustento alguno, ya que, mientras mejor se encuentran equipados y capacitados los cuerpos de seguridad, cumplirán mejor su labor. Piénsese, por ejemplo, en la utilización de la ubicación geográfica a la cual PÉREZ GIL se ha referido de la siguiente manera:

“Los dispositivos que permiten ubicar geográficamente objetos y a las personas que los portan, junto con la elaboración de perfiles de sus movimientos, constituyen hoy por hoy elementos indispensables en muchas investigaciones penales. Su utilidad probatoria es además incuestionable, en la medida en que pueden ser hábiles para acreditar de manera fidedigna que algo se hallaba o pasó por un lugar en un momento preciso, que siguió una determinada trayectoria, la frecuencia con la que concurría en un mismo ámbito espacial, los sujetos que coincidían en el tiempo en un mismo lugar, etc. En virtud del más que aceptable grado de precisión que la técnica posibilita, constituyen indicios muy poderosos que, debidamente ligados entre sí y con otros, vincularán a personas con hechos concretos en aras a formar la convicción judicial sobre la participación de aquellas en éstos”<sup>4</sup>.

De la misma manera, piénsese, por ejemplo, en la implementación del examen de ADN como prueba ampliamente aceptada por su grado de efectividad. Dicha herramienta en un principio fue difícilmente introducida en el sistema judicial, de ahí que se restringió su uso solamente a casos de abuso sexual; sin embargo, posteriormente, se ha observado su ampliación, llegando a constituirse en una de las pruebas más comunes en la investigación de ciertos delitos<sup>5</sup>.

---

4 PÉREZ GIL, J., “Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal” en *Protección de datos y proceso penal*, Coord. Ernesto Pedraz Penalva. La ley. Madrid, 2010, p. 308.

5 ALCOCEBA GIL, M., “Tratamiento y transcripción de datos genéticos con fines de investigación penal en la U.E”. En COLOMER HERNÁNDEZ, I. y OUBIÑA BARBOLLA, S. (dirs.), *Transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Aranzadi. Navarra, 2015, p. 609.

De este modo, hay que recordar que dicha prueba científica no solamente ha servido para responsabilizar a delincuentes respecto a los delitos cometidos por ellos, sino que además se ha logrado la absolución de un sin número de personas que se encontraban incluso esperando la pena de muerte, como efectivamente sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica<sup>6</sup>.

Con la implementación del uso del examen de ADN con fines judiciales, surgió la necesidad de dotar de ciertas garantías que buscaban el respeto de los derechos fundamentales de aquellos a quienes se practicaba dicho examen, toda vez que se ha llegado a determinar que si bien, por una parte, el examen de ADN resulta de gran ayuda a la investigación criminal, por otra, este no deja de ser, por su naturaleza, peligroso para la vigencia de ciertos derechos constitucionalmente consagrados. No obstante ello, se debe resaltar que aquel adelanto científico es un avance más en pro de una eficiente administración de justicia.

La implementación tecnológica en la investigación penal obedece a la persecución eficiente de la delincuencia actual, debido a que, con la llegada de la época postindustrial y la globalización, el cambio de la perspectiva clásica del derecho penal fue inevitable.

La aparición de nuevos bienes jurídicos con la llegada de la “sociedad de riesgo”<sup>7</sup> ha conllevado a que los diferentes órganos legislativos contemplan otra visión en la tutela penal y en este marco se ha podido identificar una evidente transformación de la delincuencia. La administración de justicia, además de lidiar con los delitos clásicos (homicidio, asesinato, lesiones), se enfrenta ahora a diferentes ilícitos cometidos por organizaciones criminales, de trascendencia internacional, que ejecutan delitos con todas las nuevas y mejores herramientas que se encuentran a su alcance, buscando la impunidad.

De la mano de este cambio de paradigma delictual, nació también el *cybercrimen* que, hoy por hoy, constituye un grave problema para los Estados, quienes muchas veces han aceptado su impotencia en la efectiva persecución de esta clase de delitos.

En este contexto, los delitos dolosos han dejado de tener una gravedad

---

6 En este sentido, por ejemplo, las más de 270 condenas anuladas por el uso del examen de ADN impulsado por *Innocence Project*. Sobre este tema véase la página web oficial de esta organización en: <http://www.innocenceproject.org/>

7 Sobre este tema puede revisarse, en general, el pensamiento del sociólogo alemán Ulrich Beck en BECK, U., *La sociedad de riesgo*. Ed. Paidós. Barcelona, 2002.

aceptable para constituirse especialmente peligrosos para el bienestar de la sociedad; así, SILVA SÁNCHEZ<sup>8</sup> ha dicho acertadamente que “El proceso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional (la cometida con dolo directo de primer grado), a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos; asimismo, surgen modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño que se proyectan sobre los espacios abiertos por la tecnología”<sup>9</sup>.

La situación se agrava aún más cuando se trata de terrorismo, ya que este complejo fenómeno delictivo ha llevado a los Estados a reducir ciertas garantías so pretexto de conseguir seguridad. En este sentido, la opinión pública de los países occidentales frente al terrorismo han desarrollado dos posiciones que son descritas acertadamente por CANCIO MELIÁ<sup>10</sup> al decir que “Por un lado, ciertos sectores de la opinión pública manifiestan una posición muy crítica hacia determinadas medidas percibidas como abusivas en la acción de los órganos de persecución penal, como peligrosas para el Estado de Derecho y los derechos y libertades ciudadanos.

Por otro, existe la preocupación –según parece, mucho más extendida que la anterior– porque una suerte de «exceso de garantías» induzca pasividad de los órganos de persecución penal y de la jurisdicción penal”.

Y al parecer esta segunda posición va en aumento, toda vez que en los últimos años los ataques terroristas no han decrecido, por el contrario persisten y van en aumento, considerando los últimos atentados en Francia y Bélgica sin dejar de mencionar los constantes ataques a Turquía, lo cual ha llevado a que la sociedad exija respuestas efectivas a los órganos estatales; sin embargo, aquello al parecer se ha traducido en la restricción de derechos fundamentales para los investigados en este tipo de ilícitos.

Sin perjuicio de ello, lo que se tiene que resaltar en esta primera parte del presente análisis es que el Estado está actualmente obligado a contar con *las herramientas necesarias para la persecución efectiva de este nuevo tipo de delincuencia*. En el mismo sentido, se puede nombrar la corrupción política que al parecer está tan entremezclada en el gobierno que ya es –para algunos– considerada parte inherente a este.

---

8 SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del derecho penal*. Civitas. Madrid, 2001, p. 28.

9 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal, op. cit.*, p. 28.

10 CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus. Zaragoza, 2010, p. 17.

La corrupción ha constituido un problema de proporciones mundiales, toda vez que se encuentra presente en menor o mayor medida en todas las sociedades. Así, España y Europa no son la excepción. Sin embargo, ante este fenómeno delictivo, cabe preguntarnos si la administración de justicia cuenta con todas las herramientas necesarias para perseguir este delito.

Al parecer la respuesta es negativa y así lo afirma acertadamente LÓPEZ ORTEGA<sup>11</sup>, dejando ver la limitación tanto procesal como práctica que tienen las fuerzas de seguridad y los órganos investigativos frente a la corrupción, en virtud de que este tipo de delincuencia económica es capaz de aprovecharse de las mejores herramientas disponibles para su ocultamiento; en tal sentido, se vuelve a verificar la necesidad del Estado de mantener una correcta implementación de herramientas que le permitan una efectiva persecución de las actuales figuras delictivas.

De ahí nos surge el mismo interrogante que a ÁLVAREZ GARCÍA<sup>12</sup>: “¿Qué caminos estamos dispuestos a explorar para gozar de la ansiada seguridad?, y, por lo tanto, ¿qué límites vamos a poner a los organismos y a los agentes a los que encarguemos velar por nuestra seguridad? Es decir, cómo vamos a compatibilizar seguridad con libertad, intimidad, honor y un largo etcétera...”

Por lo dicho, es acertado concluir afirmando que la “sociedad de la información” he venido a cambiar sustancialmente la forma en la cual se presenta el fenómeno criminal actual y la respectiva respuesta del Estado, de tal manera que los órganos investigativos deben contar con *mecanismos eficientes que les permitan estar a la altura de la delincuencia actual*; sin embargo, la utilización de estas herramientas puede tender a vulnerar ciertos derechos fundamentales, de ahí que sea necesario por parte de los órganos ejecutivos la estricta observancia de la ley, toda vez que si, por un lado, es necesario investigar, por otro, el Estado se constituye en garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En conclusión, cuando acontece un delito, el Estado está en la obligación de investigar los hechos con el fin de verificar la materialidad y responsabilidad del mismo; no obstante, aquella investigación no podrá hacerse al atajo

---

11 LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Derecho penal y corrupción: las garantías en los instrumentos penales de investigación y enjuiciamiento.” En *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*, Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 181 y ss.

12 ÁLVAREZ GARCÍA, F., “Acceso por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a ficheros de datos personales”. En PEDRAZ PENALVA, E, (coord.), *Protección de datos y proceso penal*. La Ley, Madrid, 2010, p. 55.

de las autoridades. Imaginemos por un momento un órgano policial sin límites que se dedique a realizar escuchas telefónicas, entradas y registros de viviendas, toma de muestras de ADN en el sospechoso, etcétera, sin orden judicial ni garantía alguna.

Esta actividad sin duda resultaría en una arbitrariedad total donde las personas investigadas quedarían cosificadas, incapaces de limitar hasta dónde puede llegar el poder del Estado en perjuicio de su privacidad, descubiertas ante este, impotentes y sobre todo carentes de dignidad humana.

De ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000<sup>13</sup> ha dicho que “El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto a su dignidad como persona (art.10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares”.

### *El principio de proporcionalidad en la injerencia a la intimidad*

Ahora bien, para realizar el presente análisis, es necesario recordar que ningún derecho fundamental es absoluto, de modo que, en el ejercicio diario del derecho, es común encontrar una aparente pugna de derechos fundamentales<sup>14</sup>, situación que debe ser solventada mediante un ejercicio razonable de proporcionalidad.

Para que la injerencia de un derecho fundamental sea admisible siempre debe realizarse observando el principio de proporcionalidad, mecanismo idóneo para legitimar el menoscabo de un derecho fundamental en beneficio de otro. La proporcionalidad permite sopesar los derechos para así llegar a una solución racional de un caso en concreto.

Este mecanismo no solo es usado para ponderar determinados derechos fundamentales, pues se considera una herramienta indispensable para aceptar la injerencia de cualquier derecho fundamental que se vea limitado por otro en abstracto. Dicho de otro modo, siempre se usará la proporcionalidad, pero además se deberán observar las diferentes exigencias legales del caso.

---

13 STC 115/2000 de 10 de mayo.

14 Sin embargo, a criterio de Álvarez García, los derechos fundamentales no se confrontan entre ellos, toda vez que estos se complementan para su armonizado ejercicio. ÁLVAREZ GARCÍA, F. “Acceso por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a ficheros de datos personales”, *op., cit.*, p. 56 y ss.

Por lo dicho, el principio de proporcionalidad puede presentarse en dos escenarios:

1. En la legislación: por una parte es normal encontrar el principio de proporcionalidad en las normas procesales que permiten la injerencia de derechos fundamentales, piénsese, por ejemplo, en el examen de ADN realizado a un investigado. En dicha práctica se deberá observar lo prescrito en el artículo 3.1 a) de la ley orgánica 10/2007 donde se restringe el examen de ADN a determinados supuestos "... cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad y la intimidad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizado con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada...", lo cual evidentemente constituye, por una parte, un límite al Estado, pero también, por otro, un ejercicio inteligente de proporcionalidad realizado por el legislador entre investigación penal e injerencia de un derecho fundamental.

2. En las decisiones judiciales: además de las normas procesales que aplican la proporcionalidad, es obligación del órgano jurisdiccional que conoce la causa aplicar de forma concreta este principio. Así, el magistrado encargado de dicho procedimiento deberá hacer un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad en pro de una aplicación justa del derecho, toda vez que se deberá evaluar los perjuicios y ventajas que se pueden crear con la injerencia en la intimidad.

Sin embargo, adicionalmente a lo anotado, tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han dado las pautas para la ponderación de derechos fundamentales de acuerdo a cada caso en concreto, lo cual será materia de análisis en el siguiente epígrafe.

### *Jurisprudencia nacional y supranacional respecto a la injerencia en el derecho a la intimidad*

Tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido a bien, en el ejercicio de sus funciones, establecer parámetros de proporcionalidad en la injerencia de derechos fundamentales. En tal sentido es menester analizar ciertas resoluciones dictadas por los órganos antes citados con relación a la intimidad.

## 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con relación al principio de proporcionalidad en la injerencia del derecho a la intimidad, no se puede dejar de citar la conocida sentencia *S y Marper c. Reino Unido* dictada el 4 de diciembre de 2008. La queja es presentada por *S y Marper* en contra de Reino Unido, debido a que, conforme a las alegaciones de los demandantes, las autoridades conservaron, sin su consentimiento, sus perfiles de ADN, huellas dactilares y muestras celulares que fueron tomadas en el marco de una investigación penal que terminó en la absolución y archivo de las causas.

En lo posterior, tanto *S* como *Marper* solicitaron a la autoridad competente la destrucción de las citadas muestras, pero aquella petición fue negada. Finalmente, el Tribunal falló a favor de los demandantes confirmando la violación del artículo 8<sup>15</sup> de la CEDH.

Para llegar a confirmar la violación de la vida privada, el Tribunal realizó el siguiente análisis: en primer plano se analizó si el mantenimiento de dicha información -ADN, huellas dactilares y muestras celulares- constituye una violación al artículo 8.1 de la Convención (vida privada), para luego, en caso de ser necesario, pasar a una segunda fase, y verificar si tal injerencia se encuentra justificada por lo constante en el artículo 8.2 de la Convención<sup>16</sup>.

Cumpliendo con este procedimiento, el Tribunal comenzó analizando la naturaleza del perfil de ADN y las muestras celulares, concluyendo finalmente que dicha información es de carácter sensible, en virtud de que con estos contenidos incluso se pueden conocer cuestiones relacionadas con su salud y origen étnico<sup>17</sup>, y, por tanto, concluyó que existe una injerencia en la vida privada de los demandantes protegida por el artículo 8.1 de la Convención. De igual manera, el Tribunal consideró que el mantenimiento de las huellas

---

15 Artículo 8 de CEDH: “Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de derechos y libertades de los demás.”

16 Artículo 8 de CEDH, *op. cit.*

17 Resolución caso *S y Marper c. Reino Unido* de 4 de diciembre de 2008, párrafo 72.

digitales en una base de datos que permite la identificación criminal viola el derecho consagrado en el artículo 8.1 de la Convención.

Ahora bien, una vez que el Tribunal constató la injerencia, lo que le correspondió es analizar si aquella está justificada por lo recogido en el artículo 8.2 del mismo cuerpo normativo. Para realizar tal examen, el Tribunal llevó a cabo la verificación de ciertos requisitos que deben ser cumplidos para poder concluir que la injerencia del artículo 8 del CEDH no se encuentra justificada.

Dichos requisitos son plenamente aplicables al correcto análisis de la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad; de modo tal que se entenderá que, una vez cumplidas estas exigencias, la injerencia será considerada legítima.

1. *La previsión legal:* El Tribunal ha señalado que el primer requisito es la previsión legal del acto con el cual se causa la injerencia del artículo 8.1 del Convenio. Es decir, para que la intromisión sea aceptada, es necesario que el ordenamiento interno de cada Estado permita realizar la misma a través de una ley. Al respecto, incluso el Tribunal se ha llegado a pronunciar afirmando que es necesario, además, que esta ley sea clara y restrinja dicha actividad, de ahí que, por ejemplo, se podrá citar nuevamente el artículo 3.1 a) de la ley orgánica 10/2007 que permite la toma de la prueba de ADN, pero a su vez restringe esta facultad para determinados casos que en general son considerados como graves. En suma, al parecer el Tribunal busca, por una parte, que el Estado permita la injerencia al derecho a la intimidad mediante una ley, pero, además, de otro lado, que esta restrinja la arbitrariedad que se podría dar por parte de la autoridad interna que tenga la facultad de permitir dicha injerencia.

2. *Un fin legítimo:* este requisito se puede relacionar con la búsqueda de la detección y prevención del delito. En el presente caso, el Tribunal ha considerado legítima la injerencia en el derecho contemplado en el artículo 8.1 del CEDH, ya que buscaba la prevención de delitos que eventualmente se pudieran cometer, toda vez que la información se encontraba en una base de datos policial.

3. *Debe ser necesaria en una sociedad democrática:* la necesidad de la medida recae en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. En este punto corresponde al Tribunal el análisis minucioso de si la injerencia en la vida privada de los demandantes fue necesaria, de ahí que se realice un ejercicio inteligente de ponderación entre los derechos en aparente pugna, para así determinar el ejercicio prevalente de unos y la disminución en la vigencia de otros. Este principio busca una limitación ante posibles abusos.

Siendo ello así, en el caso que nos ocupa, el TEDH afirmó que el uso de la técnica en la investigación penal debe ser medido y sopesado frente a la protección de la vida privada del investigado<sup>18</sup>, toda vez que la técnica tiende a ampliar sus límites de actuación causando muchas veces efectos aflictivos para con los derechos fundamentales. Teniendo ello en consideración, el Tribunal llama la atención a Inglaterra y a Gales por no constar con una normativa que regule expresamente el límite de tipo, tiempo o gravedad de la infracción para ser introducido en la base de datos policial. Por lo dicho, se concluyó que el mantenimiento de la información personal de los demandados “...no refleja un justo equilibrio entre intereses públicos y privados en juego...”<sup>19</sup> y, por lo tanto, dicha injerencia no se puede considerar necesaria.

A partir de lo expuesto, se deberá resaltar los tres requisitos recién analizados, ya que aquellos constituyen, bajo el principio de convencionalidad, una garantía para la vigencia de los derechos constitucionalmente consagrados.

## 2. Tribunal Constitucional España

En el ejercicio de sus competencias, el Tribunal Constitucional español ha venido siguiendo la línea de evolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la protección de la intimidad<sup>20</sup>; sin embargo, para el mejor conocimiento, se analizarán los principales requisitos que ha considerado este órgano como necesarios para que la injerencia en el derecho a la intimidad esté legítimamente justificada.

1. *Previsión legal*: el Tribunal Constitucional ha coincidido con el TEDH al adoptar la necesidad de que la injerencia en la intimidad sea legalmente admitida, es por ello que el Tribunal ha enfatizado incluso en la calidad de la ley que admite tal injerencia.

2. *Fin legítimo*: para fundamentar tal requisito el Tribunal ha enfatizado en la obligación que el Estado tiene en la persecución de los delitos, de ahí

---

18 Resolución caso S y Marper c. Reino Unido de 4 de diciembre de 2008, párrafo 112.

19 Resolución caso S y Marper c. Reino Unido de 4 de diciembre de 2008, párrafo 125.

20 Para revisar esta línea, revítese las sentencias: 207/1996; 161/1997 y 70/2002 del Tribunal Constitucional de España.

que este requisito obedece a la verificación de si el fin para el cual se autoriza la injerencia es de suficiente interés público.

3. *Proporcional*: Aunque este requisito tiene las mismas bases que “la necesidad en una sociedad democrática” determinada por el TEDH es importante resaltar que para el Tribunal Constitucional se deberá, en primer plano, analizar la posibilidad de utilizar otros mecanismos menos gravosos para cumplir el objetivo planteado, de ahí que, con relación al derecho a la intimidad, el Estado, en el ejercicio de la acción penal, se deberá plantear todas las posibilidades menos perjudiciales y, solo a falta de estos, aplicar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad. Una vez que se determine que no existe una herramienta menos gravosa se aplicará esta siempre y cuando se considere necesaria y mediante la misma se pueda conseguir el objetivo esperado. Finalmente, se llevará a cabo el examen de proporcionalidad en sentido estricto que más adelante se explicará en detalle.

Además de estos tres requisitos que tienen relación directa con los defendidos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha visto necesario añadir la *motivación en la resolución judicial*<sup>21</sup>, lo cual constituye un requisito formal en las decisiones judiciales que restringen derechos fundamentales, toda vez que, en aquel ejercicio argumentativo que el juez realiza para resolver la injerencia, se deberá observar de manera directa la correcta ponderación de los derechos en aparente pugna.

### 3. La proporcionalidad en sentido estricto

Tras analizar de manera breve los criterios de ponderación en el derecho a la intimidad, es menester, en este contexto, realizar un análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto, anotando ciertas características que, a mi criterio, se han venido considerando hasta la actualidad.

