

La expectativa legítima de privacidad y la prueba videográfica obtenida por detectives en el jardín del domicilio de la persona trabajadora.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *Se cuestiona si el jardín adyacente al domicilio privado del trabajador puede considerarse un espacio reservado opaco a terceras personas. Si la respuesta es afirmativa, el trabajador tendría una expectativa de privacidad en relación con las actividades que desarrolla en él, siendo inaceptables, por tanto, las fotografías que haya obtenido el detective en ese lugar. Si, por el contrario, la respuesta es negativa, la prueba aportada puede servir para justificar el despido disciplinario por desarrollar actividades incompatibles con las dolencias con las que cursa la enfermedad que le ha llevado a suspender su contrato de trabajo por incapacidad temporal.*

Palabras clave: *Detective privado. Prueba videográfica. Despido disciplinario. Incapacidad temporal.*

Abstract: *It addresses whether the garden adjacent to the worker's private home can be considered an opaque space reserved for third parties. If the answer is affirmative, the worker would have an expectation of privacy in relation to the activities carried out there, therefore, the photographs obtained by the detective in that place are unacceptable. If, on the contrary, the answer is negative, the evidence provided can be used to justify the disciplinary dismissal for carrying out activities incompatible with the ailments with which the disease is presenting that has led him to suspend his employment contract due to temporary disability.*

Keywords: *Private detective. Videographic test. Disciplinary dismissal. Temporary disability.*

I. Introducción

El seguimiento de detectives privados a personas trabajadoras que tienen suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal es bastante común. La datación de sus actividades en lugares públicos también, generalmente mediante fotografías, aunque también suelen aportarse videos o incluso grabaciones de voz. Y la notificación como prueba de dichos documentos en el juicio para sostener la procedencia del despido por la realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal se produce con frecuencia.

En estos casos, el debate se centra, generalmente, en aclarar si el tipo de actividad que ha desarrollado el trabajador es compatible con las dolencias que padece, si éstas pueden verse agravadas con la actividad que despliega, si pueden dificultar la mejoría o retrasan la curación, o si son incompatibles con el tratamiento médico descrito. Es

decir, se asume que la intervención del detective privado es legítima, y que la obtención de la filmación no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la persona trabajadora, proyectándose el debate jurídico sobre las circunstancias en las que se desenvuelven las actividades que desarrolla durante el tiempo en que se encuentra en incapacidad temporal.

En la resolución que se comenta, sin embargo, el tema es distinto. Se aborda la legitimidad de la actuación del detective que fotografía a un trabajador en situación de incapacidad temporal en el jardín de su vivienda particular, cuestionándose si ese proceder es legítimo y si, en definitiva, el material fotográfico obtenido puede ser aportado como prueba en el proceso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 380/2023, de 25 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 2339/2022.

ECLI:ES:TS:2023:2293.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Tras dos meses en incapacidad temporal por cervicalgia, la persona trabajadora recibe una carta de despido en la que se le indican una serie de hechos y actuaciones que la empresa considera que son incompatibles con las dolencias que han motivado su situación de incapacidad temporal. Precisa la carta, en concreto, que el trabajador *“que se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal, vino realizando en numerosas ocasiones (al menos durante siete días y en jornadas de varias horas) labores de esfuerzo en el jardín y huerto de su casa, utilizando para ello una pala y un rastrillo para preparar la tierra, así como labores de pintado del tejado de una construcción de un vecino, y de una fuente del jardín, labores de albañilería en un muro del jardín para las que manipula herramientas, se agacha y adopta posturas forzadas, labores de realización de un cercado de metal, recogida de escombros, etc.”*

Aunque no es una carta de despido excesivamente prolija y detallada, sí parece suficiente para proceder a la extinción del contrato de trabajo.

El Juzgado de lo Social competente consideró que el despido debía catalogarse se procedente. El Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso de suplicación y entendió que la calificación jurídica más apropiada para este despido era la improcedencia.

