



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD
UNA REVISIÓN CRÍTICA A PROPÓSITO DEL NUEVO ARTÍCULO
197.7 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

TESIS DOCTORAL

AUTOR: Luis de las Heras Vives

FECHA: Noviembre 2017

DIRECTOR: Dr. Fermín Morales Prats

DEPARTAMENTO DE CIENCIA POLÍTICA Y DERECHO PÚBLICO

UAB

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<u>Página</u>
LISTA DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	i
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I	
APROXIMACIÓN AL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD	
1. DIMENSIÓN VERTICAL: EL ESTADO	1
2. DIMENSIÓN HORIZONTAL: EL HOMBRE	15
CAPÍTULO II	
SUBSTRATO METAJURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	
1. INTRODUCCIÓN	21
2. TRADICIÓN CLÁSICA: GRECIA, ROMA Y LA TRANSICIÓN DESDE EL CRISTIANISMO A LA EDAD MODERNA	24
3. LA RAZÓN DE ESTADO: MAQUIAVELO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS MEDIOS	34
4. LIBERALISMO: DE LA SEGURIDAD COMO FUNDAMENTO DEL PODER (HOBBES) FRENTE A LA SEGURIDAD COMO PRINCIPIO DE LA POLÍTICA LIBERAL (LOCKE)	38
5. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD EN EL DISEÑO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: LOS APORTES DE BENJAMIN CONSTANT, ALEXIS DE TOCQUEVILLE Y STUART MILL	47
6. DE LA SOCIEDAD INDUSTRIAL A LA INFORMÁTICA: LA APORTACIÓN DESDE LA SOCIOLOGÍA.....	57
CAPÍTULO III	
PRIMERAS MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: DE LAS INICIALES FORMULACIONES DEL RIGHT TO PRIVACY DEL COMMON LAW A SU RECEPCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL Y CONTINENTAL	
1. EL «RIGHT TO PRIVACY» DE WARREN Y BRANDEIS Y SU POSTERIOR DESARROLLO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO	61
2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS TEXTOS NORMATIVOS SUPRANACIONALES	89
3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PLANO NACIONAL: REFERENCIA A SU RECEPCIÓN EN FRANCIA, ALEMANIA E	

ITALIA	92
a. Francia	96
b. Alemania	104
c. Italia	117

**CAPÍTULO IV
DE LA DELIMITACIÓN PREJURÍDICA A LA JURÍDICA**

1. STATUS QUAESTIONIS: SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	128
2. APROXIMACIÓN ONTOLÓGICA	135
3. APROXIMACIÓN JURÍDICO-POSITIVA DESDE EL DERECHO ESPAÑOL	143
4. INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA: ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE LAS ESFERAS Y FORMULACIONES POSTERIORES DESDE UN PRISMA GARANTISTA.....	150

**CAPÍTULO V
EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

1. LA INTIMIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL	179
2. EL ARTÍCULO 18.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	185
3. LA EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD ENTRE PARTICULARES	189

**CAPÍTULO VI
LA TUTELA CIVIL DE LA INTIMIDAD**

1. LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN	192
2. LA LEY ORGÁNICA 5/1992, DE 29 DE OCTUBRE, DE REGULACIÓN DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, Y SU SUCESORA: LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	199

**CAPÍTULO VII
EL DERECHO A LA INTIMIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ESTUDIO DEL CASO**

1. INTRODUCCIÓN	208
-----------------------	-----

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	210
a. La intimidad económica y el secreto bancario: STC 110/1984, de 26 de noviembre ...	210
b. El caso Paquirri, la intimidad familiar como ámbito reservado versus el interés público: STC 231/1988, de 2 de diciembre	214
c. La intimidad corporal e investigación penal: STC 37/1989, de 15 de febrero	219
d. El caso del hijo de Sara Montiel, la intimidad y el derecho de comunicación de información veraz: STC 197/1991, de 17 de octubre	220
e. La intimidad como reducto de inmunidad frente al conocimiento ajeno: STC 20/1992, de 14 de febrero	224
f. Intimidad económica y el derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación: STC 142/1993, de 22 de abril	227
g. El derecho a la intimidad de los reclusos: STC 57/1994, de 28 de febrero	231
h. La intimidad y el control de actividades económicas: STC 143/1994, de 9 de mayo	233
i. El derecho a la intimidad y la prueba de consumo de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre	235
j. La intimidad como faceta negativa y positiva: STC 134/1999, de 15 de julio	242
k. El control empresarial versus la intimidad del trabajador: STC 202/1999, de 8 de noviembre	243
l. El control empresarial y la intimidad del trabajador: STC 98/2000, de 10 de abril	246
m. El caso Isabel Presley contra "Lecturas", intimidad, libertad informativa y revelación de meros chismes: STC 115/2000, de 5 de mayo .	248
n. La delimitación entre la intimidad y la propia imagen: STC 156/2001, de 2 de julio ...	250

ñ. Desarrollo tecnológico, secreto de las comunicaciones e intimidad: STC 70/2002, de 3 de abril	253
o. La intimidad de la víctima de un delito: STC 127/2003, de 30 de julio	258
p. El caso de las cámaras ocultas: STC 12/2012, de 30 de enero	264
q. La intimidad como expectativa: STC 7/2014, de 27 de enero	267
3. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL	269

CAPÍTULO VIII

LA TUTELA PENAL DEL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TRADICIÓN CODIFICADORA

1. INTRODUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 1.2 DE LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO	272
2. EL DERECHO PENAL Y LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	279
3. EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DE LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD EN LA TRADICIÓN PENAL ESPAÑOLA. LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO PENAL DE 1973	281
a. Introducción	281
b. El secreto penalmente relevante	298
i. Introducción	298
ii. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 497 a 499 CP 1973)	308
iii. El secreto profesional	323

CAPÍTULO IX

LA INTIMIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. INTRODUCCIÓN	339
2. LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR EN LA CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD	342
3. CONSIDERACIONES GENERALES AL CAPÍTULO I DEL TÍTULO X DEL LIBRO II DEL CP EN SU CONFIGURACIÓN ORIGINAL: EL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD	359

4. LA CONFIGURACIÓN DE LOS TIPOS BÁSICOS	377
5. LOS DELITOS DE APODERAMIENTO, INTERCEPTACIÓN O USO DE ARTIFICIOS TÉCNICOS PARA VULNERAR LA INTIMIDAD (ART. 197.1 CP)	380
a. Escisión y estructura del tipo	380
b. Conducta típica	382
i. conducta de apoderamiento	382
ii. conducta de interceptación	390
iii. conducta de utilización	392
c. Objeto material del delito	393
i. Papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, cualesquiera otros documentos o efectos personales	393
ii. Telecomunicaciones	398
iii. Artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, imagen o cualquier señal de comunicación	401
d. Sujeto activo	409
e. Sujeto pasivo	411
i. Consideraciones generales	411
ii. Especial referencia a la persona jurídica como "sujeto pasivo"	418
f. Elemento subjetivo del tipo	420
g. La expresión típica "sin su consentimiento"	423
6. LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD A TRAVÉS DE LOS ABUSOS SOBRE DATOS PERSONALES REGISTRADOS (ART. 197.2 CP)	427
a. Consideraciones previas respecto al <i>nomen iuris</i>	428
b. Escisión y estructura del tipo	429

c. Conducta típica	435
i. Las conductas de apoderamiento, utilización, modificación o alteración .	435
ii. La conducta de acceso	436
d. Objeto material del delito	439
i. Datos reservados de carácter personal o familiar de otro	439
ii. Que se encuentren en ficheros, soportes, archivos o registros	447
e. Sujeto activo	452
f. Sujeto pasivo	453
g. Elemento subjetivo del tipo	458
h. La expresión típica "sin estar autorizado"	463
i. La antijuridicidad material exigible en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo	467
7. EL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD COMETIDO A TRAVÉS DE LA DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN A TERCEROS DE INFORMACIÓN OBTENIDA ILÍCITAMENTE POR UN TERCERO (ART. 197.3.II CP)	472
a. Introducción	472
b. Escisión y estructura del tipo	478
c. Conducta típica	478
i. La difusión, revelación y cesión desde un punto de vista semántico	478
ii. Delimitación de las conductas típicas	479
d. Objeto material del delito	483
e. Sujeto activo	485
f. Sujeto pasivo	485

g. Elemento subjetivo del tipo	485
h. Análisis crítico acerca de la trascendencia político-criminal del delito: la criminalización de las cadenas de envío ...	487
8. LOS TIPOS AGRAVADOS PREVISTOS EN EL ART. 197 CP...	494
a. Introducción	494
b. Por la revelación, difusión o cesión de datos o hechos descubiertos o imágenes captadas (art. 197.3.I CP)	496
c. Por la cualificación profesional del sujeto activo (art. 197.4.a CP)	499
d. Por la utilización no autorizada de datos personales del sujeto pasivo (art. 197.4.b CP)	501
e. Por la calidad de los datos afectados (art. 197.5, inciso primero CP)	504
f. Por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (art. 197.5, inciso final CP)	506
g. Por la finalidad lucrativa (art. 197.6 CP)	506
9. LA REVELACIÓN Y DIVULGACIÓN DE SECRETOS CONOCIDOS LÍCITAMENTE A TRAVÉS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES O LABORALES (ART. 199 CP)	507
a. Introducción: especial referencia al bien jurídico protegido	507
b. Conductas típicas: revelar y divulgar	509
c. Objeto material del delito	511
i. El secreto laboral	511
ii. El secreto profesional	514
d. Sujeto activo	516
i. En la revelación del secreto laboral	516
ii. En la divulgación del secreto profesional	518

e. Sujeto pasivo	524
i. En la revelación del secreto laboral	524
ii. En la divulgación del secreto profesional	524
f. Elemento subjetivo del tipo	524

CAPÍTULO X

LA TUTELA PENAL DE LA IMAGEN-INTIMIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA HACIA EL NUEVO ART. 197.7 CP

1. OBTENCIÓN DE LA IMAGEN SIN CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR	526
2. OBTENCIÓN DE LA IMAGEN CON CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR	533
3. EL CASO ALEMÁN: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL §201A STGB QUE EXPANDE EL ÁMBITO DE TUTELA DE LA INTIMIDAD (IMAGEN)	534

CAPÍTULO XI

LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, COMO CAMBIO DE PARADIGMA EN LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD: EL NUEVO ART. 197.7 CP

1. SU GESTACIÓN PARLAMENTARIA Y APORTACIONES DESDE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA DOCTRINA	543
2. EL CASO OLVIDO HORMIGOS COMO REVULSIVO SOCIAL	558
3. LA DIFUSIÓN INCONSENTIDA DE IMÁGENES Y VIDEOS CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2015: LA BÚSQUEDA DE UNA RESPUESTA PUNITIVA DESDE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR, INTEGRIDAD MORAL Y LESIONES PSÍQUICAS	563
4. EL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD COMETIDO A TRAVÉS DE LA DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN A TERCEROS DE IMÁGENES O GRABACIONES AUDIOVISUALES OBTENIDAS LÍCITAMENTE DE LA VÍCTIMA (ART. 197.7 CP)	571
a. Algunas precisiones introductorias sobre el ámbito de incriminación y el objeto formal	571
b. Escisión y estructura del tipo	582
c. Conducta típica	584

d. Objeto material del delito	585
i. Configuración	585
ii. Imagen o grabación audiovisual	586
iii. Obtenida con la anuencia de la persona afectada	590
iv. En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros	590
e. Sujeto activo	598
f. Sujeto pasivo	599
g. Elemento subjetivo del tipo	599
h. La expresión típica "sin autorización de la persona afectada"	600
i. En general	600
ii. En particular: caso de menores e incapacitados	606
i. El recorte del tipo: cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo	608
5. ESTUDIO CRÍTICO DEL DELITO DESDE UN PRISMA GARANTISTA	622
6. EL TIPO AGRAVADO (ART. 197.7.II CP)	635

EPÍLOGO

OTRAS APORTACIONES DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO, A LOS DELITOS RELATIVOS AL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

1. EL ACCESO ILÍCITO A LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS (ART. 197 BIS.1 CP), LA INTERCEPTACIÓN DE TRANSMISIONES NO PÚBLICAS DE DATOS INFORMÁTICOS (ART. 197 BIS.2 CP) Y LOS ACTOS PREPARATORIOS ELEVADOS A DELITO AUTÓNOMO (ART. 197 TER): SU RAZÓN Y SENTIDO...	640
a. Introducción	640
b. El bien jurídico protegido	643

2. EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 197 QUARTER: LA COMISIÓN DEL DELITO EN EL SENO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL	652
3. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS RELATIVOS AL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS (ART. 197 QUINQUIES)	655
CONCLUSIONES	658
BIBLIOGRAFÍA	667

LISTA DE ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AA.VV.	Autores Varios
AAP	Auto Audiencia Provincial
ACP	Anterior Código Penal
AJP	Auto Juzgado Penal
Art. (arts.)	Artículo (s)
ATC	Auto Tribunal Constitucional
ATS	Auto Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán)
BVG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán)
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cfr.	Confer
Coord.	Coordinado
CP	Código Penal
Dir.	Dirigido
Ex	Según
Ibíd.	Ibidem
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Lib.	Libro
LO	Ley Orgánica
Loc. ult. cit.	Lugar últimamente citado
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal
Núm.	Número

Op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
RAE	Real Academia de la Lengua
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJP	Sentencia Juzgado Penal
ss.	Siguientes
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STS	Sentencia Tribunal Supremo
Tít.	Título
Tol	Repertorio Jurisprudencia Tirant lo Blanch
Trad.	Traducido
V.gr.	Verbigracia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral exige a su autor con carácter preliminar acometer un breve *excursus* que aproxime al lector a la visión desde la que se afronta.

Cuando aludimos a la expresión "derecho penal", sin perjuicio de prolijos debates en torno a su contenido o evolución, no nos parece desacertado -según nuestra convicción- afirmar que nos referimos al *conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia* (Franz von Litz). Definición que de suyo implica -dicho sea con la máxima de las consideraciones por quienes sostienen una concepción marcada por los postulados racionalistas kantianos o aquellos que conciben la norma penal como la simple y pura obligación de obediencia al poder-, la preocupación del derecho penal por el sustrato social desde el que emerge y consiguientemente la búsqueda de su fundamento y validez.

No es extraño hoy entre compañeros de profesión advertir la desafección por lo concerniente a la juridificación del fenómeno punitivo. Pudiera pensarse entonces que el debate en torno a la determinación de qué conductas son delictivas, y su retribución, es superfluo u ocioso en favor de la dogmática que analiza el delito *per se* desde lo que pudiera calificarse como una visión pura del delito abstraída de la realidad. Sin embargo, ante la vesania legislativa derivada del clamor punitivo de las masas, el debate en torno a los bienes jurídicos deviene necesario para lograr trascender del tan de moda formalismo lógico que nos

conduce a convertir en ininteligibles los problemas de nuestra disciplina.

La política y el derecho penal no son realidades o segmentos del conocimiento ajenos el uno al otro, sino que se atraen en cuanto descansan inevitablemente en el propio hombre. De forma tal que la primera inspira al segundo, pues, la política es la filosofía de los asuntos del hombre. Por tanto, la fenomenología del derecho penal difícilmente podrá ser concebida desde postulados no antropocentristas.

De manera que si el derecho, normativamente comprendido, se concibe como el conjunto de reglas que ordenan nuestra coexistencia; en un Estado social y democrático de derecho, el derecho penal vigente no deja de ser reflejo de la respuesta punitiva que el ciudadano desde su convicción política reclama. Es, entonces, como resaltaría el iusfilósofo y penalista Hans Welzel, que el objeto del derecho penal se asocia a la protección de los valores elementales de la sociedad. De igual manera que en la matemática al número natural que es múltiplo común de dos o más números naturales se le denomina "mínimo común múltiplo", es también predicable esta idea al objeto del derecho penal en la búsqueda de esa dimensión axiológica común mínima que inspira la política criminal vigente en cada momento.

Por otro lado, no podemos perder de vista la cada vez más creciente fragmentación del estudio del derecho penal. Lo cual es consecuencia de los conocidos enfoques metodológicos caracterizados por el prurito de la disección del objeto de estudio del derecho penal,

destacando ya de antiguo los esfuerzos de Anselmo Feuerbach por distinguir entre la llamada política criminal de la ciencia del derecho penal. A pesar de ello, no faltan las contribuciones de autores que ya en las postrimerías del siglo XIX y principios del XX advirtieron del carácter complementario de la ciencia del derecho penal y la política criminal; así por ejemplo en Alemania, Listz, en 1905, en su famosa obra *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, sostendría que ambas se complementan en cuanto que la última aporta la visión necesaria para someter a juicio de fundamento y validez el derecho penal positivo. Y en Italia, Rocco, precisamente uno de los padres junto con Manzini de la escuela de la *dirección técnico-jurídica*, al analizar en 1910 *il problema e il metodo della scienza del diritto penale* destacaría que la jurisprudencia, respecto del derecho positivo, a la hora de juzgar introduce construcciones político penales preteridas por las leyes que dotan de mayor eficacia y precisión a la aplicación del derecho positivo al caso concreto.

En definitiva, si se me permite el reduccionismo a efectos expositivos, se trata de no caer en la mera abstracción del fenómeno punitivo, pues aunque resulta útil para la comprensión de las diferentes instituciones jurídicas desde el punto de vista conceptual, se puede incurrir en un excesivo rigorismo que distorsiona la visión de la realidad de la que derivan, pudiendo hacernos también olvidar que el derecho -incluso el penal- es un medio al servicio del hombre y no un fin en sí mismo que le preexiste. De manera que el delito debe ser considerado no sólo desde el punto de vista estrictamente jurídico como manifestación de la ley positiva, sino también desde el

sociológico y filosófico a partir del propio recorrido histórico que cada bien jurídico ha protagonizado.

Y este, es el paradigma desde el que se afronta el estudio de un bien jurídico como la intimidad, que aunque podría llegar a considerarse de creación reciente, lo cierto es que su carácter eminentemente dinámico exige una continua revisión, pues, lo íntimo, desde una perspectiva axiológica, se manifiesta en el campo de la fenomenología de muy distintas maneras.

No cabe duda que la intimidad, como valor, exige que el Estado, a través de la Ley, le otorgue la oportuna tutela. Sin embargo, hallamos, en el ordenamiento jurídico español, una especial característica, y es que su protección penal ha transitado de la insuficiencia -presente a lo largo de toda la tradición jurídico-penal-, al *horror vacui* que preside el Capítulo de nuestro texto punitivo actual, dedicado al descubrimiento y revelación de secretos, y que, además, se encuentra en continua desnaturalización por la inclusión de nuevos tipos que, desde una perspectiva sistemática, mal se compadecen con el bien jurídico intimidad.

Por otra parte, la intimidad, además de su tutela por la ley penal, cuenta con eficaces medios de protección desde otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente los que brindan la Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y 5/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esta realidad exige indagar acerca de las razones que han movido al

legislador para configurar un derecho penal que fagocita sin solución de continuidad, reforma tras reforma, al derecho civil o administrativo.

En atención a las consideraciones expuestas, nos dedicaremos, inicialmente, a efectuar un análisis del sustrato metajurídico del derecho a la intimidad, buscando su comprensión desde el individuo y los principios liberales, y su conexión con las primeras manifestaciones contemporáneas del derecho a la intimidad. Tratando seguidamente de delimitar el concepto de intimidad, escindiéndolo de figuras afines (como por ejemplo el secreto) y estudiando sus relaciones con otros ámbitos de la personalidad, con especial referencia a la teoría de las esferas y ulteriores formulaciones doctrinales de prisma garantista.

Seguidamente analizaremos el derecho a la intimidad en el plano nacional, tanto en la tradición constitucionalista, como en las normas de derecho privado, con el objetivo de evidenciar el actual solapamiento con la norma penal.

Una vez asentado el andamiaje garantista que inspira nuestro trabajo, nos centraremos en el estudio de la tutela penal de la intimidad comenzando con una exégesis histórica desde la perspectiva del Código Penal de 1973, para seguidamente efectuar un análisis crítico de los delitos de apoderamiento, interceptación o uso de artificios técnicos para vulnerar la intimidad (art. 197.1 CP); los delitos contra la intimidad a través de los abusos sobre datos personales registrados (art. 197.2 CP); el delito contra la intimidad cometido

a través de la difusión, revelación o cesión a terceros de información obtenida ilícitamente por un tercero (art. 197.3.II CP); y los de revelación y divulgación de secretos conocidos lícitamente a través de la prestación de servicios laborales o profesionales (art. 199 CP).

Posteriormente nos centraremos en la tutela penal de la imagen, como punto de partida hacia el estudio del actual art. 197.7 CP, introducido por la ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, tratando, entre otras cuestiones, de su gestación parlamentaria, la fenomenología social subyacente, la influencia del §201A STGB y los diferentes elementos integradores del tipo.

Por último, en forma de epílogo, analizaremos los restantes preceptos introducidos por la reforma penal de 2015, en el ámbito del descubrimiento y revelación de secretos.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD

1. DIMENSIÓN VERTICAL: EL ESTADO

En todos los Estados occidentales la seguridad ciudadana constituye un elemento esencial sin el cual el libre ejercicio de los derechos y libertades sería imposible. El Estado ha de prestar una actividad dirigida a la protección de las personas y los bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la paz social por medio de las medidas necesarias (orden público)¹. Sin embargo, no faltan ocasiones en las que tomando por bandera la seguridad ciudadana, el libre ejercicio de los derechos y libertades ha devenido imposible. Buena cuenta de ello nos da George Orwell a lo largo de sus obras. Con la publicación de su novela "1984", advirtió proféticamente² acerca de las consecuencias para la sociedad cuando por el Poder - Gran Hermano- se restringen y limitan los derechos del individuo; especialmente la intimidad, que supone ese inexpugnable territorio del hombre donde tiene lugar el

¹ Utilizamos la expresión "seguridad ciudadana" como sinónimo de seguridad pública que a su vez incorpora el orden público. Sobre esta cuestión puede verse IZU BELLOSO, J.M.: "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, núm. 58.

² FROMM, E.: "Afterword" en ORWELL, G.: *1984*, Signet, New York, 1961, pp. 257-267; nos advierte que la novela de George Orwell no sólo es la expresión de un estado de ánimo, sino una advertencia. Lo primero por la desesperación ante el futuro del hombre, lo segundo, porque a menos que cambie el curso de la historia, los hombres de todo el mundo perderán su condición humana -libertad-, y concluye el autor afirmando que "los libros como los de Orwell son duras advertencias, y sería lamentable que el lector interpretara presuntuosamente la obra 1984 como otra descripción más de la barbarie stalinista, y no viera que también nos está describiendo a nosotros mismos".

encuentro íntimo con uno mismo y se vivifica la gráfica expresión del Oráculo de Delfos: "conócete a ti mismo". Restricción y límites que en ocasiones, efectivamente, pueden tener origen en una ley aprobada por la mayoría.

A pesar de ello, como se observa en la "Rebelión en la Granja", el análisis de la cuestión de la justicia del Derecho bajo el prisma de la legitimidad formal puede llegar a ser perverso. En la obra vemos la facilidad con la que las normas pueden ser manipuladas. La norma original que decía: "ningún animal matará a otro", llegaría a decir, para justificar así las acciones del cerdo Napoleón, "ningún animal matará a otro sin motivo aparente", o de afirmar inicialmente que "todos los animales son iguales", a concluir que "todos los animales son iguales, pero los cerdos son más iguales que los demás"³.

Durante la revolución norteamericana y francesa⁴, sobre el binomio derecho-Estado se pretendió por los revolucionarios no sólo edificar las garantías y apuntalar la defensa de los derechos de los hombres, sino también limitar y controlar el ejercicio del poder. Sin embargo, con el auge del positivismo

³ TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006, pp. 198-205.

⁴ Por lo que respecta al derecho a la intimidad, durante los periodos revolucionarios, con especial intensidad en el francés, la dicotomía entre lo público y lo privado alcanza especial significación por cuanto el Estado revolucionario se construye como elemento nuclear para lograr el triunfo ideológico, pues tal y como sugiere REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 25: "la privado es el lugar ideal para los complots y las traiciones a la revolución, que desordenan la vida pública, la cual postula la transparencia, el crear un espacio y unas costumbres nuevas, un hombre y un entorno distinto".

jurídico durante el siglo XIX, el poder pasó a constituir el fundamento último del derecho positivo. La justicia dejó de ser una cuestión "material" de axiología jurídica a ser un elemento puramente formal, prescindiéndose de la dimensión ética de la Justicia.

Muchos han sido quienes han situado la seguridad como núcleo central en la construcción de su obra política. Unas veces como principio para el ejercicio de los derechos y las libertades, y otras como fin absoluto del Estado. Incluso no han faltado los que han apostado por la seguridad del Estado en detrimento de cualquier derecho o libertad. No obstante, cuando perdemos de vista la moral o la ética, cuando nos olvidamos de reflexionar en torno a si una norma atiende al bien común o no, podemos caer en el riesgo de convertir la ideología en poder y el Derecho en un instrumento represivo. La racionalidad se inclina ante la razonabilidad y la justicia se ensombrece por la maquiaveliana expresión "razones de Estado"⁵ que todo lo justifica. Unas veces con fines más individualistas que estatistas -caso *Watergate*-, otras simplemente

⁵ Como pone de relieve BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 30-31, para Maquiavelo la virtud nada tiene que ver con la perfección moral humana, sino con el dominio de los medios que mejor permiten alcanzar un fin; es la destrucción de la praxis en favor de la poiesis. Para el florentino no existe otro fin en la política que la adquisición, la conservación y el incremento del poder político. La justicia se ve ensombrecida por el éxito, pues "si consigue el príncipe mantener el poder, todos alabarán los medios que haya utilizado". Las virtudes clásicas; *fides* y *humanitas* ceden ante los principios que deben inspirar a todo buen príncipe. La *fides* o el "respeto por la palabra dada" pierde su vigencia en favor de la "razón de Estado". La *humanitas*, por su parte, cede ante el *metus*, pues "es más seguro ser temido que amado". Puede también verse la obra, del mismo autor, BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2000.

repitiendo el tan socorrido mantra de la seguridad como fundamento de la libertad -NSA y proyecto PRISM o UPSTREAM-. Sin embargo, la realidad demuestra que cuando la intimidad claudica la libertad perece.

Uno de los errores actuales más frecuentes consiste en centrar el análisis en torno a la forma determinada de los Estados y no a su ejercicio; cómo si la Democracia fuese el más potente de los antídotos contra el totalitarismo, sin embargo, como lúcidamente advierte MONTEJANO, la auténtica garantía contra el totalitarismo es desarrollar las virtualidades del antiguo término «República», como forma de gobierno estructurada sobre una base federal, respetuosa del pluralismo social y de las libertades concretas de todos y cada uno de los ciudadanos, con una autoridad templada que encuentre sus límites en las exigencias de los principios de convivencia social y en la vitalidad de los grupos infrapolíticos⁶.

Los Estados, como es obvio, precisan de mecanismos de vigilancia y control de sus propios ciudadanos para garantizar el funcionamiento de su aparato institucional y el mantenimiento de la seguridad. De manera que el nudo gordiano girará en torno a escindir las intromisiones gubernamentales arbitrarias o ilegales de las legitimadas por imperativo del interés público, lo que, en último término, no necesariamente guarda vínculo con la forma de gobierno.

⁶ MONTEJANO, B.: "El fin del estado: el bien común", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 1976, núm. 3, p. 183.

Por su opacidad en cuanto supone el reducto más reservado de los Estados, el hipocentro del binomio seguridad-intimidación se encuentra en el marco de las actividades desarrolladas por las Agencias de Seguridad y Servicios de Inteligencia. Buena cuenta de ello en España la da la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, promulgada a los efectos de establecer el control judicial de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afectan a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

No en vano, el art. 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, exige que este tipo de injerencias estén previstas en la Ley y constituyan una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional o pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En correspondencia con las exigencias internacionales, prevé el artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, que el Secretario de Estado Director CNI deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente⁷, autorización para la adopción de las

⁷ Artículo 342 bis LOPJ. "El Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución se nombrará por un periodo de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría."

medidas que puedan comprometer la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

A pesar del tímido intento que la norma supone en la protección de la intimidad de los ciudadanos frente a las injerencias más oscuras del Estado, presenta una importante deficiencia, nada dice sobre el control de la información obtenida en el transcurso de los operativos, pues seguirá siendo la autoridad política - y no la judicial- quien en su caso ordene la destrucción del material cuando a su discreción no guarde relación con el objeto o fines perseguidos⁸.

Descendiendo a niveles donde política y derecho no se difuminan hasta confundirse, el ámbito más comprometedor para la intimidad es la búsqueda de la verdad en el proceso penal, y que, como ya apuntó BELING⁹ en 1903, si bien los tribunales tienen el deber

Artículo 598 LOPJ. "Corresponde a la Presidencia del Consejo General del Poder Judicial: (...) 9.ª Realizar la propuesta del Magistrado, de las Salas Segunda o Tercera del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución, así como del Magistrado de dichas Salas del Tribunal Supremo que le sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad."

⁸ Sobre esta cuestión puede verse GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia", en AA.VV.: *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (coord. M.A Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 267-294.

⁹ BELING, E.: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1903; señaló la existencia de límites en la averiguación de la verdad (prohibiciones probatorias). En el sistema norteamericano, aunque con efectos prácticos similares, la construcción se hizo tomando como punto de partida la conclusión de la dogmática continental, es decir, la inadmisión de temas o medios probatorios no es una excepción a la labor indagatoria, sino

de buscar la verdad material de los hechos sometidos a su cognición, no supone una facultad absoluta.

Nadie duda actualmente, al menos en las democracias occidentales, que hay métodos o formas probatorias absolutamente inadmisibles en un Estado de Derecho¹⁰, tales como la tortura o el suministro de drogas al interrogado. No obstante, por los bienes afectados y su oportuna ponderación, existen las llamadas prohibiciones relativas que permiten la obtención de fuentes de prueba o la práctica de medios probatorios siempre que se observen los requisitos legalmente establecidos, en consecuencia MUÑOZ CONDE, sostiene que "en la búsqueda de la verdad los Jueces están vinculados a los hechos que pueden ser constitutivos de delitos e intentar averiguar la responsabilidad penal de los que los realizaron, pero

como una manifestación de un bien constitucionalmente tutelado (*Weeks vs United States*, 232 U.S. 383, 1914).

¹⁰ MUÑOZ CONDE, F.: "El derecho penal en tiempos de cólera", en AA.VV.: Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (coord. M.A Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 851-885, sostiene que: "en el moderno proceso penal del Estado de Derecho existen las llamadas "prohibiciones probatorias", entre las que destaca la prohibición de la tortura como forma de obtención de pruebas incriminatorias. Esta prohibición tiene rango de prohibición absoluta, invalidando cualquier prueba que se haya obtenido, directa o indirectamente, a través del empleo de tortura. Frente al sistema probatorio utilizado por la Inquisición, del que en los murales del Palacio Presidencial mejicano Diego Rivera dejó muestras impresionantes, el proceso penal acusatorio del Estado de Derecho pone por encima de la búsqueda de la verdad la dignidad e integridad moral de la persona del acusado, aunque se trate de alguien acusado de un delito de la máxima gravedad. El derecho a permanecer en silencio, a no declarar contra uno mismo, a la presencia de un abogado en los interrogatorios y a ser informado de los cargos de los que se le acusan, son una consecuencia directa de la prohibición de la tortura, y deben ser observados a toda costa so pena de nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación de estos derechos."

en esta tarea, además de a las leyes de la lógica y científico naturales, también están vinculados a la ley y a los derechos y garantías fundamentales del imputado en el proceso penal"¹¹.

De hecho, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, modificó la rúbrica del Título VIII, del Libro II, de la ley adjetiva criminal, cuya redacción original era "*De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica*", por la siguiente: "*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*". Es decir, una remisión directa al precepto constitucional que consagra el derecho a la intimidad.

Y como no podía ser de otra forma, el legislador en la exposición de motivos, sostiene que "la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos". Y sigue diciendo, en alusión a la tensión seguridad-intimidad, que "surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema

¹¹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros”.

No cabe duda actualmente que la entrada del Estado a través de sus funcionarios en la intimidad de los domicilios particulares está prohibida, salvo para los casos en que medie alguna de las excepciones que legitiman su entrada y registro (consentimiento del titular, resolución judicial, suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio al amparo de lo previsto en el art. 55 CE o estado de necesidad o fuerza mayor¹²), pues, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, *“la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la consecuente interdicción de la entrada y registro en él (art. 18.2 CE) no es sino una manifestación de la norma precedente que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE.)”*¹³.

En este sentido, el registro domiciliario, tal y como recuerda Tribunal Supremo, ha generado siempre *“una copiosa doctrina, afortunadamente ahora ya uniforme y pacífica, pues no en balde con el mismo se invade el domicilio de la persona y se perturba de*

¹² STC 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984, 22): *“la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas: el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no necesita ser expreso, la existencia de una resolución judicial que la autorice y la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución del domicilio de la persona afectada. (...) Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir con el estado de necesidad.”*

¹³ STC 126/1995 de 25 de julio (RTC 1995, 126).

*algún modo el derecho fundamental que el artículo 18.2 de la Constitución ampara y protege. Es lógico que los ciudadanos defiendan su intimidad pero también lo es que las necesidades derivadas de la investigación para la defensa de la legalidad, del orden y de la sociedad en suma, impongan excepciones a la regla general de la inviolabilidad domiciliaria*¹⁴.

La detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica es, por antonomasia, otra de las diligencias de investigación clásicas que suponen una invasión de la esfera privada. El legislador, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, faculta al juez a acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, y siempre que concurra cualquiera de los tres requisitos contemplados en el art. 579.1 LECr: *"1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión*¹⁵. *2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo."*

A diferencia de la crítica que efectuábamos a las intromisiones legítimas en el marco de las operaciones efectuadas por el Centro Nacional de Inteligencia ante la ausencia de control judicializado, el artículo 579

¹⁴ STS 20 enero 1997 (ROJ 210/1997).

¹⁵ Entre los que se encuentra, precisamente, un buen número de delitos del Capítulo I del Título X del Libro II del CP.

bis LECr., si que regula la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales, señalando en su apartado primero que *"el resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal."* Y, en todo caso, ex art. 587 LECr, cuando no guarde relación con la causa será entregado en el acto al procesado o a su representante. A pesar de ello, la realidad nos demuestra que de hecho la información vulnerando la intimidad de los investigados se usa en ocasiones con carácter extrasumarial a través de, por ejemplo, la aparición casual de las fuerzas públicas.