El análisis de la proporcionalidad en sentido estricto corresponde al examen del caso en concreto. Como primera característica a tener en cuenta, encontramos la sanción asignada al delito por el cual se ha solicitado la injerencia en el derecho a la intimidad, de ahí que se considere aceptable una

---

<sup>21</sup> Contrario a este criterio, en una línea jurisprudencial relativamente reciente se viene aceptando una motivación judicial incompleta siempre y cuando al interpretar esta con la información policial o de fiscalía se logre determinar que se ha motivado correctamente, sobre este tema Vid. STC 25/2011 de 14 de marzo.

intromisión siempre y cuando *la consecuencia jurídica del delito investigado sea de considerable gravedad*.

De igual forma, se tendrá presente la *relevancia del delito*, de tal manera que no solamente se constate una pena considerable sino, además, se observe el bien jurídico violentado, la condición de los sujetos intervinientes, el impacto social que ha generado la acción criminal y las demás características que hagan necesaria la injerencia en el derecho a la intimidad dentro de una investigación penal en un Estado de Derecho.

Finalmente, es admisible la injerencia en el derecho a la intimidad siempre y cuando el Estado cuente con la *evidencia necesaria que relaciona al titular del derecho a ser restringido con el crimen*, es decir, la intromisión en este derecho deberá estar justificada con indicios reales que generen una sólida convicción que relacione el crimen con el titular del derecho afectado.

### *El consentimiento en la injerencia al derecho a la intimidad*

Se ha dicho ya varias veces que el derecho a la intimidad se encuentra íntimamente relacionado con la personalidad y la dignidad humana, en tal sentido el titular de dicho derecho podrá, a su criterio, limitar o ampliar la intromisión de terceros en su vida privada, toda vez que aquel ejercicio de libertad tiene como base el consentimiento del titular del derecho.

Dicho de otro modo, la intimidad es un derecho fundamental al que, mediante el uso del consentimiento, se puede permitir cierta intromisión de determinada calidad y cantidad que dependerá de la voluntad del titular del mismo.

Ahora bien, al considerar el consentimiento como el punto de partida para la admisión de ciertas injerencias al derecho a la intimidad se deberá tener en consideración que esta aceptación de la intromisión puede ser revocada, de ahí que, por ejemplo, en un principio se acepte la injerencia al derecho, pero en lo posterior se decida retirar dicho consentimiento lo cual ya ha sido tratado por el Tribunal Constitucional, quien ha considerado que el titular del derecho puede retirarlo en cualquier momento que este considere conveniente con el fin de precautelar su intimidad<sup>22</sup>.

---

22 En este sentido véase las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 83/2002, de 22 de abril; 173/2011, de 7 de noviembre; 159/2009, de 29 de junio.

Vinculado a lo anterior, es necesario recordar que el consentimiento en la injerencia al derecho a la intimidad debe ser de una claridad sustancial, de forma que en el consentimiento se deberá evidenciar la indudable voluntad del titular del derecho que permita su vulneración y, además, delimitar hasta dónde está aceptada dicha intromisión, pues si la injerencia en el derecho a la intimidad supera los límites permitidos por el titular, nos encontraríamos ante una violación de este derecho constitucionalmente protegido.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento quebrando la conexión entre información personal que se recaba y el objeto y el objetivo tolerado para el que fue recogida”<sup>23</sup>.

La base fundamental del consentimiento es el conocimiento efectivo y claro de aquello que se consiente, es decir, para que el consentimiento tenga validez es necesario conocer el para qué y por qué de la injerencia al derecho a la intimidad, así como todas las consecuencias que se podrán derivar de ella. La información clara y precisa viene a legitimar el consentimiento y a su vez la injerencia en el derecho a la intimidad, ya que cuando el titular es consciente de las consecuencias que le puede traer dicha intromisión, esta se encontrará correctamente legitimada.

### *Conclusión*

Para concluir el presente aporte me parece oportuno reflexionar sobre los últimos acontecimientos terroristas que han golpeado al mundo occidental, en tal sentido hemos visto, como ha señalado CANCIO MELIÁ<sup>24</sup>, dos diferentes posiciones: por un lado, quienes abogan por el respeto de las garantías y la vigencia de los derechos fundamentales en la investigación penal; y quienes, por otro, creen que estas garantías y derechos de los investigados constituyen un impedimento para la vigencia de la seguridad del Estado, lo cual me lleva a reflexionar, como lo ha hecho ETZIONI, diciendo: “Quizás estemos, por un momento, tentados de emplear un doble rasero para consagrar nuestra pri-

---

23 STC 206/2007, de 24 de septiembre.

24 Ver nota 93.

vacidad mientras negamos la de los demás, tal vez sobre la base de que “nosotros” somos inocentes mientras que “ellos” son sospechosos.”<sup>25</sup>

De ahí que, al parecer hay quienes tienen la extraña facultad para dividir a la población entre “buenos y malos”, lo cual tiene una inevitable relación con el ya superado derecho penal de autor que no hace más que etiquetar a las personas sin antes existir una sentencia firme, con la calidad de cosa juzgada, en su contra.

Por lo dicho, el derecho fundamental a la intimidad queda así configurado como un verdadero mecanismo protector de diferentes aspectos inherentes al desarrollo del hombre, entre los cuales destaca la dignidad, de manera que sin esta tutela se podría terminar desnaturalizando la esencia misma del ser humano.

### *Bibliografía*

- ALCOCEBA GIL, M., “Tratamiento y transcripción de datos genéticos con fines de investigación penal en la U.E” en *Transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea*, Dir. Ignacio Colomer Hernández y Sabela Oubiña Barbolla, Aranzadi, Navarra, 2015.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F., “Acceso por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a ficheros de datos personales” en *Protección de datos y proceso penal*, Coord. Ernesto Pedraz Penalva. La Ley. Madrid, 2010.
- BECK, U., *La sociedad de riesgo*. Paidós. Barcelona, 2002.
- CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus. Zaragoza, 2010.
- ETZIONI, A., *Los límites de la privacidad*, Trad. Alexander López Lobo. B de F. Buenos Aires, 2012.
- GARCÍA, A., *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la constitución de 1978*. Aranzadi. Pamplona, 1983.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Derecho penal y corrupción: las garantías en los instrumentos penales de investigación y enjuiciamiento.” En *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad*. Aranzadi. Pamplona, 2015.
- PÉREZ GIL, J., “Los datos sobre localización geográfica en la investigación

---

<sup>25</sup> ETZIONI, *Los límites de la privacidad...*, op. cit., p. 4.

penal” en *Protección de datos y proceso penal*. En PEDRAZ PENALVA, E. (coord.). La ley. Madrid, 2010.

RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Universidad Complutense de Madrid, Colección de tesis doctorales 376/92, Madrid, 1992, p. 75.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal*. Civitas. Madrid, 2001.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

115/2000, de 10 de mayo.

159/2009, de 29 de junio.

161/1997, de 2 de octubre.

173/2011, de 7 de noviembre.

206/2007, de 24 de septiembre.

207/1996, de 16 de diciembre.

25/2011, de 14 de marzo.

70/2002, de 3 de abril.

83/2002, de 22 de abril.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

S y Marper c. Reino Unido de 4 de diciembre de 2008.

Kruslin y Huvig c. Francia, 24 de abril de 1990.

Amann vs. Switzerland de 16 de febrero de 2000.

Peck c. Reino Unido de 28 de enero de 2003.

Klass y otros c. Alemania de 6 de setiembre de 1978.



## EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE A LAS INTERVENCIONES CORPORALES EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL

Fredy Valenzuela Ylizarbe

Lima, Perú

### *La constitucionalización del proceso penal*

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial –con ocasión de una experiencia traumática por las atrocidades que se cometieron–, se hizo imperativo la creación de instrumentos internacionales que velaran por la protección de los derechos fundamentales de las personas. Es así que surgieron: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de alcance general y universal; y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de alcance regional europeo y americano, respectivamente.

A partir de este momento se afirma, con razón, que el ordenamiento se ha constitucionalizado, lo que significa que la Constitución –que comprende a los convenios y tratados– pasa a ser una norma que regula tanto derechos como garantías para los ciudadanos.

En efecto, tal como lo refiere Andrea Meroi, la segunda mitad del siglo XX trajo consigo un nuevo paradigma jurídico, denominado –en contraposición al Estado legal de Derecho– Estado constitucional de Derecho o simplemente neoconstitucionalismo (concepto, valga la aclaración, cuestionado por Guastini<sup>1</sup>).

A partir de esta concepción, según la citada autora, la Carta Fundamental deja de ser un mero instrumento de organización del poder y de declaración de unas libertades básicas, y se convierte en una norma directamente operativa, que contiene el reconocimiento de garantías –tanto positivas como negativas– exigibles jurisdiccionalmente<sup>2</sup>. Se produce, en buena cuenta, un cambio de paradigma.

---

1 GUASTINI, R. “A propósito del neoconstitucionalismo”. En *Gaceta Constitucional*, n° 67, 2013, pp. 231-240.

2 MEROI, A. “Iura novit curia y decisión imparcial”. En <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art15.pdf>

Como consecuencia de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el proceso penal se constitucionaliza, de manera que las normas ordinarias que regulan el proceso penal lo hacen en armonía con la Constitución, que establece, por lo demás, un programa constitucional<sup>3</sup>, en base al principio de supremacía de la Constitución, cuyos parámetros deben ser insoslayablemente observados y desarrollados a través de la legislación ordinaria, sea esta de primer o segundo orden<sup>4</sup>.

Siendo ello así, el proceso penal no es más un mecanismo de represión ilimitada o arbitraria, sino, por el contrario, un sistema de garantías que protege a los ciudadanos inocentes. Dicho de otro modo, el proceso penal se lleva a cabo en sintonía con los postulados constitucionales de todo Estado democrático.

De este modo, permite que los procesados sean tratados como sujetos de derechos y no como meros objetos de investigación, concepción propia de los sistemas inquisitivos, que fue abandonada, al menos formalmente, luego de la Revolución Francesa, con la adopción del sistema acusatorio formal.

En definitiva, entender que la Constitución delinea los cauces por los que debe discurrir el proceso penal es de suma importancia, por cuanto nos permite comprender que, independientemente del sistema procesal que se adopte, este en modo alguno puede realizarse con la vulneración de los derechos y garantías que lo amparan al procesado o, lo que es lo mismo, contraviniendo las exigencias constitucionales a los que se encuentra sometido el Estado.

Afirmación que, en determinados casos, debe flexibilizarse, conforme lo veremos más adelante, puesto que en supuestos excepcionales determinados derechos –para los efectos del presente artículo el derecho a la intimidad– deben ser sacrificados.

### *La compatibilidad entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos fundamentales*

El Derecho penal, por su propia naturaleza, constituye una restricción o aflic-

---

3 En esta línea, LANDA ARROYO expone que la Constitución sienta las bases (...) sobre las que se edifican las diversas instituciones del Estado [exigiendo] que todas las disposiciones del ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala.” LANDA ARROYO, “Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal peruano”, En [www.incipp.org.pe](http://www.incipp.org.pe).

4 En este sentido, PICÓ I JUNOY, J, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 24.

ción para los derechos fundamentales del ciudadano. El ejercicio del *ius puniendi* se traduce, entonces, en la más violenta reacción de carácter social en contra de las libertades individuales del ciudadano y, en concreto, de los derechos fundamentales<sup>5</sup>. Estas limitaciones, desde luego, deben realizarse dentro del marco de un proceso penal y en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El proceso penal, naturalmente, no tiene una sola finalidad, de ahí que se afirme que entre sus fines se encuentre la de emitir una decisión sobre la punibilidad del inculpado, la cual debe ser: “1) materialmente correcta, 2) obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal; y, 3) que restablezca la paz jurídica”<sup>6</sup>.

Sin entrar en la clasificación clásica que distingue entre la finalidad mediata e inmediata del proceso penal, debemos destacar que nos interesa abordar la verdad –entendida como la correspondencia entre lo que se observa y la realidad– como una finalidad esencial del proceso penal, sin que ello suponga desconocer que existe discusión en la doctrina sobre dos aspectos puntuales: si el descubrimiento de la verdad es una finalidad del proceso penal, de un lado, y de qué tipo de verdad estamos hablando, de otro.

Y esto es así porque, en la línea de lo manifestado por Taruffo, consideramos que el descubrimiento de la verdad es un componente -no único, pero sí esencial- para la emisión de una decisión justa<sup>7</sup>. Los otros componentes son: correcta elección de la regla aplicable al caso y el empleo válido y justo para llegar a la decisión. Solo de la combinación de estos criterios pueden desprenderse decisiones justas.

Así las cosas, es preciso reconocer, de un lado, la enjundia del descubrimiento de la verdad en el proceso penal, con independencia de si se la concibe como una finalidad del proceso penal o como un medio para la aplicación de la ley penal<sup>8</sup>; y, de otro, los límites infranqueables a los que está sometida la .

En esta línea, Muñoz Conde afirma que la finalidad del proceso penal es

5 CASTAÑO VALLEJO, R., “Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad”. En *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, 13, 2007, p. 497.

6 ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 2.

7 TARUFFO, M., *Sobre las fronteras*, Temis, Bogotá, 2006, p. 203.

8 Véase, sobre la verdad como una condición sine qua non para la aplicación de la ley penal, GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 116.

la búsqueda de la verdad material, la que debe ser relativizada en atención al irrestricto respeto de los derechos fundamentales del imputado, los cuales funcionan como límites a la búsqueda de la verdad<sup>9</sup>.

Dicho esto, resulta claro –aunque habría mucho más por desarrollar respecto a este punto– que en la actualidad es posible la coexistencia entre la averiguación de la verdad y el respeto u observancia de los derechos fundamentales. Evidentemente, en algunos casos se presentará una disyuntiva entre si es preferible, mediante el esclarecimiento del hecho investigado, el descubrimiento de la verdad o si lo mejor es proteger los derechos fundamentales.

Precisamente dentro de este contexto se inscribe el presente artículo, pues analizaremos si la intervención corporal al procesado es compatible, siempre, con el derecho fundamental a la intimidad. Dicho de otro modo, si la intervención corporal debe practicarse sin limitación alguna bajo el fundamento de que es necesaria para la obtención de la verdad y, consiguientemente, para la emisión de una sentencia condenatoria.

### *Alcances del derecho fundamental a la intimidad*

El estudio del derecho a la intimidad no es baladí; por el contrario, es de significativa importancia por la estrecha relación que mantiene con la dignidad humana. De ahí que su análisis se remonta a la distinción que se solía plantear –y aún se plantea– entre lo público y privado, entre lo individual y lo colectivo.

La intimidad es un derecho constitucionalmente reconocido (art. 18.1 de la Constitución), debido a que emana de la dignidad personal del procesado. En sentido estricto, resguarda todo aspecto de la vida privada de un individuo, impidiendo el conocimiento e intrusión de los demás (art. 11.1 CADH).

Desde una concepción objetiva del derecho a la intimidad, tenemos que el Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho, en la medida que deriva de la dignidad de la persona, tiene un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de una cultura determinada, para mantener una calidad mínima de la vida humana, y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo<sup>10</sup>.

---

9 MUÑOZ CONDE, F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pp. 97-98.

10 STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, (FJ. 3).

En virtud de que la intimidad se relaciona de modo indefectible con una determinada sociedad o cultura, se trata de un derecho en constante evolución; es decir, no se trata de un derecho estático, sino de uno en constante cambio en función de las exigencias de una determinada realidad (edad de las personas, educación, religión, entre otros aspectos), con el propósito de no quedar en desuso o vacío de contenido. En cualquier caso, los cambios no significan la modificación de su fundamento último: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad<sup>11</sup>.

Lo anterior significa que “(...) no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”<sup>12</sup>.

En definitiva, como acertadamente se sostiene, en la actualidad, “el derecho a la intimidad significa, ante todo, poder de control de las informaciones que son relevantes para cada sujeto y se configura bajo la forma de un poder jurídico que se reconoce a la persona sobre un ámbito de conocimiento limitado. En su virtud se garantiza la facultad de excluir las intromisiones de los demás en esta esfera de conocimiento reservado, cuyo alcance se delimita por la propia voluntad del interesado”<sup>13</sup>.

Y como resulta evidente, al no ser un derecho absoluto, puede verse restringido cuando sea necesario tutelar o resguardar otros intereses; por ejemplo, la eficaz persecución del delito; sin embargo, esta restricción debe producirse únicamente cuando se cumplan con determinados presupuestos expresamente previstos y, fundamentalmente, cuando concurren ciertas circunstancias que sean compatibles con el principio de proporcionalidad, ya que es el único modo de que pueda tener efectos jurídicos en el proceso penal o, en otras palabras, de que pueda ser constitucionalmente válida. Las evidencias que se obtengan con la vulneración del derecho a la intimidad deben ser declaradas, sin más, como prueba prohibida.

Así, el Tribunal Constitucional<sup>14</sup> ha establecido dos matizaciones al de-

---

11 En este sentido, REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 144.

12 STC 37/1989 (FJ. 7).

13 LÓPEZ ORTEGA, J. J., “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”. En *Cuadernos de derecho judicial*, 22, 1996, pp. 275-308.

14 STC 37/1989, de 15 de febrero de 1989, (FJ. 7).

recho a la intimidad. En primer término, ha establecido “que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona”.

Y, en segundo término, “que, aun tratándose ya de actuaciones que afectan al ámbito protegido, es también cierto que (...) la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial (...)”.

Teniendo ello en consideración, la protección del derecho a la intimidad –mediante el establecimiento de requisitos– se hace insoslayable en la actualidad, debido al avance y desarrollo tecnológico y a las serias afectaciones a las que podría verse expuesto cuando se practique una intervención corporal en el contexto de un proceso penal. Dicho lo cual, se advierte con meridiana claridad que existe una vinculación entre el derecho a la intimidad y la práctica de la intervención corporal.

### *Alcances sobre las intervenciones corporales*

El Tribunal Constitucional ha planteado la distinción entre dos clases de actos de investigación o de diligencias que se presentan en el proceso penal. De un lado, están las denominadas inspecciones y registros corporales, en los que el derecho afectado es el de la intimidad corporal, debido a que “consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etcétera).

En principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad”.

De otro lado, “en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por eje., las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)”<sup>15</sup>.

En buena cuenta, lo que el Tribunal Constitucional manifiesta es que el derecho a la intimidad se vería afectada por las inspecciones y registros corporales; mientras que las intervenciones corporales afectarán la integridad física. Al respecto, entendemos que ello no es absoluto, ya que mediante las intervenciones corporales también puede afectarse el derecho a la intimidad corporal, tanto más si en la doctrina no existe consenso sobre el concepto de las intervenciones corporales.

En lo que podría ser entendido como un concepto amplio y omnicomprendivo, González-Cuellar afirma que las intervenciones corporales son “las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias tácticas que sean de interés

---

15 STC 207/1996, de 16 de diciembre, (FJ. 2).

para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado respecto a la definición de intervenciones corporales, afirmando que son “todos aquellos actos de investigación de conductas delictivas que afectan al cuerpo de las personas sobre las que se realizan”, “comprende, pues, cualquier tipo [de examen] en el cuerpo humano sin contar con el consentimiento de la persona afectada, siempre que pueda realizarse sin riesgo para su salud o integridad física, y respondan a razones de gravedad y proporcionalidad”<sup>17</sup>.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha sostenido que las intervenciones corporales son las actuaciones que consisten “en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, pelo, orina, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos x, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con el objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en el del imputado”<sup>15</sup>.

Ahora bien, las intervenciones corporales presentan ciertas características a las que debemos referirnos brevemente. La primera consiste en que las diligencias se practican sobre el cuerpo de las personas vivas, quedando excluidas, en consecuencia, aquellas prácticas que tengan como objeto los cadáveres de las personas fallecidas; la segunda se refiere a que las diligencias de investigación corporal no tienen un único objeto, sino que la finalidad de su práctica es diversa: la identificación del imputado, la determinación de circunstancias relativas a la comisión de un hecho punible y el descubrimiento del objeto del delito<sup>17</sup>; finalmente, tenemos que las diligencias de investigación corporal en alguna medida restringen diversos derechos fundamentales (por ejemplo, integridad física, intimidad, entre otros)<sup>18</sup>.

Dicho esto, resulta indispensable precisar que no toda intervención corporal en el sujeto es, *prima facie*, ilegítima; o, lo que es lo mismo, la intervención corporal será legítima siempre que se haga en observancia del principio de proporcionalidad –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– y sea un juez quien necesariamente autorice su práctica. De estos aspectos nos ocuparemos en los siguientes apartados.

---

16 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1990, p. 290.

17 STS 707/2008, de 30 de octubre, (FJ. 2).

*¿Se puede practicar la intervención corporal aun en contra de la voluntad del sujeto?*

Previamente a ocuparnos de los requisitos que habilitarían una legítima intervención corporal, consideramos necesario abordar la pregunta formulada por ser de significativa importancia. Y es que, en principio, solo se necesitaría la autorización judicial y el cumplimiento de los requisitos cuando el sujeto contra quien se va a practicar dicha diligencia se niegue a que la misma se realice –no presta su consentimiento–.