El centro de la discusión pivota sobre el concepto de domicilio y, particularmente, sobre sí el jardín anexo a la vivienda del trabajador puede incluirse en el concepto de domicilio del trabajador, o, en su caso, en el de lugar reservado al que se refiere la ley para darle una entidad similar que al domicilio a efectos de la obtención de pruebas y demás seguimientos y registros del trabajador. De ello depende, evidentemente, la licitud de la prueba obtenida y, con ello, la calificación del despido, pues como se encarga de precisar la resolución comentada *“las imágenes del trabajador fueron la única prueba en que se apoyó la decisión extintiva”*. Algo, por otra parte, bastante habitual.

IV. Posición de las partes

La empresa sostiene que las fotografías se han obtenido legítimamente y pretende llevar el debate jurídico hacia el análisis de las actividades realizadas y su incompatibilidad con la situación de incapacidad temporal, escorando el debate sobre la obtención de la prueba.

El trabajador pretende, por el contrario, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Sostiene, básicamente, que el jardín es parte de su domicilio y que, por tanto, debe gozar de las mismas garantías que la morada habitual.

El Ministerio Fiscal entiende que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como de referencia, precisando, no obstante, que si la Sala quisiese entrar en el fondo del asunto debería adoptarse la doctrina de la sentencia recurrida, interesando, en definitiva, la desestimación del recurso.

Tanto el trabajador como el Ministerio Fiscal también habían subrayado que no existe contradicción entre el supuesto enjuiciado y la sentencia aportada como de contraste. Se aportaba la STSJ-SOC Madrid, de 5 de julio de 2013 (rec. 823/2013). En esta resolución se enjuiciaba un despido disciplinario de un trabajador en situación de incapacidad temporal por realización de actividades en su jardín incompatibles con las dolencias físicas que le acarrearba la enfermedad. En concreto, en la carta de despido se hace constar que el trabajador, que había sido dado de baja por una *“cervicobraquialgia y bursitis calcificada de hombro izquierdo y tendinitis”*, había transportado *“bolsas de compra con poco peso”*, había empleado *“en el jardín de su casa una radical, un cortafrío y un martillo”*, había conducido *“su vehículo”* y *“limpió los cristales de su casa”*. Estas actividades se constataron por el detective y en base a ellas se procedió al despido, considerado procedente tanto por el Juzgado de lo Social como por la resolución del Tribunal Superior de Justicia aportada de contraste.

Lo singular del asunto es que la resolución entiende que no se puede negar valor probatorio a los hechos constatados por la percepción sensorial del detective, pues su actuación *“no supone ninguna intromisión en la intimidad del trabajador, ya que tales tareas las estaba efectuando a la vista y ciencia de cualquier persona que pudiera pasar por la calle en ese momento, que es un espacio público, y no existiendo respecto del lugar en que es visto elemento alguno de separación o de protección de su privacidad tales como setos, vallas, muros o cualquier otro”*.

El análisis de la contradicción es muy gráfico, entendiendo que efectivamente existe contradicción entre ambas resoluciones, pues en ambos casos los trabajadores estaban en situación de incapacidad temporal, en ambos fueron despedidos por sus empresas en base a los informes de detectives que acreditaban la realización de actividades incompatibles con las dolencias propias y características de aquellas situaciones, y en los dos supuestos los informes de los detectives contenían fotografías del trabajador en el jardín de su propio domicilio. Como quiera que las conclusiones jurisdiccionales han sido contradictorias, en la sentencia recurrida entendiendo vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador, y en la referencial no apreciando dicha lesión, procede analizar cuál debe ser el sentido jurisdiccional más correcto.

V. Normativa aplicable al caso

- Constitución Española.

* Art. 18.2: *“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”*.

- Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

* Art. 48.1: *“Los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la”*

obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos:

a) Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados”.

* Art. 48.3: “En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos”.

* Art. 48.6: “Los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad”.