El resto de diligencias de investigación tecnológicas que pugnan con el art. 18 CE, son las consistentes en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información; registros remotos sobre equipos informáticos; y las medidas de aseguramiento.

El catalogo, sin embargo, no se agota con todas las mencionadas. No podemos dejar de referirnos a los actos de investigación o medios de prueba recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, y que siguiendo lo expuesto por Tribunal Constitucional en su

Sentencia 207/1996¹⁶, resulta posible agruparlas en dos clases en función si el bien jurídico constitucionalmente protegido es la integridad física (art. 15 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

En un primer grupo, las inspecciones y registros corporales, que son las 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, etc.). En estos casos, 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 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989¹⁷ (examen ginecológico), o inciden en la propia esfera privada del afectado.

El segundo serían las intervenciones corporales que consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) para ser sometidos a informe pericial o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas

¹⁶ STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207).

¹⁷ STC 37/1989, de 15 febrero (RTC 1989, 37).

circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre en las inspecciones corporales, el principal derecho que puede verse conculcado es el art. 15 CE. En menor medida el art. 18 CE, entendido como derecho a la intimidad corporal, o, desde una perspectiva más amplia, como derecho a la intimidad personal por cuanto afectaría al ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y conocimiento de los demás (STC 231/1988¹⁸).

En todo caso, los riesgos de los ciudadanos ante una eventual intromisión en su vida privada por parte del Estado no se agota con las operaciones de los servicios de inteligencia o con las labores en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que hay infinidad de situaciones en que la Administración por exigencias burocráticas recaba datos de naturaleza personal que suponen una afección de nuestra intimidad, piénsese, por ejemplo, en la comunicación de datos fiscales a la Agencia Tributaria, o en hechos tan triviales (por su tradición) como la obligatoriedad de los ciudadanos españoles de tener Documento Nacional de Identidad o realizar ciertas inscripciones sobre nuestra vida privada en el Registro Civil; e igualmente frecuentes son las que tienen lugar con ocasión de la función policial dirigida por el Poder Ejecutivo¹⁹ en el

¹⁸ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

¹⁹ Sobre la distinción de la Policía Judicial de la que llamaríamos Policía "ordinaria", puede verse la Instrucción 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial: "El origen del concepto de Policía Judicial está unido al desarrollo del Estado de Derecho. En la medida en que la Justicia se convierte en un Poder independiente aparece la distinción entre una función policial de seguridad y orden pública, dirigida por el Poder

desempeño de sus funciones de seguridad y orden público, como, por ejemplo, el emplazamiento de videocámaras en lugar públicos.

No sorprende, que ante esta panoplia de realidades en las que el Estado puede interferir en la esfera privada de los ciudadanos, el Código Penal dedique dentro del Capítulo V (relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), del Título XXI (los delitos contra la Constitución), del Libro II; la sección II a los "delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad", cuya *ratione materiae* es la protección ante las injerencias de los funcionarios y autoridades en la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Siendo que en todos ellos se alude a la expresión "mediando causa por delito", pues de lo contrario se reconducirían a las conductas previstas en el Título X del Libro II dedicado a los "delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio"²⁰.

Ejecutivo, y otra de investigación criminal, dependiente del Poder Judicial. (...) El artículo 126 CE establece que la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca."

²⁰ Sobre la incoherencia punitiva entre los delitos de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXI del Libro II y los del Título X de ese mismo libro, puede verse CORTÉS BECHIARELLI, E.: "Sobre la pluriofensividad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad (artículo 534 a 536 del Código penal español", en AA.VV.: Un Derecho Penal comprometido: Libro

Esta dimensión de la intimidad, como muro de contención frente a las injerencias del Estado en el ámbito particular o privado de los ciudadanos, constituye uno de los más perfectos mecanismos para salvaguardar la autonomía individual. Y que, como se verá, ha sido determinante en la construcción filosófico-política del bien jurídico intimidad.

2. DIMENSIÓN HORIZONTAL: EL HOMBRE

Las primeras manifestaciones jurídicas, que no sociales, de la intimidad como búsqueda de ese reducto personal desconocido para terceros tradicionalmente se han encontrado en el ámbito del domicilio y la correspondencia. Sin embargo, como inexorable consecuencia del avance tecnológico y las nuevas formas de interrelación que nos proporciona, el derecho a la intimidad exige una revisión constante.

La realidad a la que hoy en día se enfrenta la intimidad son las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*), los grandes foros de internet (*Gaia online, IGN boards, 4chan, etc.*), las páginas de alojamiento (*Media Fire, HotFile, Mega, etc.*) o las aplicaciones de comunicación en tiempo real (*WhatsApp, Telegram, Line, etc.*). Sin que ello pueda significar caer en la histeria colectiva que identifica lo desconocido con lo peligroso y juzga lo general desde la patología. Y es precisamente ante ese *horror vacui* criminal cuando en ocasiones la ley penal se convierte en un eficaz reclamo electoral.

homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (coord. M.A Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 221-238.

El lector coincidirá que era impensable hace décadas imaginar un mundo donde cualquier persona dispusiera de la tecnología suficiente para captar imágenes o sonidos en cualquier momento y bajo casi toda circunstancia. Hoy, en términos generales, se puede afirmar que todo ciudadano español dispone de un *smartphone* que le permite fotografiar o grabar un determinado acontecimiento de la realidad y darle difusión en escaso segundos.

La tecnología, o más bien las manifestaciones derivadas de ella, permiten, por un lado, facilitar el acceso a la vida privada de las personas, y, por el otro, dar difusión global y extremadamente rápida del material obtenido; lo que comporta no sólo la entrada en la esfera privada, sino la difusión de lo conocido (cfr. la intimidad como control). Pongamos dos ejemplos, que aunque pudieran parecer hiperbólicos son reales e incluso habituales: el primero de ellos, una persona con conocimientos informáticos que accede al ordenador portátil de una mujer para ver a través de su *webcam* y así poder espiarla²¹. El segundo, un joven que instala un bolígrafo con cámara en el baño para poder

²¹ El 20 de diciembre de 2013, en la edición online del periódico El Confidencial se podía leer un artículo sobre el fenómeno de hacking de webcams, intitulado "¿Tapas la webcam del portátil? Cuidado, puede ser un ojo para los 'hackers'". El artículo abordaba el caso de la modelo Cassidy Wolf, cuyo ordenador portátil fue hackeado durante un largo periodo de tiempo en el que el hacker a su merced podía activar la webcam. Una vez hubo captado filmaciones de la modelo desnuda en su cuarto, desvestiéndose, etc., comenzó a chantajearla.

La noticia puede consultarse online en la dirección web:

http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2013-12-20/tapas-la-webcam-del-portatil-cuidado-puede-ser-un-ojo-para-los-hackers_68571/.

Consultada el 20 de junio de 2016.

grabar a sus compañeras de piso mientras se duchan²². Ejemplos podrían ponerse muchos más, pero, como decíamos, no se trata tanto de culpar indiscriminadamente a la tecnología, sino de evidenciar un problema que data de antiguo y que la tecnología no crea.

En los dos ejemplos anteriores, prescindiendo ahora del hipotético fin lucrativo que pudiera perseguir difundiendo las captaciones audiovisuales, el agresor penetra en la vida privada de la víctima con el ánimo de satisfacer sus necesidades lúbricas o cualesquiera otras que obedezcan a su fetiche. En este sentido, la tecnología es una herramienta al servicio del sujeto activo, pero en modo alguno interviene en la configuración de su ánimo lúbrico o fines meramente morbosos.

El observar disimuladamente a otro es una conducta que anida en la propia existencia del hombre. Buena cuenta de ello nos da la tradición popular anglosajona, que con independencia de su condición de mito o realidad, ya el cronista Roger de Wendover en su obra *Flores Historiarum* del siglo XIII, narra la intromisión ilegítima de un ciudadano en la intimidad de Lady

²² Este caso se pudo leer en los periódicos nacionales a finales de junio de 2016, cuando Agentes de la Policía Nacional detuvieron en Valencia a un joven de 18 años acusado de colocar un bolígrafo espía con cámara en el baño al objeto de grabar a sus compañeras de Erasmus mientras se duchaban o desnudaban.

La noticia puede consultarse, entre otros, en el periódico online 20minutos:

[htt://www.20minutos.es/noticia/2778205/0/detenido-estudiante-boli-camara-bano-piso-erasmus-valencia/](http://www.20minutos.es/noticia/2778205/0/detenido-estudiante-boli-camara-bano-piso-erasmus-valencia/)

Consultada el 20 de junio de 2016.

Godiva, esposa del noble Lofric, conde de Mercia. Ante la fuerte presión fiscal que el conde ejercía sobre los pobladores de Coventry, su esposa, Lady Godiva, le rogó para que bajara los impuestos. Él accedió, pero con la condición de que ella se paseara por la ciudad desnuda sobre su caballo. A pesar de tal indecorosa exigencia, pues el marido pensaba que así desistiría de su pretensión, manifestó su conformidad para así beneficiar a su pueblo aun en detrimento de exhibir sus intimidades (*intimacy*). Los ciudadanos, ante la bondad de Lady Godiva, decidieron quedarse en sus casas cerrando puertas, ventanas y corriendo las cortinas para así evitar verla. Sin embargo, el sastre del pueblo, Tom, no pudo evitar mirar a Lady Godiva a través de un agujero de la persiana. En adelante sería llamado "*Peeping Tom*", Tom el mirón, expresión que desde entonces pasaría a estar estrechamente vinculada a la noción de *privacy* y el derecho a la intimidad en la esfera anglosajona.

Al final, la conducta de Tom, no deja de ser la propia del fenómeno del voyerismo, es decir, la de quienes disfrutan contemplando actitudes íntimas o eróticas de otras personas²³. Y este leitmotiv, o *telos* de la conducta, es el que subyace en los dos ejemplos que anteriormente exponíamos. De hecho, si prescindimos del elemento erótico o lúbrico de la conducta y lo sustituimos por el simple hecho de satisfacer los deseos de curiosidad, nos encontremos ante una de las conductas más ordinarias y comunes de la historia de la humanidad: escuchar conversaciones ajenas (y que la

²³ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2016.

doctrina anglosajona califica como *eavesdropping*²⁴) o el cotilleo (*gossiping*).

La conducta dirigida a satisfacer el ánimo fisgón o cotilla del hombre se da con independencia del momento histórico en el que nos encontremos, es, decíamos, consustancial a él. Ahora bien, no es menos cierto que el desarrollo tecnológico permite al *peeping* servirse de dispositivos electrónicos o *software* que faciliten enormemente la consecución de sus fines espurios.

Las nuevas realidades sociales y tecnológicas, como lo son el correo electrónico, los archivos multimedia almacenados en la nube (*Dropbox, Google Drive, iCloud, Onedrive, etc.*) o, directamente, las nuevas formas de comunicación aludidas *ut supra*; suponen nuevos retos en el diseño y configuración de la tutela de la vida privada en la medida que las conductas invasivas se han multiplicado y expandido acorde a las facilidades que nos brinda el desarrollo tecnológico²⁵.

²⁴ El término "*eavesdropping*" según Oxford University Press: *Shorter Oxford English Dictionary*, 2007., proviene de "*eavesdropper*" que es quien escucha secretamente conversaciones. A su vez "*eavesdropper*" viene de "*eaves*", en español "alero" que es la "parte inferior del tejado, que sale fuera de la pared y sirve para desviar de ella las aguas llovedizas" (Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 2016). En este sentido, "*eavesdropp*" era quien se colocaba en los aleros para escuchar lo que se decía en el interior de la casa. En la actualidad se utiliza tanto para referirse a quien escucha inconsentidamente situándose detrás una pared o puerta; como a quien lo hace valiéndose de artificios tecnológicos.

²⁵ A este respecto puede verse el interesante trabajo de DE LA MATA BARRANCO, N.J. y BARINAS UBIÑAS, D.: "La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?" *Revista de Derecho Penal y*

Y es por ello que ante la ausencia de una legislación prolija que tutele las diferentes formas en que se producen las intromisiones en la intimidad de los ciudadanos, nuestro Tribunal Constitucional ya hace más de tres décadas, tuvo que reconocer un "derecho a la intimidad o la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida" ya sean cometidas por otras personas o la Administración Pública²⁶.

En definitiva, el debate político-jurídico del derecho a la intimidad queda incardinado en lo antitético de lo público y conocido frente a lo privado y desconocido²⁷. Y será esta realidad la que vivifique el debate en torno a la tutela del bien jurídico.

Criminología, 2014, núm. 12, pp. 13-92. En él los autores ponen de manifiesto "la necesidad de redefinir el contenido de los tradicionales delitos contra la intimidad, recuperando un concepto de privacidad, nucleado en torno al derecho a ser dejado en paz, con el que se pueda garantizar una plena autodeterminación informativa y decisional."

²⁶ STC 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984, 110).

²⁷ Sobre esta idea puede verse a MATTEUCCI, N.: "Pubblico e privato", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981, pp. 19-24.

CAPÍTULO II

SUBSTRATO METAJURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. INTRODUCCIÓN

Antes de indagar sobre la raíz del derecho a la intimidad, conviene situar las teorías o posturas que hay al respecto.

Por un lado, encontramos la de PEREZ LUÑO²⁸, que sostiene que "si atendemos a su génesis histórica es evidente que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada a la aparición de la burguesía (...) La intimidad se configura como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; aspiración que viene potenciada por las nuevas condiciones de vida. De ahí, que los caracteres que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la propia ideología de la clase social que la reclama. Esto explica su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Notas éstas que recuerdan los instrumentos jurídicos de delimitación y defensa del derecho de propiedad"²⁹.

²⁸ PÉREZ LUÑO, A.: "La protección de la intimidad frente a la informática en la constitución española de 1978" *Revista de estudios políticos*, núm. 9, 1979, p. 64. También se cita en PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 327.

²⁹ PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, op. cit., p. 328: "la continuidad entre privacy y property no es puramente jurídico-formal, sino que la propiedad es condición para acceder a la intimidad; en este

Por el otro, la opinión de TRUYOL SERRA y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA³⁰, quienes sostienen que el origen es mucho anterior a la disgregación de la sociedad feudal, pues está indisolublemente asociada al cristianismo, "el hombre de la antigüedad grecorromana estaba más inserto en la comunidad de la *polis* y de la *civitas* o *res publica*, y de hecho San Agustín es el primer occidental cuya intimidad conocamos propiamente"³¹.

La crítica que PEREZ LUÑO hace a los anteriores es que su planteamiento es admisible si se entiende la intimidad como autoconsciencia de la subjetividad, pero no si se atiende a su proyección jurídica como conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular³².

No cabría hablar, según este autor, de intimidad en la *polis* o en la *civitas* del mundo antiguo, pues el individuo formaba parte de la comunidad y se hallaba vinculado por una intrincada red de relaciones que inspiraban y dirigían todos los actos cotidianos de su vida. Tampoco cabría hablar de una intimidad jurídicamente comprendida en la Edad Media, pues el aislamiento era un privilegio al alcance de las altas esferas o quienes libremente renunciaban a una vida en sociedad.

sentido se ha podido aludir, con razón, a que «poverty and privacy are simply contradictoires»".

³⁰ TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Informatica e Dirittos*, núm. 1, 1975, pp. 171-187.

³¹ *Ibid.*, p. 173.

³² PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, op. cit., p. 327 y 328.

En consecuencia, para PEREZ LUÑO, el arranque del derecho a la intimidad se ubica en el desarrollo de los núcleos urbanos y la aparición de los centros de trabajo a diferencia de la prolongación del hogar que suponía el taller artesanal.

Más radical a las anteriores es la posición de WESTIN, quien considera que la intimidad se da incluso en el reino animal, como manifestación de la territorialidad, y, por tanto, su origen es innato al hombre³³.

RUIZ MIGUEL³⁴, a propósito del debate entre las posturas de Pérez Luño y Truyol Serra/Villanueva Etcheverría, distingue dos teorías contrapuestas. La primera, la racionalista, cuyo principal valedor sería el primero, "pues sitúa el alba de este derecho en el período del racionalismo y de la ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía"³⁵. La segunda, la histórica, mantenida por los dos últimos, "en la medida en que, aparte de ser sostenida por meritorios historiadores, se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto"³⁶.

En realidad ambos enfoques, lejos de estar enfrentados, se complementan, pues su contradicción

³³ WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967, passim. Especialmente a este respecto puede verse el primer epígrafe del cap. 1: "Privacy in the Animal World".

³⁴ RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 7-10.

³⁵ *Ibid.*, p. 7.

³⁶ *Ibid.*, loc. ult. cit.

únicamente se da si se analizan en idéntica clave. La tesis histórica tiene un componente eminentemente ontológico y fenomenológico, mientras que la racionalista, axiológico. Dicho de otro modo, la primera se construye a la luz del binomio hombre-intimidad y la segunda a partir de la relación entre el derecho y la intimidad.

Por tanto, la intimidad como hecho y derecho está indisolublemente asociada al hombre en cuanto sujeto dotado de inteligencia y voluntad y provisto de la necesidad de coexistir (dimensión horizontal) y organizarse (dimensión vertical).

2. TRADICIÓN CLÁSICA: GRECIA, ROMA Y LA TRANSICIÓN DESDE EL CRISTIANISMO A LA EDAD MODERNA

La intimidad surge de la necesidad de proteger un espacio personal ajeno a injerencias indeseadas.

ORTEGA Y GASSET, en agosto de 1930, expresaba su parecer y sentir sobre la fagocitación de lo privado por lo público, donde lo colectivo "vuelve a ejercer su tiranía y está ya causando estragos en toda Europa", pues "la Prensa se cree con derecho a publicar nuestra vida privada, a juzgarla, a sentenciarla. El Poder público nos fuerza a dar cada día mayor cantidad de nuestra existencia a la sociedad. No se deja al hombre un rincón de retiro, de soledad consigo. Las masas

protestan airadas contra cualquier reserva de nosotros que hagamos"³⁷.

No resultaría caprichoso, precisamente, que fueran dos norteamericanos, WARREN y BRANDEIS, los primeros juristas en presentar el derecho a la intimidad como categoría propia. Al fin y a la postre es en el pensamiento anglosajón, más propiamente en el ámbito del *Common Law*, donde con más nitidez se distinguió entre lo público y privado.

La tensión entre ambas dimensiones ha sido una constante en la historia del pensamiento occidental. La cual ha incidido directamente en el diseño de las formas de gobierno que han ido sucediéndose a lo largo del tiempo.

En la antigua Grecia lo comunitario se alzaba sobre lo privado. El ciudadano estaba sometido a los intereses de la polis; era soberano en lo público y esclavo en lo privado³⁸. La reflexión y el conocimiento

³⁷ ORTEGA Y GASSET, J.: "Socialización del hombre", en GARAGORRI HERRANZ, P.: Obras completas de José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, Madrid, 1966, Tomo II p. 746.

³⁸ CONSTANT., B.: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (discurso pronunciado en el Ateneo de Paris en 1819), *Revista de Estudios Públicos*, 1995, núm. 59. p. 3: "Comparad ahora esta libertad con la de los antiguos. Esta consistía en ejercer colectiva pero directamente varios aspectos incluidos en la soberanía: deliberar en la plaza pública sobre la guerra y la paz, celebrar alianzas con los extranjeros, votar las leyes, pronunciar sentencias, controlar la gestión de los magistrados, hacerles comparecer delante de todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles; al mismo tiempo que los antiguos llamaban libertad a todo esto, además admitían como compatible con esta libertad colectiva, la sujeción completa del individuo a la autoridad del conjunto. No encontraréis entre ellos ninguno de los goces que como vimos forman parte de la libertad de los modernos. Todas las acciones privadas

-individual- quedaban subordinados a los intereses de la polis -colectividad-. La libertad se proyectaba hacia el exterior (debate político) pero no en el interior. Existía una radical prevalencia del Estado sobre la conciencia.

En la conocida obra de Antígona³⁹, Sófocles, precisamente, plantearía una trágica reflexión sobre el contenido y el alcance del deber jurídico y el dilema entre la obediencia a nuestra propia conciencia (lo privado) o al Estado (lo público). En ella puede

estaban sometidas a una severa vigilancia. Nada se abandonaba a la independencia individual, ni en relación con las opiniones, ni con la industria ni sobre todo en relación con la religión. La facultad de escoger el culto, facultad que observamos como uno de nuestros más preciosos derechos, habría parecido a los antiguos un crimen y un sacrilegio. En las cosas que nos parecen más fútiles, la autoridad del cuerpo social se interponía y se entorpecía la voluntad de los individuos.”

³⁹ Edipo, el rey de Tebas, tras abandonar el gobierno de la ciudad, decidió que este recaería por turno sobre sus hijos Etócles y Polinices. Sin embargo, al poco tiempo el pacto quedaría roto, enfrentándose en una batalla por el control de la ciudad y en la que ambos hermanos morirían. Entonces, el gobernador Creonte, tío de los hermanos fallecidos, publicó un edicto por el que se prohibía so pena de muerte dar sepultura a Polinices por dar muerte a su hermano Etócles. No obstante, y a pesar de lo dispuesto en la norma aprobada por el senado de Tebas, Antígona, hija de Edipo, decidió que debía obedecer los mandatos de los dioses y cumplir el deber sagrado de dar sepultura, en la medida que las leyes de los dioses (*dikè*) no pueden ser contravenidas por las leyes de los hombres (*nomos*). Sorprendida Antígona por un centinela mientras daba sepultura a su hermano Polinices, es denunciada y llevada ante Creonte. Recriminada y condenada a muerte por su tío, le dice: “no creí que tus decretos tuvieran fuerza para borrar las leyes divinas. Pues no son de hoy, ni de ayer, sino que siempre estuvieron vigentes para guiar al hombre”. Sin embargo, Creonte, quien ve en la ley positiva el único mecanismo posible para la paz y el progreso, le replica: “No hay mayor mal que la anarquía. Ella sola es causa de la ruina de la ciudad. El orden y la obediencia a la ley son la única garantía de progreso y de paz. Es deber del gobernante hacerla cumplir y del ciudadano guardarla. Quien se rebela contra la ley compromete el presupuesto de la libertad”.

observarse como el principal reproche a Antígona es su separación respecto del pensamiento unitario de la polis.

La libertad, paradójicamente, se predicaba de las conductas públicas del ciudadano concretadas, por ejemplo, en la facultad de verbalizar su opinión en la aprobación de normas o discusiones en el senado, pero no en su esfera más íntima significada por el *right to be let alone*, pues era incompatible con la visión aristotélica del *zôon politikón* donde lo social prevalecía sobre lo personal. El hombre sin su dimensión social era similar a un animal.

El hombre se entregaba al Estado, pues este era el único capaz de proporcionarle auténtica plenitud -felicidad-. El ciudadano se confundía con la ciudad.

A pesar de los intentos de ilustres pensadores griegos, como Aristóteles o Platón, por asegurar la supervivencia de lo público frente a lo privado⁴⁰, lo cierto es que el sentimiento espiritual del hombre resultó inquebrantable, hallándose en la dimensión extramaterial el primer reducto inexpugnable de los individuos (la facultad de escoger el culto).

Los sucesivos desastres militares de las polis griegas frente al imperio macedonio sumieron a los ciudadanos libres en un sentimiento de desazón y paulatino apartamiento de lo público para centrarse en su propio yo.

⁴⁰ HERRERÁN ORTIZ, A.I.: "El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información" *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 2003, núm. 26, *passim*.

La derrota de las ciudades-estado de Atenas y Tebas, y otras de menor dimensión e importancia, en la batalla de Queronea en el año 338 a.C. a manos de los ejércitos de Filipo II de Macedonia, comportaron en la práctica la destrucción de la esencia filosófico-política de la polis que lúcidamente describió Platón en el libro VII de la República.

La supremacía del poder extranjero y la pérdida de la identidad propia que las polis atribuían a sus ciudadanos, comportaron el agotamiento del sentimiento de pertenencia y entrega a la colectividad. Lo que supuso inexorablemente la dilución de las polis por la república romana.

En la antigua Roma, a pesar del creciente sentir acerca de la existencia de conciencia individual del hombre, concretada en su dimensión más íntima de recogimiento y reflexión, como señala LOEWENSTEIN⁴¹, lo cierto es que la falta de derechos ejercitables por el ciudadano frente al Estado hizo que de facto fuese imposible la concreción real y exterior de la intimidad, que siempre se vio merced del aparato del Estado. No en vano, "aquel que considere la ley y el orden como los más altos valores éticos, reconocerá en

⁴¹ LOEWENSTEIN K.: "Roma y la teoría general del estado", *Revista de Estudios Políticos*, 1970, núm. 174, p. 28: "El Estado era un amo estricto, que exigía una obediencia absoluta y una fidelidad ciega, que también le debía ser ofrecida por los ciudadanos. No está en contradicción con esta afirmación el hecho de que los ciudadanos romanos gozasen en su vida privada de una libertad que podrían envidiar muchos pueblos de nuestro autoritario presente: No podían ser detenidos ni llevados ante un Tribunal arbitrariamente; su propiedad está asegurada; su libertad de conciencia era ilimitada. El clima de la República era favorable para la libertad de opinión; en su falta de respeto hacia los poderosos, Cátulo dejaba atrás a Aretino o a Voltaire".

la civilización política romana un momento estelar, nunca alcanzado anteriormente, y raras veces después. Pero esta hazaña estatal pagó un alto precio: una necesidad de expansión convertida en obsesión nacional, que luego ascendió a un placer de conquista casi patológico, condujo a la clase dirigente a una arrogancia del poder, que fue pagada demasiado cara por la miseria de las masas, y la desestimación de todos los valores humanos, excepto de aquellos que servían a la glorificación del Estado. Así como no se puede dejar de admirar las conquistas estatales de Roma y su efecto posterior, no se puede olvidar tampoco la nulidad del poder y, por lo tanto, el fracaso de una forma de gobierno de gran valor técnico, que sólo servía a los intereses de los dominantes."⁴²

Ahora bien, tal y como advierte RUIZ MIGUEL, "lo anterior no significa que la idea del derecho a la intimidad, e incluso manifestaciones jurídicas de la misma fuesen ignoradas por los romanos. Séneca, filósofo cordobés influido por el estoicismo, en sus obras evidencia la contraposición entre el hombre inmerso en los negocios u ocupaciones exteriores *ad alios*, y el hombre que vive su vida *ad se*, retirado e inmerso en la *sapientia*. Esta contraposición entre el hombre "exterior" y el "interior" tan próxima a la idea de intimidad inspira sus obras, en particular sus diálogos, sus cartas a Lucilio"⁴³.

Buena cuenta de que en la Roma clásica -de igual forma que en la antigua Grecia- el Estado absorbía el

⁴² *Ibid.*, p. 32.

⁴³ RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, op. cit., p. 21.

"yo personal" en favor del "nosotros colectivo", la da Ortega y Gasset en su obra la "Socialización del Hombre". En ella el madrileño al referirse a Cicerón expone que este cuando "sentía ganas de retraerse en su villa tusculana y vacar al estudio de los libros griegos, necesitaba justificarse públicamente y hacerse perdonar aquella su momentánea secesión del cuerpo colectivo. El gran crimen que costó la vida a Sócrates fue su pretensión de poseer un demonio particular, privado; es decir, una inspiración individual"⁴⁴. Vemos, pues, ese sentimiento de inquietud por retirarse de lo público para centrarse en lo privado o particular.

No encierra dudas que el hombre sano y consciente dotado de inteligencia tiene la facultad de formular en su fuero interno procesos intelectivos libres por muy cercenada o restringida que su libertad física se halle. Piénsese en el caso más extremo: un prisionero privado absolutamente de movimiento. Incluso en esta situación posee la libertad para formar o combinar ideas o juicios en su mente. Esto evoca esa parcela mínima e inexpugnable de injerencias por terceros, e incluso del propio Estado.

Con el surgimiento del Cristianismo vemos cómo por primera vez surge un auténtico conflicto -al menos interno- entre la observancia de la creencia íntima, plasmada en la institución de la Iglesia, con los postulados del Estado, pues "planteó un problema que no había conocido el mundo antiguo, el problema de las relaciones entre Iglesia y Estado, y supuso una diversidad de lealtades y un juicio íntimo no incluido

⁴⁴ ORTEGA Y GASSET, J.: "Socialización del hombre", op. cit., p. 745.

en la idea de ciudadanía (...) La concepción de una sociedad cristiana universal transmitida por los Padres de la Iglesia a la Edad Media difería fundamentalmente de la antigua idea de una comunidad universal que había prevalecido en la antigüedad precristiana (...)”⁴⁵.

En definitiva, recogiendo la referencia a George Sabine, “la creencia en la autonomía espiritual y el derecho de libertad espiritual dejó un residuo sin el cual serían muy difíciles de entender las ideas nuestras de intimidad y libertad individual”⁴⁶.

Será con AGUSTÍN DE HIPONA cuando encontramos por primera vez una genuina reflexión sobre la dimensión profunda del propio yo: “entra dentro de ti mismo, porque en el hombre interior reside la verdad; y si hallares que tu naturaleza es mudable, trasciéndete a ti mismo, mas no olvides que, al remontarte sobre las cimas de tu ser, te elevas sobre tu alma, dotada de razón.”⁴⁷. En la esfera más íntima del ser -sostiene- es posible hallar a Dios. La intimidad se asociaría al fenómeno religioso. Su importancia se ve con claridad sus Confesiones, pues en ellas San Agustín comparte con el lector su propia intimidad.

A diferencia de lo que ocurría con otras obras anteriores de contenido reflexivo personal, como pudieran ser la meditaciones de Marco Aurelio, San

⁴⁵ RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, op. cit., p. 23.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁷ San Agustín de Hipona: *De la verdadera Religión* (Traducción de P. Victorino Capánaga OAR), XXXIX, 72. Puede consultarse en línea en: http://www.augustinus.it/spagnolo/vera_religione/index2.htm.

Agustín abre la puerta a que se conozca todo de él: de sus sentires de pecador a sus gozos espirituales en el acercamiento a Dios. Acerca al lector a la exploración de la intimidad, al menos, en un sentido místico.

Ahora bien, siguiendo a REBOLLO DELGADO, San Agustín, propiamente dicho no ofrece un concepto de intimidad *per se*. Sin que ello suponga negar que el tratamiento que el de Hipona hace de la intimidad sea la base sobre la que posteriores autores escolásticos se apoyarían para definir la intimidad en un sentido más próximo al nuestro.

En opinión del mencionado autor, y que comparto plenamente, en San Agustín más bien encontramos "una teoría del conocimiento (de la interioridad, de la introspección o misticismo), o una mecánica de aproximación a él, más que un ámbito de la vida del hombre", pues, entre otras razones que apoyan esta idea, "está la constatación de la ausencia de definición de intimidad por parte de San Agustín, así como tampoco se desprende de sus escritos una argumentación de facultad o poder del individuo de desligarse del mundo exterior, como consecuencia de una idea de que existe un ámbito que pertenece al individuo frente a los demás"⁴⁸.

A pesar de ello, la influencia de la obra de San Agustín, marcaría el rumbo hacia la llamada intimidad clásica -*ad se, ad animum*- que Santo Tomás configuraría como manifestación de la voluntad del hombre tendente a

⁴⁸ REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, op. cit., p. 39.

recatar sus secretos y en donde fraguar sus decisiones más propias e intransferibles⁴⁹.

La Edad media supondría el fortalecimiento de la esfera privada frente a la pública. La primera pasaría a estar estrechamente vinculada a lo doméstico, a lo que ocurre en el ámbito familiar. Surge así la dimensión de la *res familiaris* en oposición a la *res publica*.

En consecuencia, lo privado pasaría a representar una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro. Supondría ese lugar familiar⁵⁰, donde se encierra lo que poseemos, "lo que solo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguardia pública exige el honor"⁵¹. Esta realidad desembocó en pluralidad de normas con trascendencia en la protección del domicilio⁵².

Y es, precisamente, este contexto el que llevaría a DUBY a concluir que la dicotomía público y familiar en la Edad media descansaba en la idea de poder-

⁴⁹ *Ibid.*, loc. ult. cit.

⁵⁰ DUBY, G.: "Prefacio", en AA.VV.: *Historia de la vida privada*, op. cit., vol I., p. 9 y ss.

⁵¹ *Ibid.*, p. 11.

⁵² Para consulta detallada sobre la pluralidad de normas protectoras del domicilio en la baja edad media puede verse RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, op. cit., pp. 33-34.

dominación, pues mientras que en lo público el poder lo ostenta el rey, en lo familiar el *paterfamilias*⁵³.

3. LA RAZÓN DE ESTADO: MAQUIAVELO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS MEDIOS

En las postrimerías de la edad media comenzaría a surgir el sentimiento de volver al esplendor de la cultura griega y romana (*rinascita*) caracterizada en lo político por la prevalencia de la razón instrumental y cuyo máximo exponente fue Nicolás Maquiavelo. Para el florentino solo había "dos maneras de combatir: una, con las leyes; otra, con la fuerza. La primera es distintiva del hombre; la segunda, de la bestia. Pero como a menudo la primera no basta, es forzoso recurrir a la segunda. Un príncipe debe saber entonces comportarse como bestia y como hombre"⁵⁴. En este sentido, no habría de atenderse a cómo deben ser las cosas, sino a como son las cosas, "porque hay tanta diferencia entre cómo se vive y cómo se debería vivir, que aquel que deja lo que se hace por lo que debería hacerse marcha a su ruina en vez de beneficiarse, pues un hombre que en todas partes quiera hacer profesión de bueno es inevitable que se pierda entre tantos que no lo son".

⁵³ DUBY, G.: "La vida privada en las familias aristocráticas de la Francia Feudal: convivialidad" en AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. Peter Brown et. al.), Taurus Ediciones, Madrid, 1987, vol. II, pp. 49-95.

⁵⁴ MAQUIAVELO, N.: *El príncipe*, Biblioteca Virtual Antorcha, 2006. Vid. Capítulo XVIII "De los modos que los príncipes deben cumplir sus promesas".

El orden social y político para Maquiavelo era únicamente una creación artificial del hombre; se trataba de un mero artefacto o máquina⁵⁵. La política "ya no será hija del mestizaje entre principios generales y voluntarismo privado, sino que se convertirá en una ciencia objetiva y aplicada, sistemática y eficaz, que permita aprender unas técnicas específicas para dominar y controlar el objeto de su estudio con un mínimo de error y sin desperdiciar energías"⁵⁶.