Al respecto, doctrina mayoritaria sostiene que es posible realizar la intervención corporal –extracción de sangre, por ejemplo– incluso en contra de la voluntad del procesado, siempre que haya una resolución judicial fundada en derecho y adecuadamente motivada –de cara a su efectivo control– y se hayan cumplido con los presupuestos que habilitan dicha práctica.

En este sentido, González-Cuéllar Serrano considera que existe una obligación de someterse a las intervenciones corporales que son legítimas cuando se cumplen todos los presupuestos establecidos, por lo que en caso de resistencia cabe la ejecución forzosa siempre y cuando: a) el uso de la fuerza sea imprescindible, b) su forma de ejecución no resulte desproporcionada (atendiendo a las circunstancias del caso) y c) se traten de diligencias que no requieran la colaboración activa del imputado<sup>18</sup>.

No obstante, existen autores que afirman que no es posible realizar una intervención corporal en contra de la voluntad del investigado. En esta línea, Huertas Martín considera que las medidas de intervención corporal no pueden imponerse coactivamente, ni por la fuerza física ni por medios de coacción indirecta (amenaza de incurrir en un delito por desobediencia en la autoridad), sino que es preferible configurar el sometimiento a las mismas como una carga procesal, de manera que de la negativa pueda deducirse las consecuencias jurídicas correspondientes<sup>19</sup>.

Luego de mencionar, brevemente, cuáles son las posiciones sobre la pregunta formulada, consideramos que actualmente la primera posición – ejecu-

---

<sup>18</sup> GÓMEZ AMIGO, L., *Las intervenciones corporales como diligencias de la investigación penal*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 43 y 45-46.

<sup>19</sup> HUERTAS MARTÍN, M<sup>a</sup> I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 410-413. En este sentido, PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> Á., “Inspecciones, registros e intervenciones corporales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 20.

ción forzosa— debe imponerse, puesto que en ciertos casos es la única alternativa que existe para la efectiva investigación del delito, y, de ser el caso, la aplicación de la ley penal en contra del responsable de la comisión del ilícito penal. Ello, por las siguientes razones:

En primer lugar, debemos tener en cuenta que se trata de una negativa “cualificada”, debido a que con ella el individuo pretende evitar que se recabe un elemento probatorio cuya obtención se circunscribe a la realización de un acto de investigación plenamente lícito y, consecuentemente, pretende evitar directamente el descubrimiento de la comisión de un delito<sup>20</sup>. Es decir, la negativa “cualificada” atenta directamente contra el deber del Estado de investigar y perseguir delitos.

No se trata, pues, de una situación nimia en la que la negativa pierda relevancia jurídica, sino de una situación especial en donde el Estado —mediante autoridades que actúan en ejercicio legítimo de sus funciones— tiene indiscutiblemente autorizada su intervención para el cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo: interés público de persecución e investigación del delito. Pensar de otro modo, nos llevaría a considerar que el interés estatal de la persecución e investigación del delito podría condicionarse a la discrecionalidad o voluntad de un particular.

Y es que en estos casos el investigado, como bien lo indica Huertas Martín, “(...) sin perder su cualidad de sujeto del proceso, adquiere al propio tiempo la cualidad de instrumento de la actividad probatoria, en tanto que de su propia corporeidad pretenden extraerse elementos a los efectos de la actividad investigadora y de comprobación de los delitos”<sup>21</sup>.

En segundo lugar, debemos aclarar que lo expuesto en los párrafos inmediatamente precedentes no significa en modo alguno una intervención estatal —so pretexto del descubrimiento de la verdad o evitar la impunidad— sin control alguno. Las investigaciones corporales, conforme lo veremos líneas abajo, deben practicarse siempre en cumplimiento de determinados requisitos: que exista una finalidad constitucionalmente legítima que la autorice; que se respeten los principios de legalidad y de proporcionalidad; que la medida sea dictada por un órgano jurisdiccional a través de una resolución motivada que permita su ulterior control.

---

20 VARONA GÓMEZ, citado por PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> Á., “Inspecciones, registros e intervenciones corporales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 274.

21 HUERTAS MARTÍN, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, op. cit., p. 371.

Adicionalmente, estas medidas pueden ejercitarse coactivamente siempre que medien los siguientes requisitos: a) que el uso de la fuerza para la ejecución coactiva de las medidas sea imprescindible para el éxito de la investigación, b) que su forma de ejecución no resulte desproporcionada (atendiendo a las circunstancias del caso), y c) que siempre se traten de diligencias que no requieran la colaboración activa del imputado.

En tercer lugar, la postura que se busca justificar guarda correspondencia con el “deber cívico de colaborar con los poderes públicos cuando actúan en el ámbito de sus competencias, y de someterse a las normas de policía en una sociedad democrática, a pesar de las incomodidades que tal sometimiento llegue a representar, máxime si se parte, como hemos dicho, de la existencia de indicios que aconsejen la realización de la inspección corporal”<sup>22</sup>.

Lo contrario supondría, indudablemente, generar una situación de impunidad insostenible. No se trata, insistimos, en la injerencia sin límites en los derechos fundamentales del procesado; tampoco de generar impunidad. Se trata de hallar un punto de equilibrio entre los derechos del imputado y el interés del Estado en perseguir los delitos, el cual solo será posible, a nuestro juicio, mediante el cumplimiento efectivo de los requisitos que una práctica de esta naturaleza impone.

### *Requisitos para que la intervención corporal sea legítima*

Conforme lo venimos sosteniendo, el avance de la tecnología ha determinado que el cuerpo de la persona se convierta en una fuente inagotable de prueba, ya que contiene gran cantidad de información que podría ser de utilidad para el esclarecimiento del hecho delictivo, de ahí que en ciertos casos la práctica de la intervención corporal sea ineludible para que el Estado cumpla con su deber de investigar el delito de manera eficiente. Ciertamente, en este caso, el procesado actuaría, sin que desconozca su condición de sujeto de derechos, como objeto de prueba.

Por tal motivo, precisamente, a efectos de evitar una arbitraria injerencia del Estado en la intimidad del procesado, se han establecido determinados requisitos que –ante la negativa de este– el juez debe observar para ordenar una intervención corporal. Dicho en otros términos, la intervención corporal

---

<sup>22</sup> MORENO CATENA, V., “Lección 15: Actos de investigación”, en *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. p. 230.

solo será legítima si se hace en observancia de los requisitos que legalmente e incluso jurisprudencialmente se han fijado.

Si bien no es mencionado como un requisito ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, para nosotros sí es importante que el juez, previamente a analizar los requisitos, evalúe si en el caso en el que se pretende realizar una intervención corporal existe una causa probable o, utilizando la terminología utilizada en las medidas de coerción personal, el *fumus comissi delicti*. Y es que si el hecho investigado no tiene apariencia de delito, no se justificaría la injerencia en el derecho a la intimidad.

Centrándonos en los requisitos, en resumen, se observa que el Tribunal Constitucional<sup>23</sup> ha manifestado que estos consisten en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la ley; que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada; que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

A los mencionados, como una derivación de la afectación a la integridad física, deben añadirse los siguientes: que la práctica de la intervención corporal sea encargada a personal competente, médico o sanitario; que la medida no signifique menoscabo en la salud del afectado por la medida; y fundamentalmente que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante. De cada uno de estos requisitos nos ocuparemos, brevemente, a continuación:

### 1. Fin constitucionalmente legítimo

La intervención corporal, para que sea procedente, debe buscar un fin legítimamente constitucional, lo que supone que dicha medida debe derivarse directamente desde la Constitución. En el presente caso la finalidad constitucional se derivaría de la exigencia pública de investigar y perseguir el delito, obteniendo hechos relevantes para el proceso penal. Y es que, conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad no tiene carácter absoluto, sino que es posible que ceda, en ciertos casos, frente a exigencias públicas<sup>24</sup>.

Esta exigencia es “...completamente lógica, puesto que (...) los derechos fundamentales que la Constitución reconoce sólo son limitables en virtud de los límites expresamente previstos por la propia Constitución o de los que in-

---

23 STC 207/1996, de 16 de diciembre, (FJ. 4).

24 STC 37/1989, de 15 de febrero, (FJ. 7).

directamente se deriven de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos”<sup>25</sup>.

En suma, el fin legítimamente constitucional que se busca con la práctica de las intervenciones corporales –que legitimaría la injerencia en el derecho a la intimidad– es el interés público de la investigación de un delito y, con mayor precisión, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal<sup>26</sup>.

## 2. Principio de legalidad

Este presupuesto significa, en esencia, que “toda aquella medida o instrumento útil al esclarecimiento de los hechos y que constituya de alguna manera restricción o limitación de los derechos fundamentales de la persona [las medidas de investigación corporal, por ejemplo] ha de estar prevista y recogida en la ley”<sup>27</sup>.

Este requisito supone que la limitación del derecho fundamental a la intimidad debe estar expresamente prevista por ley; sin embargo, esta exigencia no debe ser establecida de manera absoluta, pues el legislador no puede ponerse en todos los supuestos, de modo que será posible la práctica de la medida incluso cuando no hay previsión legal, siempre que el principio de proporcionalidad, en el caso concreto, así lo aconseje.

## 3. Principio de proporcionalidad

Como se sabe, el test de proporcionalidad exige que la medida -intervención corporal en este caso- que tenga injerencia en un derecho fundamental resulte idónea, necesaria y proporcional en relación con el fin que se procura alcanzar con dicha medida. Es decir, para superar el test de proporcionalidad se requiere realizar un examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Sucintamente, el primer examen supone que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la concretización del fin propuesto; el

---

25 GÓMEZ AMIGO, *Las intervenciones corporales como diligencias de la investigación penal*, op. cit., p. 66.

26 STC 207/1996, de 16 de diciembre, (FJ. 4).

27 ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 59-60.

segundo, significa que la medida adoptada por el juez -injerencia en la intimidad del procesado-, para ser constitucionalmente legítima, deberá ser absolutamente indispensable para la obtención del fin legítimo; es decir, no deberá existir otra alternativa igual o más idónea que sea menos aflictiva o influya con menor intensidad en el derecho a la intimidad; de existir tal alternativa, la medida adoptada -intervención corporal-sería inconstitucional en el caso en concreto.

El tercero, el examen de proporcionalidad en sentido estricto, consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional -derecho a la prueba, tutela judicial efectiva de la víctima, efectiva investigación estatal del delito- y la intensidad de la intervención en el derecho, en este caso, a la intimidad.

Consideramos, en suma, que la práctica de las intervenciones corporales, pese a que restringen derechos fundamentales, es una medida constitucionalmente legítima, toda vez que es idónea, adecuada para el fin que se persigue: interés del Estado de investigar y perseguir delitos eficazmente; necesaria, debido a que no existe alternativa mediante la cual se puede obtener el mismo resultado: la obtención de elementos probatorios de interés para la investigación del delito; y proporcional en sentido estricto, por cuanto con esta medida se optimiza el fin constitucional que se persigue con la injerencia en el derecho a la intimidad: entre los que podemos mencionar al derecho a la prueba; el derecho, aunque discutible, a la tutela judicial de la víctima; y la eficaz persecución del delito por parte del Estado.

Realizar el test de proporcionalidad, como manifestación del requisito de jurisdiccionalidad, le corresponde al juez, quien debe motivar adecuadamente la resolución mediante la que se ordena la intervención corporal, pues ello permitirá que el sujeto afectado pueda recurrir dicha medida y el órgano jurisdiccional *ad quem* pueda controlarla.

### *Conclusiones*

Primera: que la constitucionalización del proceso penal supone que el respeto de los derechos fundamentales del procesado es esencial para que estemos ante un proceso penal justo, único derecho fundamental absoluto. De modo que la injerencia en los derechos fundamentales, para ser legítima, debe realizarse únicamente en supuestos excepcionales y en estricto cumplimiento de los presupuestos establecidos.

Segunda: el descubrimiento de la verdad, como componente necesario para la emisión de una decisión justa, es compatible con la observancia de los derechos fundamentales. Existe, a nuestro juicio, compatibilidad entre la constitucionalización del proceso penal -prevalencia de los derechos fundamentales- y la búsqueda de la verdad.

Tercera: que la injerencia en el cuerpo del procesado -por ser fuente de información para el esclarecimiento del hecho delictivo- debe hacerse cumpliendo ciertos requisitos para que la afectación del derecho a la intimidad no sea ilegítima o arbitraria. Siendo el requisito más importante el de proporcionalidad.

### *Bibliografía*

- CASTAÑO VALLEJO, R. “Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad”. En *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, 13, 2007.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Ed. Trfvium. Madrid, 1999.
- GÓMEZ AMIGO, L. *Las intervenciones corporales como diligencias de la investigación penal*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2003.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Cóllex. Madrid, 1990.
- GUASTINI, R. “A propósito del neoconstitucionalismo”, *Gaceta Constitucional*, 2013/67.
- GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Ed. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006.
- HUERTAS MARTÍN, M<sup>a</sup>. I. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999.
- LANDA ARROYO, C. *Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal peruano*, [www.incipp.org.pe](http://www.incipp.org.pe)
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. *La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez*, en *Cuadernos de derecho judicial*. (número dedicado a los perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familia), 1996/22.
- MEROI, A. *Iura novit curia y decisión imparcial*, <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art15.pdf>

- MORENO CATENA, V. *Lección 15: Actos de investigación*, en *Derecho procesal penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 6.<sup>a</sup> ed. Valencia, 2012.
- MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2000.
- PÉREZ MARÍN, M<sup>a</sup> Á. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- PICÓ I JUNOY, J. *Las garantías constitucionales del proceso*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997.
- REBOLLO DELGADO, L., *El derecho fundamental a la intimidad*. Ed. Dykinson, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 2005.
- ROXIN, C. *Derecho procesal penal*. Ed. Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 2000.
- TARUFFO, M. *Sobre las fronteras*. Ed. Temis. Bogotá, 2006.

LAS INTERVENCIONES CORPORALES, LA INTIMIDAD  
Y OTROS DERECHOS:  
ESPECIAL REFERENCIA A LAS DILIGENCIAS DE CACHEO

Gerson W. Camarena Aliaga  
Ana Lucía Heredia Muñoz  
Lima, Perú

*Intervenciones corporales*

1. Concepto

Las intervenciones corporales son *medidas restrictivas de derechos fundamentales (libertad ambulatoria, integridad física, intimidad, etc.) que, en concreto, suponen injerencias sobre el cuerpo de las personas*<sup>1</sup>. Para el Derecho procesal penal –que es el enfoque desde el que parte nuestro análisis<sup>2</sup>–, la práctica de las intervenciones corporales tendría como fin descubrir elementos o datos<sup>3</sup> que permitan esclarecer unos hechos de naturaleza delictiva cómo acontecieron y quienes participaron) que vienen siendo investigados a nivel preliminar-policial o judicial.

Por otro lado, la presunción de inocencia, en su manifestación de *regla probatoria*, exige que los medios probatorios que se van a practicar en el proceso se hayan realizado sin afectar derecho fundamental alguno<sup>4</sup>. Caso contrario, los elementos que se obtengan de dichas prácticas constituirían

---

1 MATALLÍN EVANGELIO, Á., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 31.

2 Desde el ámbito constitucional, las medidas de intervención corporal amplían su objeto y finalidad, pues no solo se limitan al fin investigador como es el caso del Derecho procesal penal. En ese sentido, el Tribunal Supremo ha indicado que las intervenciones corporales “también podrían extenderse a aquellos casos en los que no se persigue un fin investigador sino preservar la vida mediante el suministro forzoso de alimentos o transfusión de sangre”. STS 707/2008, de 30 de octubre (FJ. 2).

3 Los elementos obtenidos tendrán el carácter de prueba preconstituida. Así, GÓMEZ AMIGO, *Las intervenciones corporales*, op. cit., p. 47.

4 STC 171/2000, de 26 de junio (FJ. 2); así también, GÓMEZ AMIGO, *Las intervenciones corporales*, op. cit., p. 15.

prueba ilícita, por lo que no podrán ser introducidas en el proceso ni, por tanto, tener la potencialidad de desvirtuar la presunción de inocencia<sup>5</sup>.

Siendo ello así, deviene en una exigencia para los poderes públicos la disposición y ejecución de las medidas de intervención corporal con el máximo cuidado para no afectar algún derecho fundamental, más aún si tenemos en cuenta que los resultados que se puedan obtener de ellas constituyen, en muchos casos, la principal o, quizás, la única prueba que existe para acreditar la responsabilidad del investigado.

## 2. Precisiones conceptuales

El Tribunal Constitucional y el sector mayoritario de la doctrina considera que las “intervenciones corporales” se pueden clasificar en “inspecciones y registros corporales” e “intervenciones corporales” (en un sentido estricto)<sup>6</sup>. Sobre ello, cabe considerar lo siguiente:

En primer lugar, las “inspecciones corporales y registros corporales” deben ser entendidas como las actividades de “reconocimiento” del cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente, siempre serán adoptadas con el fin de esclarecer los hechos frente a la *notitia criminis*<sup>7</sup>. Por otro lado, las “intervenciones corporales” son aquellas injerencias físicas en el cuerpo de una persona con el fin de “extraer” sustancias o elementos (internos o externos) para someterlos a posteriores análisis periciales<sup>8</sup>; de ahí que digamos que las intervenciones trascienden el mero examen externo del sujeto, es decir, trascienden la inspección corporal<sup>9</sup>.

En segundo lugar, es conveniente el empleo de otra denominación que

---

5 Al respecto, MARTÍN GARCÍA indica lo siguiente: “La ilicitud del procedimiento de obtención de una determinada prueba traslada a ella [la prueba obtenida] tal calificativo y determina la imposibilidad de ser tomada en consideración a los efectos de formar la convicción del juez o Tribunal sentenciador”. MARTÍN GARCÍA, P., “Concepto básicos sobre la eficacia de la prueba”. En MARTÍN GARCÍA (Dir.), *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 31.

6 STC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ. 2).

7 MORENO CATENA, “Lección 15”, *op. cit.*, p. 229.

8 En términos similares, MONTÓN REDONDO, A., “Lección 9.ª: Los actos de investigación en particular”. En MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDONDO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional III*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 211.

9 MORENO CATENA, “Lección 15”, *op. cit.*, p. 259.

englobe tanto las “inspecciones y registros corporales” como las “intervenciones corporales”; así, Etxeberría Guridi, propone el uso del término: investigaciones corporales<sup>10</sup>. Ello en razón de que tanto las intervenciones como las inspecciones corporales son –explica el citado autor– expresiones de la categoría genérica de los actos de investigación que recaen sobre el cuerpo, de ahí la denominación que propone: “investigaciones corporales”<sup>11</sup>. En adelante, seguiremos esta precisión terminológica.

En tercer lugar, como consecuencia del anterior, debemos fijar criterios precisos para distinguir cuándo nos encontramos ante intervenciones corporales e inspecciones. Moreno Catena explica que las inspecciones corporales no requieren de una autorización judicial previa para su ejecución, por lo que puede realizarla directamente y de propia autoridad la Policía en su instrucción preliminar<sup>12</sup>; en cambio, las intervenciones sí las requieren, por lo que la policía no puede practicarla de propia autoridad ni podrá ordenarla tampoco el Ministerio Fiscal en la instrucción preliminar<sup>13</sup>. Debido a esta característica (requerimiento de autorización judicial) es que las intervenciones corporales –continúa el citado autor– sólo se darán dentro del proceso penal, a diferencia de las inspecciones que únicamente encontrarán como su ámbito de ejecución a las diligencias preliminares<sup>14</sup>. Por otro lado, Gimeno Sendra señala que las inspecciones corporales afectan la intimidad, mientras que las intervenciones, la integridad<sup>15</sup>.

Ambas precisiones no son correctas. Respecto a la autorización judicial como criterio diferenciador, hay que tener en cuenta que la omisión a su requerimiento depende de la *urgencia* o el *riesgo del éxito de la medida* (por el tiempo que puede suponer la obtención de la autorización) y no en la consideración de si nos encontramos frente a una intervención o inspección corporal. En cuanto a la opinión de Gimeno Sendra, creemos que lo correcto es considerar que la inspección corporal afectará en mayor medida el derecho a la intimidad, y también, aunque en menor medida, el derecho a la integridad y otros más (libertad, dignidad, por ejemplo). En igual sentido, las intervenciones corporales afectarán en mayor medida el derecho a la integridad, sin

10 ETXEBERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales*, op. cit., p. 60.

11 ETXEBERRÍA GURIDI, *Las intervenciones corporales*, op. cit., p. 60.

12 MORENO CATENA, “Lección 15”, op. cit., p. 229.

13 MORENO CATENA, “Lección 15: Actos de investigación”, op. cit., p. 259.

14 MORENO CATENA, “Lección 15: Actos de investigación”, op. cit., p. 259.

15 GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Civitas-Thompson, Madrid, 2012, p. 444.

descartar la posibilidad de que también pueden lesionar el derecho a la intimidad y otros más.