VI. Doctrina básica

El jardín anejo al domicilio del trabajador tiene la consideración de domicilio a efectos de generar una expectativa legítima de privacidad, gozando de la protección asociada a dicha consideración, entendiéndose ilegítima, por tanto, cualquier intromisión de terceros en él, incluyendo al detective que pretende el seguimiento del trabajador en situación de incapacidad temporal.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto frente a la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 131/2022, 17 de enero de 2022, que se confirma.

VIII. Pasajes decisivos

“...el artículo 48.1 a) de la Ley 5/2014 habilita expresamente a los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, la realización de las averiguaciones necesarias para obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de pruebas sobre conductas o hechos privados relativos, entre otros, al ámbito ‘laboral’”

“...aunque el artículo 48.1 a) de la Ley 5/2014 permite de forma expresa que los detectives privados realicen averiguaciones con vistas a la obtención y aportación de pruebas relativas a la vida personal, familiar o social, excluye expresamente ‘la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados’”.

El artículo 48.3 de la Ley 5/2014 es “bien explícito y rotundo: ‘en ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados’ ”

“Los detectives privados no pueden, en consecuencia, investigar lo que transcurra en los domicilios u otros lugares reservados de las personas”.

“El artículo 48 de la Ley 5/2014 concibe el domicilio como un ámbito inmune a las labores de investigación de los detectives privados con vistas a la obtención y aportación de pruebas. También lo son ‘otros lugares reservados’ que el precepto no define”.

“Parece razonable deducir que también el jardín del domicilio del trabajador es un lugar en el que solo puede entrarse con el consentimiento de este, titular del domicilio, o, salvo supuestos de flagrante delito, mediante resolución judicial (artículo 18.2 CE). En efecto, se trata de un ámbito en el que se ejerce la vida íntima, personal y familiar y que puede permanecer ajeno a las intromisiones de terceros en contra de la voluntad de su titular. Es un espacio en el que este también tiene una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor que en el espacio edificado distinto del jardín. Y, de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto,

el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados (artículos 48.1 a) y 48.3 de la Ley 5/2014), que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita del consentimiento de su titular”.

“Por lo demás, no consta que, en el presente supuesto, el jardín del trabajador fuera visible para cualquiera que pudiera pasar por su proximidad, ni que no hubiera muros, setos o vallas de cualquier naturaleza que dificultaran la visibilidad desde el exterior”.

IX. Comentario

Las razones que avalan la consideración del jardín como domicilio son varias, y todas encadenadas concluyen en un aserto incuestionable: domicilio es el lugar en el que se tiene una expectativa legítima de privacidad. El fundamento jurídico tercero entiende que el jardín sí debe considerarse domicilio porque: se accede a él únicamente con consentimiento exclusivo de su titular; se desarrolla en su espacio la vida privada, personal y familiar; existe una voluntad consciente de que dicho lugar quede al margen de intromisiones de terceros; y se conforma una zona en el que se goza de una expectativa legítima de privacidad, aunque, ciertamente, pueda ser de menor intensidad que en el espacio edificado con el que el jardín se encuentra unido.

Añade, intentando no cerrar la puerta a otros eventuales futuros problemas que pudieran cuestionar la consideración del jardín como domicilio, que, en todo caso, este jardín si no se considerase domicilio podría considerarse, sin dificultad, como “*otros lugares reservados*”, que la norma caracteriza porque impiden la intromisión de terceros en ellos sin el consentimiento de su titular. Parece no querer cerrarse la puerta a que una edificación aneja al propio domicilio pueda no considerarse parte integrante de él, dependiendo, naturalmente, de las circunstancias de cada caso. Quizá, pese mucho en esta argumentación preventiva, ciertamente de modo indirecto o reflejo, el peso específico que tiene en derecho laboral el concepto de lugar de trabajo, indiscutiblemente reservado en algunos aspectos, pero que no puede considerarse como domicilio, ni gozar de las garantías constitucionales que se asocian a él. La resolución, con la misma intensidad que afirma que el jardín, en el asunto enjuiciado, debe ser considerado parte del domicilio, no parece desechar la idea de que, en otras circunstancias, pudiera tener otra consideración: otro lugar reservado, espacio privativo, etc.