Como pone de relieve BALLESTEROS⁵⁷, para Maquiavelo la virtud no tenía que ver con la perfección moral humana, sino con el dominio de los medios que mejor permiten alcanzar un fin; suponía la destrucción de la praxis en favor de la *poiesis*.

Las virtudes clásicas; *fides* y *humanitas* ceden ante los principios que deben inspirar a todo buen príncipe.

La *fides* o el "respeto por la palabra dada", pierden su vigencia en favor de la "razón de Estado", pues "un príncipe prudente no debe observar la fe jurada cuando semejante observancia vaya en contra de sus intereses y cuando hayan desaparecido las razones que le hicieron prometer."⁵⁸

⁵⁵ MARAVALL, J.A: *Estado moderno y mentalidad social*, Revista de Occidente, Madrid, 1972, Vol. I, p. 33.

⁵⁶ MAQUIAVELO, N.: *El príncipe*, op. cit., Cap. XVI.

⁵⁷ BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 30-31.

⁵⁸ MAQUIAVELO, N.: *El príncipe*, op. cit., Cap. XVIII.

La *humanitas*, por su parte, cede ante el *metus*, pues "es más seguro ser temido que amado. Porque de la generalidad de los hombres se puede decir esto: que son ingratos, volubles, simuladores, cobardes ante el peligro y ávidos de lucro. Mientras les haces bien, son completamente tuyos: te ofrecen su sangre, sus bienes, su vida y sus hijos, pues -como antes expliqué- ninguna necesidad tienes de ello; pero cuando la necesidad se presenta se rebelan"⁵⁹. Incluso es preferible una apariencia de virtud a ser virtuoso, pues "está bien mostrarse piadoso, fiel, humano, recto y religioso, y asimismo serlo efectivamente; pero se debe estar dispuesto a irse al otro extremo si ello fuera necesario. (...) Es preciso, pues, que tenga una inteligencia capaz de adaptarse a todas las circunstancias, y que, como he dicho antes, no se aparte del bien mientras pueda, pero que, en caso de necesidad, no titubee en entrar en el mal"⁶⁰.

El fin del Estado para Maquiavelo es el mantenimiento de la paz y el orden durante el mayor tiempo posible, cueste lo que cueste. La razón de Estado lo justifica todo. Con el florentino, encontramos la antesala y basamento ideológico de la decadencia posmodernista⁶¹, que diseña y configura la intimidad de los ciudadanos desde una dimensión contradictoria en la que, por un lado, protege más que nunca los datos de carácter personal (piénsese en la

⁵⁹ *Ibíd.*, Cap. XVII.

⁶⁰ *Ibíd.*, Cap. XVIII.

⁶¹ En este sentido puede verse BALLESTEROS LLOMPART, J: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2003, *passim*.

psicosis burocrática a la que el ciudadano ordinario ha de enfrentarse en exigencias de la LOPD), pero, por el otro, ha intensificado, especialmente con ocasión de los atentados de Nueva York del 11 de Septiembre de 2001⁶², las labores de vigilancia y control en detrimento de los derechos y libertades, de forma que "las redes de comunicación, abiertas a todos y para todos, en las que los individuos son productores y receptores de información y de comunicación, dejan de ser contempladas como un nuevo espacio virtual de libertad y realización para el individuo. Potencialmente pasan a ser instrumentos de cohesión y de elaboración de estrategias terroristas por parte de grupos organizados; nace una nueva cruzada contra los herejes que pretenden socavar el orden occidental"⁶³.

Este contexto de tensión (dominación) entre Estado y ciudadano (súbdito) esbozado por Nicolás Maquiavelo influirá notablemente en las configuraciones ius-políticas de pensadores posteriores como Hegel o Schmitt; cuyo testigo directo fue asumido por Thomas Hobbes, y que con su Leviatán ha contribuido a la

⁶² Señala lúcidamente MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media* (discurso de ingreso en la Real Acadèmia de Doctors, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015), Ediciones Gráficas Rey, Barcelona, 2015, p. 51, "El valor simbólico del atentado iba a desencadenar una serie de acontecimientos de gran trascendencia en el ámbito punitivo. Se desencadena la lógica de la seguridad; los Estados se encaminan a una cruzada contra la misma, los ordenamientos jurídicos, poco a poco, van a quedar contaminados por las reglas de la lucha contra el terrorismo organizado. Se trata de organizar los instrumentos jurídicos de la emergencia; lo importante es crear un escaparate de seguridad, de apariencia de respuesta punitiva organizada ante una ciudadanía desconcentrada que desconfía de todo y de todos".

⁶³ *Ibid.*, p. 52.

configuración esencial de la noción moderna de intimidad.

4. LIBERALISMO: DE LA SEGURIDAD COMO FUNDAMENTO DEL PODER (HOBBS) FRENTE A LA SEGURIDAD COMO PRINCIPIO DE LA POLÍTICA LIBERAL (LOKCE)⁶⁴

Si algo caracterizó a HOBBS, además de su feroz intento por aplicar el método científico al Estado como si de aritmética o geometría se tratara, es su concepción pesimista del hombre; pues de otro modo no afirmaría que "cada hombre es enemigo de los demás, es natural también en el tiempo en que los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia invención pueden proporcionarles"⁶⁵, sin embargo, consciente de la fatal situación a la que el hombre se ve abocado por su propia naturaleza, introduce un

⁶⁴ No puede perderse de vista el contexto social de ambos autores, pues ello influirá sustancialmente su obra filosófico-política.

Thomas Hobbes (1588-1679) desarrolló el grueso de su obra durante la década de los años cuarenta y cincuenta del siglo XVII, momento en que Inglaterra se hallaba sumida en plena guerra civil, de hecho toda su vida estuvo marcada por la inseguridad y el miedo, tanto es así que con carácter autobiográfico escribiría sobre su madre "concibió tan gran miedo, que nos parió a mí y al miedo juntamente", vid. TONNIES, F.: *Hobbes. Vida y doctrina*, Alianza, Madrid, 1988, p. 323.

John Locke (1632-1704), aunque vivió un duro escenario político motivado por su buena relación con el conde de Shaftesbury y la caída en desgracia de éste, lo que le llevaría a huir en 1683 a Holanda y no regresar hasta después de la revolución de 1688, si disfrutó de cierta estabilidad social y especialmente con la llegada del rey neerlandés Guillermo III.

⁶⁵ HOBBS, T.: *Leviatán* (dir. por J.J. VALENCIA), Skla, Bogotá, 1982, p. 108

criterio o factor corrector -principio de racionalidad moral- a ese deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, y que sería concebido como un dictamen en virtud del cual "se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida, o privarle de los medios de conservarla, o bien omitir aquello mediante lo cual piensa que puede quedar su vida mejor preservada"⁶⁶, en este sentido, la ley de la razón es una suerte de instrumento que nos permite nuestra propia conservación.

La idea esencial es que la ley de la razón (o ley natural), en cuanto es inmutable y eterna, por tanto, no contractual e indisponible, es de obligado cumplimiento para cualquier persona. Dice la primera de todas ellas que: "cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra"⁶⁷. De ésta ley de la razón primera se deduce la segunda ley natural: "que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse a sí mismo con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo"⁶⁸, dicho de otro modo, si el límite de nuestras acciones fuera únicamente nuestro poder, nos encontraríamos sumidos en un estado continuo de guerra, y, por tanto, contravendríamos la primera ley.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 111.

⁶⁷ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 112

La tercera ley -que supone la cuadratura del círculo- constituye la esencia del derecho natural hobbesiano, al mandar "que los hombres cumplan los pactos que han celebrado"⁶⁹. El fundamento de esta tercera norma es el siguiente: si el cumplimiento de los pactos celebrados no se considerase ley natural, serían pactos en vano y no contendrían "sino palabras vacías, y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas, seguimos hallándonos en situación de guerra."⁷⁰

Ahora bien, el problema está, una vez formulada la tercera ley, en encontrar un mecanismo que garantice el cumplimiento de los pactos celebrados.

HOBBS propuso la creación de "un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan."⁷¹, pues "los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre", razón por la que es necesaria la existencia de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a cumplirlos⁷².

De manera que el Derecho no constituiría para Hobbes límite alguno o mecanismo de control del poder, sino un mero mandato de quien ostenta el poder, pues el Estado "no está sujeto a las leyes civiles, ya que

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 123.

⁷⁰ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁷¹ *Ibíd.*, vid. cap. XV.

⁷² *Ibíd.*, p. 124.

teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes." Así para Hobbes, la justicia ya no habrá de buscarse en ningún otro lugar que en la ley, únicamente será justo o injusto aquello que la ley dicte. La libertad se predica del Estado, no de los particulares. En definitiva, la libertad para Hobbes es estrictamente negativa, pues esta "yace sólo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido".

En este contexto filosófico-político propuesto por Hobbes, como acertadamente señala BEJAR, la intimidad solo sería "una concesión, un espacio graciosamente otorgado por una autoridad absoluta que hacen merced a sus súbditos de una libertad mínima"⁷³.

No obstante, conviene precisar que a pesar del innegable poder del Leviatán, HOBBS no sustrae del hombre ámbitos mínimos de libertad e intimidad.

La esfera económica y la religiosa serían importantes ámbitos del hombre⁷⁴. Respecto la primera encontraría concreción en la protección de la propiedad ajena respecto de los semejantes (lógicamente sin perjuicio del poder del Soberano de confiscar las pertenencias privadas) y la segunda como derivación de un acto de la conciencia ajena a cualquier tipo de

⁷³ BEJAR, H.: "La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, 1987, núm. 76, p. 62.

⁷⁴ HOBBS, T.: *Leviatán*, op. cit., vid., Parte I, XII-XVI.

injerencia, siempre y cuando esto no interviniera en los postulados del soberano.

LOCKE, de igual forma que HOBBS, fijaría su punto de partida en el estado de naturaleza, para quien todos los hombres nacen en este estado y permanecen en él hasta abandonarlo para convertirse en miembros de una sociedad política, sin embargo, difiere radicalmente del estado de naturaleza defendido por HOBBS, pues lo concibe como "un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás"⁷⁵.

Ahora bien, aunque "el estado de naturaleza tiene una ley que lo gobierna, que obliga a todos; y la razón que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones"⁷⁶, no siempre el hombre es capaz de comprenderla, ya que "aunque la ley de la naturaleza es clara e inteligible para todas las criaturas racionales, los hombres, sin embargo, cegados por sus propios intereses y por no haber estudiado dicha ley debidamente, tienen tendencia a no considerarla como obligatoria cuando se refiere a sus propios casos particulares."⁷⁷

⁷⁵ LOCKE, J.: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil* (trad. por. C. MELLIZO), Tecnos, Madrid, 2006, p. 10

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 12

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 124.

Tres son los principales escollos a los que se enfrentan los hombres en el estado de naturaleza lockiano. En primer lugar, la dificultad que pueda plantear la aplicación de una ley natural no escrita. En segundo lugar, la parcialidad del hombre a la hora de juzgar sus propios asuntos. En tercer lugar, la dificultad que entraña castigar los crímenes⁷⁸. De manera que la humanidad, a pesar de los privilegios del estado de naturaleza "padece una condición de enfermedad mientras se encuentra en tal estado; y por eso se inclina a entrar en sociedad cuanto antes"⁷⁹.

A pesar de ello, las deficiencias del estado de naturaleza no son las razones que fundamentan la constitución de la sociedad, sino que su causa hay que situarla en el consentimiento, pues "al ser los hombres, como ya se ha dicho, todos libres por naturaleza, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de esa condición y puesto bajo el poder político de otro sin su propio consentimiento. El único modo en que alguien se priva a sí mismo de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil es mediante un acuerdo con otros hombres, según el cual todos se unen formando una comunidad, a fin de convivir los unos con los otros de una manera confortable, segura y pacífica, disfrutando sin riesgo de sus propiedades respectivas y mejor protegidas frente a quienes no forman parte de dicha comunidad"⁸⁰.

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 124-126.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 125.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 97.

En definitiva, LOCKE pone de manifiesto los peligros de la tesis de HOBBS, para quién el estado de naturaleza era un estado de violencia. Como ya hemos apuntado anteriormente, LOCKE advierte de los riesgos del estado de naturaleza, pero en modo alguno considera que este sea necesariamente una situación de violencia. Precisamente dirige su crítica al planteamiento de HOBBS en la relación que existe entre el monarca absoluto y su súbdito, pues, no sólo es una situación de guerra, sino que además es una situación de guerra injusta. De manera que según LOCKE no se puede justificar en ningún término la cesión al soberano de los derechos sin límite alguno, pues, en último término el Soberano acabaría actuando como juez en causa propia e imponiendo con violencia su arbitrio.

Para LOCKE, el Estado ha de garantizar la seguridad necesaria para que los derechos inherentes al hombre puedan ser ejercidos, pues, no puede suponerse que ninguna criatura racional cambie su condición voluntariamente para empeorar. Y esos derechos no son caprichosos, sino los necesarios para alcanzar tanto el desarrollo como la perfección, alzándose entre todos ellos el de propiedad, tanto en un sentido corpóreo como extracorpóreo, dicho de otro modo, entendido como el señorío sobre lo físico y sobre nuestro intelecto y voluntad. Se trata de que cada persona tenga libertad para disponer de su vida.

Para los dos filósofos ingleses, tal y como hemos visto, la seguridad constituye un elemento esencial en torno a la configuración del Estado, pero la gran diferencia entre ellos radica en que para HOBBS constituye el fundamento del poder para el control y

establecimiento del orden social (libertad negativa), y para LOCKE supone el punto de partida para que los derechos inherentes al hombre puedan ser ejercidos (libertad positiva), especialmente el de propiedad, garantizando "que cada cual tenga libertad para disponer, como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a todo cuanto ordenan las leyes bajo las cuales vive, para no verse sometido a la voluntad arbitraria de otro, y de poder seguir libremente la suya"⁸¹

La libertad lockiana se construiría, por tanto, en torno a tres pilares fundamentales que marcaron el desarrollo de la sociedad inglesa. El primero el respeto por la ley (la razonabilidad del hombre como aspiración a su vinculación psicológica del sujeto con la norma en aras de una coexistencia pacífica). El segundo, la facultad de aislamiento (*restraint and violence from others*), la libertad comprendida como separación, muro frente a los demás⁸². El tercero, la libertad como estructuración social, para desarrollar la personalidad del individuo.

En este contexto no es de extrañar que el derecho inglés se edificara en buena medida en torno a la protección de los derechos de propiedad individual que aunque originariamente quedaron circunscritos a los bienes materiales, paulatinamente fueron abriendo su ámbito a las realidades inmateriales como pudieran

⁸¹ LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981, p. 43.

⁸² Esta idea es capital en el desarrollo de la noción originaria de intimidad que asumen Warren y Brandeis.

serlo las creaciones literarias o secretos industriales.

Buena cuenta de ello nos da el célebre caso que a mediados del siglo XVIII se sucedió con ocasión de las publicaciones inconsentidas de cartas de los escritores Alexander Pope y Jonathan Swift. Con profundo malestar el primero decidió interponer demanda ante los tribunales para que se retirara la publicación que contenía las cartas que había escrito. El caso sería finalmente conocido y dictaminado por el Lord Canciller de la Cámara de los Lores en 1741, que dibujó una lúcida reflexión acerca de la propiedad de las cartas privadas indicando que aunque el destinatario tiene una especial propiedad sobre el papel, ello no significa que pueda hacerlas públicas a todo el mundo porque, como máximo, el destinatario de la carta tiene solo una copropiedad con el autor de la carta.

Pero sin duda el más famoso caso en torno a los precedentes del derecho a la intimidad fue el del Príncipe Alberto contra *Strange*. Tanto el Príncipe Alberto, como su esposa, la Reina Victoria de Inglaterra, tenían por afición el grabado al aguafuerte de retratos de miembros de la familia real, amigos o incluso meras plasmaciones de sus vivencias, y que únicamente compartían con sus más allegados. Sin embargo, cierto día algunas impresiones de los aguafuertes fueron filtradas por una de las personas que habían sido obsequiadas con estas, concretamente esta persona sería William Strange quien, además, editó un catálogo de las creaciones artísticas de la pareja real. Frente a estos hechos, el Príncipe Alberto decidió acudir a los tribunales para reparar la

intromisión ilegítima en su vida privada. El tribunal en una configuración *vis atractiva* de la propiedad consideró que el único propietario de un ejemplar es quien puede y debe decidir si lo imprimirá o no, pero bien es cierto que si cualquier persona lo lleva a la prensa sin su consentimiento, esa persona es un transgresor porque sobrepasa los límites de la confianza; razón por la que todo hombre tiene un derecho a reservar sus propios sentimientos y decidir si los hará públicos o los reservará para él o sus allegados.

Volviendo a los planteamientos de la obra de Locke, será precisamente su configuración de lo privado el terreno fértil desde el que se elaborarán las sucesivas construcciones intelectuales liberales que permitirán comprender la esfera privada tal y como hoy puede ser entendida.

5. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD EN EL DISEÑO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: LOS APORTES DE BENJAMIN CONSTANT, ALEXIS DE TOCQUEVILLE Y STUART MILL

Tal y como veíamos en el ejemplo anterior, en la Inglaterra de mediados de siglo XVIII, se comenzaría a fraguar una marcada tendencia hacia la individualidad del hombre que exigía desarrollar su propia personalidad y se concretaría en su anhelo por organizar y gestionar su vida doméstica, diseñar su religiosidad y garantizar su propiedad.

Indudablemente estos planteamientos significaron una lacerante pugna entre lo público (colectivo) y privado (individuo).

En este contexto social, precisamente, resultarían trascendentales las aportaciones de BENJAMIN CONSTANT, cuya influencia quedó fuertemente marcada por los principales hitos históricos que se sucedieron a partir de la revolución francesa.

Las preocupaciones del franco-suizo, extenuado y desairado por los vaivenes políticos que transitaron desde el «revolucionarismo» robesperiano hasta el imperialismo napoleónico, hicieron centrar parte de sus esfuerzos intelectuales en hallar antídoto a los excesos cometidos por la autoridad. Unas veces bajo la justificación dada por la legitimización de las masas y otras simplemente desde la fuerza. Lo que comportaba un incesante acecho a la individualidad que los postulados liberales reclamaban.

Benjamin Constant detectaría una nota común a lo largo de las formas de gobierno de la Francia de finales de siglo XVIII y principio del siglo XIX: la tensión entre la esfera individual y la esfera pública, pues era común que el gobierno de turno (con independencia de la forma del Estado) restringiera la autonomía de la voluntad de los individuos en aras de asegurar su propia subsistencia.

En este escenario trataría de buscar un sistema jurídico que actuara de muro de contención frente al poder colectivamente ejercido; en definitiva que

garantizara al individuo un ámbito privado frente a la creciente expansión del Estado⁸³.

A lo largo de todo su planteamiento político pondrá de manifiesto que la soberanía encuentra su límite en la independencia de la existencia individual, pues si se supera ese límite, la legitimidad de la autoridad se torna ilegítima y, por tanto, déspota, cuyo único título es la espada, excediendo y usurpando la propia individualidad.⁸⁴

Ante esta tendencia expansiva del Estado en detrimento del ciudadano, Constant situará, como el más eficaz de los mecanismos, las llamadas libertades civiles o derechos individuales⁸⁵.

⁸³ CONSTANT, B.: *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Katz Editores, Buenos Aires, 2010, p. 53: "en una sociedad cuyos miembros tienen los mismos derechos, es seguro que no corresponde a ninguno de dichos miembros aisladamente hacer leyes obligatorias para los otros; pero es falso que la sociedad por entero posea esa facultad sin restricciones. La universalidad de los ciudadanos es el soberano, vale decir, ningún individuo, ninguna fracción, ninguna asociación parcial puede arrogarse la soberanía que lo que haya sido delegada. Pero de esto no se deduce que la universalidad de los ciudadanos, o quienes por ella son investidos del ejercicio de la soberanía, pueda disponer soberanamente de la existencia de los individuos. Por el contrario, hay una parte de la existencia humana que, necesariamente, permanece individual e independiente y que, por derecho está fuera de toda competencia política".

⁸⁴ *Ibid.*, loc. ult. cit.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 61: "Los derechos individuales se componen de todo lo que es independiente de la autoridad política (...) consistirían en la facultad de hacer todo cuanto no perjudica a otro, o en la libertad de acción, o en el derecho de no ser obligado a profesar ninguna creencia de la que no estuviere convencido (...) o en el derecho de manifestar su pensamiento por todos los medios de publicidad (...) o en la certidumbre de no ser arbitrariamente tratado".

La propiedad, junto con la libertad prensa, opinión y religiosa, constituirían el andamiaje de la sociedad pues sin ella, sugiere que "la especie humana existiría en forma estacionaria y en el grado más bruto y salvaje de su existencia"⁸⁶, siendo además necesaria "para el perfeccionamiento y la prosperidad del estado social"⁸⁷.

A su vez, distinguiría entre la propiedad territorial, de los negocios y la intelectual o moral⁸⁸, siendo esta última común a todo hombre en cuanto a todos les está permitido atribuírsela⁸⁹. Y es esta precisamente aquella sobre la que el Estado no tiene jurisdicción "porque no podría ejercerla sin menoscabar objetos que no le están subordinados"⁹⁰.

Por su parte, respecto de la expresión del pensamiento sostendría que "restringir la libertad de prensa es restringir toda la libertad intelectual de la especie humana"⁹¹, siendo que, además, esta transporta al individuo de su propia esfera a la pública, así "la libertad de prensa, en algunos aspectos, hacía las veces de la participación inmediata en la administración de los asuntos"⁹², cuyo límite situaría ya no sólo en el libelo, sino en la intromisión en la

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 194.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 195.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 202.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 205.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 221.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 134.

⁹² *Ibíd.*, p. 143.

vida privada de las personas, pues ocurre de igual forma que con "las cuentas de un banquero a las que nadie salvo él debe tener acceso"⁹³.

Los postulados intelectual-liberales encontrarían acomodo en el constitucionalismo norteamericano. Así vemos como su Constitución de 1787, dibujaría una nítida distinción entre los diferentes poderes del Estado en garantía de las libertades civiles también recogidas en su texto magno.

Sin lugar a dudas, y por lo que nuestro tema interesa, especial importancia cobrarían las contribuciones del francés Alexis de Toqueville, quien siendo ya magistrado en Versalles decidió viajar en 1831 a Estados Unidos a estudiar su sistema penitenciario. Los frutos de su investigación se recogieron en las célebres obras "Du système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France" y "De la démocratie en Amérique", publicadas en dos partes.

En la primera, se contendría todo un análisis tanto de la movilización social en su fervor democrático como de las instituciones políticas de Estados Unidos. La segunda, de enfoque prevalentemente sociológico, frente al político de la primera, analizaría la influencia del sistema americano en la sociedad civil.

⁹³ La cita se toma de BÉJAR, H.: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1990, p. 44.

Es tal el entusiasmo del autor francés que resaltó -quizá de manera exagerada- el compromiso de todos los americanos para el gobierno de la sociedad; para someter a debate público las decisiones; y especialmente, su participación en las decisiones colectivas.

A su juicio, este es el mayor de los placeres que un norteamericano conoce⁹⁴. Lo que, en cierta manera, le recordaba a los planteamientos del esplendor griego clásico en el que los ciudadanos se realizaban en la esfera pública.

En este contexto de participación igualitaria del hombre en lo público, exigía que todos gozaran de idénticos derechos para su autorrealización⁹⁵. Es por

⁹⁴ TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America (vol 2)*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010, p. 396: Sobre el interés por lo público, por lo político en América se puede leer: "Scarcely have you landed on American soil than you find yourself in the middle of a sort of tumult; a confused clamor arises on all sides; a thousand voices reach your ear at the same time; each one expresses various social needs. Around you, everything stirs: here, the people of a neighborhood have gathered to know if a church should be built; there, some are working on choosing a representative; farther along, the deputies of a district go as fast as they can to the city, in order to see to certain local improvements; in another place, it is the farmers of the village who abandon their fields to go to discuss the plan of a road or of a school".

Por lo que respecta al significado para los ciudadanos norteamericanos de la política, *ibid.*, p. 397: "It is difficult to say what place political concerns occupy in the life of a man in the United States. To get involved in the government of society and to talk about it, that is the greatest business and, so to speak, the only pleasure that an American knows. This is seen even in the smallest habits of his life; women themselves often go to public assemblies and, by listening to political speeches, relax from household cares".

⁹⁵ TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America (vol 3)*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010, p. 874.

ello que según Tocqueville la igualdad se antepone a libertad. La libertad exige importantes sacrificios y únicamente es obtenida desde el esfuerzo, mientras que la igualdad es inmediata, sus efectos se alcanzan por sí solos, en cada uno de los pequeños pormenores de la vida privada se hallan, y para notarlos no se necesita más que vivir⁹⁶.

Esta igualdad no estaría, sin embargo, desprovista de consecuencias negativas. La principal sería la envidia, pues aunque la democracia a través de sus instituciones busca la igualdad completa, esta jamás podrá realmente alcanzarse⁹⁷. Además -señala- la igualdad en no pocas ocasiones desemboca en un pensamiento uniformador que comporta que la libertad del hombre que busca su elevación ante el resto quede cercenada por el riesgo de sufrir heteromarginación.

Este estado de tensión provocado por el sentimiento de igualdad radicalizado en las democracias, provocará la ascensión del individualismo,

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 876-877: The advantages of equality make themselves felt immediately, and every day you see them flow from their source. Political liberty, from time to time, gives sublime pleasures to a certain number of citizens. Equality provides a multitude of small enjoyments to each man every day. The charms of equality are felt at every moment, and they are within reach of all; the most noble hearts are not insensitive to them, and they are the delight of the most common souls. So the passion to which equality gives birth has to be at the very same time forceful and general. Men cannot enjoy political liberty without purchasing it at the cost of some sacrifices, and they never secure it except by a great deal of effort. But the pleasures provided by equality are there for the taking. Each one of the small incidents of private life seems to give birth to them, and to enjoy them, you only have to be alive.

⁹⁷ TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America (vol 2)*, op. cit., p. 316.

que no debe, según Tocqueville, confundirse con el egoísmo (el amor apasionado y exagerado de sí mismo, que conduce a ver todo desde los propios intereses y preferirse ante todo)⁹⁸, pues el individualismo es el sentimiento pacífico y reflexivo que induce a cada ciudadano a aislarse de la masa conformada por sus semejantes y a retirarse de ella con su familia y amigos, de modo que desde ese retiro pueda configurar su propia sociedad para su propio uso⁹⁹.

Con el advenimiento de la democracia norteamericana, la polarización de lo público y lo privado se radicalizaría.

La axiología de ambas esferas transmuta respecto de épocas pretéritas. La esfera pública se convierte en fuente de hastío como consecuencia del tumulto y la concurrencia de las masas que se inmiscuyen y restringen los recursos para centrarse en lo verdaderamente importante: la esfera privada, pues es en esta donde el hombre desarrolla sus propias singularidades.

Cada vez se irían requiriendo mayores esfuerzos para separar a los hombres de sus negocios particulares. La desafección por los asuntos comunes aumenta conforme avanza la sociedad. La preocupación por lo público ya siquiera comportaba satisfacción personal. Los ciudadanos carecían de tiempo para hacerlo.

⁹⁸ TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America (vol 3)*, op. cit., p. 882.

⁹⁹ *Ibid.*, loc. ult. cit.

La vida privada resultaría tan activa en la democracia norteamericana, tan agitada, tan llena de aspiraciones y trabajos, que a nadie le quedaban casi energías ni tiempo para darse altruistamente a la vida política¹⁰⁰.

Como apunta BÉJAR, "el hombre de la sociedad democrática se caracteriza por no tener pasiones sino obsesiones, como esa oscura pasión por lo material que se lleva todas sus energías y le aparta de las tareas públicas"¹⁰¹. En este contexto, dirá, que "el Estado aparece como un ente paternal, y proveedor de orden y seguridad, se presenta como la única instancia que asegura a los individuos el disfrute de ese bien que tanto anhelan"¹⁰².

MILL evidenciaría esta nueva realidad de tensión entre lo público y lo privado, en su ensayo sobre la libertad al reflexionar sobre la naturaleza y los límites del poder que puede ser ejercido legítimamente por la sociedad sobre el individuo¹⁰³, proponiendo la libertad como el más eficaz antídoto a la tiranía de la mayoría¹⁰⁴.

¹⁰⁰ TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America* (vol 3), op. cit., p. 1201.

¹⁰¹ BÉJAR, H.: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1990, p. 62.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 63.

¹⁰³ MILL, J.: *Ensayo sobre la libertad* (trad. por FRANCESC LL. CARDONA), Brontes S.L., Menorca, 2011, p. 15.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 18.

En este sentido, señaló que existe una esfera en la que la sociedad, diferente al individuo, no posee interés alguno, pues se trata de "esa porción de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que a esa persona, y que si afecta lo mismo a otras, lo hace con su previo consentimiento y con una participación sin trabas, voluntaria y perfectamente clara"¹⁰⁵.

Dicha esfera es donde se construye la propia personalidad del individuo. La zona donde ocurre todo lo que le atañe aisladamente. Y dicha esfera es *privada* porque se contrapone a la *pública* que es donde se ejerce el poder y el control sobre el individuo. De forma que la esfera privada se identifica con la libertad para organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestras acciones y sin que los demás nos lo frenen, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque piensen que nuestra conducta sea tonta, mala o falsa¹⁰⁶.

La *privacy*, por tanto, y haciendo nuestras las consideraciones de BEJAR con cita de Mill, se alza como el ámbito donde se temple el individuo que se hace de sí mismo un noble y hermoso objeto de contemplación; donde se urde el plan de vida de cada uno y se forja esa voluntad de control de uno mismo y del exterior¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

¹⁰⁷ BEJAR, H.: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 82.

6. DE LA SOCIEDAD INDUSTRIAL A LA INFORMÁTICA: LA APORTACIÓN DESDE LA SOCIOLOGÍA

El crecimiento demográfico urbano en las postrimerías del siglo XVIII y principios del XIX, consecuencia de los continuos éxodos rurales y acompañado del paulatino fortalecimiento de la idea del Estado centralizado (como centro de todas las cosas) insoslayablemente conllevó a un paradigma nuevo que transitaría de la autarquía-cooperativismo rural (el hombre y su familia eran el centro sobre el que transitaba la vida) al asilamiento-dependencia propio de la sociedad industrial.

Una de las consecuencias sociológicas de la revolución industrial fue la concentración geográfica de individuos en las zonas aledañas a las factorías de producción o poblaciones altamente industrializadas.

Este fenómeno de agrupamiento de las clases trabajadoras en torno a núcleos de población concretos supuso el surgimiento de los llamados "barrios obreros".

Advierte DURKHEIM¹⁰⁸ que la evolución tecnológica y el cambio de la economía agraria en industrial, conllevaron la pérdida paulatina en el individuo de su sentimiento colectivo -propio de los ambientes rurales- a favor del individualismo de las sociedades industriales del siglo XIX.

¹⁰⁸ DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología*, Comares, Grandada 2016, *passim*.

La gran contradicción que evidenciaría el autor es que la propia unión necesaria del hombre en torno a los medios de producción como partes de un todo fue una de las principales causas de ruptura de la conciencia de lo colectivo derivada de la radical individualización del hombre, evidenciada en los contratos laborales entre trabajador y empleador¹⁰⁹.

En definitiva, se transformarían los procesos de producción tradicionales como pudieran ser los del ámbito de la agricultura y la ganadería, en los que el trabajador asumía la totalidad de las fases de producción, por aquellos en los que se da la división del trabajo. Lo que significó situar al hombre en un contexto del propio yo en búsqueda su propio progreso y buenaventura.

El sentimiento de lo colectivo quiebra y aparece el de lo individual. El ciudadano ya sólo se preocupa de sí.

Este individualismo radicalizado no fue sino una consecuencia lógica de la competencia por lograr ingresos económicos necesarios para la supervivencia en una sociedad basada en el paradigma mercantilista. Sin embargo, a pesar del anhelado asilamiento, crece la dependencia entre los individuos, pues como indica PÉREZ ROYO "la vida de un individuo depende del suministro por parte de la colectividad de una serie de servicios: agua, electricidad, gas, comunicaciones de todo tipo, prestaciones sanitarias, servicios culturales, etc., sin los cuales la convivencia es

¹⁰⁹ DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social*, Ediciones LEA, Buenos Aires, 2013, passim.

sencillamente imposible. Los individuos en el siglo XX han podido ser por primera vez seres anónimos, pero al mismo tiempo, han tenido que depender más de los demás que nunca antes en la historia. Esta relación de asilamiento-dependencia, para poder ser organizada técnicamente, exige la obtención de un volumen de información enorme por parte de la sociedad de cada uno de sus miembros"¹¹⁰.

Este contexto de tensión, y cambio de cosmovisión del hombre, derivaría en la concienciación acerca de la necesidad de lo íntimo y particular ajeno al conocimiento del tercero con ocasión de preservar la propia individualidad como forma de garantizar la paz.

Esta nueva necesidad vital sería tributaria de los postulados intelectual-liberales que edificaron los incipientes derechos de la personalidad desde la dimensión propia del estatuto jurídico del propietario que, como señala MORALES PRATS, "goza de todos los derechos y los valores jurídicos y morales se configuran como valores de mercado, que entran en funcionamiento a través de las categorías abstractas del contrato y la propiedad privada. El mercado es el mecanismo que regula la vida pública y en el cual el propietario proyecta su dignidad y crédito personal; el principio de la libre concurrencia reglamenta las relaciones sociales. La *privacy-property* manifiesta a su vez los caracteres de exclusividad y pertenencia, propios de las relaciones dominicales y de las

¹¹⁰ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014, p. 287.

facultades de goce y disfrute dimamantes de las mismas".¹¹¹

El crecimiento demográfico de las urbes rápidamente fue requiriendo mayor intervención del Estado para garantizar tanto la configuración y organización del crecimiento social, como dar cobertura jurídico-política al nuevo paradigma mercantilista inspirador de la concepción del hombre dueño de sí mismo, propietario de su propia vida. Y es en este contexto social donde los derechos de la personalidad se alzan como necesarios para la protección de la autonomía de los individuos frente a la participación ajena¹¹².