### 3. Características generales

Entre las características que pueden atribuirse a las intervenciones corporales, podemos mencionar las siguientes:

a) Todas las diligencias se practican sobre el cuerpo de las personas vivas<sup>16</sup>. Se excluyen por tanto aquellas prácticas que tengan como objeto los cadáveres de las personas fallecidas.

b) Las diligencias de investigación corporal no tienen un único objeto, sino que la finalidad de su práctica es diversa<sup>17</sup>. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional señala como fines de las intervenciones corporales: i) la determinación del imputado, ii) la determinación de circunstancias relativas a la comisión de un hecho punible, y iii) el descubrimiento del objeto del delito<sup>18</sup>.

c) Las diligencias de investigación corporal, de algún modo, tienden a afectar diversos derechos fundamentales (derecho a la integridad física, a la intimidad, a guardar silencio, a no declarar y a no confesarse culpable)<sup>19</sup>. Como veremos más adelante, debemos diferenciar entre afectaciones ilegítimas y legítimas; las primeras deben ser prohibidas en todos los casos, mientras que las segundas, al ser idóneas, necesarias y proporcionales respecto a un fin constitucionalmente legítimo, deben ser permitidas.

#### *La legitimación de las intervenciones corporales*

La adopción de las medidas de investigación corporal supone necesariamente la restricción de varios derechos fundamentales (libertad, integridad, intimidad, dignidad, entre otros). Estas restricciones serán legítimas siempre que

---

<sup>16</sup> PÉREZ MARÍN, M. Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 18.

<sup>17</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, op. cit.*, p. 19.

<sup>18</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre (Fj. 2).

<sup>19</sup> PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, op. cit.*, p. 19.

dichas medidas se practiquen cumpliendo determinados requisitos y procedimientos.

Debido a la deficiente regulación que presenta el ordenamiento español en materia de medidas de investigación corporal, la doctrina y jurisprudencia han elaborado unos requisitos que son de obligatorio cumplimiento para todas las medidas de investigación corporal. El primero se centra la búsqueda de un *fin constitucionalmente legítimo* que, para el presente caso, sería el interés del Estado de investigar y perseguir delitos.

El segundo es el de *la legalidad*, mediante el cual se exige que toda investigación que tenga como objeto el cuerpo de una persona debe encontrarse regulada de manera completa (calidad de la previsión legislativa) por ley orgánica. El tercero es la *proporcionalidad*, por la cual la medida adoptada debe ser idónea, necesaria y proporcional en función al fin que se pretende alcanzar.

El cuarto es el de la *jurisdiccionalidad*, según el cual se exige que toda medida sea emitida por un órgano jurisdiccional. El quinto se sustenta en la *motivación de las resoluciones* que, para el caso de las medidas de investigación corporal, debe ser una motivación especial; no basta indicar la sola *ratio decidendi* de la decisión adoptada, sino que, además, es necesario señalar el razonamiento seguido el Juez para determinar que la medida ha superado el juicio de proporcionalidad.

Un vacío se genera en torno al *consentimiento* del sujeto sometido a estas prácticas. Al respecto, consideramos que las medidas de investigación corporal son obligatorias, por lo que puede ordenarse su ejecución de forma coactiva (es decir, aún en contra del que se encuentra sometido a la diligencia) siempre y cuando sea imprescindible, su forma de ejecución no resulte desproporcionada (atendiendo a las circunstancias del caso) y siempre que se traten de diligencias que no requieran la colaboración activa del imputado.

No es justificable dejar la decisión de perseguir y/o prevenir los delitos a la discrecionalidad de un particular. No debemos olvidar además que la decisión de adoptar medidas coactivas se condice con el deber de todo ciudadano de colaborar con los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Como hemos adelantado, la superación de estos requisitos legitimaría la limitación del derecho fundamental -como el de la intimidad u otro- y, consecuentemente, la imposición de la medida de investigación corporal a un caso en concreto. En lo que sigue analizaremos la figura del cacheo y cómo puede practicarse cumpliendo con los anteriores presupuestos antes

mencionados. Solo decir que, en caso de que su práctica sea legítima, podrá ser utilizada en el proceso penal como un medio de prueba que, una vez debatida en juicio oral, puede ayudar a fundar una sentencia condenatoria si fuere el caso.

## *Diligencia del cacheo*

### 1. Concepto

El cacheo es una diligencia de investigación de restricción de derechos fundamentales, en específico, una de *inspección corporal*<sup>20</sup> que, si bien su objeto es el cuerpo del sujeto, lo será sólo en su parte externa (sus contornos)<sup>21</sup>. La diligencia es atribuida a la Policía Judicial<sup>22</sup> y consiste, esencialmente, en palpar el contorno del cuerpo por encima de la ropa con el fin de descubrir instrumentos, huellas u otro elemento de interés sobre la posible comisión de un delito<sup>23</sup>.

El Tribunal Supremo también ha reconocido el fin de esta medida al indicar que el cacheo es “el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito”<sup>24</sup>.

---

20 LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M., “Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial: el caso del cacheo”, En: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/832/730>, p. 3.

21 HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999, p. 414.

22 El Tribunal Supremo, mediante la sentencia 432/2001, de 16 de marzo, ha reconocido que el cacheo es una *obligación* de la Policía. Así, indica: “no es que la policía tenga la facultad de cachear cuando hay sospechas de la comisión de una infracción penal, es que está obligada a hacerlo en cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo a fin de ‘investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos prueba del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal’ [art. 11.1.g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo]”. STS 431/2001, 16 de marzo, citado por URIARTE VALIENTE, L. M. / FARTO PIAY, T., *El proceso penal español: Jurisprudencia sistematizada*. Ed. La Ley. Madrid, 2007, p. 202.

23 PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, op. cit.*, p. 292.

24 Tribunal Supremo, citado por PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales, op. cit.*, p. 292.

## 2. Marco normativo

La diligencia del cacheo no se encuentra regulada expresamente en la legislación española; sin embargo, tanto la doctrina<sup>25</sup> como la jurisprudencia<sup>26</sup> presentan como marco normativo a los siguientes cuerpos legales:

a) El art. 11.1.f y g de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>27</sup> reconoce a sus miembros, entre otras, las siguientes misiones: “f) Prevenir la comisión de actos delictivos” y “g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”.

b) El art. 19.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>28</sup> establece: “Para el descubrimiento y detención de los participantes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentre en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Respecto al requisito de la *previsión legal* de la medida, consideramos que la regulación positiva expuesta no cumple a cabalidad las exigencias de

25 GÓMEZ AMIGO, *Las intervenciones corporales*, op. cit., p. 108. Así también, PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, op. cit., p. 292.

26 En la STS 352/2006, de 15 de marzo (Fj. 1) indica que los supuestos de cacheo externo son injerencias policiales que se encuentran legitimadas por la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, cuyo artículo 11.1.f) y g) impone a sus miembros el deber y otorga facultad de realizar esta clase de actuaciones siempre que, atendidas las circunstancias concurrentes, esas diligencias no revistan caracteres de desproporcionadas o arbitrarias, sino racionalmente adecuadas a la prevención de actividades delictivas y a la seguridad de la colectividad. Por otro lado, en la STS 1519/2000, de 06 de octubre (Fj. 5) ha establecido que el cacheo constituye una diligencia policial legalmente amparada en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/92, y que se trata de un comportamiento policial de averiguación absolutamente proporcionado, razonable y lícito en el que el agente actúa dentro del ámbito legítimo de sus funciones.

27 LO 2/1986, de 13 de marzo.

28 LO 1/1992, de 21 de febrero.

este presupuesto, debido a que no se delimita su contenido ni se establecen los requisitos para su ejecución.

Sin embargo, el dictado de este tipo de medidas en un caso en concreto no quiere decir que dichas medidas sean consideradas *per se* ilegítimas, sino que, como también ya habíamos indicado, su legitimidad se condicionará a la superación del juicio de proporcionalidad. Sólo así se podrá concebir que la medida ha sido adoptada y ejecutada conforme a los principios constitucionales y que, consecuentemente, la injerencia en los derechos fundamentales (que dicha medida suponga) es legítima.

A pesar de ello, esta deficiencia normativa aún existe e impone al legislador el deber cumplir con esta deuda con suma urgencia a fin de otorgar mayor seguridad en el ámbito de actuación y responsabilidad que, en este caso, corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad.

En esta labor de delimitación del contenido de las medidas de intervención, así como del establecimiento de sus requisitos, la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional han jugado un papel importante.

### 3. Presupuestos

Como ya hemos apuntado, dada la actividad de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad: prevención y persecución del delito (que sería el *fin constitucionalmente legítimo*), estos agentes deben ostentar facultades suficientes para requerir a los ciudadanos que se detengan, que se sometan a un interrogatorio e, incluso, a un cacheo. Esta situación, explica Pérez Marín, conlleva a que, normalmente, los cacheos sean ejecutados sin una resolución judicial habilitante, esto es lo que hemos definido como excepción a la *reserva jurisdiccional*<sup>29</sup>.

Debido a esta excepción, el referido autor considera que la diligencia debe rodearse de una serie de garantías y exige tener en cuenta una rigurosa aplicación del principio de proporcionalidad a fin de evitar la lesión a algún derecho fundamental<sup>30</sup>. Estas garantías se encontrarían representadas por los requisitos y presupuestos que condicionan el dictado de la medida; estos

---

29 PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, op. cit., p. 292.

30 PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, op. cit., p. 293.

requisitos no los encontramos en el marco normativo que expusimos líneas arriba.

Sin embargo, el Tribunal Supremo cubre este vacío legislativo al indicar que la diligencia del cacheo puede practicarse de modo legítimo si encuentra su justificación en una sospecha razonable de la comisión de un delito<sup>31</sup> que revista cierta gravedad<sup>32</sup>, y además, si para su práctica se cumplen tres requisitos: a) que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo, b) que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en un sitio reservado, y c) que la modalidad de su ejecución no suponga posturas o situaciones degradantes o humillantes<sup>33</sup>.

En la sentencia 677/2009, el Tribunal Supremo también exige –a modo de requisito– que la diligencia del cacheo, que supone *per se* una detención, se justifique por el tiempo empleado, que debe ser solo el imprescindible, para su realización<sup>34</sup>.

Estas exigencias se constituirán en los requisitos que justificarían la adopción y ejecución de la medida; asimismo, constituirán los elementos que servirán de base para determinar si la diligencia ha sido practicada superando *el juicio de proporcionalidad*. De ser así, la diligencia del cacheo y la afectación a los derechos fundamentales que ella supone deben ser tenidas por legítimas.

Sobre este último aspecto (el juicio de proporcionalidad), cabe recordar que en aquellos casos en los que la medida de investigación corporal se practica sin autorización judicial, como es el caso de la diligencia del cacheo, el referido juicio se realiza en dos momentos.

El primero, al momento de la realización de la diligencia del cacheo por parte de los agentes autorizados; el segundo, al momento del control jurisdiccional de dicha diligencia por parte del órgano judicial. Este segundo juicio-control tiene como fin evitar la arbitrariedad de la autoridad que practicó el cacheo, ya que en dicho control se revisará si la medida se ha ejecutado conforme al principio de proporcionalidad.

Creemos que así también lo exige el art. 19.2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana cuando establece que “[e]l resultado

---

31 STS 677/2009, de 16 de junio (Fj.2).

32 LOMBARDERO EXPÓSITO, *Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial*, *op. cit.*, p. 17.

33 STS 352/2006, de 15 de marzo (Fj. 1).

34 STS 677/2009, de 16 de junio (Fj. 2).

de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal”, quien, luego, de darse el caso, lo presentará al órgano jurisdiccional.

Indica Banacloche Palao que el artículo en mención tendrá siempre su aplicación “si la actuación da como resultado la obtención de un elemento que pueda relacionarse con la comisión de un delito; de lo contrario, sólo habría que dejar constancia de la actuación en general”<sup>35</sup>.

Ahora bien, dado que la práctica de la diligencia del cacheo no supone, en términos estrictamente procesales, un desequilibrio que –como reconoce el Tribunal Constitucional– amerite la asistencia letrada para garantizar la igualdad entre las partes (derecho de defensa), no se requerirá la presencia de un abogado defensor en una concreta diligencia<sup>36</sup>.

De la misma opinión es el Tribunal Supremo, quien se ha expresado del siguiente modo: “aunque la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (artículos 17.3 y 24 de la Constitución) en todas las diligencias judiciales y policiales, es cierto que de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos los actos introductorios.

En los demás actos procesales, en los que no es necesario garantizar la contradicción, la intervención del defensor no deviene obligatoria”<sup>37</sup>. Sobre la diligencia del cacheo en concreto indica lo siguiente: “Y en la sentencia 525/2000, de 31 de marzo, que examina un supuesto de cacheo, declara que no procede exigir la presencia de letrado y demás garantías inherentes a la detención. Y aun tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones: a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; b) porque la presencia de Letrado no supone un ‘plus’ de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al

---

35 BANACLOCHE PALAO, J., “Capítulo VI: Las diligencias de investigación restrictivas de los derechos fundamentales”. En BANACLOCHE PALAO / ZARZALEJOS NIETO, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2010, p. 159.

36 STS 525/2000, de 31 de marzo (Fj. 2). Así mismo, STS 168/2001, de 9 de febrero (Fj. 2).

37 STS 352/2006, de 15 de marzo (Fj. 1).

cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos el test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia; c) el derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo”<sup>38</sup>.

En caso de negativa por parte del sometido a la diligencia, conforme hemos ya indicado, procedería la ejecución coactiva<sup>39</sup>, siempre que el uso de la fuerza para la ejecución coactiva de las medidas sea imprescindible, y que su forma de ejecución no resulte desproporcionada (atendiendo a las circunstancias del caso).

#### 4. Sobre la afectación de derechos fundamentales: la libertad, la intimidad y la presunción de inocencia

La práctica de la diligencia del cacheo entra en conflicto con el *derecho a la libertad*. Ello a razón de que el cacheo, para su ejecución, requiere necesariamente la detención del sujeto.

El Tribunal Supremo ha dejado sentado que las diligencias de cacheo, en tanto que hayan sido adoptadas de modo legítimo, no pueden afectar de manera grave al derecho a la libertad ambulatoria de las personas, en todo caso, es una afectación legítima.

En primer lugar, porque la diligencia del cacheo no puede equipararse a la detención procesal. La jurisprudencia ha señalado que, si bien el cacheo supone la detención de la persona, esta última no es la misma detención que se regula en los arts. 490 y ss. de la LECrim<sup>40</sup>. Así también lo entendido Pérez Marín al considerar que “la diligencia del cacheo implica una breve medida coactiva que solo afecta a la libertad ambulatoria y su efecto es muy reducido, motivo por el cual no se puede equiparar a una detención formal y tampoco se le aplicarán los requisitos exigidos para las detenciones propiamente dichas”<sup>41</sup>.

38 STS 352/2006, de 15 de marzo (Fj. 1).

39 BANACLOCHE PALAO, “Capítulo VI: Las diligencias de investigación”, *op. cit.*, p. 161.

40 Por ende, las exigencias previstas para la estimación de la detención, así como la aplicación del art. 17 CE y los derechos del art. 520 LECrim no pueden ser aplicadas a las diligencias del cacheo, pues la detención que supone la diligencia del cacheo, es distinta a la detención que se recoge en los art. 490 y ss. de la LECrim. PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, *op. cit.*, p. 294.

41 PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, *op. cit.*, p. 295.

Esta diferencia cualitativa que gira en torno a la afectación mínima de libertad ambulatoria –pues se trata de una restricción de la libertad por un *tiempo imprescindible*– permite sostener que la diligencia del cacheo no afecta ilegítimamente el citado derecho.

Y, en segundo lugar, se exige que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad ejecuten la medida respetando el principio de proporcionalidad. “No podemos olvidar que la profesionalidad y la experiencia de los Agentes de Policía, les faculta para distinguir y valorar las razones que justifican este tipo de medidas”<sup>42</sup>. Aunque, siempre hay que reconocer que la *previsión legislativa* que delimite la actuación de estos agentes daría mayor seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo, mediante la sentencia del 15 de abril de 1993, ha indicado lo siguiente: “el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, así como el derecho de los españoles a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización, y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía”<sup>43</sup>.

Respecto al *derecho a la intimidad*, el Tribunal Supremo tampoco ha considerado que las diligencias de cacheo lo afecten, pues la diligencia *per se* no alcanza un elemento subjetivo íntimo. Así, indica lo siguiente: “tampoco se ve afectado el derecho a la intimidad personal que consagra el artículo 18.1 de la Constitución Española. Se trata de una denominada intervención corporal con finalidad de búsqueda y aprehensión de los efectos de trascendencia de un registro anal o vaginal (...) o como señalan otras resoluciones del principal intérprete de nuestra Constitución Española no alcanza a un elemento subjetivamente íntimo”<sup>44</sup>.

Para resguardar la intimidad, Pérez Marín considera la diligencia del cacheo debe cumplir con los siguientes tres requisitos: a) que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo, b) que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en un sitio reservado, y c) que la modalidad de su

---

42 PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, op. cit., p. 297.

43 STS 1243/1993, de 15 de abril (Fj. 6).

44 STS (s/n)/1993, de 15 de enero (Fj. 2).

ejecución no suponga posturas o situaciones degradantes o humillantes<sup>45</sup>. A estos, consideramos que debe agregarse un cuarto requisito: el del tiempo imprescindible para su ejecución.

Teniendo en cuenta ello, si la diligencia del cacheo se realiza en la vía pública, es fundamental que el agente policial realice el cacheo, según la intensidad y el alcance corporal, en una zona reservada de modo que se garantice la protección de la intimidad del sujeto pasivo frente a terceros ajenos a dicha situación.

Sobre este supuesto, el Tribunal Supremo ha indicado que “el registro corporal de un sospechoso de la comisión de un delito en la vía pública no constituye un trato degradante, pues está legalmente autorizado, en tanto la ley no exige que la diligencia sea realizada con privacidad”<sup>46</sup>. Es cuestionable la fundamentación de esta sentencia, pues, en todo caso, dicha privacidad debe ser estimada en un caso en concreto por exigencia del principio de proporcionalidad.

En torno al principio de *presunción de inocencia*, los medios probatorios que han sido obtenidos afectando derechos fundamentales mediante la realización de una diligencia de investigación corporal constituirán prueba ilícita (art. 11.1 LOPJ), por lo que no podrán ser introducidos en el proceso ni valorados por el Juez, ni tendrán la capacidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

En el caso de las diligencias del cacheo, la presunción de inocencia, vista como regla probatoria, exige que dichas diligencias sean practicadas cumpliendo todos los presupuestos antes expuestos. De proceder como se indica no se vulnerarían ningún derecho fundamental; por tanto, los medios probatorios obtenidos a través del cacheo podrían ser usados en el proceso, y tendrían la capacidad de poder desvirtuar la presunción de inocencia y sostener una sentencia condenatoria<sup>47</sup>.

---

45 PÉREZ MARÍN, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales*, op. cit., pp. 298-299. En ese mismo sentido STS 792/2001, de 26 de abril, citado por URIARTE VALIENTE / FARTO PIAY, *El proceso penal español*, op. cit., p. 205; así también, STS 525/2000, de 31 de marzo (Fj. 2).

46 STS 1781/2002, 18 de diciembre (Fj. 1).

47 GÓMEZ AMIGO, *Las intervenciones corporales*, op. cit., pp. 18-24.

## Conclusiones

Las intervenciones o, mejor dicho, las investigaciones corporales son *medidas restrictivas de derechos fundamentales que, en concreto, constituyen injerencias sobre el cuerpo de las personas* que se practican con el fin de descubrir elementos o datos que permitan esclarecer unos hechos de naturaleza delictiva (cómo acontecieron y quienes participaron) que vienen siendo investigados a nivel preliminar-policial o judicial.

La adopción de las medidas de investigación corporal supone necesariamente la restricción de varios derechos fundamentales (libertad, integridad, intimidad, dignidad, entre otros). Estas restricciones serán legítimas siempre que dichas medidas se practiquen cumpliendo determinados requisitos y procedimientos.

Debido a la deficiente regulación que presenta el ordenamiento español en materia de medidas de investigación corporal, la doctrina y jurisprudencia han elaborado unos requisitos que son de obligatorio cumplimiento para todas las medidas de investigación corporal: a) fin constitucionalmente legítimo, b) legalidad, c) proporcionalidad, d) jurisdiccionalidad, y e) motivación de las resoluciones.

Respecto a la diligencia del cacheo, observamos que no existe propiamente un marco legal que establezca el concepto o presupuestos para la adopción de la medida. No obstante, el Tribunal Supremo cubre este vacío legislativo al indicar que la diligencia del cacheo puede practicarse de modo legítimo si encuentra su justificación en una sospecha razonable de la comisión de un delito que revista cierta gravedad, y además, si para su práctica se cumplen tres requisitos: a) que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo, b) que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en un sitio reservado, y c) que la modalidad de su ejecución no suponga posturas o situaciones degradantes o humillantes.