X. Apunte final

El Derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial muy determinado, el domicilio, que es el lugar en el que los “*individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima*” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 94/1999, de 31 de mayo; y 119/2001, de 24 de mayo).

El concepto no se relaciona necesariamente con el domicilio habitual, o con el lugar en el que se pernocta, o en el que se convive con otros familiares. Domicilio es, sin más, el espacio en el que las personas ejercen su libertad más íntima al pario de convenciones sociales e intromisiones de terceros (no deseados). Suele coincidir con el que a efectos laborales, o de otro tipo, se considera habitual, pero no necesariamente tiene que ser así siempre y en todo caso. Puede ser, por tanto, una residencia de temporada, una habitación de hotel, incluso una tienda de campaña, una roulotte estable y anclada en un campig, etc.

Lo esencial es que en ese espacio se desarrolle esa libertad íntima pretendiendo, precisamente por ello, la exclusión de los demás, de los otros, de todos los conciudadanos. Como bien lo expresa la STC 10/2002, de 17 de enero: “*El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros*”.

El problema surge con los anexos a dichos domicilios: los garajes, las terrazas, los trasteros, y, naturalmente, los jardines que circundan o rodean el domicilio y sobre los que se extienden los poderes domiciliarios del morador.

Desde el punto de vista penal no hay duda de que los jardines forman parte del domicilio. La STS-PEN 1803/2002, de 4 de noviembre afirma, literalmente, que *“el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”*.

Estela que sigue el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016, sobre el alcance de la agravación específica que se define en los apartados 1 y 3 del art. 241 del C.P. entendiéndose que *“los trasteros y garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, donde también se integran viviendas, tendrán la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes: a) Contigüidad, es decir, proximidad inmediata o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical; b) Cerramiento, lo que equivale a que la dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada; c) Comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la dependencia; es decir, que medie puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos. d) Unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación”*.

Por su parte la más cercana en el tiempo STS-PEN 154/2017, de 10 de marzo en un supuesto de incautación de lo más tarde resultó ser droga ilegal en el jardín de una vivienda que se realizó sin mandamiento judicial se precisa que *“el espacio constituido por el jardín anexo a la casa está perfectamente delimitado por una valla con puerta dotada de picaporte y cerrojo”* añadiendo que sin que sea *“obstáculo para el mantenimiento de esta pretensión que el interior del jardín resultase visible desde la calle y que la puerta del mismo no estuviera cerrada con llave”*, para concluir que *“el jardín de que se trata, es claro, formaba un todo con la vivienda, tanto por razón de la contigüidad espacial, como por la forma inequívoca de su delimitación, como por razón del destino”*.

Podría tenerse, claro está, una perspectiva de domicilio parcialmente diferente para el ordenamiento laboral, pero entiendo que las características con las que la resolución no jurisdiccional de la Sala Penal del Supremo rodea a los edificios anexos al domicilio pueden aplicarse al concepto de jardín y traerse al ámbito laboral. Porque lo que no parece razonable es que teniendo similar perspectiva laboral en relación con el concepto de domicilio se tenga diferente con respecto al jardín anexo.

El director y el subdirector de RJL tuvieron ocasión de reflexionar sobre estas cuestiones en una monografía conjunta titulada *“Detectives en las relaciones laborales. Impacto de la Ley de Seguridad Privada (L 5/2014)”* que publicaron en la editorial Francis Lefebvre en 2014. Trayendo a colación sus argumentos, pero centrándonos en la problemática que surge en relación con el jardín y, sobre todo, con la teoría de la expectativa de privacidad, se puede concluir que en la obtención de fotografías de trabajadores por detectives privados debemos centrarnos en tres cuestiones esenciales.