Podemos entonces afirmar que el detonante para la configuración de un genuino derecho a la intimidad fue la proliferación de los medios de comunicación en la sociedad de masas. Precisamente, WARREN y BRANDEIS, y en su dimensión filosófica ORTEGA Y GASSET, ante las continuas injerencias por parte de los medios de comunicación en la vida de las personas, desarrollaron la formulación del *right to privacy* como presupuesto para la libertad del individuo¹¹³ y garantía para su propia personalidad.

¹¹¹ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, op. cit., p. 19.

¹¹² Señala PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 288, que "los derechos de la personalidad son los instrumentos para garantizar, en la medida de lo posible, el control por parte de cada persona de la forma de presentarse ante los demás para ser valorados".

¹¹³ LOSSANO, M.G.: "La privacy nelle legislazioni europee", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 52-54.

CAPÍTULO III

PRIMERAS MANIFESTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD: DE LAS INICIALES FORMULACIONES DEL *RIGHT TO PRIVACY* DEL *COMMON LAW* A SU RECEPCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL Y CONTINENTAL

1. EL «*RIGHT TO PRIVACY*» DE WARREN Y BRANDEIS Y SU POSTERIOR DESARROLLO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO

Cuando tratamos de buscar el significado y delimitar el sentido del derecho a la intimidad, rápidamente advertimos una singular característica: cualquier ciudadano medio es capaz de definir con relativa exactitud y precisión el significado de la palabra "intimidad"¹¹⁴.

De hecho, en el peor de los casos explicaría lo que entiende por intimidad a partir de sus límites, o simple y vulgarmente expresaría que intimidad significa algo como "que no se metan en mi vida" o "me dejen en

¹¹⁴ Sobre esta idea puede verse CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 93. Concretamente el autor sostiene que "es la de intimidad una noción que desde luego «se intuye». Cualquier persona a la que se formule la pregunta acerca de qué entiende por «intimidad» estaría en condiciones de responder algo que, al menos desde un punto de vista aproximativo, es exacto: un espacio personal -familiar- sustraído a intromisiones extrañas, que se siente en buena medida como «propio» del sujeto que lo disfruta, y respecto del que se puede prohibir el acceso a otros".

paz"¹¹⁵. Y a pesar de lo profanas que resultan las anteriores expresiones, razón no le faltaría.

No sorprende, pues, que WESTIN describiera el derecho a la intimidad como "la facultad de los individuos para determinar cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros información sobre ellos"¹¹⁶. Pero, sin duda, tal y como anticipábamos unas líneas más arriba, serían WARREN y BRANDEIS, quienes con su opúsculo *Right to Privacy*, en 1890, advirtieron -y configuraron- por primera vez la existencia del derecho a no ser molestado¹¹⁷.

La citada obra nació un contexto social en el que cada vez eran más frecuentes las intromisiones en la esfera íntima de los ciudadanos, facilitadas por el desarrollo tecnológico, y fomentadas por las nuevas formas de hacer negocio de finales del siglo XIX, especialmente en el ámbito de la prensa escrita.

¹¹⁵ A pesar de la aparente simpleza, «boutade» incluso, de la expresión "derecho a que me dejen en paz", la realidad es que encierra un rico debate ya iniciado en la tradición anglosajona a finales del siglo XIX e intensificado a lo largo del siglo XX. En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5; se contuvo la primera formulación *per se* del derecho a la intimidad y supuso un férreo manifiesto en pro de la protección de la esfera privada de los ciudadanos frente a las injerencias de terceros. En este sentido, los autores configuraron la privacidad (*privacy*) como el derecho a ser dejado solo (*right to be let alone*), a que uno mismo pueda tomar la determinación de recogerse y aislarse del mundo social para que su vida quede reservada sólo para sí. Es decir, el derecho de uno a que le dejen en paz. Sobre el referido ensayo existe la siguiente edición en español a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga: WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "El derecho a la intimidad", Civitas, Madrid, 1995.

¹¹⁶ WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 7.

¹¹⁷ WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", op. cit., p. 7.

Incluso el propio Samuel Warren sufrió personalmente los ataques contra su *privacy* a propósito de las francachelas organizadas por su mujer, Mabel Bayard¹¹⁸, en el domicilio familiar y que eran de interés para los medios de comunicación de la época por el carácter público de los personajes que participaban en ellas. Más concretamente, Samuel Warren desde el día de su boda, el 25 de enero de 1883, hasta transcurrida prácticamente una década, vio cómo su familia era objeto de portadas en los noticieros rosas y sensacionalistas de la época¹¹⁹.

Este cambio de paradigma social¹²⁰, precisamente, fue la causa que motivó la necesidad de configurar en

¹¹⁸ Era la hija del célebre Senador del Estado de Delaware, Thomas F. Bayard.

¹¹⁹ Sobre esta cuestión puede verse el interesante trabajo de GAJDA, A.: "What If Samuel D. Warren Hadn't Married a Senator's Daughter?: Uncovering The Press Coverage That Led To The Right To Privacy", *Michigan State Law Review*, 2007, Research paper No. 07-06, donde analiza más de sesenta artículos publicados en torno a la familia Warren con anterioridad a la publicación del trabajo Right to privacy.

¹²⁰ En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "El derecho a la intimidad", op. cit., pp. 26-27 leemos textualmente "La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreó ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado. La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales".

el *common law* lo que el Juez Cooley denominaba el derecho a no ser molestado (*the right to be let alone*)¹²¹.

Vemos, pues, que los postulados de *Warren y Brandeis* siguen siendo de rabiosa actualidad a día de hoy, y ello a pesar de haber transcurrido más de ciento treinta años desde la publicación de su ensayo. Las nuevas formas de interacción social a la sazón del vertiginoso desarrollo tecnológico que vivimos, suponen no sólo una permanente revisión de la realidad legislativa vigente en cada momento, sino que exigen a los operadores jurídicos una (re)interpretación constante las diferentes categorías jurídicas.

Con el advenimiento de los *smartphones* en conjunción con las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*) o aplicaciones de mensajería instantánea (*Whatsapp, Telegram, Line, etc.*) hallamos un momento de dificultad jurídica en la tutela de bienes jurídicos como el de intimidad, sigilo, o, simplemente, el "*right to be let alone*". En sentido semejante MORALES PRATS, F.: "Reflexiones político criminales sobre los límites de la intervención penal en los delitos contra la *privacy*: la reforma del CP de 2015 (LO 1/2015)" en AA.VV.: Homenaje al profesor Miguel Bajo (coord. por. S. BACIGALUPO SAGGESE, B.J. FEIJOO SÁNCHEZ y J.I. ECHANO BASALDUA), Madrid, 2016, (galerada): "todos padecemos hoy en día el envío compulsivo de imágenes vía SMS o de Whatsapp, con grave quebranto en muchos casos de nuestras tareas cotidianas que se ven afectadas por esta compulsión. Pues bien, ahora el ciudadano deberá reparar y seleccionar las imágenes que pudieran menoscabar la intimidad del titular de las mismas, pues su revelación o divulgación podría hacerle incurrir en delito al vulnerar una obligación penal de sigilo. Lo cierto es que sobre todo entre los jóvenes, reina una cierta costumbre o moda, arraigada en los últimos tiempos, de envío e intercambio de fotos y videos de contenido erótico que tienen origen en grabaciones voluntarias y suscitan también envíos voluntarios a la pareja, novios, amantes o amigos. Es un fenómeno que se ha venido a denominar "sexting" para aludir así simbólicamente en una palabra a la combinación del sexo y de la acción verbal anglosajona acuñada para el envío de SMS (*texting*), que da como resultante *sexting*. La experiencia demuestra que estas imágenes acaban apareciendo en Facebook o Twitter, y que son objeto también de circulación en Whatsapp en el círculo de conocidos del protagonista de las imágenes. Lógicamente todas estas prácticas, han dado lugar, a su vez, a conductas de acoso u hostigamiento con las repercusiones perjudiciales pertinentes".

¹²¹ En puridad, tal y como advierte SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis", *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85, p. 206, recogiendo las citas

En definitiva, ambos juristas trataron de dar solución a un problema que afectaba, en general, a los ciudadanos norteamericanos y, en particular, a ellos mismos.

Los periodistas y sus cámaras -advertirían los autores en su trabajo- habían invadido el sagrado ámbito de la vida privada; y los numerosos artilugios hacían cada vez más real la máxima anglosajona "lo que es susurrado en la intimidad será proclamado a los cuatro vientos".¹²²

En este escenario, sería menester adecuar el *common law* a una nueva realidad social que reclamaba tutelar la esfera privada de las personas.

Ante la deficiente protección de la *privacy*, WARREN y BRANDEIS arguyeron que de igual forma que el *common law* garantizaba a cada individuo el derecho a determinar hasta qué punto pueden ser comunicados a

de la obra de Thomas Cooley, "utilizaba esta locución para definir el derecho individual a la inmunidad personal frente a agresiones físicas". Sin embargo, como continua diciendo la autora, "al analizar los supuestos de violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas en los casos de registros y requisas ilegales del domicilio con el objetivo de obtener evidencias suficientes para el procesamiento del acusado, Cooley afirmaba que el derecho de la persona a protegerse frente a invasiones de la privacidad alcanza tanto frente a la intromisión ilegal de los agentes del gobierno como frente a la curiosidad lasciva del público en general". En este sentido, no han sido pocos los ulteriores pronunciamientos en Norteamérica que han definido el derecho a la intimidad como el derecho a ser dejado solo o no molestado, así por ejemplo, *Banks v. King Features Syndicate* (1939, DC) 30 F Supp 352; *Brents v. Morgan* (1927) 221 Ky 765, 299 SW 967, 55 ALR 964; *Jones v. Herald Post Co.* (1929) 230 Ky 227, 18 SW2d 972; *Holloman v. Life Ins. Co. of Va.* (1940) 192 SC 454, 7 SE2d 169, 127 ALR 110.

¹²² WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", op. cit, p. 195.

otros sus pensamientos, sentimientos y emociones¹²³, se pudiera garantizar que todos tuvieran la facultad de impedir que fotografías suyas circularan públicamente; o que asuntos de su vida privada fueran objeto de debate en la prensa.¹²⁴.

Todo lo anterior, pues, nos sitúa en la pista de que el *right to privacy* difiere de la noción de propiedad en tanto no está ligada con valor tangible, o intangible siquiera, sino con la tranquilidad y sosiego que proporciona el hecho de impedir intromisiones ilegítimas en la vida privada¹²⁵.

Consecuentemente WARREN y BRANDEIS comprenderían que el derecho a la intimidad no era un derecho absoluto, por lo que articularían todo un catálogo de límites que, como luego se verá, encajan con bastante acomodo en los que nuestro Tribunal Constitucional ha ido perfilando a lo largo de los años, lo cual, por otro lado, será determinante en el juicio de antijuridicidad en los delitos contra la *privacy*.

En primer lugar, dirían que el derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que sea de interés público o general, en este sentido el derecho a la intimidad debe garantizar a las personas cuyos asuntos son intrascendentes para la comunidad. Y exponen el siguiente ejemplo: publicar que un ciudadano ajeno a la vida pública padece un defecto en el habla o no sabe escribir, es una injustificada violación de su

¹²³ *Ibíd.*, p. 198.

¹²⁴ *Ibíd.*, pp. 214-215.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 200.

intimidad, sin embargo afirmarlo de un candidato a diputado no se consideraría como tal, pues este último asume las consecuencias de convertirse en alguien con relevancia o trascendencia pública. Por tanto, a modo de regla general (*numerus apertus*), los asuntos por los que una publicación debe ser prohibida pueden describirse como aquellos supuestos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, relaciones personales, etc., cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público, o cuando simplemente nada tienen que ver con los hechos que hubieran podido tener lugar mientras ocupaba dichos cargos¹²⁶.

En segundo lugar, que el derecho a la intimidad no impide la información sobre un tema siempre que afecte a un supuesto privilegiado conforme la ley de difamación y libelo¹²⁷, es decir se haga público en el

¹²⁶ *Ibíd.*, pp. 214-216.

¹²⁷ La existencia de un privilegio supone que la persona emisora no está sujeta a responsabilidad por sus comunicaciones o declaraciones. Siguiendo lo dispuesto en el *Black's Law Dictionary* 1234 (8th ed. 2004), un privilegio constituye un derecho especial de origen legal, exención o inmunidad concedido a una persona o grupo de personas. En este sentido, la Corte Suprema de Dakota del Norte, en el caso *Soentgen v. Quain & Ramstard Clinic, P.C.*, sostuvo que no hay responsabilidad por las declaraciones difamatorias que son privilegiadas. En aquellos casos en que el demandado goce de un privilegio absoluto, el demandante en ningún caso verá satisfechas sus pretensiones, aunque consiguiera probar que el demandado actuó con maldad, la falsedad de la declaración o su amplia difusión. Principalmente, gozan de un privilegio absoluto los legisladores, los altos cargos políticos, quienes actúan en el seno de un proceso judicial y los cónyuges entre sí. Por lo que respecta a los primeros, durante el ejercicio de sus funciones tiene el más absoluto privilegio a pronunciar declaraciones difamatorias, incluso aun cuando sean irrelevantes para la materia sobre la que se está legislando. Los segundos, tanto a nivel federal como estatal, gozan de protección absoluta frente a posibles demandas por las afirmaciones hechas en el ejercicio de su

marco de un proceso judicial, en una Cámara, ante cualquier corporación pública o semipública¹²⁸ o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

En tercer lugar, analógicamente con los parámetros del *libel* y *slander*¹²⁹ en los procesos por difamación, el derecho a la intimidad no confiere a su titular ninguna reparación cuando se haga de forma oral y sin causar especiales daños. Pues, según sostienen los autores, el agravio causado por la comunicación oral

cargo siempre que éstas sean relevantes. De igual forma, todos quienes actúen en el ámbito de un proceso, desde la interposición de la demanda hasta la terminación efectiva del proceso, pueden emitir declaraciones difamatorias siempre que tengan relevancia para el pleito.

¹²⁸ WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", op. cit., pp. 216-217.

¹²⁹ Ambos suponen una comunicación perjudicial al honor personal, pero no conllevan siempre una misma responsabilidad. No existe una definición única aplicable en términos absolutos a estos conceptos, razón por la que más que la búsqueda de una definición universal, intentaré delimitar estas categorías atendiendo a los diferentes pronunciamientos judiciales o definiciones dadas. Por su simplicidad, pero claridad, es interesante tomar como punto de partida la definición que utiliza la Corte Suprema de Delaware, en el caso *Spence v. Funk*. Según este, *libel* es una difamación por escrito y *slander* es una difamación oral, además, sigue diciendo la corte, el alcance de la responsabilidad por *libel* es más amplio que por *slander*. Esto descansa, en primer lugar, en que lo escrito dura en el tiempo y, por tanto, la mancha en la reputación es más permanente, además, en términos generales, su difusión es más sencilla; en segundo lugar, lo escrito refleja mayores evidencias de intencionalidad y premeditación por parte de su autor, frente a lo hablado que puede ser más impulsivo o irreflexivo. Ya en 1838, el Tribunal de Errores y Apelaciones de Delaware en el caso *Rice v. Simmons*, dijo que hay una gran diferencia entre el medio escrito y hablado, ya que, el primero es más pausado, más permanente, más amplio, y, por tanto, más criminal.

sería insignificante y vendría amparado por el la libertad de expresión¹³⁰.

En cuarto lugar, lógicamente, que cuando el propio afectado ha manifestado su consentimiento o han sido por él publicados los hechos concernientes a su vida privada¹³¹.

En quinto lugar, que la verdad no supone que la intromisión devenga legítima. A diferencia de lo que ocurre en los procesos por difamación, el derecho a la intimidad busca proteger la esfera más íntima ajena a cualquier tipo de intromisión no tolerada¹³².

Por último, la mala de fe de quien hace público algo no constituye una defensa. Sea un acto de mala fe o no, ambos supuestos constituyen igualmente una violación completa y ofensiva de la intimidad.

¹³⁰ WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", op. cit., p. 217. Evidentemente por la época que tuvo lugar el trabajo de *Warren y Brandeis*, no contemplan siquiera el supuesto de radio y la televisión, pues todavía no se había inventado. Sin embargo, constituirían un supuesto de *slander*. Nadie desconoce que en la actualidad cualquier manifestación vertida en el transcurso de un programa de televisión o radio, o cualquier sistema de transmisión análogo, deviene permanente. Bien es cierto que tradicionalmente los tribunales anglosajones habían sostenido que en aquellos casos en que exista un guion, bien sea en televisión bien en radio, estamos ante un supuesto de *libel*, con la salvedad de todas aquellas declaraciones extemporáneas o fuera de guion que tendrán que ser calificadas como *slander* (*American Broadcasting-Paramount Theatres, Inc. v. Simpson*, 1962). Razón por la que las difamaciones hechas en una película o documental constituyen *slander* (*Brown v. Paramount Public Corp.*, 1931).

¹³¹ *Ibíd.*, p. 218.

¹³² *Ibíd.*, loc. ult. cit.

Todo lo anterior, enfocado como un daño contra el individuo, permitía, según Warren y Brandeis, aplicar analógicamente los mecanismos procesales propios de las leyes de difamación y propiedad literaria. La víctima de una intromisión ilegítima en su esfera privada podía interponer una acción por responsabilidad por daños (*torts for damages*), e incluso, cuando no hubiera daños especiales, podía accionar interesando una compensación por la agresión contra sus propios sentimientos¹³³.

Con estas consideraciones, Warren y Brandeis, dieron el primer paso para configurar y acomodar en el *common law*, de una vez y para siempre, el adagio británico "*a man's home is his castle*", en cuanto genuina manifestación de la intimidad y, que, precisamente ellos mismos invocarían en las últimas líneas de su trabajo al afirmar que "el common law ha reconocido siempre que la casa de cada uno es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?"¹³⁴.

La virtud del trabajo de estos dos juristas, como sugiere MORALES PRATS¹³⁵, fue someter a revisión crítica la *privacy-property*. El derecho a la intimidad sufre

¹³³ *Ibíd.*, pp. 218-219.

¹³⁴ WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "El derecho a la intimidad", *op.cit.*, pp. 72-73.

¹³⁵ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, *op. cit.*, p. 20-21.

así su primera transformación y con ella comienza a manifestar un componente de adaptabilidad a las circunstancias históricas de cada momento. La privacy empieza a configurarse como un presupuesto de la libertad individual¹³⁶. Además supone el desgaje de la privacy del derecho al honor¹³⁷. Todo ciudadano tiene derecho a controlar su propia fama, pero con ello no basta; el derecho a la intimidad pasa a expresar el núcleo esencial de la personalidad que ahora es preciso defender de la intrusión y la manipulación de los grupos de poder que emergen de la sociedad de masas. En palabras de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "con su trabajo definieron el derecho a la intimidad como un derecho de contenido amplio, ajustado a las repercusiones que en la vida privada podía plantear un nuevo ingenio tecnológico, la fotografía instantánea usada por la prensa. Se trataba de un derecho que incorporaba facultades de control sobre las propias informaciones. Su gran mérito, aparte de definir con clarividencia los elementos esenciales del derecho reside en haberlo concebido como un derecho de textura abierta y naturaleza fundamental al trasladar su fundamento desde

¹³⁶ En este sentido POUND, R: "Interests of personality", *Harvard Law Review*, 1915, February, pp. 362-363, sostiene que el derecho a la intimidad es una demanda moderna en las pobladas ciudades, cuyo interés es evidente. Las publicaciones de asuntos privados de interés puramente personal suponen una lesión a la propia personalidad. Dichas intromisiones hacen que se deteriore la paz mental y afecten al propio confort produciendo un sufrimiento mucho más dañino que una simple lesión corporal.

¹³⁷ Así, por ejemplo, en *Themo v. New England Newspaper Pub. Co.* (1940) 306 Mass 54, 27 NE2d 753., se afirma que la diferencia fundamental entre el derecho a la intimidad y el derecho a no ser difamado, es que el primero está directamente relacionado con la propia paz mental y sosiego espiritual, mientras que el segundo se refiere a la reputación de uno.

el paradigma del derecho de propiedad a la inviolabilidad y dignidad del ser humano, al ámbito del derecho de la personalidad”¹³⁸.

Desde el punto de vista de la práctica forense, las reacciones no se hicieron esperar y bastó poco más de un año para encontrar el primer pronunciamiento judicial en hacerse eco del trabajo de los dos jóvenes abogados bostonianos, concretamente, en el caso *Schuyler v. Curtis*¹³⁹, con ocasión del conflicto suscitado en torno a si era legítimo o no desde el punto de vista del *right to privacy* que la Woman’s Memorial Fund Association, erigiera unas estatuas de la fallecida Mary Hamilton Schuyler, sin el consentimiento de su familia, en conmemoración por sus labores altruistas y de beneficencia.

En la resolución, el juez asumió las tesis de Warren y Brandeis y sobre ellas emitió su veredicto. Analizó detalladamente los hechos concretos y circunstancias personales de la Señora Schuyler, haciendo notar que no podía ostentar la condición de personaje público, pues a pesar de ser una persona tremendamente desprendida y de naturaleza filantrópica, todas sus actividades las llevó siempre con sigilo y discreción, por lo que el juez calificó la conducta de la demandada como una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Sin embargo, la decisión fue recurrida y reformada por la Corte de Apelaciones de

¹³⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 66 y ss.

¹³⁹ *Schuyler v. Curtis*, 15 N.Y.Supp. 787.

Nueva York en 1895¹⁴⁰. El Juez Peckham, expresando el sentir favorable del resto de los miembros de tribunal, a excepción del Juez J. Gray, revocó la sentencia al considerar que cualquier hipotético derecho a la intimidad que pudiera tener la Señora Schuyler, murió con ella, y cuando se trata de honrar a un difunto, el consentimiento de los familiares vivos deviene irrelevante si el homenaje, siempre con fines loables, se lleva a cabo por personas reputadas y de una forma apropiada¹⁴¹.

El Juez Gray, en su voto discrepante, sostuvo que Philip Schuyler, en su condición de representante de la familia, estaba totalmente legitimado para preservar que se levantaran estatuas de la señora Schuyler, pues la conducta de la asociación suponía exhibirla públicamente, máxime cuando ella en vida siempre optó por hacer sus actos de filantropía de forma totalmente privada. El hecho de que personas ajenas a su sangre erigieran estatuas de ella, causando así un perjuicio a

¹⁴⁰ 147 N. Y. 434. N. E. 22 (1895).

¹⁴¹ *Ibid.*, loc. ult. cit. El Juez Peckham, literlamente, expresó lo siguiente: "Whatever right of privacy Mrs. Schuyler had died with her. Death deprives us all of rights in the legal sense of that term, and, when Mrs. Schuyler died, her own individual right of privacy, whatever it may have been, expired at the same time. The right which survived (however extensive or limited) was a right pertaining to the living only. It is the right of privacy of the living which it is sought to enforce here. That right may, in some cases, be itself violated by improperly interfering with the character or memory of a deceased relative, but it is the right of the living and not that of the dead which is recognized. (...) We think that so long as the real and honest purpose is to do honor to the memory of one who is deceased, and such purpose is to be carried out in an appropriate and orderly manner, by reputable individuals and for worthy ends, the consent of the descendants of such deceased person is not necessary, and they have no right to prevent, for their own personal gratification, any action of the nature described".

su propio nombre y su familia, suponía una inmoralidad y una flagrante vulneración del derecho a la intimidad, cuyo manto no podía solo cubrir a la propia persona, sino que debía extenderse a todos los intereses personales, entre los que se encontraba el que sus allegados pudieran preservar la intimidad que en vida profesó.

Otro de los incipientes pronunciamientos que recogerían expresamente los postulados de Warren y Brandeis fue el de *Marks v. Jaffa*¹⁴² en 1893. Este se suscitó con ocasión de un concurso de popularidad organizado por el periódico "Der Wachter". Se publicaron en el vocero imágenes de los actores Zelig Mogulesko y Rudolph Marks, para que los lectores votaran quien de los dos era su favorito. Sin embargo la foto de este último se publicó sin su consentimiento, motivo por el que demandó al editor del periódico, Joseph Jaffa, al entender que había sufrido una intromisión ilegítima en su intimidad. El Juez McAdam resolvería que ningún periódico o institución tiene derecho a utilizar el nombre o la imagen de una persona sin su consentimiento, pues todas tienen derecho a disfrutar de la vida sin invasiones en su esfera más personal, de manera que los tribunales debían garantizar el derecho a no ser molestado¹⁴³.

¹⁴² 6 Misc. 290, 26 N.Y.S 908.

¹⁴³ Ibid., loc. ult. cit. "No newspaper or institution, no matter how worthy, has the right to use the name or picture of any one for such a purpose without his consent. An individual is entitled to protection in person as well as property, and now the right to life has come to mean the privilege to enjoy life without the publicity or annoyance of a lottery contest waged without authority, on the result of which is made to depend, in public estimation at least, the worth of private character or value of ability". (...) The

Y similar al anterior pronunciamiento fue el del caso Roberson v. Rochester Folding Box Co. a principios de 1900. La joven Abigail M. Roberson vio como la empresa de harina Rochester, publicaba sin su consentimiento más de veinticinco mil litografías publicitarias tituladas "*Flour of the Family*" con su rostro de perfil en primer plano y con el logotipo de la empresa "*Franklin Mills Flour*" en la parte inferior, lo que provocó mofas, burlas y murmuraciones entre la gente que la reconoció. Ante esta situación, Abigail demandó a Rochester por vulneración de su intimidad. En primera instancia, el Juez Davy¹⁴⁴, afirmando que la privacidad es una manifestación de la civilización, desconocida entre las tribus bárbaras, sostuvo que la conducta de la empresa constituía una vulneración en la intimidad de Abigail, pues ésta era una ciudadana ordinaria sin ningún tipo de trascendencia pública.

Esta resolución, sería posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo de Nueva York¹⁴⁵, cuyo ponente, el Juez Rumsey, fundó su fallo sobre la consideración que en el *common law* existe indiscutiblemente un derecho a la intimidad, construyendo su tesis ya no solo en gran parte de la jurisprudencia británica que Warren y Bradeis aludieron en su trabajo, sino también en el análisis de los diferentes pronunciamientos previos que habían reconocido el derecho a la intimidad, por ejemplo, los ya expuestos *Schuyler v. Curtis* y *Marks v. Jaffa*.

courts will, in such cases, secure to the individual what has been aptly termed the right "to be let alone".

¹⁴⁴ 65 N.Y. Supp. 1109.

¹⁴⁵ 71 N. Y. Supp. 876.

A pesar de ello, el 27 de junio de 1902, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York revocó la Sentencia por cuatro votos a tres.¹⁴⁶ Los jueces O'Brien, Cullen, Wener, y el ponente, Parker, esgrimieron un doble motivo para sostener la inexistencia del derecho a la intimidad. En primer lugar, que el *right to privacy* no se encontraba reconocido en el *common law*, puesto que no había sido mencionado por ninguno de los grandes comentaristas ni sostenido en ningún precedente anterior; y, en segundo lugar, que dicho reconocimiento supondría una avalancha de litigios, muchos de ellos absurdos.

El fallo del tribunal fue inmediatamente criticado tanto por la mayoría de la doctrina¹⁴⁷, como por la sociedad en general que consideraba ilógico que la vida privada no pudiese ser objeto de protección por el derecho.

Ante este aluvión de críticas, sorprendentemente, el juez Denis O'Brien¹⁴⁸ -uno de los cuatro jueces que habían desestimado la pretensión de Abigail- publicó un artículo en el que reconocía que si bien el derecho a

¹⁴⁶ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902) 171 NY 538.

¹⁴⁷ Tomamos de SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: "The right to privacy" cit., p. 221, el catálogo de publicaciones críticas con el pronunciamiento del tribunal: "Vid. *Comment* (1902). «An Actionable Right to Privacy? *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*», *Yale Law Journal*, vol. 12, págs. 35-38; *Note* (1902). «*Publication of Photograph as an Advertisement*», *Columbia Law Review*, vol. 2, págs. 486-487; *Note and Comment* (1905). «*The Right of Privacy*», *Michigan Law Review*, vol. 3, núm. 7, págs. 559-563; *Note* (1906). «*Right of Privacy*», *The Virginia Law Register*, vol. 12, págs. 91-99."

¹⁴⁸ O'BRIEN, D.: "The Right of privacy", *Columbia Law Review*, vol 2, 1902, pp. 437-448.

la intimidad era una interesante idea, resultaba tremendamente difícil configurarlo, ya no sólo por el hecho de delimitar su ámbito de aplicación, sino que para el caso de haber ocurrido una intromisión, cuál debía ser el mecanismo apropiado para restituir la situación a la original.

El descontento por el fallo llegaría hasta la cámara legislativa del Estado de Nueva York, que decepcionada con el veredicto final del caso *Roberson*, al año siguiente incluiría dos nuevas secciones en la Ley de Derechos Civiles que daban solución legal al caso de la joven Abigail.

Según la nueva sección §50¹⁴⁹ del *Civil Rights Law* del Estado de Nueva York, rubricada "*Right of privacy*", serían considerados culpables de *misdemeanor*, las personas, empresas o corporaciones que con finalidades publicitarias o comerciales usaran el nombre, retrato o imagen de cualquier persona viva sin haber obtenido su consentimiento previo por escrito de dicha persona, y, para el caso de menores, de su padre o tutor. Por su parte la §51 reguló el ámbito procesal reconociendo el derecho de acción de quienes sufrían el perjuicio tanto para reclamar la indemnización por daños como para la cesación de la ofensa.

¹⁴⁹ N.Y. Civ. Rights Law §§ 50: "A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor." Cuando la ley utiliza la categoría "*misdemeanor*" se está refiriendo a una ofensa leve. Las más graves son denominadas *felony*.

A pesar de la resistencia de algunos sectores de la jurisprudencia por asentar el *right to privacy*, siempre bajo postulados formalistas, poco a poco los Altos Tribunales de otros Estados, empezando por el de Georgia, acogieron la opinión del Juez Gray.

El más célebre de la época fue el caso de Pavesich v. New England Life Insurance Company¹⁵⁰ en 1905, justo tres años después del caso de Abigail, y que se suscitó con ocasión de la demanda interpuesta por Paolo Pavesich contra la aseguradora England Life, Thomas B. Lumpkin, y el fotógrafo J.P. Adams, por la publicación de su imagen en el periódico local *Atlanta Constitution* de 15 de noviembre de 1903.

La publicación consistía en la imagen de dos personas, cada una de ellas precedidas de un titular y acompañadas en el inferior por una cita atribuida a cada uno de los fotografiados. La primera, la de Pavesich, portaba por título "*Hágalo ahora. El hombre que lo hizo*", y en el inferior se decía, esencialmente, que "*él si contrató un seguro con New England, y ahora él y su familia estaban protegidos obteniendo un dividendo anual*". A su lado, aparecía la fotografía de una persona harapienta y desaliñada con el título "*Hágalo mientras pueda. El hombre que no lo hizo*", con la consiguiente declaración arrepintiéndose de no haber contratado su seguro. Familia y amigos rápidamente reconocieron a Pavesich, quien contrariado aseguró que jamás había tenido relación con la aseguradora y mucho menos había autorizado que su imagen aparecieran en el periódico.

¹⁵⁰ 69 L.R.A. 101.

El Tribunal expresó literalmente que en el caso Roberson la solución justa habría sido la expresada por el juez Gray en su voto particular, y después de citarla haciendo suyos todos los argumentos, expuso que el derecho a la intimidad encuentra su fundamento en el propio derecho natural, cuya realidad es fácilmente cognoscible por todos, pues nadie duda que existe un derecho consustancial al hombre a disfrutar de la vida sin que otros puedan inmiscuirse en ella salvo que medie autorización. Por lo tanto, el hecho de publicar la fotografía de una persona sin el consentimiento suponía una intromisión ilegítima.

Paralelamente a los pronunciamientos judiciales expuestos, muchos Estados, además del de Nueva York, fueron aprobando leyes protectoras de la intimidad frente a injerencias inconsentidas por parte de los medios de comunicación. El primero fue California en 1899¹⁵¹, seguido de Nueva York y Pennsylvania en 1903¹⁵², Virginia Occidental en 1904¹⁵³ y Utah¹⁵⁴ en 1909.

¹⁵¹ El legislador de California incorporó al *criminal libel statute* un nuevo *misdemeanor*, consistente en la publicación del retrato o imagen de una persona en un medio de comunicación sin su consentimiento. A pesar de ello, la ley nunca fue invocada y en 1915 fue derogada.

¹⁵² Por lo que respecta a Pennsylvania, la tutela de la intimidad frente a intromisiones ilegítimas por los medios de comunicación fue introducida a través de la Ley de 12 de mayo de 1903. Sin embargo, tuvo la misma suerte que la de California, siendo derogada por su poco uso en virtud de la Ley de 1 de mayo de 1907.

¹⁵³ La técnica legislativa fue muy similar a la de Nueva York, regulándose en el Título 8.01-40 del West's Annotated Code of Virginia.

¹⁵⁴ Siguió los mismos parámetros que la de Nueva York y Virginia occidental, incorporándose al Código de Utah §76-4-8 to -9 (1953).

La mayor parte de la jurisprudencia paulatinamente fue acogiendo la doctrina del caso Pavesich, especialmente en conflictos derivados de las intromisiones en la esfera privada llevadas a cabo por los medios de comunicación.

De similar trascendencia al trabajo de Warren y Brandeis para la construcción del derecho a la intimidad, sería el de William PROSSER publicado en la *California Law Review* en 1960¹⁵⁵.

En él se configuraron y perfilaron cuatro dimensiones de la privacidad susceptibles de tutela.

La primera dimensión, y dado que la manifestación más profunda del derecho a la intimidad habita en el derecho a la soledad (*right to be let alone*), vendría conformada por las intromisiones en la privacidad (*intrusión*)¹⁵⁶.

En segundo lugar, la divulgación pública de hechos privados (*public disclosure of private facts*)¹⁵⁷.

¹⁵⁵ PROSSER, W.: "Privacy" *California Law Review*, 1960, núm. 48 (3), pp. 383-432. También puede verse AA.VV.: *Prosser and Keeton on torts*, West Group, Eagan, 1984, pp. 771 y ss.