El mismo Tribunal Supremo también exige –a modo de requisito– que la diligencia del cacheo, que supone *per se* una detención, se justifique por el tiempo empleado, que debe ser solo el imprescindible, para su realización. Estas exigencias se constituirán en los requisitos que justificarían la adopción y ejecución de la medida; asimismo, constituirán los elementos que servirán de base para determinar si la diligencia ha sido practicada superando *el juicio de proporcionalidad*. De ser así, la diligencia del cacheo y la afectación a los derechos fundamentales que ella supone deben ser tenidas por legítimas.

En vista de todo lo expuesto, si la diligencia del cacheo supone *per se* la injerencia a varios derechos fundamentales (la intimidad, la libertad, la presunción de inocencia, entre otros), el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos –por ley o jurisprudencialmente– hacen legítimas dichas injerencias, por lo que las prácticas de este tipo de diligencias también lo son (legítimas) y, consecuentemente, podrá ser utilizada en el proceso penal como un medio de prueba, pudiendo incluso, una vez debatida en juicio oral, determinar la emisión de una sentencia condenatoria si fuere el caso.

### *Bibliografía y jurisprudencia citada*

#### 1. Bibliografía

- BANACLOCHE PALAO, J., “Capítulo VI: Las diligencias de investigación restrictivas de los derechos fundamentales”. En BANACLOCHE PALAO / ZARZALEJOS NIETO, *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Ed. La Ley. Madrid, 2010.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal: inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*. Ed. Trivium. Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*. Ed. Civitas-Thompson. Madrid, 2012.
- GÓMEZ AMIGO, Luis, *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2003.
- HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Bosch. Barcelona, 1999.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M., “Conflicto entre derechos fundamentales e investigación policial: el caso del cacheo”. En <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/832/730>
- MARTÍN GARCÍA, P., “Concepto básicos sobre la eficacia de la prueba”. En MARTÍN GARCÍA (Dir.), *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006.
- MATALLÍN EVANGELIO, Á., *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- MONTÓN REDONDO, A., “Lección 9.ª: Los actos de investigación en particular”. En MONTERO AROCA / GÓMEZ COLOMER / MONTÓN REDON-

- DO / BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional III*. Tirant lo Blanch, 19ª ed. Valencia, 2011.
- MORENO CATENA, V., “Lección 15: Actos de investigación”. En MORENO CATENA / CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2012.
- PÉREZ MARÍN, M. Á., *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- URIARTE VALIENTE, L. M. / FARTO PIAY, T., *El proceso penal español: Jurisprudencia sistematizada*. La Ley. Madrid, 2007.

## 2. Jurisprudencia

- STC 171/2000, de 26 de junio.
- STC 207/1996, de 16 de diciembre.
- STS (s/n)/1993, de 15 de enero.
- STS 1243/1993, de 15 de abril.
- STS 1519/2000, de 06 de octubre.
- STS 168/2001, de 9 de febrero.
- STS 1781/2002, 18 de diciembre.
- STS 352/2006, de 15 de marzo.
- STS 431/2001, 16 de marzo.
- STS 525/2000, de 31 de marzo.
- STS 677/2009, de 16 de junio.
- STS 707/2008, de 30 de octubre.
- STS 792/2001, de 26 de abril.

CAPÍTULO IV  
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CONTEXTO DE LAS NUEVAS  
TECNOLOGÍAS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

Zoila Macavilca Román  
Lima, Perú

*La revolución informática y la necesidad de proteger  
el derecho a la intimidad*

El desarrollo de la informática y la invención de la Internet causaron un cambio radical en la manera de entender las comunicaciones y la difuminación de las barreras de espacio y tiempo. No sólo ello, también conllevó la afectación de una serie de derechos que se creían protegidos de manera tradicional y a salvo de cualquier intrusión ajena, obligando a su reformulación y, en consecuencia, a la creación de nuevos mecanismos de protección.

Este es el caso del derecho a la intimidad que a partir de estos avances se ha visto afectado por el uso de los sistemas informáticos; ello ha llevado que se recoja la protección de este bien jurídico a través –de manera adicional– de un derecho a la intimidad informática cuya expresión fundamental sería el derecho a mantener el anonimato en las comunicaciones por Internet.

Derecho a la libertad informática que implica tanto el derecho del individuo a negarse a brindar información sobre sí mismo y también a conocer información que concierne a su persona o personalidad; en suma, la facultad de controlar la identidad personal informática a través del consentimiento para preservar, acceder, o rectificar datos informativos referidos a la vida privada de las personas.

*El desarrollo del derecho a mantener la intimidad libre de intromisiones*

El derecho a la intimidad, recogido en el art. 18.1 de la Constitución española, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida,

frente a la acción y el conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o sólo particulares, y que sea necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana.

En ese sentido, el derecho fundamental a la intimidad personal otorga a su titular una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice, pues corresponde a cada persona establecer el ámbito de intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno<sup>1</sup>.

Así, el derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos. En relación con ello, la intimidad no debe reducirse a no ser molestado o a evitar que algunos aspectos de su vida sean conocidos por los demás, sino que también abarca el derecho a controlar el uso que otros hagan de la información concerniente a sí mismo, de manera que la intimidad es la zona de reserva, libre de intromisiones que rodea al individuo.

Esta concepción de la intimidad, naturalmente, se ha visto reformulada con la aparición de la informática y el desarrollo de las nuevas tecnologías y la Internet. Así, el derecho a la intimidad cobra una dimensión distinta al hacer énfasis en garantizar la intrusión no consentida sobre aspectos de la vida que uno reserva para sí mismo, además de proteger el desarrollo de la libre personalidad.

En efecto, la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación conlleva a la necesidad de reflexionar sobre la función del derecho para proteger la intimidad o vida privada, así como la identidad de las personas, como garantía de un desarrollo libre y digno de la personalidad; ello debido a que las personas en su vida cotidiana generan diferentes datos o información como el uso de las tarjetas de crédito, movimientos de cuentas bancarias, registro de viajes, declaraciones juradas ante instituciones públicas, solicitudes de ingreso o de trabajo ante instituciones públicas o privadas, los que ordenados y sistematizados por la computadora permiten obtener un

---

1 Conforme a Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español recaída en las Sentencias 115/2000, de 10 de mayo, fundamento jurídico 4; 185/2002, de 14 de octubre, fundamento jurídico 3; 206/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 5; 17/2013, de 31 de enero, fundamento jurídico 14; y 176/2013, de 21 de octubre, fundamento jurídico 7.

perfil de comportamiento de la persona que, de ser accedido de manera ilícita y/o no consentida, vulnera la intimidad y la libertad de las personas.

Atendiendo a lo expuesto líneas arriba, debemos resaltar lo señalado por el Tribunal Constitucional Español en el fundamento jurídico 7 de la Sentencia N° 176/2013:

“lo que el art. 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada”.

Este derecho ha venido desarrollándose de tal forma que en nuestros días se perfila con una nueva concepción que entiende a la privacidad como presupuesto para el ejercicio de otros derechos también fundamentales como la libertad de pensamiento, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa y aspectos sociales y económicos.

Lo anterior deja claramente establecido que el concepto de la intimidad evoluciona o cambia constantemente en función al desarrollo tecnológico de los sistemas informáticos; y es que anteriormente se definía como el derecho a ser dejado a solas o a la no intromisión en los personales o familiares de un individuo sin su autorización; actualmente, se concibe como el derecho del individuo a decidir si guarda secreto sobre aspectos de su identidad o si desea compartir los hechos de su vida personal o familiar, siendo de fundamental relevancia que se regule el acceso no autorizado a bases de datos que contengan información reservada.

En efecto, como afirma el profesor López Ortega, la concepción del derecho a la intimidad ha sufrido un cambio, ha pasado de ser el derecho a ser dejado solos –al aislamiento, al secreto– a una consideración de control sobre las informaciones que puedan existir sobre uno mismo.

Identificándose la intimidad con la denominada “*capacidad de control de las informaciones*” que otras personas puedan obtener sobre uno mismo, como bien señala el autor una “*capacidad de determinar cómo, cuándo y en qué medida se comunica información a otros*”.<sup>2</sup>

---

2 LÓPEZ ORTEGA, J. J. *Intimidad informática y Derecho Penal (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)*. En: *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial IX. Madrid, 2004, pp. 110-111.

*El surgimiento del derecho al anonimato como correlato del derecho a la intimidad*

Es dentro de este contexto que surge el concepto de intimidad informática, cuyo ámbito de aplicación es la protección de las personas frente a la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión de datos personales. A la par de ello, resulta de particular importancia y es manifestación del derecho a la intimidad informática la necesidad de establecer fundamentos para la regulación y protección de los datos personales.

Esta concepción, debido a la difusión del uso de ordenadores, lleva a una reformulación del concepto de intimidad para concebirlo como un derecho del individuo a decidir en qué medida quiere compartir con otros sus sentimientos y pensamientos así como su vida personal.<sup>3</sup>

Por su parte, dada la enorme complejidad de desarrollar una efectiva protección en un ámbito que ya no es cerrado y de fácil control, conforme era antiguamente en que los límites no eran tan difusos, el profesor López Ortega enuncia que la esencial manifestación sería la defensa del anonimato en Internet y que es el resultado de aplicar conjuntamente el derecho al secreto de las comunicaciones y al de intimidad en su versión informática, consistiendo en el derecho a no ser reconocido mientras haga su tránsito por la red<sup>4</sup>.

De conformidad con lo expuesto, como bien sabemos la internet es considerada como un medio para la libertad, debido principalmente a que los sujetos pueden difundir libremente sus ideas. En relación a ello, cabe válidamente preguntarse cómo se encuentra protegida la privacidad de los usuarios, al respecto podemos señalar que:

“Los usuarios encuentran protección a su privacidad por el anonimato de la comunicación en Internet, como también por la dificultad de rastrear las fuentes e identificar el contenido de los mensajes transmitidos por medio de los protocolos de Internet”<sup>5</sup>.

Esta circunstancia fáctica es la primera aproximación que tenemos a lo que es la expresión de un Derecho Fundamental aplicado al mundo de la informáti-

---

3 GONZÁLES MANTILLA, G. “El derecho a la intimidad y a la informática”. En *Themis-Revista de Derecho de Perú*, n° 26, 1993, p. 70.

4 LÓPEZ ORTEGA, *Intimidad informática y Derecho Penal (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)*, op. cit., p. 111.

5 CASTELLS, M. *La Galaxia Internet*. Ed. Areté. Barcelona, 2001, p. 193.

ca, en el que se vislumbra la preocupación por el usuario, para la protección de su dignidad y a su intimidad personal.

Este derecho al anonimato ha sido desarrollado de manera sucesiva por diversas directivas de la Unión Europea, así tenemos:

Directiva 31/2000 - Unión Europea:

En el considerando décimo quinto de la mencionada Directiva se señala que:

*“(...) los Estados miembros deben prohibir cualquier forma de interceptar o vigilar esas comunicaciones por parte de cualquier persona que no sea su remitente o su destinatario que esté legalmente autorizada”<sup>6</sup>*

Aquí se hace referencia clara a la inviolabilidad de las comunicaciones, cobrando especial importancia el sigilo y secreto que corresponde al ámbito de las comunicaciones electrónicas, las que deben mantenerse en el anonimato, y si bien no se reconoce el derecho como tal, si se atiende a su protección.

Directiva 58/2002 - Unión Europea:

De manera preliminar, debemos señalar que en su considerando noveno se hace una referencia a la importancia del tratamiento en forma anónima de los datos personales. Es así como se señala que:

*“Los Estados miembros, los proveedores y usuarios afectados y las instancias comunitarias competentes deben cooperar para el establecimiento y el desarrollo de las tecnologías pertinentes cuando sea necesario para aplicar las garantías previstas en la presente Directiva y teniendo especialmente en cuenta el objetivo de reducir al mínimo el tratamiento de los datos personales y de tratar la información de forma anónima o mediante seudónimos cuando sea posible”<sup>7</sup> (énfasis nuestro)*

Es decir, se comprende la idea del anonimato como medio para proteger otras garantías que la Directiva propone. En este sentido, que la información sea

---

<sup>6</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

<sup>7</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

tratada en forma anónima sirve para salvaguardar los derechos fundamentales garantizados por los diversos Estados.

Sin embargo, es en su artículo sexto que se establece la base para la protección de este derecho al anonimato. En él se señala lo siguiente:

“Artículo 6. Datos de tráfico

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2,3 y 5 del presente artículo y en el apartado 1 del artículo 15, los datos de tráfico relacionados con abonados y usuarios que sean tratados y almacenados por el proveedor de una red pública de comunicaciones o de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sea necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación.”

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información:

En la Ley de la Sociedad de la Información en su artículo 12 número 2 inciso tercero se refiere a la importancia del correcto manejo del secreto las comunicaciones. En efecto, la citada disposición señala:

“En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos”<sup>8</sup>

En el presente caso se habla del acceso no autorizado. Para alcanzar dicho fin se brindan a los usuarios diversas herramientas tecnológicas de protección de la privacidad. Ello como respuesta al desarrollo de la vigilancia, buscando métodos que contrarresten su actuación y que, a su vez, permitan restaurar cierto equilibrio entre la seguridad y la libertad; aquí surge un nuevo ámbito de preocupación para el Estado puesto que es altamente probable que estas herramientas sean usadas con fines ilícitos.

### *Acerca de la protección penal del derecho a la intimidad*

En respuesta a las diversas manifestaciones de cibercrimen, entre ellas muchas

---

<sup>8</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Artículo 12 n° 2, inciso 2°.

que afectan el derecho a la intimidad, corresponde a la Política Criminal de cada Estado la toma de decisiones sobre la protección de los derechos ya enunciados y, más aún, es responsabilidad del Estado señalar si esta protección se brindaría a través del Derecho Penal. Esta decisión política debe tener en cuenta los principios que deben regular y justificar la intervención penal, basándose en los principios de lesividad y de fragmentariedad del derecho penal.

Al respecto, en el ordenamiento jurídico español se ha regulado la protección del derecho a la intimidad a través de la incorporación del artículo 197<sup>o</sup> en el Código Penal:

#### “CAPÍTULO I

Del descubrimiento y revelación de secretos

Artículo 197.

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. (...)”

Aquí surgen una serie de polémicas, la que nos resulta particularmente interesante es el hecho de que quedaría aparentemente impune la conducta de aquel que hace actos de *hacking* sin otro propósito de meramente acceder de manera subrepticia, sin que tenga por finalidad última vulnerar la intimidad del otro conforme o cualquier otro bien jurídico como lo exige una interpretación teleológica del tipo penal<sup>9</sup>.

---

9 Esta problemática es abordada de manera más detallada por el profesor LÓPEZ

Esta misma problemática la encontramos en la regulación establecida en el ordenamiento jurídico peruano. En efecto, conforme se observa del artículo 154° del Código Penal Peruano se exige una violación de la intimidad personal, de la siguiente manera:

“Artículo 154.- El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.”

En ese sentido, resulta de particular importancia que se regulen conductas que tengan de por sí, como bien jurídico vulnerado, el de la seguridad, integridad y disponibilidad de sistemas informáticos. Así, esta conducta de intromisión en un sistema informático, podría ser considerada como una tentativa de acuerdo al ordenamiento español vigente, pasaría a ser concebida como un delito autónomo que no precisa que se vulnere un bien jurídico como intimidad, honor, etc., sino el peligro abstracto de afectar la fiabilidad de estas redes informáticas.

Ello de la mano con lo establecido en el Convenio de Europa sobre Cibercriminalidad del año 2002 que aboga por considerar el intrusismo como figura autónoma sin necesidad de un elemento subjetivo, lo cual resulta coherente, ya que esta actuación es la infracción más básica a partir de la cual se realizan otras conductas más gravosas.

Esta solución, propuesta por el profesor López Ortega, resulta la más coherente y debería ser aplicada también en el ordenamiento jurídico peruano con la finalidad de criminalizar estas conductas y evitar la impunidad, más aún con el desarrollo de nuevas tecnologías que facilitan estos actos de intromisión y la dificultad de probar el elemento subjetivo en este tipo de delitos.

Por otro lado, y de la mano con esta nueva concepción de la intimidad en tiempos de tecnología, que como señalamos va de la mano con la posibilidad de controlar la información que pueda ser de conocimiento de terceros, se encuentra el reconocimiento jurisprudencial del derecho fundamental a

---

ORTEGA, *Intimidad informática y Derecho Penal (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)*, op. cit., pp. 118 y ss.

la autodeterminación informativa que ofrece protección frente a la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos de carácter personal.

En relación a ello, podemos definir la autodeterminación informativa como:

“(...) el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, nuestra dignidad y libertad. En su formulación como derecho, implica necesariamente poderes que permitan a su titular definir los aspectos de su vida que no sean públicos, que desea que no se conozcan, así como facultades que le aseguren que los datos que de su persona manejan terceros informáticamente son exactos, completos y actuales, y que se han obtenido de modo leal y lícito”<sup>10</sup>.

Este planteamiento doctrinal fue luego recogido por el Tribunal Constitucional Español, que en el fundamento jurídico 5 de la STC 292/2000 señaló el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, o a la autodeterminación informativa, que, de la interpretación del artículo 18.4 de la Constitución Española, es considerada como un derecho autónomo dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad:

“Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”.

En su fundamento sexto, dicha sentencia delimita el contenido de este derecho a la autodeterminación informativa del contenido del derecho a la intimidad, de la siguiente manera, ya que el primero mencionado alcanza:

---

<sup>10</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 32.

“(…) a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento empleado por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.

En el mismo fundamento se describe el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, el cual es de particular importancia y desarrollo en la actualidad y que, a su vez, incluye un bloque de garantías y facultades que se traduce en determinadas obligaciones de hacer. Se trata del derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelarlos<sup>11</sup>. La protección de los datos personales tiene su particular desarrollo en su normativa correspondiente.

En ese sentido, podemos apreciar cómo la nueva concepción del derecho a la intimidad ha dado pie a que se desarrolle toda una normativa sobre los datos personales, los cuales pueden contener información personalísima, cuya propagación afectaría directamente el derecho a la intimidad, así como información pública que igualmente es ávida de conocer por terceros y que configuran la identidad digital de las personas que también debe ser protegida de ataques ilícitos.

Todo esto sigue aún en constante evolución por lo que no descartamos que en un futuro con el desarrollo de las nuevas tecnologías se produzca un cambio en la concepción del derecho a la intimidad, de manera que el Derecho penal debe estar atento para la protección de las conductas más lesivas y que merezcan su intervención.

---

<sup>11</sup> MARTÍNEZ, R. “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”. En *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 5. UOC, p. 50.

### Conclusiones

- El desarrollo de la informática y –sobre todo– la invención de la Internet motivaron el surgimiento de nuevas herramientas legales para proteger el derecho a la intimidad.
- El derecho a la intimidad otorga una facultad negativa que impone el deber de abstenerse de intromisiones, configurando un derecho al secreto.
- El derecho al anonimato fue consecuencia de una protección de la privacidad de las personas en la comunicación mediante Internet.
- El derecho penal ha pasado a proteger el derecho a la intimidad mediante la creación de tipos penales exclusivos.
- El desarrollo jurisprudencial y legislativo del derecho a la intimidad llevó a definir un derecho a la autodeterminación informativa que se ha visto protegido por determinada legislación de datos personales.

### Bibliografía

- LÓPEZ ORTEGA, J. J. *Intimidad informática y Derecho Penal (La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)*. En: Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías. Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial IX. Madrid, 2004.
- GONZÁLES MANTILLA, G. “El derecho a la intimidad y a la informática”. En *Themis-Revista de Derecho de Perú*, nº 26, 1993.
- CASTELLS, M. *La Galaxia Internet*. Ed. Areté. Barcelona, 2001.
- MURILLO DE LA CUEVA, P. L. *Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*. En: Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993
- MARTÍNEZ, R. “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”. En *Revista de Internet, Derecho y Política*. nº 5, 2016.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio

de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Artículo 12 n° 2, inciso 2º.

### Jurisprudencia

STC 115/2000, de 10 de mayo, fundamento jurídico 4.

STC 185/2002, de 14 de octubre, fundamento jurídico 3.

STC 206/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 5.

STC 17/2013, de 31 de enero, fundamento jurídico 14.

STC 176/2013, de 21 de octubre, fundamento jurídico 7.

## EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL NUEVO DELITO DE *SEXTING*

Miriam Sánchez Sánchez  
Castilla-La Mancha, España

### *La intimidad, un derecho fundamental. La compleja delimitación de su contenido*

El derecho a la intimidad fue consagrado por la Constitución Española en su artículo 18.1, dentro del Título I, capítulo II, Sección I. La enunciación del precepto comprende también el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se trata de un derecho que contiene a su vez derechos específicos que tienden a evitar intromisiones extrañas en estas áreas reservadas del ser humano, como son el derecho a la inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de la correspondencia, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, derecho a la propia imagen, derecho al honor, a la privacidad informática, a no participar en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente y derecho a no ser molestado.

También se relaciona con otros derechos, como el derecho a la no exteriorización del pensamiento e ideas como parte de la libertad de expresión, la libertad de religión y creencias, la libertad de procreación y de preferencia sexual, libertad de pensamiento y de preferencia política, así como otros derechos de índole familiar<sup>1</sup>.