En primer lugar, en el espacio en el que han sido tomadas y su relación directa con el ámbito laboral o privado en el que se encontraba el trabajador objeto de investigación. En segundo lugar, en la validez y autenticidad intrínseca de las fotografías, es decir, en la necesidad de certificar o acreditar que no han sido modificadas, alteradas o manipuladas. Y, en tercer lugar, en el medio empleado para realizar las fotografías, en el sentido de que deben emplearse para ello los medios naturales e idóneos para ese fin, desechando el empleo de instrumentos de filmación extraordinariamente agresivos para la intimidad de los trabajadores que empleen recursos técnicos asombrosamente complejos y desproporcionados en relación con la infracción laboral que se pretende acreditar. La segunda y la tercera cuestión no

merece ahora nuestra atención, pero la cuestión del lugar en donde se toman las fotografías es capital.

Debe partirse de la premisa de que la obtención de fotografías de personas trabajadoras en lugares públicos no invade, en ningún caso, su derecho a la intimidad, sobre todo si es *“difícil acudir a otras medidas de control menos agresivas”* [STSJ-SOC Cataluña, de 11 de febrero de 2004 (JUR 2004\92518)]. En realidad, no invade el derecho a la intimidad de ningún ciudadano. Pero debe tenerse presente que, como bien resume la STSJ-SOC Madrid, de 21 de abril de 2008 (rec. 419/2008) lo *“auténticamente relevante no son las fotografías, ciertamente neutras, que aparecen en el informe de constante cita, ni siquiera lo que en él narra el detective privado que lo confeccionó, sino lo que éste declaró al deponer como testigo en la vista oral...”*

Es decir, la fotografía, por sí misma nada dice, y para que tenga una utilidad en el proceso en el que se aporta el detective debe narrar por sí mismo cómo aconteció la realidad plasmada en las mismas, construyendo un relato lógico desde el punto de vista sustancial y formal. Debe explicar cuál es la razón que aconsejó tomar las fotografías que aporta (aspecto formal), y qué es lo que las fotografías muestran (aspecto sustancial): lugares, fechas, personas con las que se entrevista, etc. Porque lo sustancial para acreditar determinada conducta o comportamiento de la persona trabajadora que se somete a investigación es el relato del detective sustentado en su informe escrito, que adquiere naturaleza testifical en el proceso correspondiente sustanciándose en el material gráfico que aporta, fotográfico, videográfico o de otro tipo.

La toma de fotografías en lugares no públicos (locales cerrados, establecimiento de acceso restringido, clubs privados, etc.) requiere una exigencia adicional de legitimación por parte del detective, en el sentido de requerir una mayor explicación a la necesidad de ser seguidos en estos espacios en lo que las expectativas de privacidad son mayores que en los espacios públicos, teniendo presente que no gozan de las garantías constitucional de las que disfruta el domicilio particular. Así, por ejemplo, en la STSJ-SOC Cataluña, de 27 de julio de 2005 (rec. 1531/2004) que analizaba las actividades incompatibles de una persona trabajadora con su situación de incapacidad temporal un detective realizó unas cuantas fotografías dentro de un local cerrado sin consentimiento de los titulares de este ni de las personas que en él se encontraban. El Tribunal entiende que este proceder es contrario a la privacidad constitucionalmente protegida, y anula la prueba así obtenida, al entender que nos encontramos en un lugar privado, y que se carece del consentimiento expreso para obtener fotografías. En realidad, era solamente una de las fotografías la que se realiza *“no en un sitio o espacio público, sino dentro de un local, sin que conste permiso para ello”*, habiendo obtenido las demás fotografías aportadas desde fuera de dicho local, pero es suficiente para desacreditar la totalidad del testimonio del detective. Queda por cuestionar qué hubiera sucedido si se hubieran tomados las fotografías desde fuera del local aun apuntando con la cámara hacia dentro del mismo, pero la constatación de que al menos una de las aportadas indubitadamente se ha realizado desde dentro del local permite concluir la inadecuación de la prueba aportada.