¹⁵⁶ ROSSER, W.: "Privacy", op. cit., p. 389 y ss.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 392 y ss. Según *Rest. 2nd of Torts* supone la publicidad de un asunto privado que para cualquier persona razonable resultaría ofensiva y carente de interés público. Las defensas clásicas aceptadas de quien es demandado por vulnerar la intimidad por esta causa, son el interés público de la información, el consentimiento a publicarla, que se halle (la información) en registros públicos, que no sea ofensiva al hombre medio o que se haya tomado en espacios públicos. Por ejemplo en el caso *Cox Broadcasting Corp vs Cohen*, 420 US 469 (1975), el Tribunal Supremo sostuvo que publicar el nombre de un joven violador no afecta a su

En tercer lugar, la distorsión pública de la propia imagen (*false light in the public eye*)¹⁵⁸.

Por último, apropiación del nombre o apariencia con ánimo de lucro (*appropriation*)¹⁵⁹.

Estas cuatro categorías quedarían posteriormente incorporadas al *Restatement (Second) of Torts*¹⁶⁰ en §652-B, C y D¹⁶¹, lo que comportó de facto la

intimidad siempre que el dato no se haya obtenido torticeramente.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 398 y ss. Es importante distinguir entre la *false light invasion of privacy* y la *defamation*, a pesar de que comparten algunos de los elementos y, a menudo, surgen de los mismos hechos, la primera es una causa de acción basada en la lesión de las emociones y el sufrimiento mental (tutela de la *privacy*), mientras que la segunda es un remedio para el daño que la reputación sufre (tutela del honor). En este sentido, en el caso *Godbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.*, (*Godbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.*, 162 Ariz. 335, 783 P.2d 781 Ariz., 1989) se dijo que la acción por difamación compensa el daño a la reputación o buen nombre causado por la publicación de la información falsa, mientras que la *false light invasion of privacy* no protege la reputación, sino los intereses mentales y emocionales, el objeto es el resarcimiento por la angustia sufrida. En definitiva, la acción por difamación versa sobre el daño a la reputación de una persona como consecuencia de lo expresado, frente a los casos de *false light invasion of privacy* en los que el daño no es a la reputación, sino a los propios sentimientos.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 401.

¹⁶⁰ La obra supone la recopilación por parte del American Law Institute de los principios del common law en USA. El Segundo volumen es el relativo a los *torts* y al que se hace referencia. La relevancia es tal que como ponen de manifiesto AA.VV.: *Prosser and Keeton on torts*, op cit. son la base sobre la que se edifican innumerables pronunciamientos judiciales y que pese a no tener la consideración de Ley la complementan asiduamente.

¹⁶¹ §652B, C y D. En el §652B se prohíbe la intromisión contra la voluntad. En este sentido, es indiferente la difusión que se haga de lo conocido, el daño se provoca desde el mismo momento que se invade incontinentamente la intimidad o intereses privados con independencia de la forma o método

consolidación de un catálogo de acciones dirigidas a la protección de la intimidad en los Estados Unidos de América.

BLOUSTEIN¹⁶², pocos años después, criticaría la obra de Prosser calificándola de fragmentaria y demodé, pues no se adaptaba al desarrollo tecnológico, y planteó la construcción de un concepto omnicompreensivo de *privacy* capaz de integrar, por un lado, la facultad de aislarse del mundo como manifestación de la libertad y dignidad de la persona, y, por el otro, focalizar el daño no tanto en los mentales o morales sino en la dignidad lesionada¹⁶³. De hecho el autor pone como ejemplo los casos *Robertson* y *Pavesich*, ya comentados, y evidencia que los perjudicados lejos de perseguir un resarcimiento económico por la causación de un daño, buscaban tutelar su propia dignidad que había sido ultrajada por haber sido su imagen apropiada con fines comerciales.

Junto a los anteriores autores, es de justicia hacer alusión al prof. Alan WESTIN, quien en 1967 publicaría su obra "*Privacy and Freedom*"¹⁶⁴, alzándose

del que se valga el agresor. En el §652C se alude al que se apropia para propio uso o en su beneficio del nombre de otra persona. El interés protegido en este punto es la propia identidad como elemento de presentación al mundo exterior. Por último, en el §652C se tutela la difusión pública de asuntos concernientes a la vida privada, siempre que fuera ofensiva y no estuviera legitimada para hacerlo.

¹⁶² BLOUSTEIN, E.J.: "Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean PROSSER", *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, pp. 964-1007.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 994.

¹⁶⁴ WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

como el tratadista por antonomasia sobre la sociología de la *privacy* y su intento en recomponerla como un todo explicado desde la fenomenología del ciudadano norteamericano.

La trascendencia de las aportaciones de WESTIN fue configurar el derecho a la intimidad como un poder de control del individuo sobre su información personal¹⁶⁵.

En similar sentido, FREID¹⁶⁶ señalaría que lo genuino de la *privacy* es que confiere la facultad de determinar qué grado de superficialidad o profundidad busca la persona en sus relaciones con otras, pues el derecho a la intimidad comporta el control de la información que proporcionamos para protegerla¹⁶⁷. De lo que se deduce el carácter dinámico del contenido del derecho a la intimidad dado que depende de los valores imperantes en cada momento histórico, ya que la sociedad es quien determina qué dimensiones de la vida son merecedoras de mayor o menor recelo¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ibid., p. 7: "Privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information is communicated to others. Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical or psychological means, either in a state of solitude or small-group intimacy or, when among larger groups, in a condition of anonymity or reserve."

¹⁶⁶ FRIED, C: "Privacy", *Yale Law Journal*, vol. 77, núm. 3, 1968, pp. 475-493.

¹⁶⁷ Ibid., p. 493: "privacy is not just an absence of information abroad about ourselves; it is a feeling of security in control over that information".

¹⁶⁸ Ibid., loc. ult. cit.: "The concept of privacy requires, as we have seen, a sense of control and a justified, acknowledged power to control aspects of one's environment. But in most developed societies the only way to give a person the full measure of both the sense and the fact

A su vez, Freid distinguiría entre la "substantive privacy" y la "symbolic privacy". La primera para referirse a aquellas áreas que configuran los intereses sustanciales del hombre (el sexo o la salud); y la segunda para los valores contingentes¹⁶⁹.

Para GREENAWALT la intimidad significaba un valor esencial en una sociedad plural que protegía la autonomía del individuo al reconocerle, por un lado, el control de la información sobre sí mismo prohibiendo su difusión, y, por el otro, las injerencias gubernamentales¹⁷⁰.

of control is to give him a legal title to control. A legal right to control is control which is the least open to question and argument; it is the kind of control we are most serious about".

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 487: "Convention plays another more important role in fostering privacy and the respect and esteem which it protects; it designates certain areas, intrinsically no more private than other areas, as symbolic of the whole institution of privacy, and thus deserving of protection beyond their particular importance. Given these threats to privacy in general, social systems have given symbolic importance to certain conventionally designated areas of privacy. (...) Thus in our culture the excretory functions are shielded by more or less absolute privacy, so much so that situations in which this privacy is violated are experienced as extremely distressing, as detracting from one's dignity and self-esteem. But there does not seem to be any reason connected with the principles of respect, esteem and the like why this would have to be so, and one can imagine other cultures in which it was not so, but where the same symbolic privacy was attached to, say, eating and drinking. There are other more subtly modulated symbolic areas of privacy, some of which merge into what I call substantive privacy (that is, areas where privacy does protect substantial interests). The very complex norms of privacy about matters of sex and health are good examples."

¹⁷⁰ GREENAWALT, K.: "Privacy and Its Legal Protections", *The Hastings Center Studies*, vol 2, núm. 3, 1974, pp. 45-68.

REIMAN iría un paso más allá que Freud, Greenawalt, Scalon o Rachels, y situaría la *privacy* como presupuesto de la personalidad en la medida que constituye el rito social por el que el individuo recibe la titularidad moral de su razón de existir y, además, incide directamente en la creación de la propia identidad que incluye pensamiento, cuerpo y acciones, dicho de otro modo, la intimidad -para este autor- otorga a la persona la titularidad sobre ella misma¹⁷¹.

En una visión retrospectiva, y llegados a este punto, constatamos como el trabajo de Warren y Brandeis estaba llamado a tener importantes repercusiones tanto en la doctrina como la jurisprudencia norteamericana, cuya materialización definitiva en clave constitucional la encontramos en el caso *Griswold* contra *Connecticut*¹⁷², pues el Tribunal Supremo consideró el derecho a la intimidad como un derecho constitucional autónomo e independiente que deriva de la propia Constitución americana¹⁷³.

¹⁷¹ REIMAN, J.: "Privacy, Intimacy, and Personhood", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 26-44.

¹⁷² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁷³ Ahora bien, no faltaron autores que sostuvieron la irrelevancia de la configuración de un genuino derecho a la intimidad, pues las manifestaciones que protege ya forman parte del contenido de otros derechos, especialmente el de propiedad. En esta posición destaca THOMSON, J.: "The Right to Privacy", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 295-314, quien inicia su trabajo afirmando que lo más sorprendente acerca del derecho a la intimidad es que nadie realmente tiene una idea clara acerca de lo que es, y cuestiona si es "every violation of a right a violation of the right to privacy?"

La postura defendida Thomson fue inmediatamente -de hecho en el mismo número de la publicación- discutida por dos autores.

Desde la óptica del derecho positivo, el hito histórico vino representado por la *Privacy Act* de 1974¹⁷⁴ cuya finalidad era adoptar medidas de protección contra la invasión de la *privacy* por parte de las agencias federales que captaban, usaban, conservaban y/o difundían información personal.

La norma esencialmente modificó el Título 5 del Código de Estados Unidos adicionando la sección 552, dirigida a fiscalizar y controlar la obtención indiscriminada de información por parte de la administración, configurándose el derecho de acceso a archivos y registros personales al objeto de saber por el interesado que información se disponía respecto de él con el consiguiente derecho a rectificación.

El primero, SCANLON, T.: "Thomson on Privacy" *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 315-322, inicia su crítica con la siguiente hipótesis: "Suppose someone used Thomson's X-ray device to examine an object in my safe. It seems to me clear that the right which is violated in such a case does not depend on my owning the object examined. Suppose it is your object which you have left in my care; suppose that it is someone else's which I have picked up by mistake thinking it mine; suppose there is no object in the safe at all, and the person looking just wanted to see whether I had anything there or not. None of these possibilities removes the wrongfulness of the intrusion; there is a right which is violated in all these cases, and it is my right whether or not the object is mine". En este sentido, para el autor, la *privacy* es el "territorio" donde podemos llevar a cabo nuestras actividades sin la necesidad de estar continuamente en alerta ante eventuales oyentes u observadores.

El segundo, RACHELS, J.: "Why Privacy is Important", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 323-333, quien situó la existencia de un genuino derecho a la intimidad en la necesidad, por cuanto el contenido de las relaciones de amistad que lo nutre, precisamente, está configurado por las confidencias e información, en definitiva, reservada.

¹⁷⁴ *The Privacy Act*, 5 U.S.C. § 552^a.

Desde el punto de vista penal, introdujo tres nuevas figuras delictivas. La primera de ellas, sancionaba a cualquier funcionario o empleado de una agencia, que como consecuencia de su cargo o empleo poseyera o accediera ilícitamente a los registros o ficheros, y los difundiera a sabiendas de su ilegalidad a un tercero u otra agencia carente de derecho a recibirla. La segunda, prohibía a los empleados o funcionarios públicos que deliberadamente mantuvieran datos en los sistemas de registro sin cumplir los requisitos de notificación preceptiva conforme a la normativa. La última criminalizaba la obtención fraudulenta por cualquier persona de información protegida.

Estrecha relación con la anterior norma, guardaría la *Freedom Information Act* de 1966¹⁷⁵, que permitía -y permite, pues aún está vigente- a los ciudadanos acceder a información del gobierno federal, siempre que no se trate de información expresamente vetada¹⁷⁶.

En materia de intimidad en el sector financiero, el punto de partida lo marcaría la *Fair Credit*

¹⁷⁵ *The Freedom of Information Act (FOIA)*, 5 U.S.C. § 552.

¹⁷⁶ Esta era: (i) clasificada en materia de seguridad nacional, (ii) relativa a reglas o prácticas de personal internas de una agencia, (iii) protegida por otra ley federal, (iv) relacionada con secretos comerciales u otras informaciones comerciales y/o financieras, (v) que refiera a comunicaciones entre agencias protegidas por privilegios legales como las relacionadas con el ámbito de la justicia o comunicaciones presidenciales, (vi) que afecte a la privacidad personal de un tercero, (vii) obtenida por las fuerzas del orden público y que pudieran causar un daño o perjuicio legalmente previsto, (viii) concerniente a la supervisión de instituciones financieras, e (ix) información geológica sobre pozos.

Reporting Act de 1970¹⁷⁷, que tuvo por objeto regular el almacenamiento de información crediticia y financiera de los consumidores, prohibiéndose que estas instituciones pudieran facilitarla salvo que concurriera alguna de las causas legalmente tasadas¹⁷⁸.

Con ella, y desde el punto de vista penal, se tipificaría como delito el incumplimiento deliberado de los protocolos y disposiciones de la ley, creándose un subtipo agravado cuando el delito básico fuera instrumental para cometer una violación federal o cualquier otro ilícito de especial cuantía económica.

La anterior norma sería complementada por la *Right to Financial Privacy Act* de 1978, que limitó las situaciones en que las agencias federales podían obtener información bancaria, concretamente sólo se permitía en caso de que contaran con el consentimiento del titular o estuvieran autorizadas por una ley procesal. De igual forma se estableció el deber de sigilo de los empleados.

Paulatinamente, el número de disposiciones en materia de protección de la *privacy* fue aumentando para regular el sector de las comunicaciones por cable (la *Cable Communications Policy Act* de 1984 o la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986); de la telefonía (la *Telephone Consumer Protection Act* de 1991 o la *Telecommunications Acts* de 1996); de los media (la

¹⁷⁷ *The Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. § 1681.

¹⁷⁸ §126, 127, 209 y 210: (i) Mandamiento judicial, (ii) autorización del consumidor, (iii) causa legítima alegada por un tercero (operación de crédito, empleo, licencia, seguro, u otra análoga necesidad legítima) o (iv) procedimiento relacionado con menores.

Privacy Protection Act de 1980); de videoclubs (la *Video Privacy Protection Act* de 1988), etc. En definitiva, vemos como desde principios de los años setenta ha habido una rica actividad legislativa para proteger sistemáticamente la *privacy* de los ciudadanos norteamericanos en materias y ámbitos muy diversos.

El punto de inflexión de este *allegro* legislativo en Norteamérica, tal y como anticipábamos, lo marcarían los atentados del 11 de septiembre de 2001 con la promulgación de la *USA Patriot Act*, pues vino a modificar los parámetros de conciliación entre la seguridad del Estado y la intimidad del ciudadano, transmutando el derecho penal propio de los Estados de derecho basado en el modelo garantista, por un derecho penal del enemigo¹⁷⁹.

2. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LOS TEXTOS NORMATIVOS SUPRANACIONALES

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá del 20 al 2 de mayo de 1948, fue el primer texto normativo supranacional en declarar expresamente el derecho a la vida privada, sosteniendo en su art. 5 que "*toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra*

¹⁷⁹ Para verse un estudio sobre la incidencia de la normativa aprobada en materia de lucha antiterrorista en Norteamérica, puede verse el trabajo de VERVAELE, J.: "La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges", *Revista de derecho y proceso penal*, 2005, núm. 14, pp. 111-148.

*los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*¹⁸⁰.

Pocos meses después, en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) A, en París el 10 de diciembre de 1948, se proclamaría 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"*.

Y de similar modo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8 consagró que *"toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"*, sin que pueda *"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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"*.

¹⁸⁰ A pesar de la imprecisión normativa, como sugiere MORALES PRATS, F.: "La tutela penal de la intimidad" op. cit., p. 94: "lo cierto es que a nivel internacional constituyó el primer precedente legislativo que marcó la pauta de ulteriores convenios internacionales"¹⁸⁰.

El CEDH supuso el primer texto puramente europeo en proclamar el derecho a la vida privada, cuya trascendencia para el ordenamiento jurídico español¹⁸¹ sería capital, pues, por un lado, es derecho positivo vigente ex art. 96 CE que reza que *"los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno"*, y, por el otro, es criterio interpretativo al establecer el art. 10.2 CE que *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."*

En el ámbito europeo y en materia de *privacy* acompañaría al CEDH, el Convenio n.º. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuyo objeto de protección era la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»).

En el ámbito global, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sostuvo en su art. 17.1 que *"nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia,*

¹⁸¹ Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por medio del Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979.

su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

Y posteriormente para América, el art. 11.2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969 prevería que *"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. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PLANO NACIONAL: REFERENCIA A SU RECEPCIÓN EN FRANCIA, ALEMANIA E ITALIA

La realidad en el plano nacional fue distinta. La conciencia internacional sobre la necesidad de protección de la intimidad no tuvo una corroboración en los textos constitucionales más relevantes de la Europa occidental¹⁸², con la excepción del artículo 18 de la Constitución española de 1978, y los artículos 33 a 35 de la Constitución portuguesa de 1976¹⁸³.

¹⁸² Sobre esta idea vid. también a MORALES PRATS, F.: "La tutela penal de la intimidad" op. cit. p. 94. El autor, en este sentido, expone varios ejemplos de Estados que contemplaron expresamente el derecho a la intimidad en sus normas fundamentales: el art. 59 la Constitución de Venezuela de 1961, el art. 15 de la de Turquía de 1961, el art. 20 de la de Bolivia de 1967, el art. 28-4 de la Ecuador de 1967, el art. 45 de la República Árabe de Egipto o el art. 56 de la URSS de 1977.

Sobre la protección de la intimidad en el de derecho comparado, puede verse FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, pp. 144 y ss.

¹⁸³ Artículo 33. Derecho a la identidad, a la buena fama y a la intimidad: "1. Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al buen nombre y reputación y a la reserva de su intimidad en la vida privada y familiar. 2. Le

El resto de los estados europeos, sin embargo, tuvieron que efectuar una labor interpretativa e integradora de sus textos básicos para incorporar a su ordenamiento jurídico el derecho a la intimidad personal y familiar, bien como un derecho íntimamente vinculado con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2 de la Ley de Bonn de 1949¹⁸⁴), bien integrado en concretas manifestaciones de

Ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias". Artículo 34. Inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia: *"Queda prohibida toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo en los casos previstos por la ley en materia de enjuiciamiento criminal".* Artículo 35. Utilización informática: *"1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos".* Versión en español consultada en línea en "confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf", el día 13 de abril de 2016.

¹⁸⁴ Artículo 1. Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *"1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2 El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable."* Artículo 2 Libertad de acción y de la persona. *"1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. 2. Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley."* Además de regularse en su art. 10 el secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, y en el art. 13 la inviolabilidad del domicilio. Versión en español consultada en línea en

tutela de la privacy como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (arts. 2, 14 y 15 respectivamente de la Constitución italiana de 1949)¹⁸⁵.

Dichas pretericiones en los textos fundamentales de los países de nuestro entorno es una cuestión evidente si se tiene en cuenta el *iter* del pensamiento humanista que es sustrato y fundamento de los derechos de la personalidad.

Desde un punto de vista social, como señala PÉREZ ROYO, "para la inmensa mayoría de los ciudadanos tales derechos no eran necesarios como garantías de su libertad y autonomía tanto en las relaciones de unos con otros en cuanto personas privadas como en sus relaciones políticas. Únicamente para una pequeñísima minoría, la oligarquía propietaria y los profesionales liberales que participaban en la gestión del país, los

"www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf", el día 14 de abril de 2016.

¹⁸⁵ Artículo 2. *"La republica reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social."* Artículo 14. *"El domicilio es inviolable. No se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal. Se regularan por leyes especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales."* Artículo 15. *"Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismo solo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley."* Versión en español consultada en línea el día 13 de abril de 2016, en: "[ub.edu/ciudadania/textos/constituciones /ci1947.html](http://ub.edu/ciudadania/textos/constituciones/ci1947.html)".

derechos de la personalidad podían tener algún valor”¹⁸⁶.

Este contexto de no necesidad por las masas, comportó que las principales constituciones del siglo XIX no consagraran un general derecho a la intimidad, y si, sin embargo, tutelaran derechos como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia dado que eran percibidos por los ciudadanos como una necesidad objetiva de protección¹⁸⁷.

De la panoplia legislativa supranacional expuesta difícilmente puede extraerse, siguiendo la lógica cartesiana, un concepto claro y distinto de lo que debe entenderse por intimidad¹⁸⁸, debiendo, por tanto, indagar sobre este a partir de su configuración por países de nuestro entorno.

¹⁸⁶ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 287

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 286.

¹⁸⁸ Esta ausencia de definiciones y conceptos generales en las leyes, como hace notar DE COSSÍO CORRAL, A.: *Instituciones de derecho civil*, (revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez y José León-Castro Alonso), Civitas, Madrid, 1991, p. 117., “es sino una consecuencia de una crisis más amplia en el orden de las ideas, que va haciendo perder la fe en los conceptos abstractos y en la fuerza organizadora de las ideas generales, estimulando nuestro amor a lo concreto, mucho más fácilmente accesible a nuestra comprensión”.

Precisamente por ello, he considerado necesario iniciar esta obra buscando lo que he llamado “concepto mínimo de intimidad”, con el objetivo de alejarnos de los hoy tan frecuentes -en nuestras leyes- conceptos indeterminados pendientes de tasación jurídica. Pues como se verá a lo largo de las sucesivas líneas, el significado de la noción “intimidad” se ha ido configurando desde el calor de cada pronunciamiento judicial y nunca desde la fría generalidad de la Ley.

a. Francia

En Francia a la hora de localizar la genuina protección de la intimidad no lo hacemos en su Constitución, sino en el Código civil.

De hecho, más que intimidad o privacidad, la expresión gala sería "vie privéé", asociada a la cosmovisión liberal basada en la propiedad y a la construcción ideológica burguesa de finales de siglo XIX que giraba en torno a la existencia de una esfera privada indisolublemente vinculada con la personalidad del individuo.

En esta cosmovisión de la Francia del siglo XIX, Pierre Paul Royer-Collard, el 27 de abril de 1819, en la Cámara de los Diputados, en un debate sobre la tipificación de conductas delictivas cometidas por la prensa, diría al respecto: "he aquí la vida privada amurallada, si es que me puedo servir de esta expresión, que es invisible y queda encerrada en el interior de las casas. Ahora la cuestión está en saber si amurallaréis de la misma forma la vida pública y si igualmente la declararéis invisible"¹⁸⁹.

La principal disposición sobre *vie privéé*, tal y como decíamos, la encontramos en el artículo 9 del *Code civil*, dado por la Ley n° 70-643 de 17 de julio de 1970, que reza que "cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada"¹⁹⁰. Lógicamente el problema al

¹⁸⁹ ROYER-COLLARD, P.: De la liberté de la Presse, Libraire de Médecis, París, 1949, pp. 24-25.

¹⁹⁰ Article 9 Codé Civil: *Chacun a droit au respect de sa vie privéé*.

que se enfrenta el intérprete francés no es ni más ni menos que el mismo del resto de los sistemas jurídicos occidentales, es decir, la delimitación de un concepto, que en palabras del magistrado belga Jaques VELU es un tan amplio que sus límites son difícilmente precisables¹⁹¹.

Desde el punto de vista penal, la protección de la vida privada encuentra tuición en los artículos 226-1 a 226-7 encuadrados en la Sección I "de los atentados contra la intimidad", Capítulo VI "de los atentados contra la personalidad", Título II "de los atentados contra la persona humana" del Libro II "de los crímenes y delitos contra las personas"¹⁹².

Según el artículo 226-1¹⁹³, será castigado con un año de prisión y multa de 45.000 euros el hecho de

¹⁹¹ VELU, J.: *Le Droit au Respect de la Vie Privée* (Conférences données à la Faculté de Droit de Namur), Presses Universitaires de Namur, 1974, p. 19. Del mismo autor "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communication", en *Vie privée et droits de l'home*, Bruselas, 1973.

¹⁹² El Código Penal francés puede consultarse en línea en:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>.

¹⁹³ Article 226-1 Codé Penal. *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé.*

atentar voluntariamente por cualquier medio contra la intimidad de la vida privada ajena: 1° Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de su autor, las palabras pronunciadas a título privado o confidencial; 2° Tomando, grabando o transmitiendo, sin el consentimiento de ésta, la imagen de una persona que se encuentre en un recinto privado. Cuando los actos mencionados e se hayan cometido en presencia y a sabiendas de los interesados sin que se hayan opuesto, estando en condiciones de hacerlo, se presumirá el consentimiento de éstos.

El artículo 226-2¹⁹⁴, por su parte, convierte en punible el hecho de conservar, dar a conocer o dejar que se conozca por el público o un tercero, o de utilizar de la manera que sea cualquier grabación o documento obtenido mediante alguno de los actos que acabamos de enumerar previsto en el art. 226-1.

El legislador francés, en un intento por controlar administrativamente la introducción en el mercado de artilugios técnicos que favorezcan el comportamiento delictual, castiga en el artículo 226-3 la fabricación, la importación, la tenencia, la exposición, la oferta, el alquiler o la venta, en ausencia de autorización legal, de aparatos concebidos para realizar las operaciones que puedan constituer una infracción

¹⁹⁴ Article 226-2 En savoir plus sur cet article... Est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.

prevista en el apartado segundo del artículo 226-15 o que, concebidos para la detección a distancia de conversaciones, permitan cometer la infracción prevista en el artículo 226-1. De la misma manera, criminaliza la conducta de publicitar aparatos susceptibles de permitir la realización de las infracciones previstas en el artículo 226-1 y en el segundo apartado del artículo 226-15, cuando dicha publicidad constituya una incitación a cometer dicha infracción.

Por su parte, el art. 226-4¹⁹⁵, protege el domicilio, como espacio donde tiene lugar ese encuentro más íntimo con uno mismo, castigando a quien se introduzca o mantenga en el domicilio ajeno con la ayuda de maniobras, amenazas, vías de hecho o coacción, fuera de los casos permitidos por la ley.

Con anterioridad a la ley de 17 de julio de 1970, el único ámbito en el que se tutelaba en Francia cierta dimensión de la vida privada fue con ocasión de la prensa. Concretamente, el artículo 15 de la ley de 29 de julio de 1881, establecía como uno de los límites de la prensa a la hora de probar un hecho difamatorio aquellos que pudieran afectar a la vida privada de la persona¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Article 226-4. L'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manoeuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, hors les cas où la loi le permet, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le maintien dans le domicile d'autrui à la suite de l'introduction mentionnée au premier alinéa, hors les cas où la loi le permet, est puni des mêmes peines.

¹⁹⁶ Desde el punto de vista procesal, mención expresa merece la Ley de Prensa de 11 de mayo de 1868, derogada por la de 1881, que facultaba un proceso sumario y simplificado para la tutela de las intromisiones por la prensa en la esfera privada de los ciudadanos.

El punto de inflexión, sin embargo, en el reconocimiento de la intimidad en derecho francés lo encontramos a propósito de la polémica surgida en torno a la publicación del vocero *France Dimanche* de imágenes del menor Oliver Philipe, hijo del fallecido Gérard Philipe, en un maltrecho estado de salud, y sus informes médicos.

La viuda del actor que recabó la tutela de los tribunales interesando el secuestro de la tirada, así como su prohibición de venta, vio como la Corte de Apelación¹⁹⁷ estimó sus pretensiones, y posteriormente confirmada por la Corte de Casación¹⁹⁸, que declararía expresamente que la conducta del medio de comunicación supuso una grave e intolerable intromisión en la vida privada de la familia *Philipe*.

Posteriores pronunciamientos de la Corte de Casación irían perfilando el contenido del ámbito de la vida privada, considerando que en este se encuentran las relaciones sentimentales (S. 17 de marzo de 1966), las crisis familiares (S. 25 de junio de 1966), las actividades y acciones desplegadas en el domicilio (S. 27 de febrero de 1967).

Lo que evidencia, como ya en 1965 señaló LINDON, que el derecho a la intimidad en Francia fue de eminente construcción pretoria¹⁹⁹, pues piedra a piedra,

¹⁹⁷ Cour d'Appel de Paris 13 mars 1965, *J.C.P.* 1965 2-14223.

¹⁹⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 12 juillet 1966.

¹⁹⁹ LINDON, R. : "La presse et la vie privée", *J.C.P.*, 1965, I-1887.

a golpe de sentencia, se edificó la tutela de la *privacy* en Francia.

Precisamente, el aluvión de pronunciamientos al socaire de la sentencia del caso *Philippe* y la ausencia de una delimitación positiva de la protección de la vida privada, llevarían al legislador a introducir el artículo 9 del código civil ex Ley 7 de julio de 1970, otorgando así cobertura legal a la praxis judicial.

En cuanto a la definición *vie privée* y su problemática, como leemos en ALCARAZ "en el derecho francés, la ley no se ha tomado la molestia de determinar el contenido de la expresión «vida privada» cuando se refiere a ella manifestando así, de alguna manera, su impotencia para definirla. En la doctrina, en cambio, no han faltado esfuerzos por definirla. En ellos podemos apreciar una doble tendencia. Por un lado, aquella parte de la doctrina francesa que prefiere, con mucho, la noción de vida privada. De este modo, se incluyen dentro del derecho a la vida privada, indistintamente, el derecho a una vida familiar normal, el derecho a la vida sexual, el respeto a los actos o incluso el respeto a la apariencia de la personalidad. Además de estos elementos, habría que citar también el derecho al anonimato, así como la libertad de conciencia y de opinión"²⁰⁰. Y es precisamente ante este basto concepto, que algunos autores franceses prefieren una aproximación más estricta al configurar el derecho

²⁰⁰ ALCARAZ, H.: "El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: «Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!»" (Trad. Patricia Fernández Ostolaza y Pepa Fernández Ostolaza), *Araucaria-Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2007, núm. 18°, pp. 12-13.

a la intimidad como un "derecho a mantener en secreto la intimidad de la propia existencia, con el propósito de no ser pasto de la curiosidad y maldad"²⁰¹.

El primer trabajo doctrinal galo sobre un genuino derecho a la intimidad fue el de MARTÍN, quien identificó lo secreto como sinónimo de vida privada, y señaló de forma clara y precisa la problemática suscitada en torno al lenguaje y la imposibilidad de elaborar una fórmula que de manera general, abstracta y segura que distinguiera entre vida pública y vida privada²⁰². De hecho, concluyó su trabajo con una sutil llamada a la necesidad de su plasmación legal, pues "no es de extrañar que la jurisprudencia, haciéndose eco de las costumbres y el nacimiento de los nuevos conflictos, esboce una construcción original caracterizada por la supremacía que concede al interés protegido por el derecho al secreto, sobre otros intereses concurrentes, aquel es más digno de ser tomado en consideración"²⁰³.

Al poco tiempo, LINDON, en la ya citada obra *la presse et la vie privée* de 1965, seguiría la línea de Martin, y centraría sus esfuerzos más que en la búsqueda de una definición universal, en diseccionar y confrontar el contenido de la vida pública frente al de vida privada, pues están estrechamente unidas la una a la otra y son prácticamente inseparables. Ahora bien,

²⁰¹ *Ibid.*, loc. ult. cit.

²⁰² MARTIN, L.: "Le secret de la vie privée", *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1959, núm. 2, pp. 227-256.

²⁰³ LINDON, R. : "La presse et la vie privée", *op.cit.*, p. 256.

con total rotundidad señalaría que "existe de todas formas un sector de la vida privada que debe ser particularmente protegido y que comprende los intereses de los otros miembros de la familia, la imagen del interesado, la intimidad de su vida familiar y amorosa, su fortuna personal"²⁰⁴.

En 1968, dos años antes de la promulgación de la ley de 17 de julio de 1970, BADINTER publicó su trabajo "*Le droit au respect de la vie privée*"²⁰⁵. En él, a partir de la consideración de la vida pública del individuo "como su participación en la vida de la ciudad en sus tres aspectos fundamentales: sus trabajos, sus juegos y sus instituciones", concluiría que "en definitiva, el problema de la determinación de lo que en la vida de cada uno corresponde a su intimidad o a su vida pública no se plantea jurídicamente en términos diferentes según que se trate de un quídam o de una personalidad conocida. Simplemente la participación de éste en la vida pública aparece como más extensa o llamativa"²⁰⁶.

En este sentido, ofreció una definición negativa sosteniendo que la vida privada es todo aquello que no es la vida pública del individuo, teniendo el mérito esta concepción de poner el acento en la primacía de la vida privada del hombre, prohibiendo cualquier

²⁰⁴ *Ibid.*, loc. ult. cit.

²⁰⁵ BADINTER, R.: "*Le droit au respect de la vie privée*", J.C.P., 1968, I-2136. La obra de este autor es especialmente interesante por el sucinto pero repaso histórico de la configuración de la privacy tanto en los países anglosajones como en Alemania.

²⁰⁶ La traducción se toma de URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit. p., 141.

intromisión indiscreta en esta, al sostener que de su revelación, sólo el individuo debe ser dueño, y ello de la misma manera que solo el creador de una obra ostenta poder de divulgarla. Y reflexiona Badinter: ¿no es la vida de cada uno, con lo que tiene de sombras y de secretos, su más importante y preciosa creación?²⁰⁷

b. Alemania

La Constitución alemana, a diferencia de lo que ocurre con la española, tampoco contempla un genuino derecho a la intimidad, sino que este lo deriva de los artículos 1.1 y 2.1 GG que, respectivamente, proclaman que *"La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público"* y *"Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral"*.

Estos dos artículos, siguiendo a BENDA, por un lado identifican a la persona humana "tal cual es" y, por el otro, "tal cual actúa", lo que supone que la garantía del libre desarrollo de la personalidad es causa de la dignidad humana, pues "el art. 2.1 GG contiene la idea esencial del art. 1.1 GG como motivo y núcleo: la garantía del libre desarrollo de la personalidad responde en última instancia a la dignidad de la persona. Dado que la libertad no puede ser ilimitada, resultan posibles las barreras previstas en el art. 2.1 GG. No deberán, sin embargo, ir más allá de donde lo permita el contenido de dignidad humana de la norma. Precisamente, los fundamentos contenidos en el

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 143.

art. 2.1 GG no permiten que se vea afectada la esfera medular de la libertad personal. Es evidente la conexión de la dignidad humana con los derechos fundamentales de libertad ideológica y de conciencia, libertad de elección profesional y de inviolabilidad de domicilio”²⁰⁸.

Vemos, pues, como la Ley Fundamental alemana consagra su compromiso con la libertad y la dignidad de la persona como finalidad del Derecho²⁰⁹ a través de la positivización del principio de inalienabilidad de la dignidad humana en su artículo primero²¹⁰.