El que estamos abordando en el presente análisis refleja, pues, una complejidad que ha hecho correr ríos de tinta sobre sus límites y los frecuentes supuestos en los que se ve afectado el derecho<sup>2</sup>. No obstante, el propio Tri-

---

1 SABATER, C., "Vidas de cristal. Análisis al derecho a la intimidad en la sociedad de la información". En *Insterticios. Revista sociológica de Pensamiento Crítico*, 2008, vol. 2 (1), nº 46. [www.insterticios.es/article/view/2202/1888](http://www.insterticios.es/article/view/2202/1888).

2 La amplitud de categorías que comprende el derecho a la intimidad ya se plantea en 1965 en el derecho norteamericano, con la primera sentencia que reconocía el derecho a la intimidad como derecho constitucional. Así, en la sentencia del caso *Grisworld vs Connecticut*, se declaró inconstitucional la ley del Estado de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos a las personas casadas y lo consideraba delictivo, como recuerda FAYOS GARDÓ, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 31-32.

bunal Constitucional en su Sentencia de 2 de diciembre 2000 restaba importancia al problema de la descripción del contenido del mismo, asegurando que el concepto de intimidad no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance.

El derecho a la intimidad está conformado, además, por una doble vertiente: una positiva, que pone el acento en el poder de control sobre la información que atañe a uno mismo y otra negativa, relativa a la capacidad de excluir a terceros de aquellos ámbitos que el sujeto considera reservados o secretos.

Como señala Hernández Fernández, el derecho fundamental protegido por el 18.1 CE faculta a su titular del ejercicio en negativo, para excluir a terceros del deber de abstención de intromisiones, salvo que exista una justificación fundada constitucionalmente y proporcionada, o consentimiento-autorización del afectado, tratándose de un «derecho activo de control sobre el flujo de informaciones que afecta a cada persona»<sup>3</sup>.

Como ha aseverado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, lo que protege el art. 18.1 es el padecimiento de que terceros revelen datos. La STC 134/1999, en su fundamento jurídico 5º (FJ 5º), afirma que «a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar».

A mayor abundamiento, la STC 176/2013 en el FJ 7º, recoge que «lo que el 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de la vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada».

Además de la prolija jurisprudencia emitida por el TC desarrollando el contenido del artículo objeto de nuestro estudio, destacan sentencias del Tribunal Supremo como la STS 5 de mayo 2000, en la que este afirma, en la misma línea de lo señalado por el TC, que «lo que el artículo garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, ya sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio».

De esta manera, destaca el poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia como pieza fundamental en

---

3 HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.; *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*. Colex. Madrid, 2009. pp. 147 y 148.

la protección del uso del derecho. Y sigue el Supremo afirmando que «para determinar la delimitación de lo que constituye la esfera protegida de lo reservado o íntimo, ha de estarse a la naturaleza de los actos y del entorno en que se realizan» (STS 8 julio 2004).

En el ámbito europeo, respecto al desarrollo del concepto y límites del derecho a la intimidad, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Von Hannover vs Alemania*, de sonora repercusión mediática, optó por una línea proteccionista estimando que hubo vulneración del derecho a la intimidad –relativo al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar– de Carolina de Mónaco.

Línea que ha discurrido siempre en total consonancia con el TC, que ha llegado a las mismas conclusiones prácticas que Estrasburgo: esto es, unos criterios básicos que precisan hasta qué punto la intimidad personal y el derecho a la propia imagen constituyen límites extrínsecos, ex art 20.4 CE, de la libertad de información<sup>4</sup>.

Desde la perspectiva civil, la legislación española ha desarrollado la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. No obstante, de acuerdo con la dificultad de delimitación a la que hacemos referencia, en esta no se incluye un *numerus clausus* de intromisiones ilegítimas.

Es por ello que la jurisprudencia admite vulneraciones de los derechos que no estén previstas en la ley, y para garantizar de una manera efectiva el derecho del art. 18.1 CE los Jueces y Magistrados han tenido que aplicar una interpretación extensiva («*alargar la ley*») del precepto<sup>5</sup>.

Es preciso hacer una mención en este sentido del caso particular referente a las nuevas tecnologías, las cuales han supuesto un escenario novedoso donde la repercusión de la vida privada en la esfera comunitaria ha experimentado un extraordinario desarrollo, algo que ni remotamente podría haberse imaginado en 1982, año en que fue promulgada esta ley.

---

4 SANTOS VIJANDE, J.M. y SERRANO HOYOS; *La protección Jurisdiccional, Civil y Penal, del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi. Navarra, 2005, p. 28.

5 CORDERO CUTILLAS, I. y FAYOS GARDÓ.; «Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI», En CORDERO CUTILLAS, I. y FAYOS GARDÓ (Coord); *Los derechos a la intimidad y privacidad en el siglo XXI*, Dykinson. Madrid, 2014, p. 30.

### *La intimidad en la era de Internet y las redes sociales*

Este nuevo escenario obliga a un replanteamiento de los límites del derecho a la intimidad. Como afirma López Ortega, el derecho a la intimidad en el espacio virtual no debe ser objeto de mayores restricciones de las que ya existen en el mundo real. Así pues, el sometimiento a los principios de proporcionalidad, adecuación y necesidad resulta esencial para poder hallar una solución equilibrada<sup>6</sup>.

Y citando a Morón Lerma, el mismo autor recuerda que «la conciencia de la limitada eficacia de las estrategias de control enderezadas a la prevención de delitos en Internet no puede conducir a la búsqueda de soluciones alternativas, inevitablemente destinadas a materializarse en genéricos y desproporcionados deberes de control, que, por otra parte, cercenarían la libertad de comunicación en Internet»<sup>7</sup>.

No ha de perderse de vista, por tanto, que se debe partir del necesario respeto a los derechos constitucionales. Fundamentalmente, debido a su importancia en el nuevo medio, el respeto a la libertad de expresión y la tutela de la intimidad<sup>8</sup>. Por ello, insiste el autor en que en ambos casos el criterio rector debe ser que en el ciberespacio no pueden imponerse límites más estrictos de los que ya rigen en el escenario físico.

El art 18.4 CE adelantaba que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos». El precepto está enunciado de una manera genérica y muy superficial, algo fácilmente comprensible si tenemos en cuenta la imposibilidad de conocer o prever en 1978 la descomunal expansión que iba a experimentar este mecanismo de comunicación de masas.

En este sentido, no podemos dejar de analizar brevemente el desarrollo que han supuesto los mecanismos de protección de datos en Internet. Las estadísticas de los últimos informes anuales de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) reflejan de manera significativa el aumento exponencial del número de denuncias vinculadas a lo que se conoce como derecho

---

6 LÓPEZ ORTEGA, J.J.; “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet. En *Cuadernos de derecho judicial*, nº 10, 2001, p. 95.

7 MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas ilícitas en la Red*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 128.

8 LÓPEZ ORTEGA, “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”, *op. cit.*, pp. 121-122.

al olvido en Internet, puesto que refleja el sentir de los ciudadanos respecto a las consecuencias negativas de noticias, datos e informaciones que sobre ellos aparecen en la Red.

La evolución legislativa a este respecto arranca en octubre de 1992, con la publicación de la Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal (LORTAD), acercándonos a la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, especialmente en el ámbito europeo.

Esta regulación parte de la realidad de que el uso de las TIC compromete algo más que la intimidad entendida en un sentido tradicional. Sin los límites que antes representaban el espacio y el tiempo, están amenazados desde una perspectiva completamente distinta la intimidad personal y familiar y el honor.

Una gran parte de la información y datos personales que circulan en la Red y se archivan electrónicamente se han suministrado voluntariamente por su titular, y esto constituye una de las singularidades de la exposición de la intimidad en la Red: existe consentimiento del titular.

Y esta cuestión, el consentimiento en la cesión de datos que afectan a la intimidad –al igual que veremos más adelante, aunque desde otra óptica, cuando analicemos la nueva figura delictiva conocida como *sexting*– ha sido y es un constante motivo de controversia.

En muchos casos el titular no es consciente de la información que concierne a su intimidad, por lo que difícilmente puede hablarse de prestación de consentimiento. En otros casos se trataría de un consentimiento viciado. Posteriormente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal, amplió el ámbito de la LORTAD a cualquier tipo de soporte, incluyendo ficheros de datos de carácter personal en formato papel al contenido de la regulación, como recuerda Gutiérrez Franco<sup>9</sup>.

En este actual ámbito de confrontación entre derecho a la intimidad y derecho a controlar los datos íntimos, es de vital relevancia la reciente sentencia que reconoce el derecho al olvido<sup>10</sup>, apoyando los argumentos de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

En virtud de esta resolución, en adelante todas las personas tendrán derecho a solicitar del motor de búsqueda la eliminación de las referencias personales que puedan afectarles, aunque la información no haya sido

---

9 GUTIÉRREZ FRANCO, M.; “La privacidad en el espacio virtual. Riesgos y cauces de protección”. En *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº 3, 2011, p. 7.

10 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 mayo 2014.

eliminada por parte del editor de los contenidos, ni se haya solicitado su desindexación.

En los últimos tiempos, la problemática se ha ampliado y desarrollado a partir de la confrontación entre el derecho a la intimidad y el derecho a controlar los datos íntimos. Y es que el derecho a la intimidad en el marco de la Red es uno de los temas de mayor calado en la preocupación legislativa y judicial, fruto de una toma de conciencia tras la sobreexposición de los ciudadanos titulares de ese derecho.

Como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, «el término “sociedad de la información” viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información.

Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas...». Las lagunas relativas en cuanto a la protección de estos derechos se manifestaba de una forma tan patente que el propio texto legal reconocía las carencias preexistentes.

La persona tiene derecho a decidir a quién dará a conocer y a quién no datos que afectan a su vida personal y familiar, lo que comporta el derecho a ser protegido frente a intromisiones ajenas en ese espacio tan esencial para el desarrollo de su personalidad. Se trata de un derecho del ciudadano a conocer y controlar la información que los demás poseen sobre él o control de la información personal y familiar: esta capacidad es conocida como *habeas data* o libertad informática<sup>11</sup>.

El uso de las redes sociales supone una revelación de datos íntimos que permiten a un tercero conocer una gran cantidad de datos. Muchos hablan ya de un concepto opuesto a la intimidad conocido en psiquiatría como *extimidad*<sup>12</sup>. Respecto al tema que nos ocupa, este término ha sido utilizado

---

11 GONZÁLEZ RUS, JJ; “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” En Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2011, p. 298.

12 El término *extimidad* y la teoría a la que hace referencia fueron acuñados por Jacques Lacan en 1958, y posteriormente reelaborados por el psicoanalista Jacques-Alain Miller en su obra titulada en 1985.

para referirse a una nueva forma de relacionarse del individuo propia de la era digital en la que el sujeto tiende a desinhibirse, exponiendo públicamente cuestiones de su vida personal, laboral o familiar, con la exteriorización permanente ante la comunidad virtual, de los aspectos de la vida privada que clásicamente pertenecían al terreno de lo íntimo y reservado.<sup>13</sup>

Y a pesar del novedoso fenómeno que la sociedad está experimentando, la ley que regula los aspectos relativos a la intimidad, como señalamos, data de 1982. Por ello ya son muchas las voces que desde la doctrina claman por una reforma. Así, *verbi gratia*, Escribano Tortajada reflexiona: «Existen interrogantes o cuestiones difusas que necesitan ser reguladas con mayor claridad, como puede ser la concretización del daño cuando se produce la lesión en Internet, el tema del consentimiento para excluir la intromisión ilegítima, o la responsabilidad del autor de la lesión»<sup>14</sup>.

Como hemos indicado anteriormente, compartimos la opinión de la necesidad de una revisión de la norma, debido a la antigüedad de la misma –más de treinta años, cuando la presencia de Internet en la realidad de los ciudadanos era inexistente– y la extraordinaria y veloz evolución desarrollada por las nuevas tecnologías en relación con los derechos que esta protege. Redes sociales como Facebook y aplicaciones de dispositivos móviles como Whatsapp favorecen una transmisión y difusión de los contenidos nunca antes experimentados en la sociedad.

Durante este tiempo, han sido los Juzgados y Tribunales los que han tenido que concretar y adaptar la norma en la aplicación a nuevas realidades, delimitando, por ejemplo, quiénes son personas públicas y hasta dónde llega su protección. Dentro de la importancia que la labor judicial ha tenido en el desarrollo y extensión del contenido del derecho a la intimidad, hemos de citar el acierto que esta ha tenido con la inclusión del derecho al descanso como una manifestación de aquel.

Si, como señalamos, nos hallamos ante un escenario de riesgo para el derecho a la intimidad, es precisa una responsabilidad por parte de la propia persona titular de derechos. Debido a esta excepcional divulgación de lo íntimo que se viene desarrollando, estamos comprobando que esa exposición,

---

13 GUTIÉRREZ FRANCO, “La privacidad en el espacio virtual. Riesgos y cauces de protección”, *op. cit.*, p. 9.

14 ESCRIBANO TORTAJADA, P.; «Algunas cuestiones sobre el honor, la intimidad y la propia imagen». En CORDERO CUTILLAS, I. y FAYOS GARDÓ, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson. Madrid, 2014, p. 85.

fruto y origen de una evolución social y tecnológica, requiere que sea la persona, titular del derecho, la primera que ha de reaccionar imprimiendo un mayor grado de responsabilidad en la custodia y control de su privacidad.

De lo contrario acabará primando un ambiente de difusión de lo íntimo que conllevará, consecuente e irremisiblemente, una pérdida de relevancia jurídica de la intimidad y una escasa capitalización de la responsabilidad de quienes conculcan este derecho. En este escenario amenazante, es necesario recordar que la consideración de la intimidad como derecho fundamental exige, en coherencia con ese elevado rango constitucional, reconocerla como pilar del ordenamiento y dispensarle la más alta tutela jurídica<sup>15</sup>.

No obstante, a pesar de la responsabilidad recomendada, la sobreexposición debe estar protegida de alguna manera, y el derecho a la intimidad sigue siendo un derecho en el que cada uno decide qué quiere y qué no quiere que conozcan o vean los demás. Este es el elemento de control, como eje articulador de un derecho que, a pesar de su dificultad de delimitar, no debería ser vulnerado con tanta frecuencia.

Son contornos complejos para establecer pautas generales de aplicación, sobre todo a la luz de las nuevas tecnologías y la sorprendente complacencia con la que los sujetos exponen al resto de la sociedad datos y aspectos de su vida privada o personal para generar conocimiento de cualquiera que tenga acceso a ellos a través de Internet, información que para unos es deseable de reservar del conocimiento de terceros, y para otros no adquieren ese significado<sup>16</sup>.

Y así, en relación con el hecho de que la protección de la intimidad carezca de patrones fijos y esté sujeta al alcance de la decisión personal, encontramos la exigencia de presentación de denuncia por parte del afectado para iniciar un proceso por delitos contra la intimidad, a excepción de que las víctimas sean menores o incapaces, en cuyo caso podrá instar de oficio su investigación el Ministerio Fiscal (art. 201 del Código Penal).

---

15 DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENER, P.; “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”. En CORDERO CUTILLAS, I. y FAYOS GARDÓ, *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Dykinson. Madrid, 2014, pp. 54-55.

16 CASTELLÓ NICÁS, N.; “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. En MORILLAS CUEVA, L. (dir), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Dykinson. Madrid, 2015, p. 493.

*Un nuevo delito contra la intimidad: el sexting*

Con la reforma del CP obrada en el pasado año, el legislador ha incorporado nuevos delitos contra la intimidad. Así, se regulan el descubrimiento y revelación de secretos (art. 197, 197 bis, ter, quáter, quinquis CP), se tipifica la interceptación de transmisiones automáticas entre equipos que no sean transmisiones personales, así como la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados para la comisión de estos delitos.

Además, de todos los delitos que afectan a la intimidad podrían ser responsables las personas jurídicas, disponiendo el art. 197 quinquies que, cuando de acuerdo con lo establecido en el 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos del art. 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la multa de seis meses a dos años.

Pero la inclusión de un nuevo delito que mayor calado mediático ha tenido, sin duda, es la del *sexting*. El término anglosajón proviene de la contracción de las palabras *sex* y *texting*, y hace referencia a difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona afectada, pero obtenidas con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal (art. 197.7 CP).

Se protege aquí la intimidad de una persona que con la divulgación de imágenes pueda verse gravemente afectada. Se entenderá que la intimidad se ha afectado gravemente cuando tenga por objeto los órganos sexuales de esa persona, o conductas de esa naturaleza, sin que pueda limitarse su ámbito a la sexualidad, pudiendo estar relacionado con enfermedades o limitaciones corporales de cualquier sujeto<sup>17</sup>.

Se agrava esta conducta, en virtud del 197.7 párrafo 2º CP, cuando los hechos se cometieran por «el cónyuge o por persona que haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa».

Supuestos, en opinión de los autores Muñoz Cuesta y Ruiz de Erenchun<sup>18</sup>, plenamente justificados, puesto que si las personas que tienen una

17 MUÑOZ CUESTA, J. y RUÍZ DE ERENCHUN, E., *Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, p. 143.

18 MUÑOZ CUESTA y RUÍZ DE ERENCHUN, *Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*, op. cit., p. 144.

relación familiar o análoga cercana al afectado han obtenido el material que atenta a la intimidad más fácilmente, manifestándose una conducta claramente de deslealtad, merecen una mayor pena a imponer.

Lo mismo ocurrirá cuando sea el ánimo de lucro la razón que motive al autor para la comisión del delito. No obstante, es cuestionable si debería reforzarse la protección hacia la mujer cuando fuera sujeto pasivo, como en los casos de violencia de género, puesto que la gran mayoría de estas conductas se dirigen hacia ellas y son las mujeres las que se hallan en una situación de especial vulnerabilidad con respecto a las consecuencias de estas violaciones del derecho a la intimidad. A este punto volveremos más adelante.

### *La necesidad de la regulación del nuevo delito*

Hace pocos años salió a la luz pública un vídeo de contenido sexual protagonizado por una exconcejala de Los Yébenes, en Toledo. Se trataba de un vídeo grabado y enviado por la propia afectada por el canal Whatsapp, la aplicación de mensajería instantánea, para un destinatario concreto.

Finalmente el vídeo acabó estando en poder de una inmensidad de usuarios que lo compartían y visionaban sin conciencia ninguna de estar violando el derecho fundamental a la intimidad de la persona afectada. La denuncia interpuesta por ella fue archivada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orgaz (Toledo), por no circunscribirse en el tipo penal del art. 197 vigente en aquel momento, puesto que el vídeo no había sido grabado contra la voluntad de la perjudicada.

Hasta ahora, la importancia del consentimiento del perjudicado había sido determinante para que el ordenamiento jurídico permitiera esa conducta. Aunque en sentido contrario, podemos recordar el caso Mar Flores contra Interviú en el que el Tribunal Supremo en la sentencia 23 noviembre 2004 estimó su pretensión condenando a la revista por la publicación de un reportaje fotográfico de carácter íntimo sin su consentimiento.

Claramente, aquí el TS supo diferenciar entre el consentimiento prestado para aparecer en unas fotos con una pareja sexual y el consentimiento para que la imagen del afectado en estas situaciones pase a ser de acceso público. En nuestra opinión, estas conductas, en los casos en los que los sujetos pasivos sean mayores de edad, podrían llegar a ser lesivas, incluso, en último extremo, del derecho a la libertad sexual –del mismo modo que en el caso de

los menores sujetos pasivos no cabe duda de que se trate de delitos contra la indemnidad sexual—.

Esta tesis parte de la idea de la participación de la víctima en la difusión del contenido a una comunidad incalculable de personas no es libre ni voluntaria, por lo que podríamos entender que la libertad sexual es el bien jurídico que se ve menoscabado en primer lugar, y, por tanto, debe ser defendido y tutelado por el sistema. Muy probablemente, la repercusión de estas injerencias de terceros en la esfera íntima y sexual de la víctima tendrá consecuencias en su sexualidad, provocando traumas y otros trastornos psicológicos en muchas de ellas.

La jurisprudencia hasta ahora, se había limitado a desestimar estas denuncias por su difícil encuadre en tipos recogidos en el CP. Así, la Audiencia Provincial de Lleida en su Sentencia 90/2004 de 25 febrero afirmaba que «la difusión de un vídeo por el mismo no tiene encaje jurídico penal entre los delitos contra la intimidad, ya que para ello es preciso que los datos o imágenes que se revelan hayan sido descubiertos o captados por el sujeto activo mediante una intromisión o injerencia ilícita en la intimidad ajena, que no ocurre cuando, como es el caso, el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para la grabación de las imágenes».