Por último, en los lugares privativos de específica protección constitucional, como lo es el domicilio de la persona trabajadora, la intromisión del detective tiene que considerarse siempre ilegítima.

La cuestión del domicilio queda suficientemente clara. Se veda totalmente la posibilidad de que se fotografíe a la persona trabajadora en su propio domicilio. La enunciada doctrina penal en relación con el domicilio es perfectamente exportable para el ámbito laboral.

Y también lo es la consideración del jardín como espacio domiciliario, básicamente por un aspecto no suficientemente subrayado en la resolución, la existencia, como en el propio domicilio, de una alta expectativa de privacidad. La resolución subraya que el jardín *“es un espacio en el que es que también tiene [la persona trabajadora] una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor*

que en el espacio edificado distinto del jardín”. Pero añade: “...de no considerarse que el jardín sea, en sentido estricto, el domicilio del trabajador, dicho jardín entrará sin dificultad en el concepto de otros lugares reservados, que lo son porque toda intromisión de terceros en ellos necesita el consentimiento de su titular”, lo que puede generar algunas dudas para futuros supuestos.

En definitiva, que el jardín, o bien es considerado domicilio, con lo que ello conlleva, gozando de la protección constitucional asociada al concepto, o bien es considerado otro lugar reservado.

Si es considerado domicilio sólo queda cuestionar cómo debe estar unido ese jardín con la edificación para entenderlo protegido por las garantías constitucionales y legales que se asocian al domicilio. Y la cuestión se solventa con la traslación para el ámbito laboral del ya citado Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 15 de diciembre de 2016 que, aunque no se dictó específicamente para el supuesto de jardín, entiende que entre el domicilio y los espacios anexos (terrazas, cocheras, trasteros, etc.) deben poder apreciarse una serie de circunstancias: “*Contigüidad*”, lo que en nuestro caso exige una conexión espacial directa: domicilio y jardín deben encontrar conexos; “*Cerramiento*” del jardín, sin que sea exigible que dicha incomunicación sea inabordable o invisible desde la calle; “*Comunicabilidad*” entre el domicilio y el jardín, es decir que se accede al jardín desde el propio domicilio, -no abandonándolo y accediendo a éste desde un espacio público (calle, carretera, camino, etc.)- mediante un pasillo, escalera, pasaje, etc., y “*Unidad física*” en relación con el cuerpo total de lo edificado. Si esas circunstancias concurren en el jardín debe considerarse domicilio a todos los efectos.

Pero si el jardín únicamente fuera considerado lugar reservado (cosa que no hace -se intente- la resolución que analizamos, pero que ciertamente deja entreabierto para otros supuestos futuros) deberemos cuestionar si sobre dicho espacio se proyecta la expectativa de privacidad, que es el elemento que dota al espacio reservado de características similares al domicilio.

La expectativa de privacidad puede ser analizada desde el desarrollo de la doctrina norteamericana del “*Plain View*” que proyecta la cuarta enmienda de su Constitución para la aparición casual de elementos incriminatorios penales. Esta teoría se sustenta sobre la expectativa razonable de privacidad que tienen las personas en el desarrollo de sus relaciones sociales y personales, tanto en público como en privado. La visión directa de los objetos y las personas que se muestren sin necesidad de consideraciones específicas de privacidad por el lugar en el que se muestran pueden ser grabadas sin problemas si quien las toma tiene derecho legítimo a estar en ese determinado lugar desde el que se tomaron.

Así, por ejemplo, un parque abierto al público en general no es idéntico a un parque privado dentro de una urbanización a la que sólo pueden acceder determinadas personas, ni tampoco es igual a un parque público que se encuentra dentro del recinto de la empresa. Lo trascendente es si la situación de quien toma las fotografías es legal. Lo interesante de esta doctrina es que se aplica específicamente a las zonas constitucionalmente protegidas como privadas siempre que sean públicas.