Por ello los seres humanos, como señala el Tribunal Constitucional alemán, no pueden degradarse a ser tratados por el poder estatal como meros objetos, debiendo recordarse que en no pocas ocasiones lo han sido tanto por las circunstancias y las relaciones sociales del momento, como por el propio el derecho cuando se tienen que adherir a este sin tener en consideración sus intereses²¹¹.

Entonces, como señala BENDA, “el art. 1.1 GG impone, en todo caso, que no se despoje al individuo de los recursos indispensables para una existencia digna”, por lo que “no basta con que el Estado se autolimite en

²⁰⁸ BENDA, E.: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en AA.VV.: Manual de Derecho Constitucional (trad. Antonio López Pina), Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 123.

²⁰⁹ En este sentido puede verse BVerfGE 12,45.

²¹⁰ Sobre la idea de la dignidad humana como norma jurídico positiva vid. HUBER, E.R.: “Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht” *DÖV*, 1956, 203.

²¹¹ BVerfGE 30, 1.

el sentido de reservar al individuo unos márgenes suficientes de libertad”, sino que “el art. 1.1 GG impone, además, que el Estado proteja activamente la dignidad humana”, de manera que el Estado tendrá que hacer frente a las amenazas que surjan en el curso de los cambios sociales²¹².

No es de extrañar entonces que con fundamento en el art. 2, párrafo 1 GG, se proteja la esfera de intimidad del individuo en cuanto comporta una concreta manifestación del libre desarrollo de la personalidad. De manera que para determinar su contenido y extensión devienen necesario confrontarlo con la idea de que la dignidad humana es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales.

Así, señala el Tribunal Constitucional que el art. 2.1 GG de la Ley Fundamental posibilita a cada persona el derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre y cuando no viole los derechos de otro y no contravenga el orden constitucional y las buenas costumbres, pues el ciudadano, al ser parte y estar vinculado, simultáneamente, a la sociedad, debe aceptar todas las medidas que por el Estado se adopten en interés de la colectividad y bajo una celosa observancia del principio de proporcionalidad, siempre en la medida que no afecten al ámbito inviolable de su derecho a desarrollar su vida privada²¹³.

²¹² BENDA, E.: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, op. cit., p. 126.

²¹³ BVerfGE 34, 238.

Dicho de otro modo, el derecho a la intimidad, en cuanto no se intervenga su núcleo inviolable, debe admitir las restricciones que se impongan en orden proteger los intereses de terceros protegidos por iguales derechos fundamentales, o la prevalencia del interés general²¹⁴.

En este sentido, SEIDEL apuntaría que la tensión de la esfera privada y sus limitaciones por el Estado, se puede enmarcar, por un lado, en el conocimiento y control de los datos personales que son registrados y transmitidos en no pocas ocasiones de forma discrecional sin el consentimiento o participación y el control oportuno del individuo; y, por el otro, que los datos almacenados y registrados, aún conforme a derecho, sean comunicados de forma impertinente o sin conexión con otras informaciones que devendrían necesarias para su recta cognición²¹⁵.

BENDA focalizaría el problema no tanto en la acumulación de información sobre el individuo, sino en la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quién y con qué objeto se trasmite. Es por ello que el autor dirá que la privacidad no se vulnera por la información en sí misma, sino por su transmisión mendaz sobre la que el afectado pierde su ámbito de influencia²¹⁶ y acoge la tesis de Westin al considerar

²¹⁴ BVerfGE 96, 56.

²¹⁵ SEIDEL, U.: *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, O Schmidt, Köln, 1972, p. 123 y ss.

²¹⁶ BENDA, E.: "Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil", en AA.VV.: *Festschrift für Willi Geiger* (coord. por Leibholz, G. et. al.), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972, p. 23-44.

que la protección de la *privacy* se funda en el respeto que tiene el individuo a decidir por sí mismo, con las extraordinarias excepciones que los intereses sociales exigen, cuándo y en qué condiciones sus hechos privados son revelados al público en general²¹⁷.

Decíamos, cuando tratábamos la dimensión vertical de la intimidad, que uno de los principales escollos a los que se enfrenta el Estado es el inherente a la dirección y organización de la sociedad. De hecho, nadie duda que para el correcto funcionamiento burocrático del Estado, la recepción y tratamiento de información deviene crucial, especialmente en el ámbito político-organizativo de la sanidad (para la prevención, control o erradicación de enfermedades), educación (control de alfabetización y desarrollo escolar de la población) o demográfico (para una correcta inversión y planeamiento de los servicios públicos).

No nos extraña entonces que dado el funcionamiento de los Estados modernos, el *Bundesverfassungsgericht* en 1969 tuviera que analizar si la obligación ciudadana de someterse a un cuestionario sobre viajes de descanso y vacaciones²¹⁸, suponía una contravención de lo dispuesto en el art. 1 y 2 de su Ley Fundamental²¹⁹.

²¹⁷ BENDA, E.: "Dignidad humana y derechos de la personalidad", op. cit., p. 130.

²¹⁸ Al amparo de los §1 y §2 (párrafo 3) de la "Ley sobre la Realización de una Estadística Representativa de la Población y de la Vida Económicamente Activa (microcenso)" del 16 de marzo de 1957 (BGBl I, p. 213).

²¹⁹ BVerfGE 27, 1.

El Tribunal sostuvo que sería incompatible con la dignidad humana que el Estado pudiera ejercer coercitivamente el derecho a registrar y catalogar los diferentes ámbitos de la personalidad de la persona, incluso aunque se haga en el anonimato de una encuesta estadística. Por tanto, no puede a través de una inspección total entrometerse en la esfera de la personalidad, porque los individuos para desarrollarla libre y responsablemente precisan conservar un espacio interior en el que se posean a sí mismos y al que puedan retirarse sin que el entorno tenga acceso; en el que puedan permanecer en paz y gozar de su derecho a la soledad. Ahora bien, precisaría el BVerfG que no toda encuesta estadística sobre datos personales viola la personalidad del hombre o afecta al derecho de autodeterminación de la esfera íntima, solamente lo harían aquellas que se refieran a aspectos de la esfera privada del ser humano que por su naturaleza posean el carácter de secreto y en consecuencia afecte a ese núcleo íntimo²²⁰.

De la misma manera que en Francia, será a golpe de sentencia como el Tribunal Constitucional alemán vaya apuntalando el contenido del derecho a la intimidad.

De la doctrina del BVerfG, se puede inferir como premisas que:

²²⁰ Sobre estas premisas concluiría el Tribunal en considerar conforme a lo previsto en el art. 1.1 y 2.2 GG la encuesta sobre viajes de descanso y vacaciones, pues si bien es cierto que dicha encuesta tiene que ver con la esfera íntima, no concede al Estado información acerca de las relaciones individuales que no son accesibles en el mundo externo y que por su naturaleza tendrían el carácter secreto.

Por un lado, encontramos informaciones que por su propio contenido pertenecen *per se* al ámbito íntimo por lo que su difusión pública sería considerada como indecorosa, penosa, inconveniente o afrentosa. Por ejemplo la difusión del contenido de un diario personal²²¹, las confidencias y conversaciones íntimas entre los esposos²²², lo concerniente al ámbito de la sexualidad del individuo²²³, las filias, obsesiones o comportamientos asociales anormales (por ejemplo el consumo de sustancias estupefacientes)²²⁴, las enfermedades²²⁵, o archivos médicos en general²²⁶. De no existir una protección que impidiera a terceros tener conocimiento de las mencionadas conductas o situaciones, las confidencias entre amigos o parientes, la práctica de ciertas conductas sexuales o fetiches, etc., se harían extremadamente complejas o incluso imposibles ante el riesgo del chismorreo.

Por el otro, que la protección de la *privatsphäre* se refiere a aquel espacio o reducto en el que los individuos pueden aislarse, recogerse, permanecer apartado, distenderse, abandonarse de la sociedad o, simplemente, ser dejados en paz²²⁷. Y entiende el Tribunal Constitucional alemán que ciertamente en ese

²²¹ BVerfGE 80, 376.

²²² BVerfGE 27, 344.

²²³ BVerfGE 47, 46.

²²⁴ BVerfGE 44, 353.

²²⁵ BVerfGE 32, 373.

²²⁶ BVerfGE 35, 202.

²²⁷ Vid. en este sentido BVerfGE 27,1. Ya citada en la nota pie de página 176.

ámbito las personas se comportan o adoptan una conducta diferente a la adoptada en público. Pues si se hiciera ante la mirada de terceros podría aparejar un sentimiento de vergüenza o perjuicio para el individuo.

La esfera privada se refiere, en definitiva, a aquel espacio donde el particular puede liberarse de la observación indiscreta de terceros y despojarse del autocontrol exigido en la esfera pública²²⁸.

En este sentido la esfera privada está indisolublemente ligada con la dignidad humana y la personalidad. Si dejara de existir, el individuo se vería abocado a una suerte de sobrecarga psicológica y existencial por cuanto estaría obligado en todo momento a ser celoso y atento con sus formas y conductas en sus

²²⁸ BVerfGE 101, 361. Esta es la célebre sentencia dictada en el caso Carolina de Mónaco. El caso se suscitó con ocasión de una publicación en la revista Bunte el 5 de agosto de 1993 y que iba acompañado de una pluralidad de fotografías de la aristócrata. En una de ellas se la veía montando a caballo en una pradera en soledad y un titular que rezaba "Carolina y la melancolía. Su vida es una novela con numerosas desdichas". También en esa misma revista el día 19 de agosto de 1993 se publicarían más fotografías: acompañada de su hija Charlotte, realizando tareas cotidianas como la compra (en esta último con el siguiente titular "la ama de casa" y con comentarios sobre su atuendo) o sus labores cotidianas. Ante lo que se consideró una intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de Carolina de Mónaco, se alzó esta en amparo por vulneración del art. 2 en relación con el art. 1 de la Ley Fundamental. El recurso se articuló en torno al derecho fundamental que se atribuye al individuo para proteger los elementos de la personalidad; y a que la autorización para la publicación de imágenes que comporten la exposición pública de la vida privada o cotidiana debe ponderarse de acuerdo con el derecho a la propia imagen y a la garantía de la esfera privada, ello como manifestaciones del derecho general de la personalidad. El problema no se centró tanto en la representación fotográfica, sino en los límites en torno a la captación de imágenes y su publicación de personas que con innegable interés público no se encuentran desempeñando funciones oficiales sino en el desempeño de actividades privadas o personales.

relaciones con los demás. De no existir ese reducto de paz y tranquilidad, el hombre se vería privado de uno de los mayores bienes: la soledad, que actúa de equilibrio y catalizador en el desarrollo de la personalidad²²⁹.

Respecto de ese ámbito de recogimiento o aislamiento, el BVerfG también ha tenido ocasión de pronunciarse y establecer que dicho ámbito de retiro no puede limitarse estrictamente al del hogar. Con idéntico fundamento que lo expuesto en el párrafo anterior, el desarrollo de la personalidad no se agota en el espacio físico del propio domicilio, sino que comprende allí donde el individuo pueda disfrutar de un eventual retiro como lo es la naturaleza o un lugar separado en el que poder desarrollar sus actividades con la tranquilidad y sosiego del que sabe que no está siendo vigilado²³⁰.

En esta línea del BVerfG encontramos a GOFFMAN²³¹ y WESTIN²³² cuando se refiere a la pluralidad de roles de conducta que adoptamos en función de la situación social en la que nos hallamos, indicando el primero, y el segundo sigue esa línea, que la "interpretación" únicamente la podemos hacer durante un periodo concreto de tiempo, pues de igual forma que en la actuación del actor en el escenario, deviene necesario que exista un espacio entre bastidores en el que poder ensayar,

²²⁹ Ibíd.

²³⁰ Ibíd.

²³¹ GOFFMAN, E.: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York, 1959, pp. 56 y ss.

²³² WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 38.

descansar y reparar la actuación y de la que el público está excluido. Ese espacio en el que relajarse con los más íntimos hasta que la actuación comience. Y, concretamente, dirá WESTIN que "hay momentos fuera del escenario en los que el individuo puede ser uno mismo: tierno, furioso, irritado, libidinoso o soñador. Tales momentos pueden venir en soledad; en la intimidad de la familia o compañeros, o en el discernimiento de hombre a hombre o de mujer a mujer, en el anonimato del parque o de la calle. La privacidad en ese aspecto da a los individuos, desde los trabajadores hasta el Presidente, la oportunidad de despojarse de sus máscaras para descansar. Estar siempre en marcha destruiría el organismo humano"²³³.

Evidentemente no existe una fórmula que de manera general y abstracta permita calificar como idóneo para la esfera privada un determinado lugar, sino que habrá de tomarse en consideración las condiciones del lugar o aquél del que justificadamente pueda sostenerse que el deseo de privacidad del individuo está cumplido²³⁴. De manera que aquellos lugares en los que el sujeto está rodeado de una pluralidad de persona, carecen del requisito esencial para la protección de la esfera privada en el sentido del art. 2 GG.

A este respecto señala el Tribunal Constitucional alemán que si la persona se comporta en un lugar

²³³ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

²³⁴ Sobre este extremo del deseo de privacidad puede verse, por ejemplo, en el ámbito del TEDH las SSTEDH P.G. y J.H. c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001; y Peck c. Reino Unido, 28 de enero de 2003. Esta doctrina es tomada íntegramente por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 12/2012, de 30 de enero (ROJ 2012, 12).

aislado como si fuese observada, de facto está renunciando a la necesidad de protección respecto de esas conductas que en principio no serían de incumbencia para terceros²³⁵.

Por supuesto, según el BVG, tampoco habrá protección de la esfera privada para quien en interés de la comercialización de la propia persona decide hacer público determinados acontecimientos de su vida, como por ejemplo a través de una exclusiva o reportaje²³⁶.

En el célebre caso de Carolina de Mónaco²³⁷, tal y como apuntábamos, se tuvo que ponderar el derecho a la esfera privada y la libertad de prensa (el derecho a determinar libremente la clase, orientación, forma y contenido de una publicación y la decisión última si es menester ilustrar la noticia o reportaje).

El Tribunal sostuvo que el criterio del aislamiento tiene en cuenta tanto el sentido del derecho de la personalidad que asegura a la persona una esfera aun fuera de su propio domicilio, donde sabe que no está siendo observado por el público y donde puede no controlar su comportamiento, pudiendo relajarse y tener un encuentro consigo mismo; como que la libertad de prensa no se ve reducida gravemente por la limitación de la intimidad en cuanto puede seguir informando sobre dicha persona cuando actúa en público, momento este en el que cabría fotografiarla. Y sobre

²³⁵ BVerfGE 101, 361.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ *Ibíd.*

estas premisas el Tribunal consideró que las imágenes obtenidas en el transcurso de la compra en el mercado o en una cafetería no pueden suponer una intromisión ilegítima en la esfera privada por cuanto el mercado es un lugar abierto y visitado por bastante público. En cambio, por lo que respecta a fotografías tomadas en el jardín, ya en instancia se dijo que pertenecían a la esfera privada por presentar todas sus características (especialmente que la fotografía se tomara de lejos evidencia la intención de aislamiento).

De especial interés para el ámbito de la intimidad fue la sentencia dictada el 15 de diciembre de 1983, sobre el censo de población, pues en ella se consagró el llamado "derecho a la autodeterminación informativa".

El caso se suscitó por entender que la Ley sobre Censos de Población, Profesión y Lugares de Trabajo de 25 de marzo de 1982²³⁸, podía ser incompatible con el derecho general de la personalidad protegido en el art. 2, párrafo 1, en relación con el art. 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental²³⁹.

El BVerfG comenzaría elaborando un lúcido análisis de los riesgos tecnológicos en relación con el

²³⁸ La ley interesaba que por cada ciudadano cuestionado se respondieran más de un centenar de preguntas sobre ámbitos tan íntimos y personales de la personalidad como la confesión religiosa, convivencia y relaciones familiares, actividad profesional e ingresos, nivel formativo, uso de la vivienda, etc., y en caso de negativa se sancionaría pecuniariamente.

²³⁹ Puede verse el siguiente comentario en nuestro idioma sobre la sentencia a cargo de HEREDERO HIGUERAS, M.: "La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana relativa a la Ley del Censo de Población de 1983", *Documentación Administrativa*, 1983, núm. 198, pp. 139-159.

procesamiento automático de datos, pues en este contexto en que el proceso de decisión ya no es a través de actas y archivos elaborados manualmente, sino mediante la consulta automática y casi instantánea de información individual sobre las relaciones personales y materiales de una persona determinada o determinable; las posibilidades de inspeccionar y entrometerse en la vida privada de los individuos ha alcanzado unas cotas hasta ahora desconocidas, lo que puede influir en el comportamiento de los individuos dada la presión psicológica que conlleva el verse sometido a escrutinio público.

Precisamente, en este contexto de *Big Data*, es donde entra en juego poderosamente la autodeterminación informativa. Lo que llevó al BVerfG a afirmar que un ordenamiento en que los ciudadanos no pudieran conocer quiénes, cuando y en qué circunstancias saben qué sobre ellos, sería incompatible con un derecho a la autodeterminación.

El libre desarrollo de la personalidad exige la protección del individuo frente a la ilimitada investigación, archivo, uso y transmisión de sus datos personales. No obstante, señalaría el Tribunal, que ningún derecho es absoluto o ilimitado, pues el individuo no goza de un derecho entendido como un dominio absoluto sobre sus datos, dado que la personalidad se desarrolla en un contexto de comunidad social basada en la comunicación, por esta razón el derecho a la intimidad ha de sufrir ciertas restricciones en aras, principalmente, del interés general.

Por lo que vinculó la legitimidad del Estado en la obtención de datos personales en el análisis de la utilidad y posibilidad de procesamiento de los mismos. Es decir, para obligar a una persona a proporcionar datos personales deviene menester que el legislador previamente haya precisado y especificado su finalidad y que información será la pertinente y útil para alcanzar los fines que se persiguen.

Con ocasión del reconocimiento del derecho a la autodeterminación sobre la información personal, se irían sucediendo en Alemania innovaciones legislativas en materia de Protección de datos cuyo objetivo nuclear era la protección del individuo ante la lesión de su personalidad por el trato (*umgang*) de sus datos personales.

c. Italia

En Italia, igual que ocurría en Alemania, el derecho a la intimidad, y aunque admitido actualmente sin vacilaciones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, no encuentra plasmación *per se* en su norma fundamental, y -a diferencia del germano que sería derivado directamente de la dignidad humana-, se reconoció sobre la base del art. 2 de la Constitución en relación con una interpretación analógica del art. 10 del Código civil²⁴⁰ (derecho a la propia imagen) y

²⁴⁰ La legitimidad del recurso hermenéutico a la analogía está expresamente prevista en el art. 12 del Código civil italiano. Por lo que se refiere a la analogía *legis* se buscaba conectar la *riservatezza* con las previsiones legales relativas al derecho a la propia imagen y al nombre, mientras que la *iuris* se pretendía la elevación a principio general como atributo de la personalidad. Sobre la problemática doctrinal en torno al debate analógico puede verse en extenso

extensiva del art. 93 de la Ley No. 633 de 22 de abril de 1941, que al tutelar el *diritti relativi alla corrispondenza epistolare ed al ritratto* proscribía la publicación o reproducción de cartas, memorias u otros escritos de análogo sentido que afecten a la intimidad cuando no medie el consentimiento de su autor, e incluso el de su receptor si se trata de correspondencia epistolar. También se situó el fundamento legal de la «riservatezza» en el art. 8 del Convenio de Roma, que como ya hemos visto, proclamaba el derecho al respeto a la vida privada, personal y familiar.

En cuanto a la jurisprudencia, su reconocimiento definitivo fue el 27 de mayo de 1975²⁴¹, cuando la *Corte di Cassazione* por primera vez en la historia italiana reconoció expresamente el derecho a la riservatezza²⁴².

Los debates más intensos en la doctrina italiana en torno a la intimidad, no proliferaron hasta los inicios de la segunda mitad del siglo XX²⁴³, cuando tras

la obra de CALDIROLA, D.: *Il diritto alla riservatezza*, CEDAM, Padova, 2006., pp. 11 y ss. A juicio de la autora, realmente no se trataba de una analogía legis, sino un razonamiento a *fortiori*, pues si la imagen era una manifestación de lo reservado, con mejor grado debería considerarse la riservatezza.

²⁴¹ Vid. Corte di Cassazione, 22-12-1956, Foro it. 1957, I, pp. 877 y ss.

²⁴² BESSONE, M. y GIACOBBE, G.: *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia: due esperienze a confronto*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 377 y ss. Para un estudio pormenorizado sobre la recepción de la privacy y su articulación en el derecho continental (Francia e Italia) vid. *Ibid.*

²⁴³ Entre los trabajos más relevantes pueden citarse los de CARNELUTTI, F.: "Il diritto alla vita privata: contributo alla teoria della liberta di stampa", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*,

la reforma del código civil, el tema de la confidencialidad cobró mayor interés, y es entonces cuando también adquiere popularidad académica el debate en torno a la recepción de la *privacy* anglosajona dada la ausencia de norma explícita que la contemplara en el ordenamiento jurídico italiano²⁴⁴; y, siguiendo el mismo *iter* que el alemán, su encaje dentro de la teoría general de los derechos de la personalidad²⁴⁵.

En ese tiempo, precisamente, la sentencia del Tribunal de Roma de 14 de septiembre de 1953²⁴⁶, se

1955, p. 5 y ss. GIAMPICCOLO, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civil.*, 1958, núm. 2, pp. 459 y ss. DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità (Vol I. Teoria generale, diritto alla vita e all'integrità fisica, diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere, diritto alla libertà, diritto all'onore e alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1959. Para verse el desarrollo histórico del derecho a la riservatezza hasta la actualidad en Italia puede verse la obra de CALDIROLA, D.: *Il diritto alla riservatezza*, op. cit., pp. 5 y ss.

²⁴⁴ En el párrafo anterior hemos descrito la fórmula propuesta por la doctrina y asumida por la jurisprudencia que faculta la tutela de la intimidad en Italia.

Una de las principales contribuciones a su construcción a partir del andamiaje legislativo existente es la de FRANCESCHELLI, B.: *Il diritto alla riservatezza*, Jovene, Napoli, 1960. Otros autores en una revisión histórica de la cuestión, como la que hace SARTORETTI, C.: *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, sitúan la ausencia de previsión del derecho a la intimidad no en su desconocimiento, sino en la voluntad legisladora.

²⁴⁵ El debate, igual que lo ocurrido en Alemania, pivotaba sobre la configuración monista o no del derecho de la personalidad, y que en esencia radicaba en la configuración de las intromisiones (es decir, si toda intromisión es ilegítima salvo las exceptuadas o toda intromisión es legítima salvo las prohibidas).

²⁴⁶ Vid. Tribunale di Roma 14-9-1953, in *Foro it.*, 1954, I, p. 115 y ss.

pronunciaría sobre el controvertido derecho a la intimidad, con ocasión de la producción de la película *Enrico Caruso: leggenda di una voce*, dirigida por Giacomo Gentilomo y emitida en 1951. La familia del tenor entendió que el contenido del filme suponía una intromisión en la esfera privada, además de la conculcación de otros derechos como el de propia imagen o el nombre, pues emitía pasajes relativos a la vida privada personal y familiar de Caruso y sus allegados.

El tribunal reconoció la existencia del derecho a la intimidad entendido como prohibición de toda injerencia en el ámbito privado de la persona y la prohibición de indiscreciones por parte de terceros sobre hechos o conductas personales que su conocimiento por el público en general no interesa²⁴⁷. No obstante, a juicio del tribunal romano, el elemento capital del debate jurídico debía ser si tal derecho -el de la intimidad- y su configuración positiva en el ordenamiento jurídico lo facultaban para tutelarlos. Constatada la inexistencia de amparo legal para la *riservatezza*, el tribunal hubo de reconducir la solución desde los parámetros del derecho a la imagen y de autor.

La resolución, igual que ocurrió con el caso *Roberson* en Estados Unidos, fue objeto tanto de críticas como alabanzas por parte de la doctrina que se polarizó en torno a los seguidores de la tesis

²⁴⁷ El mecanismo jurídico que siguió el tribunal fue el art. 10 del Código civil y los artículos 96 y 97 de la Ley de Derecho de Autor.

negacionista de PUGLIESE²⁴⁸ -que en esencia fue que seguiría la Corte de Casación dos años después- y la de DE CUPIS²⁴⁹, defensor de la existencia de un genuino derecho a la riservatezza.

La Corte de Casación, sin embargo, en su Sentencia núm. 487 de 22 de diciembre de 1956²⁵⁰ no aceptó la solución de instancia y negó la existencia en el ordenamiento italiano de un derecho a la *riservatezza*, señalando que la analogía utilizada por el Tribunal de Roma resultaba excesiva dado que la norma originaria era específica y concreta, amen que la regulación legal italiana únicamente tutelaba manifestaciones concretas de los derechos subjetivos de la persona, entre los que no estaba la difusión de hechos privados cuando estos hubieran sido conocidos de forma lícita o no constituyeran unos que por su contenido exigieran secreto.

Los comentarios a la sentencia no se hicieron esperar y tanto DE CUPIS²⁵¹ como CARNELUTTI²⁵², le

²⁴⁸ PUGLIESE, G.: "Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche", *Foro it.*, 1954, I, pp. 115 y ss. Más tarde, el mismo en "Il diritto alla riservatezza nel quadro dei diritti della personalità", *Revista di Diritto Civile*, 1963, pp. 605 y ss., afirma que el legislador necesariamente tendría que acometer una reforma de la protección de la privacy en el ordenamiento jurídico italiano.

²⁴⁹ DE CUPIS, A.: "Il diritto alla riservatezza esiste", *Foro it.*, 1954, IV, pp. 89 y ss.

²⁵⁰ Vid. Corte di Cassazione, 22-12-1956, *Foro it.* 1957, I, pp. 877 y ss.

²⁵¹ DE CUPIS, A.: "Sconfitta in Cassazione, del diritto alla riservatezza", *Foro it.*, 1957, I, pp. 232 y ss.

²⁵² CARNELUTTI F.: "A propósito della libertà di pensiero", *Foro it.*, 1957, IV, pp. 143 y ss.

dedicaron duras críticas, destacando el primero de ellos que pese a la visión negacionista de la *riservatezza* por parte del Tribunal, su inexistencia no había sido acreditada, siendo que su existencia es palmaria en el ordenamiento jurídico.

Durante la década de los años cincuenta y principios de la siguiente, la jurisprudencia de la Corte di Cassazione fue reacia a cualquier pronunciamiento favorable en torno al reconocimiento de la *riservatezza*²⁵³.

El argumento esencial de la Corte sobre las que edificaba sus resoluciones era que una interpretación amplia del precepto constitucional del art. 2 de la Constitución supondría una *sctaoia vuota* ineficaz para la tutela de lo que pretendidamente ser un derecho subjetivo²⁵⁴.

El siguiente punto relevante en el desarrollo jurisprudencial de la *riservatezza* lo constituiría el célebre caso de Clara Petacci, la amante del dictador italiano, Benito Mussolini. La familia de ella ante las publicaciones en el semanal *Tempo* sobre su relación con el Duce, especialmente a propósito de las intimidades familiares y la última noche de la pareja, entendió que el derecho a su vida privada había sido lesionado, por

²⁵³ A diferencia de los tribunales provinciales que, con el de Roma a la cabeza, habían intuido, sino admitido, la existencia del derecho a la esfera privada.

²⁵⁴ A este respecto puede verse BIANCA, C.M.: "Note introduttive", en BIANCA, C.M., y BUSNELLI, F.D.: *La protezione dei dati personali: Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, CEDAM, Padova, 2007, pp. XIX-XXXIV.

lo que interpusieron demanda para recabar tutela judicial por lesión, entre otros, de su riservatezza.

El Tribunal de Milán en su Sentencia de 26 de agosto de 1960²⁵⁵, reconoció el derecho a la riservatezza conjuntamente con otros derechos de la personalidad, entendiendo que este debe ser respetado autónomamente y limitado sólo por razones de interés general u orden público.

La Corte di Cassazione, sin embargo, en su sentencia de 20 de abril de 1963, rechazó la tesis del tribunal de instancia, y negó la existencia del derecho a la riservatezza por falta de norma positiva que lo avalara. Ahora bien, la importancia del fallo de la Corte, a diferencia de lo ocurrido en el caso Caruso, es que abría la puerta a un posible reconocimiento de la riservatezza en la medida que reconocía que la divulgación de información concerniente a la esfera privada suponía de suyo una afectación art. 2 de la Constitución italiana de 1947.

Tal y como avanzábamos más arriba, sin duda el hito en la construcción jurisprudencial del derecho a la riservatezza en Italia lo constituyó la Sentencia de la Corte de Casación de 27 de mayo de 1975²⁵⁶, dictada a propósito de unas fotografías captadas mediante teleobjetivo y publicadas en diferentes medios de comunicación en las que la exemperatriz Soraya Esfandiary, exmujer del sah iraní Mohammad Reza

²⁵⁵ Vid. Corte di Appello di Milano, 26-8-1960, in Foro it., 1961, I, pp. 47 y ss.

²⁵⁶ Vid. Corte di Cassazione, 27-5-1975 n.4487, Foro it. 1976, I, pp. 2895 y ss.

Pahleví, y Franco Indovina, director de cine italiano, aparecían en un ambiente distendido y de afectividad en el interior del domicilio.

La corte tuvo que entrar de una vez por todas a dar respuesta al sentir mayoritario de la sociedad italiana que veía como la proliferación de los medios de comunicación y el desarrollo tecnológico minaba paulatinamente su reducto personal de intimidad²⁵⁷. Y reconoció explícitamente el derecho a la riservatezza con fundamento en los arts. 2 y 3 de la Constitución, art. 8 statuto y el art. 8 de la Convención Europea de Derecho Humanos, al afirmar que *"il nostro ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza, che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti."*

Desde el punto de vista del derecho positivo, fue especialmente significativa la modificación del Código penal y su ley de ritos, operada por la Ley de 8 de abril de 1974, que introdujo la tutela penal de manifestaciones de la vida privada. Concretamente, a la vista del desarrollo y expansión tecnológica y los riesgos que comportaba, el nuevo artículo 615 bis sancionaría tanto la obtención de información o

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 2901.

imágenes a través del uso de dispositivos tecnológicos en el hogar o lugares cerrados al público general, como su difusión o revelación in consentida²⁵⁸. Asimismo el art. 617 pasó a prohibir la intervención fraudulenta de las comunicaciones telefónicas o epistolares en las que el sujeto activo no fuera receptor; y su difusión no tolerada. Por su parte, el 617 bis en correspondencia con la tónica legislativa, criminalizó la instalación de aparatos, instrumentos o dispositivos dirigidos a la interceptación o interrupción de la comunicación telegráfica o telefónica, siempre y cuando no mediara autorización judicial en observancia de los requisitos previstos en los arts. 226 ter y quarter.

Por supuesto, existían otros preceptos de ámbitos muy diversos ajenos al penal que tutelaban manifestaciones de la *privacy*, como, por ejemplo, el art. 8 del Statuto dei Laboratori, que proscribía al empresario indagar acerca de la ideología política, religiosa o sindical del trabajador. O el art. 19 de la Ley de 27 de mayo de 1929, que prohibía a los empleados de la administración pública la difusión de la información obtenida con ocasión de estadísticas, encuestas o censos. Sin embargo, tal y como decíamos,

²⁵⁸ El actual art. 615-bis: "Interferenze illecite nella vita privata. Chiunque mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo. I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato".

no es sino hasta la sentencia del caso Soraya cuando se reconoció por la jurisprudencia un derecho expreso y autónomo a la intimidad.

Por lo que se refiere al reconocimiento jurídico positivo de la *privacy* como derecho independiente lo encontramos con la promulgación del *Codice in materia di protezione dei dati personali* de 30 de junio de 2003²⁵⁹, elevando la protección de los datos personales a la categoría de principio general según lo previsto en el art. 1 que disponía que "*chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano*". Y que a juicio de SANTANIELLO supuso la mutación de la tradicional visión de la intimidad propia del siglo XX de corte eminentemente negativo (interdicción de las intromisiones) hacia una más positiva caracterizada por su participación y control en su proyección social²⁶⁰.

BIANCA, por su parte, situaría su trascendencia en torno al sentido y significación de la propia *riservatezza*, que transitó de ser entendida como no divulgación, a la efectiva materialización del derecho a la vida privada o *privacy* anglosajona. Por ello el autor en la introducción al *Codice della privacy*, identifica la *riservatezza* con la vida privada, siendo la protección de los datos personales una manifestación

²⁵⁹ Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 "Codice in materia di protezione dei dati personali" pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123.

²⁶⁰ Vid. publicación de la Conferenza presso l'Istituto Italiano di Cultura di Lisbona - 23 settembre 2004, de SANTANIELLO, G.: *I fattori evolutivi della codificazione concernente la protezione dei dati personali*, Interlex, 2004, en línea.

concreta más de esta última.²⁶¹ Otros autores sin embargo, situaron la riservatezza como manifestación de la libertad negativa, mientras que la protección de datos sería un derecho autónomo significado por la facultad de control de los flujos de información en los que el sujeto se ve inmerso²⁶².

²⁶¹ BIANCA, C.M.: "Note introduttive, op. cit., pp. XX y ss.

²⁶² Vid., por todos, MELCHIONNA, S.: "Principi generali", en ACCIAI R. (a cura di) *Il diritto alla protezione dei dati personali (La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice)*, Maggioli Editore, Rimini, pp. 29-66.

CAPÍTULO IV
DE LA DELIMITACIÓN PREJURÍDICA A LA JURÍDICA

1. STATUS QUAESTIONIS: SOBRE EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

A lo largo del presente estudio, en no en pocas ocasiones, hemos utilizado las palabras "intimidad" o "privacidad", y la expresión "vida privada".

De hecho, cuando nos referíamos a juristas franceses, estos usaban generalmente la expresión "*droit à la vie privée*" (derecho a la vida privada), aunque los había que preferían hablar de "*droit à la intimité*" (derecho a la intimidad). Los italianos tanto "*diritto alla vita privata*" (derecho a la vida privada) como "*diritto alla riservatezza*" (derecho a la reserva). Los alemanes, entre otras expresiones, "*privatssphäre*" (esfera privada), "*intimsphäre*" (esfera íntima), "*geheimsphäre*" (esfera secreta). Los norteamericanos simplemente *privacy* (privacidad)²⁶³.