En este sentido, encontramos otra sentencia desestimatoria ilustrativa de este hecho en la dictada el 23 de septiembre de este año por la AP de Guadalajara núm. 111/2015, esta vez con menores como protagonistas: «En definitiva, en la medida que el apartado segundo del artículo 197 se refiere a la utilización de “datos reservados de carácter personal o familiar” y en el caso que revisamos se trata de fotografías e imágenes, y resultando además que tales fotografías e imágenes fueron cedidas voluntariamente por parte de Josefa, por no resultar típica su difusión posterior contra la voluntad de la víctima sino desde la entrada en vigor de la nueva redacción del apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal, se esté en el caso de considerar que los hechos que el juzgador relata cómo acaecidos no son constitutivos de la infracción penal examinada». Estimamos que, a la luz de estas sentencias que dejaban impunes estas conductas, era necesaria la inclusión de este nuevo tipo penal, de tan escandalosamente habitual incidencia.

Resulta obvio que quien se exhibe en la intimidad de su casa ante un tercero de forma voluntaria sólo quiere ser visto o vista por este, y no por personas ajenas, más allá de aquel lugar. Quien se graba en actitudes eróticas voluntariamente para ser visto/a sólo y exclusivamente por el

destinatario de la grabación lo hace para este, y en consecuencia, no para terceros.

Cuando las imágenes van contenidas en un soporte, se pierde el control de a dónde pueden llegar a parar. Asimismo, estas acciones suelen realizarse sobre la base de una confianza mutua en el seno de una pareja. Confianza que deja de existir con la ruptura del vínculo, por lo que es preciso un ejercicio de fe en el otro cuando esa relación se acaba.

El riesgo aumenta exponencialmente si un fin turbulento de la relación puede motivar una posible venganza en el ex despedido. La frecuencia y la impunidad con la que se daba este despreciable fenómeno, han motivado, y es motivo de satisfacción para muchas mujeres, la regulación de este precepto.

Así incluso existían casos como la aberrante página web conocida como «El cornudo vengador», por afortuna desaparecida hace cierto tiempo. Se trataba de un vergonzoso invento nacido en la perturbada mente de algunos hombres supuestamente ofendidos por una infidelidad que subían a la Red material audiovisual de contenido erótico o directamente pornográfico obtenido lícitamente, con la anuencia de la víctima, donde aparecía su pareja en aquel momento.

No podemos dejar de analizar el contenido subjetivo del tipo desde una perspectiva de género, puesto que, en nuestra opinión, la valoración del daño producido, a la vez que los datos de incidencia real, indican un perjuicio mayoritaria e incuestionablemente femenino. Incluso la autora Puente Aba propone extender la protección penal, sin desacierto, a imágenes captadas en lugares públicos, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de la imagen personal ante el desarrollo de las nuevas tecnologías e Internet<sup>19</sup>.

No obstante, es opinión mayoritaria la consideración de que al hallarse en la vía pública ya se esté renunciando a la protección de la intimidad. Según el tipo penal, las imágenes deben haber sido captadas con la anuencia del afectado en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros: consecuencia de ello es que todo lo que se desarrolla en la vía pública o lugares abiertos a los que se pueda acceder libremente, puede ser captado por quien lo presencia y no afecta a la protección de la intimidad. Nuestra posición al respecto es crítica con ello, puesto que sigue sin existir un consentimiento expreso –y considerarlo tácitamente prestado es una pre-

---

19 PUENTE ABA, L. M., “Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías”. En *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 21, 2007, p. 181.

sunción poco garantista— para que se produzca esa difusión de las imágenes y quede desamparado el derecho a la intimidad.

Cuestión que suscita polémica es si esta tipificación es incongruente con el principio de la jurisdicción penal como *ultima ratio*. ¿Basta con la protección civil de estos delitos? Esta duda es planteada por Morales Prats al cuestionarse la conveniencia de acudir al Derecho Penal en una sociedad que ha decidido rebajar los niveles de auto vigilancia respecto de las imágenes.

Estemos o no de acuerdo, los ciudadanos en el mundo actual han decidido compartir al momento la vida propia, de manera que en todos los escenarios ya sean públicos o privados impera la compulsión a que los demás compartan los actos propios. Tal práctica común hoy en día tiene el peligro de llegar a menospreciar el sentimiento de privacidad de quienes mantienen una posición más celosa de su intimidad.

Para este autor, no es aceptable que todos los ciudadanos se conviertan en confidentes necesarios penalmente obligados al sigilo respecto de las imágenes íntimas que otros puedan enviarles voluntariamente conforme a las tecnologías imperantes de intercomunicación personal implantadas en la sociedad<sup>20</sup>. Además del citado autor, existen otros partidarios que defienden el principio de intervención mínima, como Castelló Nicás.

No podemos estar de acuerdo con el razonamiento de Morales Prats, pues, en los casos, por ejemplo, de pornografía infantil, sí se obliga al sigilo a los usuarios. Es fundamental a este respecto la sensibilización del daño que puede producir en una persona afectada.

Creemos que la valoración de esta vulneración del derecho evolucionará hacia cauces más protectores, y será superada esta controversia, como ha sucedido con tantos otros derechos hacia los cuales la sociedad, con tendencia a las consideraciones machistas, no estaba suficientemente sensibilizada en tiempos pretéritos como, precisamente, el derecho a la libertad sexual.

A favor de la penalización de la conducta, encontramos autoras como Carrasco Andrino, Moya Fuentes y Otero González, quienes valoran positivamente la incriminación de estas conductas de difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de la víctima, pues cubre una laguna de punibilidad tal y como recogía la Exposición de

---

20 MORALES PRATS, F., “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos”. En *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n° 31, 2013, p. 12.

Motivos del Anteproyecto<sup>21</sup> y posteriormente, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.<sup>22</sup>

Es importante señalar que, finalmente, la valoración de qué contenidos menoscaban gravemente la intimidad recae en el Juez, quien decidirá qué conductas atentan o no contra ella. Esto exige un gran ejercicio de abstracción por parte de los juzgadores, y concretamente, los varones, para con los perjudicados por este tipo de delitos, que son, en su gran mayoría, mujeres.

Para Morales Prats, la expresión «contenidos que menoscaban gravemente la intimidad» constituye un concepto jurídico indeterminado que «quedaría al albur de oscilaciones interpretativas y de los prejuicios y concepciones subjetivas de las cosas de cada juzgador» ante el que, previsiblemente, se creará un consenso general, dentro de la racionalidad. Y así debe ser, atendiendo siempre a la gravedad real de los hechos, puesto que el bien jurídico necesita de una protección que así lo requiere y de la que, por desgracia, había carecido hasta ahora.

### *Bibliografía*

- CARRASCO ANDRINO, M<sup>a.</sup>, MOYA FUENTES, M<sup>a.</sup>, OTERO GONZÁLEZ, M<sup>a.</sup> P.: «Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis CP» en Álvarez García, F.J. (Dir), Dopico Gómez-Aller (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- CORDERO CUTILLAS, I. y FAYOS GARDÓ.; «Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI», en Cordero Cutillas, I. y Fayos Gardó: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- CASTELLÓ NICÁS, N.; «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en Morillas Cueva, L. (Dir):

---

21 CARRASCO ANDRINO, M, MOYA FUENTES, OTERO GONZÁLEZ, M<sup>a.</sup> P., “Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis CP”. En ÁLVAREZ GARCÍA, J.; (dir) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coord): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, p. 709.

22 «Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad».

- Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson. Madrid, 2015.
- DE LA TORRE OLID, F. y Conde Colmenero, P.; «Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo» en Cordero Cutillas, I. y Fayos Gardó: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P.; «Algunas cuestiones sobre el honor, la intimidad y la propia imagen», en Cordero Cutillas, I. y Fayos Gardó: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Ed. Dykinson. Madrid, 2014.
- FAYOS GARDÓ.; *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ RUS, JJ; «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en Morillas Cueva (Coord.): *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ed. Dykinson. Madrid, 2011.
- GUTIÉRREZ FRANCO, M.; «La privacidad en el espacio virtual. Riesgos y cauces de protección». *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salamanca*, núm. 3, Salamanca, 2011.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*. Ed. Colex. Madrid, 2009.
- LÓPEZ ORTEGA, J.J.; «Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 10, 2001.
- MORALES PRATS, F.; «Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis y 203.2-3», en Álvarez García, F.J. (Dir), Dopico Gómez-Aller (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- MORALES PRATS, F.; «La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del caso Hormigos». En *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 31, 2013.
- MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas ilícitas en la Red*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- MUÑOZ CUESTA, J. Y Ruiz de Erenchun, E.; *Cuestiones prácticas sobre la Reforma Penal de 2015*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2015.
- PUENTE ABA, L.M.: «Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, San Sebastián, 2007.

- SABATER, C.: «Vidas de cristal. Análisis al derecho a la intimidad en la sociedad de la información». En *Insterticios. Revista sociológica de Pensamiento Crítico*, 2008, vol. 2 (1), 46. [www.insterticios.es/article/view/2202/1888](http://www.insterticios.es/article/view/2202/1888)
- SANTOS VIJANDE, J.M. y Serrano Hoyos: «La protección Jurisdiccional, Civil y Penal, del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen», *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Ed. Thomson Aranzadi. Navarra, 2005.

# EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA AMENAZA DEL TERRORISMO: UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA INTIMIDAD Y SU REGULACIÓN

Carmen González Vaz  
Huelva, España

## *Introducción*

En los últimos años, el Derecho penal ha tenido que enfrentarse a ciertos retos que han traído consigo grandes modificaciones. Es así como las medidas tomadas para la lucha contra el terrorismo, que tuvo mayor impacto a partir del 2001, a veces son contrarias (o al menos reducen el ejercicio) de los derechos fundamentales. Entre los derechos fundamentales que han sufrido mayor afectación se encuentra el de la intimidad como consecuencia de los atentados terroristas durante la última década.

Teniendo ello en consideración, en el presente artículo se analizará, en primer lugar, el contenido del derecho a la intimidad y cómo se encontraba regulado hasta antes de los ataques terroristas del 11S. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se procederá al análisis de las modificaciones que se han llevado a cabo, tanto a nivel internacional como nacional, en el sistema penal, las mismas que han influido en la configuración del derecho a la intimidad.

Durante el análisis del presente trabajo, es preciso anotar, no solo se ha tenido en consideración el ámbito doctrinario, sino también el jurisprudencial, bajo el entendido de que nos brinda una visión más integral y/o completa del problema desarrollado.

La conciliación entre seguridad, lucha contra el terrorismo y derechos fundamentales está aún sin resolver. Teniendo en cuenta la importancia de la intimidad en la vida del ser humano, es necesario considerar que una regulación deficiente le podría ocasionar una grave afectación a este derecho.

De esta manera, se puede afirmar que el derecho a la intimidad constituye uno de los elementos imprescindibles para un correcto desarrollo de la persona. Gracias a este derecho, el ser humano puede construir su personalidad, disfrutar de su vida familiar y poder así desenvolverse de una manera más

adecuada su vida laboral. Como se puede observar, la intimidad opera y está presente en todos los ámbitos de la esfera del individuo.

Es tal la importancia del derecho a la intimidad, que todos los Estados democráticos la han configurado como un derecho de naturaleza constitucional, dotándole así de una protección a todos los niveles jurídicos. No solo se encuentra regulado en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, sino que es objeto de regulación por muchos otros instrumentos internacionales, ya sea a nivel universal como a nivel regional.

En efecto, en la actualidad, el derecho a la intimidad se ha proclamado y se configura como derecho humano, regulado en la Carta Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>1</sup>. Al mismo tiempo, también la Unión Europea ha incluido este derecho en la Convención Europea de Derechos Fundamentales, pues en su art. 8 se establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”<sup>2</sup>.

En cuanto al plano nacional, el legislador español también lo ha integrado en el sistema jurídico, configurándolo como un derecho fundamental. Así, se encuentra tutelado en el art. 18 de la CE, el cual halla su desarrollo en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Estas son las principales normas nacionales que regulan dicho derecho, aunque desde luego no las únicas. De hecho, al ser un derecho muy personal, al estar en contacto o guardar relación con todas las esferas de la vida del individuo, se caracteriza por estar en constante conflicto con otros derechos. Todo ello ha permitido que su estudio haya sido muy profuso, de manera que se trata de uno de los derechos mejor definidos y más completos.

### *La configuración del Derecho a la Intimidad en el ordenamiento jurídico español*

En primer lugar, es necesario apuntar que, junto con el derecho al honor y el

---

1 Véase Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, art. 5 y art. 14.

2 Apartado 1, art. 8, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa, 1950.

derecho a la propia imagen, la intimidad forma parte de los derechos que se identifican con el principio de dignidad de la persona.

Además de esto, si por algo se caracteriza el derecho a la intimidad, es porque está estrechamente vinculado con otros derechos, como puede ser el derecho a la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones. Una vez aclarado el contexto, es posible exponer el contenido del derecho a la intimidad. Para esto, es necesario traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de septiembre de 1995.

En esta sentencia se establecen una serie de criterios que serán necesarios tener en cuenta para hacer valer el derecho a la libertad de expresión y de información frente el derecho a la intimidad:

Que verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables y que la información transmitida sea veraz. Reuniendo tales condiciones, su ejercicio, en estos casos, prevalece sobre el derecho al honor de los afectados por la información, en tanto en cuanto esta se encuentra en la base de una sociedad democrática<sup>3</sup>.

Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados, cobran especial referencia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre<sup>4</sup>.

La veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure seriedad de esfuerzo informativo<sup>5</sup>.

Siguiendo la idea de la necesidad del correcto ejercicio del derecho a la intimidad, es preciso subrayar que es imprescindible que se den unas condiciones idóneas, ajenas a cualquier intromisión externa en la esfera de intimidad del sujeto. En otras palabras, lo que se quiere manifestar es la existencia de un espacio en el que el sujeto se pueda desenvolver con total naturalidad y sin estar sujeto a los convencionalismos sociales.

El espacio al que nos referimos es el domicilio del sujeto. El apartado 2 del art. 18 de la CE regula la inviolabilidad del domicilio. Este derecho, requi-

---

3 Cfr. sobre los criterios de injerencia en el derecho al honor, STC 132/1995, de 11 de septiembre de 1995.

4 STC 132/1995, de 11 de septiembre de 1995.

5 STC 132/1995, de 11 de septiembre de 1995.

sito esencial del derecho a la intimidad, se protege tanto de la intromisión de los particulares como de la intromisión de los poderes públicos.

El fundamento de esta protección tan férrea se basa en la importancia del domicilio para la esfera íntima y personal del sujeto. Así, es uno de los espacios libre de obligaciones sociales<sup>6</sup> y convencionalismos, donde el individuo encuentra un ambiente apto para su desarrollo y descanso.

No obstante, debemos tener en cuenta que el concepto de domicilio no es el que se corresponde con el definido en el orden civil. De este modo, se entenderá, pues, por domicilio la vivienda habitual, las segundas viviendas, vehículos o caravanas, habitaciones de hotel, domicilio empresarial de las personas jurídicas<sup>7</sup> y, además, el lugar de trabajo<sup>8</sup>.

A pesar de la gran protección de este derecho, también se debe subrayar que no se trata de un derecho absoluto, es decir, que está delineado por una serie de límites. Estas excepciones a la injerencia en este derecho son cuatro: el consentimiento del titular para poder entrar en la vivienda, en el caso en el que no se encuentre con dicho consentimiento necesitará la autorización de esta intromisión avalada por una resolución judicial que fundamente la necesidad de dicha acción, en caso de que se produzca un flagrante delito, y por último, en caso de estado de necesidad o de legítima defensa<sup>9</sup>.

Con otro derecho con el que se encuentra conectado es con el derecho al secreto de las comunicaciones. La realidad en la que nos encontramos se ha visto modificada por la creciente globalización y el avance de las nuevas tecnologías. Es el momento de la historia donde el ser humano se encuentra más cerca de todo y de toda persona, por lo que es la época en la que este derecho es tan vulnerable como nunca antes lo había sido.

Existen dos modalidades de la vulneración del secreto de las comunicaciones: con la interceptación de las comunicaciones, por un lado; y con el conocimiento antijurídico de lo comunicado, por otro<sup>10</sup>.

---

6 Cfr. STC 132/1995, de 11 de septiembre de 1995.

7 Véase, Sinopsis del art. 18 CE en el siguiente enlace: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>

8 Para más información al respecto consúltese la STEDH Niemietz c. Alemania de 16 de diciembre de 1992.

9 PARDO FALCON, J., “Los derechos del art. 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992.

10 Véase, Sinopsis del art. 18 CE en el siguiente enlace: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>.

Debido a la gravedad que supone la infracción de este derecho, su protección es muy importante. No solo el contenido de la comunicación es objeto de la protección, sino que además se le sumará la protección de los interlocutores que toman parte en dicha conversación<sup>11</sup>.

Sin embargo, y como ocurre con el resto de los derechos que hemos analizado, también se establecen una serie de excepciones. Y es que será posible la injerencia en las comunicaciones, pero solo y exclusivamente si se posee el consentimiento de los titulares de este derecho, o bien, en el caso de no ser así, que se tenga una resolución jurídica que lo fundamente<sup>12</sup>.

### *El Derecho a la Intimidad desde los ataques del 11S*

No obstante, este era el panorama que se dibujaba hasta antes de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York. Los ataques del 11S hicieron cundir el pánico y determinó que se analizará cuestiones de seguridad<sup>13</sup> de los Estados y de qué modo intervenía, ante esta nueva situación, la comunidad internacional en general.

La realidad era, pues, que se enfrentaban a un nuevo tipo de amenaza, una amenaza asimétrica, a la que nunca antes se habían enfrentado tan directa y concienzudamente. El Derecho penal, entonces, comenzó a cambiar su dirección hacia una legislación más restrictiva en cuanto al goce y disfrute de los derechos fundamentales, en favor a un aumento de la seguridad. Se puso en cuestión, en buena cuenta, las garantías del ciudadano, de un lado, y la eficiencia de la lucha contra el terrorismo, de otro.

Las restricciones a los derechos fundamentales y a las garantías procesales fueron aumentando gradualmente a medida que se iban sucediendo ataques terroristas en suelo occidental. Es así como, tras los ataques del 11M en Madrid, el 7J en Londres, y, especialmente desde los atentados del 13 N en París y el 22M en Bruselas, se hizo más notable este fenómeno y

11 PARDO FALCON, J., “Los derechos del art. 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, En *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 34, 1992, p. 34.

12 Consúltase la STS 79/2012, Peláez, Correa y Crespo c. Garzón, de 9 de febrero de 2012, para más información.

13 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & PÉREZ CEPEDA, A., “Derechos Humanos y derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”. En *Revista Penal*, n° 26, 2010, p. 93.

esta reacción como respuesta de parte de los Estados ante los atentados terroristas.

En tal virtud, es posible, pues, distinguir dos etapas en la configuración del Derecho penal: una primera etapa caracterizada por un gran disfrute de los derechos fundamentales, cuya política criminal se basa en el modelo de Derecho penal de garantías de Roxin, y una segunda etapa que da comienzo después del 11S y con la posterior oleada de atentados, en la que el Derecho penal se encamina en una tendencia de un derecho penal del enemigo. Este cambio de orientación en la regulación del Derecho penal ha afectado a diferentes derechos, pero especialmente al derecho a la intimidad.

El miedo a que se volviese a repetir un ataque empujó a los Estados a restringir ciertos derechos, entre ellos el derecho a la intimidad. La tensión entre seguridad y derechos cada vez era mayor y pronto la balanza comenzó a ceder a favor del primero. Los medios de comunicación también contribuyeron a este cambio.

El alarmismo creado por estos pronto hicieron cundir el pánico entre la población, que con presiones sociales, exigían a las instituciones estatales un Derecho penal más represivo<sup>14</sup>. Esta imposición por parte de la sociedad, consiguió que los propios legisladores decidieran modificar aspectos del Código Penal, cuando ya existía una regulación en ese sentido y, además, el Derecho penal de garantías pronto se vio eclipsado por el Derecho penal del enemigo.

Varias fueron las manifestaciones que se presentaron en cuanto a la influencia en el derecho a la intimidad. Tal ha sido el cambio, que es posible hablar de una modificación en la configuración del derecho a la intimidad, tanto en el plano internacional como en el nacional.

En España, el último año se ha llevado a cabo una importante reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que evidencia lo aquí expuesto. Estas reformas fueron acogidas con controversia por los juristas. Estos manifestaban la contradicción de dicha reforma con los principios constitucionales de un Estado democrático y la infracción de ciertos derechos que la misma conllevaría.

Así las cosas, en primer lugar, se analizarán los cambios en la configuración del derecho a la intimidad en referencia al ámbito penal. Efectivamente, el terrorismo constituye una gran amenaza para el Estado de Derecho y el

---

<sup>14</sup> MÚÑOZ CONDE, F.; & HASSEMER, W., *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 26.

respeto a los derechos humanos<sup>15</sup>. Es por esta razón por la que los Estados han tomado y están tomando decisiones que podrían intervenir en el correcto ejercicio de los derechos, especialmente en el derecho a la intimidad.