Diferencia así entre zonas públicas abiertas y zonas públicas cerradas. En las primeras, las abiertas (calles, supermercados, parques, zonas comerciales, de zonas públicas cerradas, gimnasios, lavabos, hospitales, restaurantes, etc.) no es necesario argumentaciones adicionales, se puede obtener fotografías sin más. En las zonas públicas cerradas (locales de acceso restringido, calles particulares, locales de trabajo, etc.), sin embargo, la obtención de este material fotográfico sólo es posible si existe una visión directa y se obtiene desde una posición legítima, es decir, si se emplea un medio racional para captar la imagen y el lugar desde el que se obtiene es un sitio donde quién realiza las fotografías podía estar de manera natural.

La importación de esta doctrina de la expectativa de privacidad para nuestro supuesto de jardín debe partir de la advertencia que realiza la propia resolución

cuando afirma que: “...no consta que, en el presente supuesto, el jardín del trabajador fuera visible para cualquiera que pudiera pasar por su proximidad, ni que no hubiera muros, setos o vallas de cualquier naturaleza que dificultaran la visibilidad desde el exterior”. Con ello da la clave para configurar los elementos de esa expectativa: que con los actos propios la persona trabajadora haya querido dejar opaco dicho jardín a la visión de terceros, muy en la línea del concepto de privacidad americana del derecho a estar solo y no ser molestado por nadie.

Es decir, aquel jardín que no se considere domicilio pero sí otro lugar reservado al que se le ha querido dotar de elementos que garanticen la privacidad (muros, vallas, setos, parterres, árboles, puertas, etc.) debe considerarse como abrigado por esa expectativa de privacidad, y, por tanto, considerado protegidos de manera singular, impidiendo, en definitiva, la obtención de fotografías de la persona trabajadora dentro de él.

La STS-PEN 329/2016, de 20 de abril puede ilustrar bien cuales son los límites de esta teoría. En el asunto debatido se enjuiciaba la “validez de la observación realizada por los agentes de la policía del interior de la vivienda del principal acusado -situada en el décimo piso de un edificio de viviendas- desde un inmueble próximo, valiéndose para ello de unos prismáticos”. En la instancia se entendió que no había existido intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, pues “... la observación del interior de la morada se produce a través de aquello que los moradores han permitido ver a través de la ventana”. Si embargo la resolución entiende que aunque “El agente de policía puede narrar como testigo cuanto vio y observó cuando realizaba tareas de vigilancia y seguimiento” nuestro sistema constitucional de garantías sólo puede “obtenerse adecuadamente a partir de la idea de que el acto de injerencia domiciliaria puede ser de naturaleza física o virtual”. Ello conlleva que la garantía del art. 18.2 CE proteja “tanto frente la irrupción incontestada 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”, añadiendo que “El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros”, vulnerándose la garantía constitucional “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”.

Se trataba, básicamente, de una vigilancia policial que se efectúa desde el edificio de enfrente mediante unos prismáticos dirigidos al interior de la vivienda que no había corrido las cortinas de las ventanas. Precisa al respecto la resolución que “El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. La expectativa de intimidad, en fin, no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble. Interpretar que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble, encierra el riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliaria”.

En definitiva, si al jardín se le ha querido dotar de elementos de cerramiento que lo hagan difícilmente accesible y visible desde el exterior, interponiendo algún elemento arquitectónico u ornamental, estaríamos dotándolo de esa expectativa de privacidad que necesariamente debe concurrir para considerarlo como “otros lugares reservados”. Lo esencial es, en definitiva, que se le dote de los elementos que permitan deducir racionalmente que estamos en presencia de un espacio de privacidad. Ésta se considera intrínseca en el propio domicilio (no correr los visillos, no bajar las persianas, etc.) pero en otros lugares para que tengan la consideración de reservados hay que instituirlos mediante la interposición de los elementos comentados que hagan opaco el lugar a terceros.