Vamos a exponer algunas de las principales definiciones obrantes en la literatura jurídica sobre el *right to privacy* con independencia del ámbito geográfico en el que se ubica el autor, desde las que afrontar su significado²⁶⁴.

²⁶³ Como hemos visto, esta esquizofrenia lingüística no es exclusiva del español, en inglés "*privacy*" e "*intimacy*", "*Privat leben*" e "*intimität*" en alemán, "*intimité*" y "*vie privée*" en francés, o en italiano "*intimità*" y "*riservatezza*".

²⁶⁴ Algunas de las definiciones a las que nos referiremos ya han sido recogidas en un momento anterior a este punto, sin embargo, por sistemática y simplicidad

COOLEY (1873): el derecho a ser dejado solo.²⁶⁵

WINFIELD (1931): la violación de la privacidad consiste en la injerencia no autorizada en el retiro de otra persona que se mantiene a sí misma, a su familia o propiedad ajena al público²⁶⁶.

NIZER (1946): El *right to privacy* es en esencia un derecho antisocial. Es el derecho del individuo a una vida retirada y anónima.²⁶⁷

DE CUPIS (1950): el derecho consistente en la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa, de ser cuanto concierne a la persona individual²⁶⁸.

CARNELUTTI (1955): el derecho a que nadie pueda dar a los actos de la esfera privada un destino distinto del querido ni sacarlos fuera, sin consentimiento²⁶⁹.

expositiva, serán repetidas. La fecha hace alusión a la edición de la publicación consultada.

²⁶⁵ Vid. nota pie de página 121.

²⁶⁶ WINFIELD, P.: "Privacy", *Law quarterly review*, 1931, vol. 47, p. 23-24.

²⁶⁷ NIZER, L.: "The Right of Privacy: A Half Century's Developments", *Michigan Law Review*, 1941, vol. 39, núm. 4, p. 528.

²⁶⁸ DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 15.

²⁶⁹ CARNELUTTI, F.: "Diritto alla vita privata -contributo alla teoria della libertà di stampa", *Revista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1955, p. 3 y ss.

SWINDLER (1955): el derecho a vivir la propia vida en soledad sin estar sometido a una publicidad que no se haya provocado ni deseado. En resumen, es el derecho a ser dejado solo²⁷⁰.

LUCIEN MARTIN (1959): la vida familiar, personal del hombre, su vida interior, espiritual, la que conduce detrás de su puerta cerrada²⁷¹.

NERSON (1959): consiste en tener un sector personal reservado, a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, lo que constituye lo esencial de la personalidad²⁷².

CARBONIER (1965): el derecho del individuo de tener una esfera secreta en la que tenga el poder legal de evitar o alejar a los demás²⁷³.

MORSILLO (1966): el ámbito más celoso y recogido de la vida íntima, esas situaciones que por no tener relación con la vida pública, reflejan e interesan estrictamente a la vida privada y familiar de la persona²⁷⁴.

²⁷⁰ SWINDLER, W.F.: *Problems of Law in Journalism*, Macmillan, Wisconsin-Madison, 1955, p. 254.

²⁷¹ MARTIN, L.: "Le secret de la vie privée", *RTDciv: Revue Trimestrielle de droit civil*, 1959, p. 230.

²⁷² NERSON, R.: "La protection de l' intimité", *Journal (belge) des tribunaux*, 1959, p. 713.

²⁷³ CARBONNIER, J.: *Droit civil (tomo I)*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 239.

²⁷⁴ MORSILLO, G.: *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 104.

BRICOLA (1967): el derecho a no ver difundidos por otros, noticias o datos inherentes a la vida privada y familiar²⁷⁵.

WESTIN (1967): la facultad de los individuos para determinar cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros información sobre ellos²⁷⁶.

IGLESIAS CUBRÍA (1970): "lo reservado a cada persona, o que lícitamente se puede sustraer al conocimiento de otros"²⁷⁷.

RESCIGNO (1970): "la pretensión del individuo de ver impedida la curiosidad de otros, prohibiéndose la indiscreción y la publicidad no querida, el conocimiento y la divulgación de las vicisitudes personales y familiares"²⁷⁸.

BATLLE SALES (1972): "el derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella"²⁷⁹.

²⁷⁵ BRICOLA, F.: "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", *Revista trimestrale di diritto e procedura penale*, 1967, p. 1129.

²⁷⁶ WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit.

²⁷⁷ IGLESIAS CUBRÍA, I.: *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, p. 31.

²⁷⁸ La cita se toma de NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979, p. 32.

²⁷⁹ BATLLE SALES, G.: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Valencia, 1972. p. 13.

TRUYOL/VILANUEVA (1973) "el derecho a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal"²⁸⁰.

ALBADALEJO (1977): "consiste el derecho a la intimidad personal el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado (...). A cada uno se concede poder para inmiscuirse solamente en lo suyo, pero no en lo de los demás; que es, ni más ni menos, en lo que consiste el derecho a la intimidad"²⁸¹.

BAJO FERNÁNDEZ (1980): "se llame esfera íntima o esfera privada, es ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad".²⁸².

GARCÍA VITORIA (1983): "facultad, tutelada por el ordenamiento jurídico, que el ser humano posee de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su vida o de su personalidad fuera del alcance de las relaciones sociales"²⁸³.

²⁸⁰ TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Información Jurídica*, núm. 318, 1973, pp. 105-106.

²⁸¹ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil I: introducción y parte general* (Tomo I, Vol II), Bosch, Barcelona, 1977, p. 59-60.

²⁸² BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", *Anuario de Derecho Penal*, 1980, p. 606.

²⁸³ GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la constitución de 1978*, Aranzadi,

CASTÁN TOBEÑAS (1984) "lo reservado a cada persona, que no es lícito a los demás invadir, ni siquiera con una toma de conocimiento"²⁸⁴.

SERRANO ALBERCA (1985): "derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento"²⁸⁵.

PFEFFER URQUIAGA (1986): "el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida"²⁸⁶.

ROMEO CASABONA (1988): "aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular sobre los que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiéndose por

Pamplona, 1983, p. 25. La autora si que distingue entre derecho a la intimidad y derecho a la reserva. El primero ya lo hemos expuesto. El segundo entiende la autora que es "*la capacidad, reconocida por el Derecho, que cada persona tiene de mantener en reserva ciertos datos o elementos de su esfera íntima o privada, sustrayéndolos al conocimiento ajeno para evitar su difusión; o de exigir esa misma reserva a terceros cuando dichos elementos hubieran llegado a saberlos sin la voluntad del individuos, o cuando lo obtuvieran sólo para el conocimiento, pero no para su posterior revelación*".

²⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral* (T. 1, Vol. 2), Reus S.A., Madrid, 1984, p. 362.

²⁸⁵ SERRANO ALBERCA, J.M.: "Comentario al artículo 18.1 de la Constitución Española", AA.VV.: *Comentarios a la Constitución* (dir. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 1985, p. 353.

²⁸⁶ PFEFFER URQUIAGA, E.: *Manual de Derecho Constitucional* (vol. I), Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1986, p. 386.

tales, tanto los particulares como los poderes públicos"²⁸⁷.

SÁNCHEZ AGESTA (1989): "esfera inderogable de libertad personal en que se desenvuelve la racionalidad y la vida privada de los individuos" ²⁸⁸.

GARCÍA SAN MIGUEL (1992): "el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos"²⁸⁹.

HERRERO-TEJEDOR (1998): "el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación"²⁹⁰.

REBOLLO DELGADO (2000): "la protección de la autorrealización del individuo. Es el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como a controlar

²⁸⁷ ROMEO CASABONA, C.M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función de tutelar el derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1988, p. 25 y ss. Del mismo autor también puede verse: ROMEO CASABONA, C.M.: "Tendencias actuales sobre las formas de protección ante las nuevas tecnologías", *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, p. 163.

²⁸⁸ SÁNCHEZ AGESTA, L: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1989, p. 125.

²⁸⁹ GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 18.

²⁹⁰ HERRERO-TEJEDOR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998, p. 25.

el conocimiento que terceros tienen de él. La intimidad es el elemento de desconexión social”²⁹¹.

DIEZ-PICAZO/GULLÓN (2005): “derecho a crear y mantener una esfera secreta y reservada, que debe ser protegida contra las intromisiones ajenas. Se ha descrito gráficamente como el derecho a colocar la esfera reservada de la persona lejos de los ojos y los oídos indiscretos y, al mismo tiempo, el derecho a impedir la divulgación, los hechos o vicisitudes que pertenezcan a ella”²⁹².

DE VERDA (2013): “la intimidad es un espacio de privacidad que la persona tiene derecho a preservar del conocimiento de los demás, por referirse a aspectos que sólo a ella atañen y entroncan con su propia dignidad (p.ej., sus convicciones religiosas, sus relaciones afectivas no exteriorizadas socialmente o la información genética)”²⁹³.

2. APROXIMACIÓN ONTOLÓGICA

Las preguntas son inmediatas y evidentes ¿Se refieren intimidad, privacidad y vida privada a una misma realidad?

²⁹¹ REBOLLO DELGADO, L.: El derecho fundamental a la intimidad, op. cit., p. 94.

²⁹² DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil* (Vol. 1), Tecnos, Madrid, 2005, pp. 344-345.

²⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 72.

Resulta común entre juristas -especialmente en el foro- hacer referencia a la expresión "vida privada" como sinónima de intimidad²⁹⁴, sin embargo, el problema en torno al uso del lenguaje no es algo nuevo, pues la mayoría de las discusiones que surgen en filosofía, y por extensión predicable al derecho, tienen como elemento central los significados²⁹⁵.

Toda definición, como señala MILLÁN PUELLES "puede verificarse de una doble manera: como definición nominal o como definición real, según se atienda, respectivamente, a la palabra o nombre con que designamos una cosa, o a la propia y formal constitución, cuya esencia se busca, de la cosa nombrada. La definición nominal ofrece, pues, la significación de una palabra; en tanto que la definición real es expresiva de la esencia de una cosa (...) [a su vez] toda definición nominal es susceptible de dos modalidades: la etimológica y la sinonímica,

²⁹⁴ GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Barañáin-Pamplona, 1990, p. 15. El autor refiere las excepciones en la literatura jurídica de quienes con recto criterio diferencian entre los diferentes términos. Por ejemplo DESANTES GUANTER, J.M.: "Intimidad e información, derechos excluyentes", *Nuestro tiempo*, 1972, núm. 213°, pp. 15-31; URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, Pamplona, 1977. Respecto de este último la distinción es únicamente en el plano teórico, considera que jurídicamente esta distinción es inoperante.

²⁹⁵ WITTGENSTEIN, L.: *Philosophische Untersuchungen* (traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines), Altaya, Barcelona, 1999, p. 11, punto 11: "Piensa en las herramientas de una caja de herramientas: hay un martillo, unas tenazas, una sierra, un destornillador, una regla, un tarro de cola, cola, clavos y tornillos.- Tan diversas como las funciones de estos objetos son las funciones de las palabras. (Y hay semejanzas aquí y allí). Ciertamente, lo que nos desconcierta es la uniformidad de sus apariencias cuando las palabras nos son dichas o las encontramos escritas o impresas. Pero su empleo no se nos presenta tan claramente. En particular cuando filosofamos".

según el método de que nos valgamos para manifestar la significación del término sea el recurso a su origen, o la aclaración por otras voces más conocidas y de pareja significación”²⁹⁶.

En el ámbito de nuestro trabajo, el uso indistinto en español de las diferentes expresiones aludidas encuentra su explicación en el mismo origen de la expresión *right to privacy*.

Intuitivamente parece razonable traducir “*privacy*” como “privacidad”, siquiera sea por su parecido fonético y nominal. Sin embargo, la realidad es que los anglosajones prefirieron el uso de *privacy* para referirse a la intimidad, pues *intimity* e *intimicy* “tienen un valor eufemístico para designar las relaciones sexuales ilícitas, por lo que se usan menos y su campo semántico original es ocupado por el de la palabra *privacy*”²⁹⁷.

La genealogía de intimidad encuentra origen en el vocablo *intimitas* y este a su vez de *intimus* que es la forma superlativa de *intus* (*dentro*). Lo íntimo es lo que está más dentro de uno²⁹⁸. La intimidad configura y conforma nuestro yo²⁹⁹, de ahí que sea personalísima.

²⁹⁶ MILLÁN PUELLES, A.: *Fundamentos de Filosofía*, Rialp, Madrid, 2009, p. 14.

²⁹⁷ GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, op. cit., p. 16.

²⁹⁸ DESANTES GUANTER, J.M.: “Intimidad e información, derechos excluyentes”, *Nuestro tiempo*, 1972, núm. 213º, p. 18.

²⁹⁹ En este sentido CHOZA ARMENTA, J.: *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, EUNSA, Pamplona, 1990, p. 27: “no hay que pensar, sin embargo, que

CHOZA diría que "la intimidad engloba también el conjunto de emociones, sentimientos y estados de ánimo que constituyen la vida afectiva de un sujeto. Es común la experiencia del «no sé lo que me pasa» en relación con estados afectivos, y la consiguiente incomodidad. El «no sé lo que me pasa» indica que no se posee objetivamente la propia intimidad. La posibilidad de expresión verbal del estado de ánimo, y, por consiguiente, la posibilidad de comunicación o de entrega de lo que se posee"³⁰⁰. Y YEPES que "la intimidad es la profundidad misma: descender hacia dentro de mí"³⁰¹.

No extraña entonces que la RAE defina intimidad en su acepción segunda como "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia"³⁰²; e íntimo en su acepción primera como "lo más interior o interno"³⁰³.

La intimidad comporta la capacidad de poder estar con el propio yo sin injerencias ni tribulaciones

el lenguaje acoge sin residuos la propia intimidad. El lenguaje es un medio que reviste carácter de universalidad -y de comunicabilidad, por consiguiente-, y por ello lo absolutamente singular e irrepetible, el yo, que constituye la raíz primera de la intimidad, no es traducible a lenguaje: se desfiguraría en el intento; se escapa a la expresión verbal (individuum est inefabile). El yo, el núcleo más radical de la persona, lo que constituye la intimidad en su sentido más pleno y fuerte (puesto que lo más cercano a mí y lo más mío soy yo mismo)".

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 26.

³⁰¹ YEPES, R.: "Persona: intimidad, don y libertad nativa. Hacia una antropología de los trascendentes personales", *Anuario Filosófico*, 1996, núm. 29, p. 1080.

³⁰² Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

³⁰³ *Ibíd.*

exteriores. De manera que la intimidad requiere de soledad, no sólo material, sino también psíquica. Tener intimidad con uno mismo es comprenderse, valorarse, saber sustraerse del mundo que nos rodea sin ansiedad³⁰⁴.

Desde el punto de vista de la definición nominal sinonímica conviene analizar nociones comúnmente afines como "vida privada", o relacionadas tales como "secreto" y "confidencial".

Por sencillez, partimos del adjetivo "privado"³⁰⁵. La RAE lo define como aquello "que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna"; "particular y personal de cada individuo"; o "que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares"³⁰⁶.

La primera acepción nos pone en la pista del sentido y alcance que el Tribunal Constitucional da al derecho a la intimidad en su STC 197/1991, de 17 de octubre, cuando considera que este derecho no se limita única y exclusivamente a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda estrecha vinculación, y por esa relación o vínculo inciden en la propia esfera de la personalidad.

³⁰⁴ MARTI, M.A: "Antropología de la intimidad: una utopía viable", Aula Abierta, 1983, núm. 39, p. 116.

³⁰⁵ Las únicas dos acepciones que dotan al vocablo "privado" el carácter de sustantivo son la quinta y la sexta, respectivamente, "hombre que tiene privanza" y "retrete". Las acepciones pueden verse en Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

³⁰⁶ *Ibíd.*

La intimidad ocurre para y con ocasión de nuestros íntimos. Pero a su vez la tercera acepción de privado hacer sugerirnos si en cuanto adjetivo es posible hablar de una intimidad privada o intimidad pública. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues, hablar de "intimidad privada", *mutatis mutandis*, sería como en el plano ontológico aludir a la existencia de una verdad verdadera. De igual forma que la verdad es o no es, con la intimidad ocurre de igual manera. Resulta claro que hablar de una intimidad que es accesible a todos es una *contradictio in terminis*, pues "la intimidad es siempre particular o personal, lo cual no excluye que pueda ser compartida, por ejemplo, por los íntimo"³⁰⁷. Desde un punto de vista filosófico, todo lo íntimo es privado, pero lo privado (vida privada) no agota su contenido en lo íntimo.

Conviene ahora escindir y depurar la relación entre intimidad y secreto, especialmente por la tendencia legislativa a expandir *urbi et orbi* la figura del confidente, en origen reservada a quienes por causa de su profesión conocían de un secreto³⁰⁸ o confidencia. De hecho, con anterioridad a la existencia de un genérico derecho a la intimidad, no pocos derechos u obligaciones se han edificado en torno a la idea de secreto. Los ejemplos son muchos: secreto de las comunicaciones, secreto médico, secreto de confesión, secreto bancario, secreto de estado, etc.

³⁰⁷ GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Barañáin-Pamplona, 1990, p. 23.

³⁰⁸ Coincide esta idea con la acepción tercera de la Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.: "conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio".

Secreto procede del latín *secrētus*, y a su vez de *sēcernere* (apartar).

Secreto es "cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta"; "reserva, sigilo", "conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio"³⁰⁹. Su antónimo, en todas sus acepciones, sería: público.

Lo secreto, a su vez, puede ser absoluto o relativo, es decir, si no es conocido por nadie o lo es por alguien.

Lo absolutamente secreto, por desconocido para cualquiera, es irrelevante para el derecho pues queda en el propio yo.

La problemática, por tanto, se da en aquello que conocen unos e ignoran otros y que en ocasiones desemboca en un conflicto entre quienes deben guardar sigilo y quienes desean conocer. También cuando el secreto, aún no conocido por nadie, se ha exteriorizado fuera del ser (por ejemplo, en una carta).

La intimidad responde a lo secreto, pero no todo lo secreto obedece a lo íntimo. Dicho de otro modo, todo lo íntimo es secreto (*lato sensu*), pero no todo lo secreto es íntimo (*stricto sensu*). Piénsese en el artículo 417 CP. La acción delictiva consiste en la autoridad o funcionario público que revela secreto o informaciones de los que tenga conocimiento por razón

³⁰⁹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. Se ve claro que no todo lo que pueda ser considerado como secreto de Estado ha de comprometer la intimidad rectamente entendida³¹⁰.

Consideradas las nociones de privado y secreto, necesariamente corresponde ahora afrontar la de confidencial. El adjetivo se refiere a aquello "que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho"³¹¹, pero sin duda en el sustantivo (confidencia) es donde encontramos respuesta. Confidencia³¹² es una "revelación secreta, noticia reservada" y "confianza estrecha e íntima". Vemos, por tanto, que irradia sentido hacia dos planos; el espiritual y el material. El primero de ellos denota comunicación (charla fraterna) y el segundo connota el carácter de incomunicable. Me refiero, entonces, que lo íntimo es confidencial, pero lo confidencial no siempre es íntimo, pues un documento confidencial no necesariamente ha de incardinarse en el plano del bien jurídico intimidad.

Por tanto, conceptualmente en la esencia de intimidad laten los adjetivos privado, secreto y confidencial, sin que estos puedan significar por sí lo que su sustantivo ni tampoco sean una subcategoría.

³¹⁰ SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al artículo 18", en AAVV.: *Comentarios a las Leyes políticas. La Constitución de 1978* (dir. ALZAGA VILLAMARIN, O.) Tomo II, EDERESA, Madrid, 1984, p. 461: "lo íntimo no debe confundirse con lo secreto o con el deber de guardar secreto. Puede realizarse una lesión a la intimidad, sin quebrantar un secreto jurídicamente protegido y también a la inversa"

³¹¹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

³¹² *Ibíd.*

3. APROXIMACIÓN JURÍDICO-POSITIVA DESDE EL DERECHO ESPAÑOL

La complejidad de definir jurídicamente el derecho a la intimidad alcanza tales cotas que uno de los autores del proyecto de ley británica de protección de la intimidad relata que esta fracasó porque fueron incapaces "de establecer una distinción precisa entre lo que el público tiene derecho a saber y lo que un hombre tiene derecho a conservar sí mismo"³¹³

Una primera aproximación al intento jerarquizar la intimidad y la privacidad surge a propósito del artículo 18 y el 55 de la CE³¹⁴.

El artículo 55 dispone que "1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción." Se prevé así la suspensión de los derechos a la libertad y seguridad (art. 17 CE), a la

³¹³ Esta referencia se extrae de URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., p. 13.

³¹⁴ Sobre esta idea puede verse a Vidal Martínez, J.: "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", *Revista General de Derecho*, 1980, núm. 433-434, 1162-1189, p. 1175: "el derecho a la intimidad no puede en rigor ser suspendido y por ello preferíamos hablar de limitaciones o restricciones en su ámbito y no propiamente de excepciones, si cabrá por el contrario suspender esas libertades públicas (inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones)".

inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), de residencia y libertad ambulatoria (art. 19 CE), de libertad de expresión (art. 20.a y d CE), al secuestro de información solo por orden judicial (art. 20.5 CE), de reunión (art. 20 CE), de huelga (art. 28.2 CE) y negociación colectiva (art. 37.2 CE). Sin embargo, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no pueden suspenderse, y ello no es baladí o caprichoso, pues remarca su posición preferente o privilegiada.

Pudiera *prima facie* pensarse que se plantea una contradicción al permitirse por un lado la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones y por el otro que no pueda hacerse lo propio con el derecho a la intimidad. Sin embargo, no hay tal contradicción. Hemos visto que tanto la inviolabilidad del domicilio como el secreto de las comunicaciones pueden afectar al ámbito de lo íntimo - *stricto sensu*-, pero no supone en modo alguno que ciertas manifestaciones o fenómenos de tales libertades sean ajenas a esa formulación restringida de intimidad. Menos aún que no puedan ser incardinadas en una configuración de la intimidad *lato sensu*.

Con hábil criterio podría objetarse a lo que acabamos de decir que uno puede plasmar por escrito recodos de su intimidad para ser enviados por carta a un ser querido y que de interceptarse y leerse el contenido se estaría vulnerando su intimidad. La respuesta a esta objeción la da GONZÁLEZ GAITIANO: "quien objetiva su intimidad en una carta, por ejemplo, pierde cierta capacidad de dominio sobre ella pues ha

de someterse a los condicionamientos legales justos que sobre las comunicaciones postales se establecen, y cuenta con ello, pues si fueran injustos o los sintiera como tales eludiría este medio de comunicación de la propia intimidad. Precisamente la confianza en los resortes legales que garantizan la inviolabilidad de la correspondencia es en lo que descansa su decisión de manifestar la intimidad de ese modo. Pero no sólo se pierde esa cierta capacidad de dominio en cuanto que se acepta ese riesgo de otras limitaciones derivadas de objetivar la intimidad en una comunicación escrita, como el de no saber expresarla adecuadamente o, acertando, asumir el riesgo de que el destinatario no capte exactamente lo que se quiere manifestar"³¹⁵. Y ello, *mutatis mutandis*, es lo que ocurre cuando de forma voluntaria se entrega a un tercero imágenes o grabaciones audiovisuales que afectan a la propia intimidad. Lo íntimo puede compartirse, pero tal conducta, obviamente, difumina la capacidad de aislar la información, pues ya depende del uso por el tercero.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tampoco nos aporta elemento alguno que permita conceptualizar el derecho a la intimidad. De entrada ya resulta sorprendente la terminología utilizada en el artículo séptimo, pues una vez se habla de "vida íntima" (art. 7.1 y 7.2)³¹⁶ y otras de "vida privada" (art. 7.3 y

³¹⁵ GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, op. cit., p. 110.

³¹⁶ Artículo séptimo. "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

7.5)³¹⁷. Y la palabra "intimidad", a pesar de ser usada quince veces a lo largo de la norma, en ninguna ocasión se usa más allá de la formulación genérica de "los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" o referencia "al ámbito de la intimidad".

La pregunta al tenor de la ley resulta evidente ¿son sinónimas las expresiones "vida íntima" y "vida privada"? La respuesta a este interrogante la da SEMPERE RODRÍGUEZ al entender que la vida privada no resulta protegida sino en aquellas ocasiones en las que se lesionan otros deberes, como el de guardar secreto, u otros derechos, como son el de reputación y buen nombre, lo que no ocurre con la vida íntima que queda protegida sin más por el mero hecho de tener tal carácter³¹⁸.

Uno. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*

Dos. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción".* El subrayado es nuestro.

³¹⁷ Artículo séptimo. (...) Tres. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.* (...)

Cinco. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos".* El subrayado es nuestro.

³¹⁸ SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al artículo 18", op. cit., p. 461.

El carácter menos profundo y omnicomprensivo de la vida privada en contraposición al de la intimidad puede verse con mayor nitidez en el apartado cinco del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, cuando se refiere a la tutela de la imagen. Y en la medida que la imagen es la exteriorización del ser, "resulta evidente que la protección de la imagen hace referencia a la vida privada y no a la intimidad, ya que difícilmente puede decirse que la imagen forma parte de la intimidad, cuando es precisamente lo que nos identifica ante los demás y sobre lo que, en sentido absoluto, menos disponemos: no podemos hurtar nuestro rostro a la mirada ajena a no ser que nos aislemos absolutamente"³¹⁹, pero lo que si resulta posible es elegir cruzar la línea que nos aleja de lo privado y nos adentra en lo público.

Cuando en la Ley Orgánica se refiere en su título a "intimidad", realmente debiera decir "vida privada", pues de su contenido se desprende que se está tutelando la "intimidad en sentido amplio"³²⁰. De lo contrario la afirmación del preámbulo "*los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas legítimas*" pudiera comportar acciones de contenido imposible en el

³¹⁹ GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, op. cit., p. 114. Sin que, en todo caso, compartamos la postura radical del autor, pues desde luego que hay conductas en las que mediante la difusión de una imagen se pueden lesionar una pluralidad de bienes jurídicos, v.gr., honor, intimidad y propia imagen.

³²⁰ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, Pamplona, 1977, p. 349. Sobre una visión restringida de la intimidad puede verse también GARZÓN VALDÉS, E.: "Lo íntimo, lo privado y lo público", *Claves de razón práctica*, 2003, núm. 137, p. 16.

plano ontológico. Únicamente cuando la intimidad es exteriorizada o se da a conocer puede ser objeto de protección jurídica.

La primera norma del panorama nacional que trató de definir el concepto de *privacy* fue la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Acertadamente el legislador -la comisión redactora- advirtió que intimidad y privacidad si bien en los usos del lenguaje de ordinario podían referirse a una misma realidad, no eran en puridad lo mismo (aunque sea siquiera conceptualmente).

La privacidad es más amplia que la intimidad, pues mientras que la intimidad *"protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-; la privacidad "constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado."*

De hecho, también hay ordenamientos jurídicos en los que explícitamente se distingue entre vida privada e intimidad, así la Ley del Distrito Federal de México de 19 de mayo de 2006, en su art. 9 afirma que *"es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin*

impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta", y en el art. 11 matiza que "como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho". O la propia Constitución boliviana que en su art. 21.2 consagra el derecho a la "privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad".

Ahora bien, considero que el conocimiento de la genuina intimidad de suyo conlleva invadir la proyección exterior físicamente cognoscible, por lo que desde un punto de vista práctico su diferenciación es superflua, pues como aduce URABAYEN, "para ofender la intimidad es necesario invadir antes las fronteras algo más exteriores de la vida privada por lo que la defensa se da en cualquier caso"³²¹.

Una concepción restringida de la intimidad quedaría reducida al ámbito propio de los pensamientos, lo que sería ajeno al derecho en cuanto prescinde, al menos por ahora, de las relaciones humanas³²².

³²¹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

³²² GARZÓN VALDÉS, E.: "Lo íntimo, lo privado y lo público", op. cit., p. 18, señala que la interacción con otro sujeto es lo que hace transportarse de lo íntimo a lo privado.

De manera que para el juego del lenguaje en el derecho, la distinción entre intimidad y vida privada es irrelevante; no en cambio para la filosofía.

4. INTIMIDAD Y VIDA PRIVADA: ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE LAS ESFERAS Y FORMULACIONES POSTERIORES DESDE UN PRIMA GARANTISTA

Cualquier esfuerzo en bosquejar o delimitar el concepto jurídico de "intimidad" o "vida privada" es en balde por ser utilizadas indistintamente para referirse a la "privacy" anglosajona³²³, y no ser, como hemos visto, expresiones pacíficas en la *communis opinio*.

³²³ Sobre el uso indistinto puede verse MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, p. 28.

Sobre la diferenciación puede verse:

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, p. 69, señala que el concepto de vida privada es más amplio que el de intimidad, pues el primero puede incluir "circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos y la protección frente a la indebida publicación de hechos particulares y familiares que no sean secretos".

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Identificación de la persona" en LACRUZ BERDEJO, J.L., y otros: *Parte general del Derecho civil*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1992, p. 75, que sostiene que mientras la intimidad se refiere a cuestiones personales que no son vivencia, la vida privada comprende ámbitos que por ser conocidos o cognoscibles no se integra en la intimidad.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Delimitación de las libertades informativas (fijación de criterios para resolución de conflictos en sede jurisdiccional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 197 y ss., por su parte distingue entre intimidad y vida privada, que no deben confundirse aunque ambas tengan protección constitucional. La autora en su delimitación del contenido de la intimidad considera que forman parte de él tanto la dimensión corporal como ideológica, como salud y aspectos religiosos; sin embargo

Considero que es común a la intimidad y vida privada la idea de (des)conocimiento y (des)información como facultad.

No existe un abstracto y genérico derecho a la vida privada o intimidad, siendo, por otra parte, de imposible definición y su acometimiento desemboca en una regresión *ad infinitum*.

Lo que encontramos habitualmente es un conjunto de derechos o de reglas que coinciden en proteger la vida privada o la intimidad. Y que, además, no se trata de una lista cerrada, sino que está en desarrollo³²⁴, pues la esfera de lo público y lo privado varían considerablemente según las épocas, las sociedades, el

niega que el secreto bancario sea una dimensión de la intimidad.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, op. cit., pp. 50 y ss., sobre la distinción entre vida privada e intimidad, sostiene que el primer concepto "es muy amplio, genérico y engloba todo aquello que no es o no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de ello, existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza porque lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona. A esto último denominados intimidad".

DE VERDA Y BEAMONTE, J.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 14 y ss., también distingue entre intimidad en sentido estricto y la mera vida privada. El referido autor entiende que dentro de la primera habrá que situar los datos de carácter personal sobre los que el art. 7.4 LO 15/1999, de 13 de diciembre, prohíbe crear ficheros, con la exclusiva finalidad de almacenarlos, esto es, los que revelen "la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual". Igualmente, los datos relativos a la salud e intimidad corporal.

³²⁴ MARTY, G.: "La protection de l' intimité de la vie privée par le droit pénal et le droit privé", *Cours de la Faculté Internationale pour l' enseignement du droit comparé*, 1969, p. 10.

desarrollo de las comunicaciones y la situación personal de cada hombre³²⁵.

No puede perderse de vista, como apuntó DORADO MONTERO en 1902, que si bien el orden de la fenomenología natural varía relativamente poco, el orden de la fenomenalidad social varía grandemente y de un modo continuo porque a medida que el hombre descubre los secretos de la naturaleza y su funcionamiento, va transformando las relaciones e instituciones sociales. De manera que lo que hoy se estima acertado y conveniente, dejará de estimarse así mañana, y la verdad social de mañana sufrirá la misma suerte que la del día de después, por lo que es "preciso dar al pensamiento una movilidad correspondiente a la de la vida"³²⁶.

No extraña entonces la postura de GARCIA VITORIA cuando afirma "dejando en claro que comprendemos y aceptamos tales distinciones, y considerando que tanto «privado» como «íntimo», aunque no en el mero conceptualismo, en lenguaje coloquial son prácticamente coincidentes, debemos reseñar que los utilizaremos en algunos casos como sinónimos, para no incurrir en un puntillismo exagerado e inútil, que incluso llegaría a dificultar la confección del trabajo; poniendo de relieve sus diferencias, en cambio, cuando parezca aconsejable para un adecuado entendimiento, o se

³²⁵ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., 348.

³²⁶ DORADO, P.: *Bases para un nuevo derecho penal*, Manuel Soler-editor, Barcelona, 1905, pp. 7-8.

requiera una mayor exactitud de los términos que se manejan”³²⁷.

Dado que lo íntimo está en indisoluble unión con la soledad y se refiere a una persona en sus relaciones consigo misma³²⁸, queda fuera de la dicotomía privado-público, y por tanto es eminentemente subjetiva. En este sentido como pone de relieve FARIÑAS MATONI “al hablar de derecho a la intimidad es preferible, más que intentar una definición, hacer una enumeración de contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo, y, sobre todo, adoptar una concepción lo suficientemente flexible que sea capaz de adaptarse al cambio y evolucionar en consonancia, sin desvirtuarse”³²⁹.

Sea cual fuere la distinción -si asumimos que la hay- comportan la facultad de excluir el conocimiento de información (*status neativo*). Quien conserva su vida ajena al conocimiento no consentido o preserva la información sobre sí, ve incólume su vida privada o intimidad. No ocurre cuando libre y voluntariamente el

³²⁷ GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la constitución de 1978*, op. cit., p. 26.

Especialmente crítico con la postura de García Vitoria, es MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: “El derecho a la intimidad” en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 53., que sostiene que su no distinción supone crear una suerte de derecho general de la personalidad en el que quedarían subsumidas todas las manifestaciones de la misma. Tanto es así que le lleva a sostener que el legislador mediante el uso del término “privacidad” incurre en el uso de un barbarismo con la expresión casi coincidente de autodeterminación informática.

³²⁸ *Ibíd.*, p. 10.

³²⁹ FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, p. 357.

sujeto se desenvuelve en un ámbito con proyección exterior y pública. En términos absolutos "la intimidad y la información son derechos excluyentes. De no ponérseles límite, cada uno tenderá a anular al otro"³³⁰.

El problema, por tanto, consistirá en determinar o bosquejar el sustrato material que comporta la efectiva lesión del bien jurídico intimidad.

En la tradición anglosajona, caracterizada por su practicidad, el debate giró en torno a la dicotomía entre lo privado y lo público. Entre lo visible (público) y lo invisible (privado).