Con el fin de prevenir estos ataques, los Estados necesitan información. Dentro de este contexto, y tras los atentados yihadistas en suelo occidental, los servicios de inteligencia vieron aumentado su volumen de trabajo. Siguiendo el “conoce a tu enemigo concómete a ti mismo, y saldrás triunfador en mil batallas” de Sun Tzu, la información se convirtió en el elemento indispensable para la lucha contra el terrorismo.

Los Estados pusieron en marcha a sus servicios de inteligencia y a sus cuerpos de fuerza y seguridad nacional para investigar y obtener información. Se planteaba entonces la posible vulneración que esto suponía para el derecho a la intimidad. Parecía, pues, que el interés general del Estado por mantener su seguridad y proteger las instituciones estatales y los principios democráticos se encontraba por encima del derecho a la intimidad en algunos supuestos.

Poco a poco, este derecho fue reduciendo su extensión legalmente. Incluso, en numerosas ocasiones, la intimidad de los ciudadanos quedó totalmente vulnerada. Y es que en 2013, Edward Snowden, que anteriormente había trabajado para el servicio secreto de Estados Unidos, reveló que se había llevado a cabo intromisiones masivas en la intimidad y privacidad de las personas, que no solo eran ciudadanos, sino que también el espionaje se había dirigido a gobernantes de otros Estados<sup>16</sup>.

En circunstancias normales, la injerencia en este derecho será posible siempre que exista una autorización judicial, fruto de un juicio de proporcionalidad realizado previamente por el juez. El problema viene dado por las investigaciones masivas de los servicios de inteligencia estatales.

Ante esta situación, el TEDH ha manifestado en qué casos y de qué modo sería posible estas vigilancias por parte de los servicios de inteligencia. En primer lugar, el TEDH exige que, respetando el principio de legalidad, deba existir una previsión legal que la habilite y que no infrinja los derechos hu-

---

15 MASFERRER, A., & WALKER, C. *Counter - Terrorism, Human Rights and the rule of Law, crossing legal boundaries in defense of the State*, Edward Elgar Pub, Massachusetts, 2013, p. 215.

16 SIERRA CRISTÓBAL, R., “La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre el acceso a la información y seguridad nacional”. En *Revista de Derecho Político*, enero-abril de 2015, n° 92, p. 73.

manos; en segundo lugar, “que exista proporcionalidad en el ejercicio de tales prácticas, y además una autoridad externa que supervise esta actividad”<sup>17</sup>.

En España, la autorización para realizar dicha actividad se encuentra en la ley 2/2002. En su artículo único se prescribe que el Director del Centro Nacional de Inteligencia será el que solicite la autorización de “medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones”, derechos integrados en el derecho a la intimidad como ya se ha expresado, al Magistrado del Tribunal Supremo competente<sup>18</sup>.

La autorización debe respetar una serie de presupuestos, y es que se deberá especificar las medidas que el CNI solicita<sup>19</sup>, exponer los hechos que han contribuido a creer necesaria esta intervención en la intimidad del sujeto, los fines que la motivan<sup>20</sup>, la identificación de la persona cuyo derecho se interviene y el lugar en el que se practicaría<sup>21</sup>, además de que el tiempo máximo para la implementación de estas medidas no podrán exceder de 24 horas en el caso de la “afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones”<sup>22</sup>.

Otra manifestación de esta afección del derecho a la intimidad se puede advertir en la controvertida medida de las listas de pasajeros de las aerolíneas, a las que se conocen como Personal Name Records. En 2004, Estados Unidos y Europa firman un acuerdo por el que se favorece la cooperación en el intercambio de información relativa a los pasajeros que viajan en las aerolíneas. A simple vista es posible percatarse de que este tratado conlleva un daño al derecho a la intimidad de los ciudadanos europeos.

Esta medida ya nació en Estados Unidos, y de hecho está implementada en su territorio. De este modo, las aerolíneas que deban sobrevolar su espacio aéreo estarán obligadas a proporcionar a las instituciones estatales com-

---

17 SIERRA CRISTÓBAL, “La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos”, *op. cit.*, p. 102.

18 Véase Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia., jefatura del Estado, 2002, artículo único, apartado 1.

19 Véase Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia., jefatura del Estado, 2002, artículo único, apartado 2, letra a).

20 Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *op. cit.*, artículo único, apartado 2, letra b).

21 Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *op. cit.*, artículo único, apartado 2, letra c).

22 Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, *op. cit.*, artículo único, apartado 2, letra d).

petentes ciertos datos de sus pasajeros<sup>23</sup>. En concreto, las aerolíneas deben facilitar una lista de datos, los cuales son: “identidad, itinerario, medio de pago empleado, número de tarjeta de crédito, dirección, teléfono, e-mail”<sup>24</sup>, además de otros datos.

Aunque se llegó a un acuerdo con Estados Unidos, el Parlamento Europeo insistía en que se advertían que dicho acuerdo pudiese contradecir el derecho europeo, más concretamente la Directiva 95/46/CE, reguladora del tratamiento de datos personales y su circulación.

El derecho a la intimidad de los ciudadanos europeos se veía, así, vulnerado. Por esta razón, el caso se llevó pronto al Tribunal de Justicia, el cual anuló el tratado al afirmar que contravenía la normativa europea, y además constituía una gran vulneración al derecho a la intimidad y la privacidad<sup>25</sup>.

No obstante, y aunque fueron anulados estos acuerdos, se reajustaron las negociaciones y, desde 2004 hasta 2011, se han conseguido celebrar estos pactos. Cabe también destacar, que tras los atentados del 13N en la sala Bataclan en París, Europa se planteó crear, siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, unas listas de pasajeros sospechosos que operase en el espacio Schengen.

En la misma línea las “listas negras” europeas también han supuesto un deterioro del derecho a la intimidad. La Posición Común 2001/931 PESC permitía la creación de listas negras, que estarían integradas por personas que realicen actos terroristas o participen en su comisión. Esta información es recabada y facilitada por los Estados Miembros, los cuales pueden incluso llegar a congelar fondos de los sospechosos<sup>26</sup>.

Sin abandonar el asunto de los fondos, también se ha procedido a regular el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. De acuerdo con el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo de la ONU y las recomendaciones del GAFI, la Unión Europea redacta un to-

---

23 RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á., “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, p. 224.

24 RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 224.

25 RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 228.

26 RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 231.

tal de cuatro directivas para prevenir y reprimir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La financiación del terrorismo aparecería por primera vez en la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Mediante la cual, el objetivo que se pretende es mentar la cooperación penal en el espacio europeo con el fin de prevenir y reprimir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Entre las medidas adoptadas en este conjunto de directivas, destaca la creación de las Unidades de Inteligencia Financiera<sup>27</sup>. Se trata de un órgano independiente que tiene como fin principal “combatir eficazmente el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”<sup>28</sup>.

Los sujetos obligados marcados por la Directiva tendrán el deber de, en el caso de que existan sospechas de la producción de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, en primer lugar, identificar las cuentas susceptibles de este delito y a sus respectivos propietarios, aun siendo el importe menor de los 10.000€<sup>29</sup>.

Como primera medida, se deberá evitar la ejecución de las transacciones que sean sospechosas de blanqueamiento de capitales y de financiación del terrorismo<sup>30</sup>. En cualquier caso, este hecho se deberá denunciar ante los órganos competentes, que no son otros que las UIFs. Sin embargo, esta revelación del secreto podría poner entredicho la obligación de secreto bancario y además dañar el derecho a la intimidad del cliente. Es por esta razón por la que las directivas afirman que, si la revelación se realiza de buena fe, no viola-

---

27 A partir de ahora se referirá a ellas como UIF.

28 Véase Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2005, apartado 1, art. 1.

29 Directiva 2015/849 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, Unión Europea, 2015, letra d), apartado 1, art. 1.

30 Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2005, letra a), apartado 1, art. 24.

ría ningún derecho y no tendría por lo tanto responsabilidad ni el sujeto que la saca a la luz, ni la persona jurídica que lo haya divulgado<sup>31</sup>.

Al mismo tiempo, y procurando proteger el derecho a la intimidad y el buen desarrollo de una investigación, esta información no se podrá revelar, lo que no impide que se informe a otros Estados miembros o terceros Estados que puedan aportar una cooperación internacional y así facilitar y esclarecer la investigación<sup>32</sup>. Ahora bien, no todas las manifestaciones han sido penales, sino que el derecho a la intimidad también se ha visto reducido desde el punto de vista procesal.

Uno de los avances más revolucionarios y que ha afectado en mayor medida a la investigación criminal, ha sido el descubrimiento del ADN, lo que ha permitido que se use como una herramienta más en la investigación. Con tan solo una muestra genética, hoy en día es posible reconocer a la persona a la que pertenece mediante el uso de la ingeniería genética. La precisión de este método, aporta a las autoridades una gran ventaja en su investigación, y además, posibilita a los tribunales apoyarse en pruebas sólidas que permiten arrojar seguridad a las acusaciones.

No obstante, en el ADN no solo se encuentra la información pertinente que permite reconocer la identidad del sujeto, sino que además se puede llegar a conocer toda la información genética de dicho individuo. En otras palabras, mediante el estudio del ADN se podrá saber qué enfermedades tiene la persona a la que se le realiza dicho análisis, o incluso las que podría llegar a desarrollar.

El conocimiento de esta información podría ser muy perjudicial para el sujeto. Entre otras consecuencias, las aseguradoras podrían negarse a hacer un seguro de vida, por ejemplo, si supieran que el solicitante porta el virus del VIH. Asimismo, se puede considerar a la genética como una manifestación más del derecho a la intimidad.

Debido a la gran utilidad de esta herramienta, muchos Estados han decidido crear lo que toma el nombre de “base de datos” en los que se depositan estas identificaciones genéticas, de forma que si en una investigación se encontrase una muestra, podrían analizarla y cotejarla con los datos incluidos en esta base. Es obvio que se trata de información confi-

---

31 Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, *op. cit.*, letra a), apartado 1, art. 26.

32 Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, *op. cit.*, art. 28.

dencial y personal cuyo titular podrá oponerse a que esta información se divulgue<sup>33</sup>.

Ahora bien, si se trata también de una manifestación del derecho a la intimidad significa que ¿igualmente se podrán realizar intervenciones? Pero, ¿bajo qué condiciones se puede llegar a tomar estas muestras para que se puedan usar en el juicio oral como prueba? Es decir, ¿cuáles son los límites del derecho a la intimidad en esta manifestación y en qué medida se puede hacer la injerencia?

Parece claro que se hará una analogía con las injerencias convencionales que invaden del derecho a la intimidad. Si recordamos estos criterios, serían, en primer lugar, tener el consentimiento del titular del derecho. En el caso de que se niegue, sería necesario la autorización de un juez mediante una resolución judicial debidamente justificada.

Al mismo tiempo, dicha injerencia tiene que ser necesaria en ese momento y en un Estado democrático. No obstante, debido a las particularidades del perfil genético y de la obtención de muestras biológicas para su análisis, es necesario hacer unas matizaciones.

Así, se podría llegar a plantear la duda de que, por razón de la gran información que desvela el ADN y que este podrá usarse como prueba de cargo, el titular del derecho debería estar asesorado por un letrado o un experto en la materia, ya que la ingeniería genética son conocimientos que escapan al entendimiento medio de la sociedad. Con esto se pretendería que no hubiese vicio en el consentimiento, al estar perfectamente informado de las consecuencias que conllevaría la muestra de ADN.

Sin embargo, es posible que el sujeto se niegue a colaborar con la investigación en este aspecto. Es aquí donde es necesario hacer una diferenciación en la obtención de pruebas en cuanto a aquellas muestras que precisan de una intervención y aquellas que el sujeto ha dejado sin percatarse.

Con respecto a esta cuestión, nuestro ordenamiento jurídico determina que, en primer lugar, será el “juez de Instrucción el que ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que ga-

---

<sup>33</sup> En la sentencia STEDH S. y Marper c. Reino Unido de 4 de diciembre de 2008, el Tribunal de Estrasburgo declara que el mero almacenamiento de estos datos sin que se persiga un fin para una investigación criminal y sin estar suficientemente justificado, en efecto vulnera el derecho a la intimidad del individuo.

ranticen su autenticidad”<sup>34</sup>. De ello se puede colegir, válidamente, que el único sujeto legitimado para autorizar la realización de dicha actividad sería el juez.

No obstante, el mismo artículo determina que se hará todo esto sin perjuicio en lo establecido en el art. 282 LECrim. Según el cual, en caso de que hubiera peligro de que desapareciese estos efectos, la Policía Judicial tiene la obligación de recogerlos y ponerlos a disposición judicial aunque no se tenga la autorización de la autoridad judicial competente.

Naturalmente, para que ello ocurra se deberá demostrar que verdaderamente la muestra corre riesgo de desaparecer inminentemente y que de ir a por una resolución judicial que lo habilite, sería imposible de obtener.

En el caso en el que no se demuestre esta urgencia, tal y como ocurrió en la STC 199/2013 y en la SAP Sevilla 650/2013, esa prueba dañaría el derecho a la intimidad y además podría afectar de igual manera a la presunción de inocencia, de forma que no sería válida en fase de juicio oral, por haber sido obtenida ilícitamente.

Hasta aquí los casos en los que no era necesario una intervención corporal. Pero, ¿qué ocurre con los casos en los que es necesaria e imprescindible una extracción de la muestra del cuerpo del sujeto y este no presta el consentimiento? La respuesta es que el juez lo deberá autorizar. Aun así, surge otra pregunta, y es que si está permitido usar la fuerza para conseguir esta prueba por parte de las autoridades.

La última reforma de la LECrim resuelve esta duda. Y es que la nueva redacción del art. 520 LECrim, “si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”<sup>35</sup>. Esto significa que sí estará permitido el uso de la fuerza para conseguir estas muestras en caso de que el sujeto se niegue a dar su consentimiento (acogiéndose a su derecho a la intimidad y a no declarar), y siempre y cuando un juez lo permita mediante la emisión de una resolución judicial.

---

34 Véase párrafo 3, art. 326, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

35 Véase letra c), apartado 6, del art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El uso de medidas coactivas en el caso de falta de consentimiento del sujeto, estaría vulnerando frontalmente los derechos del acusado (el derecho a la no autoincriminación, principalmente), ya que una prueba de ADN aportaría una evidencia contundente que le provocaría un gran perjuicio, en tanto se caracteriza por ser muy complicado de rebatir.

Ante esta situación, el legislador ha intentado salvar la duda de la inconstitucionalidad con la obligación de practicar dicha prueba con el debido respeto al principio de proporcionalidad y el respeto a la dignidad de la persona.

No obstante, y siguiendo la posición del Tribunal Constitucional en cuanto a las intervenciones corporales<sup>36</sup>, como ya se ha apuntado, el principio de proporcionalidad cumplirá un papel fundamental para determinar si en un caso en concreto se debe realizar dicha medida, pues se tendrá que evaluar si la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, o si, por el contrario, existe otra medida menos gravosa con el que se puede obtener un resultado idéntico.

### *Conclusiones*

A partir de los acápites desarrollados, se puede advertir con cierta claridad que existe una desviación de la política criminal tanto en los sistemas internacionales como en los ordenamientos jurídicos domésticos.

Naturalmente, este hecho trae como consecuencia un cambio en el derecho penal de los estados democráticos. Y es que antes del 11S era posible advertir un margen amplio de ejercicio de los derechos humanos y fundamentales del individuo; por el contrario, con posterioridad a este hecho paradigmático, cambia la situación apuntada, ya que el contenido de los derechos se ve reducido drásticamente.

Sin duda alguna, uno de los derechos que más se ha visto afectado en este contexto es el derecho a la intimidad. Caracterizado por su importancia y necesidad para un Estado democrático. Son los últimos atentados terroristas en occidente y la situación de falta de seguridad en general los que han propiciado la reducción del ejercicio de este derecho. Los ciudadanos han visto, así, su intimidad más intervenida por el Estado desde el 2001, que busca una seguridad más completa, sin dejar espacio a nuevos posibles ataques.

---

<sup>36</sup> Véase Fundamento jurídico núm. 4, letra E), STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.

De esta manera, la barrera de punibilidad se ha visto adelantada, protegiendo cada vez más bienes jurídicos más abstractos, lo que afecta directamente a la intimidad del individuo por las últimas reformas legales y la nueva dinámica de las investigaciones. La dirección hacia un derecho cada vez más severo se hace más notorio, el cual provoca que la tensión entre seguridad y derechos fundamentales ceda a favor de la seguridad.

Ante la actual situación y teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrollan las relaciones entre Estados, debemos preguntarnos hasta dónde podrá ceder la tensión entre derechos fundamentales y seguridad y si esta inclinación a favor de la segunda encuentra respaldo constitucional.

No existe, desde luego, una respuesta rotunda o absoluta, y es que la solución radica en la evolución de los acontecimientos. En efecto, no existe progreso sin seguridad; pero también es importante no olvidar que la seguridad pierde su legitimación cuando ahoga la posibilidad de ejercer de una forma mínima los derechos fundamentales, considerándose no una protección de los Derechos Fundamentales, sino de la protección de la misma estructura del Estado y sus instituciones.

### *Bibliografía*

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & PÉREZ CEPEDA, A.; “Derechos Humanos y derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”. En *Revista Penal*, nº 26, 2010.
- MASFERRER, A., & WALKER, C.; *Counter - Terrorism, Human Rights and the rule of Law, crossing legal boundaries in defense of the State*. Edward Elgar Pub, Massachusetts, 2013.
- MÚÑOZ CONDE, F. & HASSEMER, W. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PARDO FALCON, J. “Los derechos del art. 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Á., “Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pp. 219 - 234.
- SIERRA CRISTÓBAL, R. “La opinión pública ante la vigilancia masiva de da-

tos. El difícil equilibrio entre el acceso a la información y seguridad nacional”. En *Revista de Derecho Político*, nº 92, enero-abril de 2015, p. 75-118.

### *Normativa y jurisprudencia*

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa, 1950, en [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, Parlamento Europeo y Consejo Europeo, 2005, en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:309:0015:0036:es:PDF>

Directiva 2015/849 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32015L0849>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Jefatura del Estado, 1995, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia., jefatura del Estado, 2002, en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-8627-consolidado.pdf>

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ministerio de Gracia y Justicia, 1882, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

TEDH Niemietz c. Alemania

STC 132/1995, de 11 de septiembre de 1995

STC 207/1996

STS 79/2012, Peláez, Correa y Crespo c. Garzón, de 9 de febrero de 2012

### WEBS CONSULTADAS

- Sinopsis del art. 18 CE en el siguiente enlace: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2> (visitado el 16/01/2014).

## LOS AUTORES

Gerson W. Camarena Aliaga. Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Personal Investigador en Formación por la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP). Miembro honorario del Taller de investigación jurídico penal (TAIJ-Penal) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Manuel Alejandro Donato Ramírez. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México. Miembro del Comité Académico del Centro Nacional de Evaluación. Ponente en el 7º Coloquio “Ni Una Vida Más para la Toga” en la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, Puerto Rico. Catedrático y Miembro de la Academia de Derecho Privado del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México. Asesor Legislativo. Abogado litigante en ejercicio.

Carmen González Vaz. Doctoranda en Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Licenciada en Derecho por la Universidad de Huelva. Beneficiaria de la beca René Cassin para la 45ª Sesión Anual de Estudios en Derecho Internacional y Derecho Comparado de los Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia).

Ana Lucía Heredia Muñoz. Doctoranda en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid; y Derecho y Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Público por la Universidad Complutense de Madrid. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Personal Investigador en Formación por la Universidad Autónoma de Madrid.

Alejandro Jiménez Pérez. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Graduado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Traductor jurídico a tiempo parcial y actualmente en proceso de oposición a la Carrera Judicial en España.

Juan José López Ortega. Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

Zoila Macavilca Román. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha obtenido el grado de Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid y se encuentra actualmente cursando un Posgrado en Compliance otorgado por la Universidad Carlos III de Madrid conjuntamente con la Universidad Pompeu Fabra. Actualmente se desempeña como abogada asociada en el Área Penal del Estudio Benites, Forno & Ugaz en Perú.

Juan Diego Salon Piedra. Máster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid. Bachiller y Licenciado en Derecho con énfasis en Formación de Jueces, con mención de honor, de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Asociación Nacional de Profesionales del Poder Judicial y la Asociación de Ciencias Penales, ambos de Costa Rica. Actualmente Defensor Público Penal Juvenil a.i. de la Defensa Pública del Poder Judicial de Costa Rica.

Miriam Sánchez Sánchez. Licenciada en Derecho y Periodismo por la Universidad San Pablo CEU, Máster en Periodismo por la Universidad Complutense y Máster en Justicia Criminal por la UC3M. Actualmente ejerce como abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Carlos Patricio Serrano. Abogado por la Universidad Azuay de Ecuador, máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid, así como abogado litigante en materia penal y derechos humanos en Ecuador.

Fredy Valenzuela Ylizarbe. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid, abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú, miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal de Perú, y actualmente se desempeña como abogado del Estudio de Abogados Oré Guardia en Perú.