THOMSON asociaría lo público a la exposición; la conducta que se realiza para ser vista o escuchada por espectadores; es dar a conocer³³¹.

Con posiciones antitéticas, público y privado han sido, tal y como hemos visto, elementos centrales en la formulación de la libertad. Sin embargo, no puede dejar de recordarse que el punto de partida de esta dicotomía arranca desde los postulados del estatismo finalmente depurados por Hegel en las categorías de *familie* (familia), *bürgerliche gesellschaft* (sociedad civil)³³²

³³⁰ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., 349.

³³¹ THOMSON, J.: *The Media and Modernity: a Social Theory of the Media*, Stanford University Press, Stanford, 1995, p. 66 y ss. También ver capítulo 4 y 6.

³³² El concepto no es nuevo, ya fue utilizado en la antigua Roma en alusión a uniones de particulares para realizar tareas agrarias. San Agustín lo utilizará para diferenciarlo a la ciudad de Dios. También a ella alude KANT, I.: *Principios metafísicos del derecho* (trad. G. Lizarraga),

y Stät (Estado)³³³, y posteriormente purgadas y tamizadas por los postulados de marxistas en su visión antagónica de Estado y sociedad civil³³⁴, llegando a negarse así la expresión "vida privada" por asociarse a la "propiedad privada"³³⁵.

BÉJAR sostiene que lo público es un ámbito ya dado, mientras que lo privado supone una construcción que requiere voluntad e intención y exige el apartamiento y abandono de la arena pública³³⁶.

Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873. pp. 60, 80 y 198, en oposición a estado de naturaleza. HEGEL, F.: *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, Libertarias Prodhufi, 1993, se referirá en los párrafos 182 y ss. a la sociedad civil como agrupación de individuos que se relacionan mutuamente e inspirados por el principio egoísta.

³³³ Vid. lo ya expuesto sobre la noción de Estado en el Capítulo II.

³³⁴ MARX, K.: *Manuscritos de economía y filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2013: "El estado de máxima prosperidad social, un ideal, pero que puede ser alcanzado aproximadamente y que, en todo caso, constituye la finalidad, tanto de la Economía Política como de la sociedad civil, es, para el obrero, miseria estacionaria."

³³⁵ Tanto es así que la última constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la redacción original de su artículo 56 protegía la vida personal de los ciudadanos, en vez de la vida privada (*privacy*). Sobre este particular detalle puede leerse más extensamente la obra de FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, op. cit. pp. 233-234: "Dice «personal» (*lichnaya*) en vez de «privada» (*Chástnaya*) [Refiriéndose a la Constitución URSS de 1977]. La palabra «privada» se asocia, en la ideología oficial, con «propiedad privada», lo cual le da un matiz peyorativo. Ningún documento oficial u oficialista la aplica jamás a una institución soviética. El pueblo, en cambio, usa el término con toda naturalidad". Lo que está entre corchetes es nuestro.

³³⁶ BÉJAR, H.: *El ámbito íntimo: privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1988, p. 61.

En Europa, sin embargo, la configuración de la tutela de la vida privada e intimidad ha transitado por tortuosos caminos como consecuencia del encorsetamiento intelectual que se materializa en la insoslayable necesidad de definir, acotar y formular alambicadas e intrincadas teorías respecto a fenómenos sociales necesitados de acomodación jurídica en el ordenamiento preexistente.

Veíamos que en Francia hasta la Ley de 17 de julio de 1970, específicamente, no se tuteló la vida privada y su protección descansaba sobre la teoría de los derechos de la personalidad en relación con la responsabilidad extracontractual del art. 1382 del *code civil*. En Italia con anterioridad a la Ley de 9 de abril de 1974, la Corte de Casación era reticente a la tutela de la *privacy* por falta reconocimiento legal expreso y su protección descansaba en la ilicitud de la comunicación de datos -información- a terceros en cuanto conducta vulneradora del derecho a la personalidad previsto en el artículo 2 de la constitución. Y en Alemania sería el Tribunal Federal Aleman en 1954 en el caso Schacht, quien reconocería la protección de la propia personalidad como manifestación de la dignidad del hombre consagrada en el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Este empecinamiento en el derecho continental por la armonización estético-jurídica de los derechos de la personalidad, más allá de alcanzar su loable fin, nos adentraría en planteamientos tremendamente complejos y con una relevancia práctica puramente testimonial.

De hecho, en Alemania los primeros trabajos en este ámbito se diseñarían desde el parámetro de los *allgemeines persönlichkeitsrecht* que asumía la idea que únicamente existía un único derecho de la personalidad con diferentes manifestaciones.

Superado el planteamiento monolítico y asumida la existencia de un derecho autónomo a la intimidad, y no como manifestación de un genérico derecho a la personalidad, HUBMANN³³⁷ y SEIDEL³³⁸ distinguirían entre la esfera individual (*individualsphäre*) y la esfera de la vida privada (*privatsphäre*), para categorizar dos ámbitos diferenciados dentro de la personalidad³³⁹.

La *individualsphäre* abarcaría las principales manifestaciones de hecho relativas al honor y al nombre. Su objeto de protección sería la reputación que socialmente tiene una persona y la propia individualidad que comporta el nombre. Mientras que la *privatsphäre* se referiría a la protección de la paz y tranquilidad de espíritu como consecuencia del *right to privacy*.

HENKEL iría un paso más allá que los anteriores, al distinguir y proponer la tutela de la intimidad a

³³⁷ HUBMANN, H.: "Der Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion", *JuristenZeitung*, 1957, núm. 17, pp. 521-528.

³³⁸ SEIDEL, U.: *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, Köln Schmidt, Colonia, 1972, *passim*.

³³⁹ HUBMANN, H.: "Der Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion" *op. cit.*, 524. La teoría de las esferas también fue asumida por WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, p. 7, cuando habla de soledad-relaciones íntimas y anonimato-reserva.

partir de tres círculos concéntricos de radio progresivamente menor: *privatsphäre* (esfera privada), *vertrauensphäre* (esfera confidencial) y *geheimsphäre* (esfera secreta)³⁴⁰. A este respecto, señala MORALES PRATS, "en la *Privatsphäre* quedarían comprendidos aquellos actos, noticias o manifestaciones que el sujeto desea que no trasciendan al dominio público; el objeto de protección de esta parcela de la vida privada no queda constreñido al ámbito domiciliario. La *Vertrauensphäre* abarcaría los eventos o noticias de las que el titular hace partícipes a determinadas personas de particular confianza, mediante manifestaciones orales (por ejemplo las relaciones médico-cliente) o escritas (por ejemplo la correspondencia epistolar referida a hechos de la vida íntima. (...) Por último, la esfera del secreto (*Geheimsphäre*) delimita un círculo concéntrico de radio menor. En esta parcela de la vida privada se sitúan los eventos o noticias de los que se excluye la totalidad de los individuos, ajenos a la titularidad de los mismos (por ejemplo secretos documentales)"³⁴¹.

Incluso dentro de la *privatsphäre* se llega a hacer otra subcategorización: *erscheinungsbild* (apariencia exterior-física), *lebensbild* (vida privada), *charakterbild* (apariencia exterior-psíquica).

³⁴⁰ HENKEL, H.: "Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion" (Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag) en *Verhandlungen des Zweiundvierzigste Deutschen Juristentages*, 1957, Dusseldorf, Mohr., 1959, pp. 60 y ss.

³⁴¹ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, op. cit., p. 129.

En la doctrina italiana, MORSILLO, en un intento por simplificar las imbricadas teorías vigentes a su tiempo, distinguiría entre vida privada y riservatezza. La primera referida a la esfera más celosa y recogida de la propia vida íntima; el conjunto de actividades y situaciones del sujeto que por no tener referencia con la vida pública, reflejan e interesan únicamente a la vida privada y familiar de la persona. Y, la segunda, a la facultad para alejar los ojos y oídos de terceros indiscretos e impedir la divulgación de aquello cuanto ocurra en la esfera privada³⁴². La vida privada quedaba dibujada como ámbito, y la riservatezza como una facultad.

GIAMPICCOLO, por su parte, centra la cuestión a partir del telos de la riservatezza y la identifica con la propia individualidad del ser en cuanto refleja la aspiración del individuo a conservar la paz interior que está ligada a su modo de ser privado, y que mediante su publicidad indeseada queda truncada³⁴³.

BRICOLA, a diferencia de los anteriores autores italianos, arranca su enfoque desde una visión sociológica del individuo en cuanto es uno (consigo mismo) y partícipe de la sociedad. En este sentido, la conducta del individuo incide en muy diversos ámbitos, siendo que en cada uno de ellos la tutela de los

³⁴² MORSILLO, G.: *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, op. cit., pp. 103-105.

³⁴³ GIAMPICCOLO, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", Riv. Trim. Dir. E Proc. Civil., 1958, núm. 2, pp. 459 y ss. Ahora bien, ello no se puede confundir con el hecho que Giampiccolo mantiene una concepción monista de los derechos de la personalidad (vid. p. 465).

derechos de la personalidad requiere de matices o singularidades³⁴⁴. Y aunque asume la teoría de Henkel³⁴⁵, distinguiría entre "el derecho a la reserva" (*riservatezza*) y "el derecho al respeto de la vida privada", haciendo notar que aunque a menudo se utilizan indistintamente, reflejan contenidos y realidades distintas, pues el primero de ellos defiende la esfera privada de la divulgación de conocimiento legítimamente obtenido, mientras que el segundo defiende al sujeto de injerencias externas en esta esfera. El acento de la ilicitud en la violación de la *riservatezza* cae sobre la difusión, mientras que en la injerencia lo esencial es la intromisión³⁴⁶.

En un planteamiento análogo al del italiano, también encontramos en Alemania la postura de SCHMIDT, al distinguir entre *intimsphäre* y *privatsphäre*, según estemos ante un ámbito ajeno al acceso del que se puede gozar sin ser perturbado (esfera íntima) y aquél en el que es compartido con terceros (esfera privada)³⁴⁷.

Se constata entonces, para Bricola, que el bien jurídico objeto de protección no se identifica plenamente en el derecho a la reserva y el derecho al respeto de la vida privada. La *riservatezza* parte del presupuesto que el conocimiento de lo íntimo existe, y, por tanto, el objeto protegido son los deberes de

³⁴⁴ BRICOLA, F.: "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", op cit., pp. 1083.

³⁴⁵ Ibíd., p. 1085.

³⁴⁶ Ibíd., pp. 1088-1089.

³⁴⁷ SCHMIDT, G.: "Zur Problematik des Indiskretionsdelikte", ZStW, 1979, pp. 77 y ss.

discreción o sigilo sobre las circunstancias relativas a la esfera privada de otro³⁴⁸. Mientras que el derecho al respeto a la vida privada parte de la ausencia de conocimiento y protege, precisamente, la injerencia o acceso en la esfera privada para obtenerlo³⁴⁹.

En FROSINI, en el fondo, no encontramos sino un perfecto reflejo de la teoría de las esferas germana al identificar cuatro estadios de aislamiento: la soledad, la intimidad, el anonimato y la reserva. La soledad caracterizada por ausencia de contacto (grado cero), la intimidad porque la relación se da para con los íntimos (cónyuge-familia), el anonimato en cuanto ausencia de identificación o reconocimiento por la gente y la reserva como muralla ante las intromisiones³⁵⁰.

La teoría de las esferas, sea la germana o italiana, en su pretensión armonizadora y sistematizadora de los derechos al honor e intimidad

³⁴⁸ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, cit., p. 130.: "El mantenimiento del deber de discreción expresa el respeto a la confianza, que ha inducido al sujeto a hacer partícipe de la noticia al otro (confidente). A tales parámetros jurídicos responden las relaciones que se entablan con los profesionales de la medicina o el derecho. (...) Del mismo modo, los datos adquiridos en la esfera privada por otro motivo dimanantes de intereses públicos (por ejemplo investigaciones judiciales) determinan el surgimiento de especiales deberes de reserva de carácter funcional".

³⁴⁹ *Ibid.*, loc. ult. cit.: "Si después de la injerencia en esta esfera se produce la divulgación de los hechos conocidos subrepticamente, la segunda acción sólo será motivo de agravación de las sanciones jurídicas. En el derecho al secreto a la vida privada quedan incluidos: el secreto de correspondencia, las conversaciones privadas, la inviolabilidad del domicilio, la imagen... El ámbito de este derecho no se ciñe exclusivamente al domicilio".

³⁵⁰ FROSINI, V.: *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 279 y ss.

debe ser valorada, tal y como advierte MORALES PRATS, en el plano técnico-jurídico e ideológico-político.

Desde postulados estrictamente formalistas, señala el jurista español, que "la radical contraposición individuo-comunidad sólo puede ser aceptada como hipótesis lógico-teórica en la que el sujeto se halla erradicado de la sociedad y las instituciones. La abstracción lógica de la que parten Hubbmann, Henkel y Bricola, entre otros, para establecer los límites de la esfera privada en relación a otras parcelas de la personalidad como el honor, es útil a fines sistemáticos. De este modo, encuentra un adecuado encaje la disciplina penal de los secretos personales en el marco de la esfera privada del individuo; la tutela penal de los secreto, desde antiguo, se había caracterizado por su difícil sistematización en la legislación europea"³⁵¹.

De hecho la distinción entre el acceso y la difusión a/de la intimidad es necesaria en la construcción de una teoría integradora de la intimidad totalmente desconocida por el derecho continental de principios y mediados de siglo XX, cuya protección quedaba confinada a lo secreto, lo cual, como se ha dicho, no puede confundirse con la intimidad.

Coincido con MORALES PRATS, al situar la crítica central a la *Sphärentheorie* en el hecho de que parte de un presupuesto ontológicamente ficticio: la fijación de un polo cero (el individuo) donde el grado de

³⁵¹ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, cit., p. 131.

socialización es nulo, por lo que en definitiva supone una simplificación del problema³⁵².

Señala BALDASARRE que "bajo el pretexto de una definición técnica, en realidad supone una simplificación del problema, eternizado en aquella abstracción, así pretendida por la pandectística del siglo pasado, sobre la cual se arrastra el andamiaje del Estado liberal. Mientras, en verdad, por su misma naturaleza, los derechos individuales y, de modo particular, los derechos de la personalidad asumen un significado histórico sólo en cuanto logran filtrar las múltiples determinaciones provenientes del interior del sistema institucional. (...) El olvido de esta realidad no sólo ha sido causa de múltiples planteamientos erróneos del problema de la privacy (...) sino que ha llevado a distorsionar y a interpretar reductivamente la exacta percepción del valor de fondo de la privacy misma, esto es, el principio del habeas mentem"³⁵³.

MADRID CONESA también se muestra crítico con la teoría de las esferas, pues a su juicio con el desarrollo tecnológico y la informática, los conceptos de público y privado se han diluido haciéndose cada vez más relativos³⁵⁴, también el de esfera privada³⁵⁵. Algunos

³⁵² *Ibíd.*, p. 132.

³⁵³ Esta cita se toma de MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, op. cit., p 132.

³⁵⁴ MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p. 43 y ss. Para éste, la relatividad de lo público y privado gira en torno a quien es la persona objeto de la relación informativa. Asimismo, señala que en el siglo XX, a raíz del proceso tecnológico, todo ciudadano debería ser consciente que toda participación social conlleva la generación de

datos en apariencia no íntimos, pueden serlos si se conectan con otros; proponiendo así la teoría del mosaico para explicar el derecho a la intimidad, con analogía con lo "que ocurre con las pequeñas piedras que forman un mosaico, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado"³⁵⁶.

Superados los postulados de Hubmann y su intento por estructurar un derecho de la personalidad unitario, la doctrina elevó la intimidad a la condición de categoría jurídica propia y centró sus esfuerzos en el análisis de sus manifestaciones o fenomenología³⁵⁷.

Vemos, por ejemplo, como RUIZ-GIMÉNEZ estudia la intimidad desde diferentes perspectivas, yendo desde lo más profundo a lo más exterior del ser: i) la propia conciencia, ii) los secretos, iii) lo confidencial y privado que es ajeno a la publicidad y propaganda, iv)

información sobre él, lo que, en el nuevo contexto digital, desemboca en la llamada "información global".

³⁵⁵ *Ibid.*, pp. 42 y ss. Los principales motivos que el autor aduce acerca del relativismo del concepto de esfera privada pueden sintetizarse en los siguientes razonamientos: 1. Lo privado depende del momento y el lugar, por lo que su contenido está en continuo cambio. 2. El deseo de intimidad de cada sujeto es diferente y por lo tanto queda colmado en atención a sus exigencias. 3. La clase social del sujeto afectará tanto a la determinación del contenido propio de la intimidad como a la valoración y análisis de la información comunicada.

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 45 y ss.

³⁵⁷ Resulta común situar el punto de inflexión en la ya aludida Sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Federal alemán al proclamar el derecho a la autodeterminación informativa, cuya caracterización esencial gira en torno a la facultad del individuo para determinar quién puede conocer y qué.

la inviolabilidad de la correspondencia, v) la inviolabilidad del hogar, vi) la libre comunicación³⁵⁸.

Y NOVOA MONREAL trata de enumerar prolijamente aquello que puede incardinarse en la categoría de vida privada: i) ideas y creencias religiosas, filosóficas, políticas que el individuo desee sustraer del conocimiento ajeno, ii) cuestiones relativas a la vida amorosa y sexual, iii) aspectos de la vida familiar no conocidos por extraños, especialmente aquellos que son embarazosos, iv) defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles, v) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto, vi) comunicaciones orales o escritas de naturaleza personal, vii) la vida pasada del sujeto, especialmente la que causa bochorno, viii) orígenes familiares que dañen la posición social y, en igual caso, cuestiones relativas a la filiación y a los actos de estado civil, ix) el cumplimiento de funciones fisiológicas de excreción y hechos o actos relativos al propio cuerpo, x) momentos penosos o de extremo abatimiento, y xi) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos, cuyo conocimiento por

³⁵⁸ RUIZ-GIMÉNEZ, J.: "El derecho a la intimidad", *Cuadernos para el diálogo*, núm. 66, 1969, p. 10. El fundamento es el siguiente: "si la intimidad es un valor fundamental del ser hombre, uno de sus bienes básicos, no cabe duda de que ha de reflejarse en la existencia colectiva como un derecho natural o fundamental, que el ordenamiento jurídico debe proteger contra cualquier violación por parte de los demás hombres, y más aún de las instituciones o comunidades que éstos forman".

otros produzca turbación moral o psíquica al afectado³⁵⁹.

En Italia serían especialmente relevantes, para superar la teoría de las esferas, las aportaciones DE MATTIA, al situar el elemento nuclear del derecho a la intimidad en su dimensión social en cuanto está dirigido a constituir y proteger una zona reservada - amurallada- a injerencias ajenas³⁶⁰. O la delimitación del contenido de la intimidad elaborada por BRICOLA, identificando como elementos configuradores el respeto a la tranquilidad privada, el secreto de la correspondencia y la confidencialidad de la palabra. Y recordando lo ya dicho, que el derecho la vida privada se lesiona por la intromisión y el derecho a la reserva mediante la divulgación³⁶¹

³⁵⁹ NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, op. cit., p. 31.

³⁶⁰ DE MATTIA, A.: *Il diritto alla riservatezza*, Giuffè, Milano, 1963. Puede verse también del mismo autor -aunque la fuente original no ha sido localizada-, la cita que recoge REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, op. cit., p. 82 (nota pie de página 84) sobre la que sostiene a este respecto que: "conviene destacar las conclusiones a las que llega De Mattia, quien supera la teoría de las esferas, al entender que la necesidad de protección jurídica y de respeto a la vida privada y familiar viene dada por su significación social: garantizar la individuo una zona reservada, cerrada a las intromisiones e interferencias. Entendemos que lo más significativo de su aportación, lo constituyen los contenidos de vida privada, los cuales a su entender son: defensa de la integridad física y mental; defensa de la integridad intelectual; defensa de la integridad moral; apropiación de elementos o atributos de la personalidad individual; defensa de la libertad de acción del sujeto, contra las interferencias graves que puedan limitarla; defensa de la vida privada respecto de toda forma de indiscreción, adquisición y difusión sin consentimiento previo del interesado; defensa del secreto y de las comunicaciones privadas".

³⁶¹ BRICOLA, F.: "Diritto alla riservatezza e la sua tutela penale", en *Atti del III simposio promosso dalla*

Con ocasión del debate en torno a la significación y alcance del derecho a la *privacy* tuvo lugar la Conferencia de Juristas Nórdicos en Estocolmo los días 22 y 23 de mayo de 1967³⁶², la cual contaría con la participación de eminentes juristas provenientes de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Sueca, Austria, Brasil, Ceilán, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, India, Irlanda, Japón y Países Bajos.

En sus conclusiones, y con fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Convención sobre derechos civiles y políticos, se definió el derecho a la intimidad como "el derecho de una persona a ser dejada en paz para vivir su propia vida con el mínimo de injerencias exteriores"³⁶³.

Fondazione "Avv. Angelo Luzzani" di Como (Varenna - Villa Monastero, 5-7 settembre 1967), Giuffrè, Milano, 1970, p. 77.

³⁶² Las referencias que en lo sucesivo hacemos a las conclusiones publicadas son la traducción que recoge URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., pp. 311 y ss. Puede verse también la traducción anterior de EDITOR.: "La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad", *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 31, 1967, pp. 1-12. Puede consultarse en <http://www.icj.org/wp-content/uploads/1967/09/ICJ-Bulletin-31-1967-spa.pdf>. La versión en inglés también fue publicada por la Comisión Internacional de Juristas que puede consultarse en: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf>. Con el ánimo de que el lector pueda ver todas las versiones, y evitar contaminaciones lingüísticas, se referenciarán las tres.

³⁶³ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit. 313. Y EDITOR.: "La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad", op. cit., p. 3, se traduce: "El Derecho a la Intimidad es el derecho a vivir en forma independiente su propia vida, con un mínimo de injerencia ajena. En la versión en inglés se lee: "The Right to Privacy is the right to be let alone to live one's own life with the minimum degree of interference". Salta a la vista el problema terminológico, pues "right to privacy" es traducido por la propia Comisión

Vemos como en dicha definición, por un lado, se asume íntegramente la de Cooley (*right to be let alone*) y, por el otro, se resalta la idea de inexistencia de derechos absolutos. Sin embargo, se trata de una definición que comprende un contenido fenomenológico amplísimo por lo que más que referirse al derecho a la vida privada, tal y como sugiere VELÚ, se refiere a la libertad individual y evidencia la complejidad en elaborar una definición³⁶⁴.

Desde el punto práctico, en la anterior definición quedarían comprendidos los casos siguientes: "I) El registro de una persona. II) La violación y registro del domicilio y de otros locales. III) Los exámenes médicos, psicológicos y físicos. IV) Las declaraciones molestas, falsas o irrelevantes, referentes a una persona. V) La interceptación de la correspondencia. VI) La captación de los mensajes telefónicos o telegráficos. VII) La utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o de otros sistemas de escucha. VIII) La grabación sonora y la toma de fotografías o películas. IX) El acoso por los periodistas u otros representantes de medios de comunicación social. X) La divulgación pública de hechos referentes a la vida privada. XI) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por consejeros profesionales o dadas a autoridades públicas obligadas al secreto. XII) El acoso de una persona (por ejemplo,

Internacional de Juristas como "derecho a la intimidad", mientras que URABAYEN lo traduce como "derecho a la vida privada".

³⁶⁴ VELU, J.: "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communication", op cit., pp. 55-59.

vigilándola, siguiéndola o molestándola con llamadas telefónicas).”³⁶⁵

Entre los límites del derecho a la *privacy*, el más evidente y recurrente -y así se recogió- fue el interés público (*public interest*) que “exige frecuentemente que las autoridades públicas puedan disponer de poderes para inmiscuirse en la esfera privada del individuo más amplios de los que serían aceptables si tal intrusión se realizara por individuos o grupos”³⁶⁶. Sin embargo, no toda razón o motivación estatista sería suficiente para intervenir en la *privacy*, sino que, tal y como se concluyó, “las circunstancias en las que pueden concederse tales poderes a una autoridad pública han

³⁶⁵ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., pp. 313-314. Y EDITOR.: “La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad”, op. cit., p. 3. Aunque no es el momento ni objeto de este trabajo, por su novedad en el ordenamiento jurídico penal español conviene hacer una breve referencia al punto XII). Precisamente la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce el art. 172 Ter del Código Penal que tutela específicamente el punto referido Concretamente el nuevo art. dispone que “(...) el que acoso a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. (...)”. El legislador expone al respecto que se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

³⁶⁶ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., pp. 314. Y EDITOR.: “La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad”, op. cit., p. 4.

sido definidas en la Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales como aquellas en las que la intrusión en la esfera privada es necesaria en una sociedad democrática: «en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa, del orden y de la prevención del crimen, para la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y de las libertades de otro»³⁶⁷.

Por lo que respecta a la seguridad nacional, orden público y estado de excepción, se distinguiría según el momento en que se encontrase el Estado. Para el tiempo de paz se resaltó la conveniencia de establecer algún tipo de control independiente que verificase que las injerencias "se realizan únicamente cuando la seguridad nacional esté efectivamente amenazada, y que los poderes concedidos por la ley en interés de la seguridad nacional no sean utilizados abusivamente con finalidades políticas"³⁶⁸. En tiempo de guerra u otra

³⁶⁷ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., pp. 314-315. Y EDITOR.: "La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad", op. cit., p. 4.

³⁶⁸ Ibid. loc. ult. cit. Ante la ausencia de desarrollo sobre esta cuestión, se plantea el interrogante clásico de Juvenal: *Quis custodiet ipsos custodes?* No es objeto de este trabajo indagar filosófica y jurídicamente en torno a la pregunta ¿quién vigilará a los vigilantes? Pero sin duda, y casi medio siglo después de la publicación de las conclusiones de la Conferencia, la dimensión utópica de un mundo seguro choca de lleno con la crisis de la comisión iluminista, que como resalta MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit. pp. 20-21: "Este clima de incertidumbre y de inseguridad para el individuo, caracteriza lo que se ha venido a denominar zonas grises, que se multiplican al margen de la autoridad y el orden establecidos. Después de la caída del muro de Berlín, hasta las sociedades más prósperas han quedado asietadas por las mafias, el crimen organizado y la corrupción, fenómeno este último vinculado, en gran medida, a aquellas. La extensión de zonas grises se alimenta del

situación de necesidad por amenazas al Estado, las injerencias en la *privacy* deberían ser las estrictamente necesarias y durante el tiempo que subsista tal situación, siendo sometidas a control y renovación periódica por el Parlamento³⁶⁹. Mientras que en caso de catástrofes naturales las injerencias podrían quedar justificadas por la necesidad "de tomar medidas para remediar tales catástrofes u otras calamidades que ponen en peligro la vida de la población", las cuales "deben ser estrictamente proporcionadas a la amenaza producida"³⁷⁰.

En materia de lucha contra el crimen, las intromisiones en la *privacy* de los ciudadanos se justificarían: I) para la investigación de delitos y ubicación de los culpables, II) para enjuiciar y castigar a los culpables, III) para impedir que se cometa un delito cuando hay razones serias de que se perpetrará. Y se dice que "lo anterior presupone que la ley criminal no convierte en delito el ejercicio de las libertades y derechos humanos fundamentales (...) y que las disposiciones legislativas definen con detalle los poderes de la policía y de las autoridades encargadas de la investigación criminal, establecen las

socavamiento de la razón, que dotaban de certidumbre al individuo (...) Se desconfía de los sistemas organizados, tanto sean económicos, financieros, bancarios o jurídicos, por cuanto no sabemos si sus reglas y lógicas de actuación serán mínimamente respetadas; la seguridad es sustituida por interpretaciones cambiantes e imprecendibles; las verdades y soluciones son transitorias y, en cuanto nace, están en trance de perecer".

³⁶⁹ URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., pp. 315-316. Y EDITOR.: "La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad", op. cit., p. 5

³⁷⁰ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

infracciones contra las que pueden ser utilizadas y fijan los límites precisos de su utilización”³⁷¹.

Sin embargo, en una “sociedad del riesgo”³⁷² como la actual en la que la peligrosidad constituye criterio rector de la política criminal y “la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana”³⁷³ se alza como arquetipo de la función policial, el jurista ha de interrogarse acerca de si las garantías del Derecho penal, que han dotado de identidad al modelo de Justicia de las democracias occidentales, están volviendo a los parámetros de la Edad Media. A este respecto, recalca MORALRES PRATS que “la reflexión reclama profundidad en el análisis, por cuanto el Derecho Penal del Estado de derecho aspira al principio de legalidad y a la seguridad jurídica en su máxima expresión; no en vano, el Estado monopoliza la violencia legítima, la represión legalizada como expresión del *ius puniendi*”³⁷⁴.

De hecho, transcurridos cincuenta años desde la Conferencia nórdica, somos testigos silenciosos de la construcción de una sociedad que basada en los intentos por colonizar el futuro, sacrifica las garantías³⁷⁵.

³⁷¹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

³⁷² Término que tomamos de BECK, U.: *La sociedad del riesgo global* (Traducción de Jesús Albores Rey), Siglo XXI, Madrid, 2002, *passim*.

³⁷³ *Ibíd.*, p. 5.

³⁷⁴ MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., p. 24.

³⁷⁵ Sobre esta idea puede verse el relato distópico de Philip K. Dick, *Minority Report*. La obra gira en torno a la idea de predestinación y peligrosidad. El autor nos presenta en una sociedad retrofuturista en la que hay unos sujetos

Bajo el relato del terrorismo el derecho penal de la seguridad y del aseguramiento se dirige a combatir el principal foco de peligro para el Estado: la vida privada en cuanto constituye ese ámbito ajeno a su conocimiento y control.

Con posterioridad a la Conferencia de Juristas Nórdicos de mayo 1967, han ido sucediéndose diferentes Congresos y Seminarios Internacionales en torno al derecho a la *privacy* ante la nueva encrucijada con ocasión el desarrollo tecnológico. Así, en el marco del Consejo de Europa, en enero de 1968 se aprobó la Resolución 509 sobre "los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos" y que puso de relieve las amenazas que para el respeto de la vida privada suponen las técnicas desarrolladas en el ámbito de las intervenciones telefónicas y escuchas clandestinas.

En Teherán ese mismo año también tuvo lugar la Conferencia Internacional de los Derechos del Hombre, en cuyas conclusiones de 13 de mayo, se recomendó a Naciones Unidas, y en lo que a nuestra materia se refiere, la creación de una comisión dirigida al estudio de la vida privada ante el desarrollo tecnológico en el campo de la grabación.

En escasos meses Naciones Unidas participó la alusión y en su Asamblea General de diciembre de 1968, aprobó la resolución 2450 (XXIII) en la que "compartiendo la preocupaciones expresada por la Conferencia de que los recientes descubrimientos

llamados "precognoscentes" que poseen la facultad de predecir el futuro y son utilizados por la policía para previsualizar los delitos y castigar a su autor.

científicos y adelantos tecnológicos, si bien abren amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, pueden, sin embargo, comprometer los derechos y las libertades de los individuos y de los pueblos y deben requerir por consiguiente una atención permanente (...) Invita al Secretario General a que, con la ayuda en particular del Comité Asesor sobre la Aplicación de la Ciencia y la Tecnología al Desarrollo y en cooperación con los directores generales de los organismos especializados pertinentes, lleve a cabo el estudio de los problemas que en relación con los derechos humanos plantean los progresos de la ciencia y la tecnología, en lo que concierne, en particular al respeto a la vida privada de los individuos y a la integridad y la soberanía de las naciones ante los progresos de las técnicas de registro y de otra índole”.

En estrecha relación, y en el ámbito de la UNESCO, tuvieron lugar más Congresos Internacionales como los de París del 19 al 25 de enero de 1980 sobre las computadoras y su incidencia en la vida privada; y el de Bruselas del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1970, y que aunque intitulado III Coloquio Internacional sobre la Convención Europea de Derechos del Hombre, se abordó la problemática sobre el derecho a la vida privada en el nuevo contexto tecnológico.

Una y otra vez, se ha puesto de manifiesto la tensión insoslayable entre progreso tecnológico y vida privada, por cuanto esta última es la base para la felicidad del hombre y lo protege contra las autoridades públicas, el público en general y los otros

individuos³⁷⁶. Y se insiste acerca de la dificultad que entraña la absolutización de un concepto ideal ajeno a la realidad del hombre.

Los conflictos, pues, surgen de la interacción de los sujetos. Los acontecimientos se enmarcan en unas determinadas circunstancias predispuestas. Es por ello que consideraría un error partir de una formulación basada en la idea de sociabilidad cero, pues de existir el derecho devendría innecesario, en esta línea señala BALDASSARRE, el derecho a la intimidad "es la postulación de la tutela jurídica de la interioridad, entendida no como algo cerrado en sí mismo y de inmediato, sino concebida como trascendente, como referencia al ejercicio de su poder-ser, o sea, como relación de la libre actuación con su posibilidad constitutiva última, de la libertad pública con su proceso de decisión privado"³⁷⁷. Y observa MORALES PRATS que "la privacy asume así su significado de garantía dirigida a preservar el ejercicio virtual de las libertades públicas y los derechos públicos, que encuentran en aquélla el fundamento relativo a la fase de latencia o potencialidad lógica"³⁷⁸.

La intimidad es ante todo el puente de mando del hombre. El lugar desde donde gobierna su vida y decide proyectase a las diferentes coordenadas del mundo

³⁷⁶ Vid. Naturaleza del derecho a la intimidad en las conclusiones de la Conferencia Internacional de Juristas Nórdicos. URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, op. cit., p 312.

³⁷⁷ La cita se toma de MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, op. cit. p 134.

³⁷⁸ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

exterior. Es la esfera de libertad donde el sujeto gesta los procesos intelectivos que configuran y desarrollan su personalidad.

En este sentido, siguiendo a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, el derecho a la intimidad constituye el "soporte y presupuesto de otros derechos, como la libertad ideológica, y como garantía para el libre desenvolvimiento de la personalidad en un marco de libertad"³⁷⁹.

De manera que se puede afirmar que el derecho a la intimidad se comprende desde de la arquitectura de la libertad del hombre que ante su proyección al mundo exterior levanta una muralla que le proteja en sus libertades sociopolíticas frente a las invasiones de terceros³⁸⁰.

No extrañará entonces que digamos que la intimidad es simultáneamente libertad y garantía para el libre desarrollo de la personalidad. Y que junto con el resto de derechos fundamentales, constituye la dotación instrumental para salvaguardar la dignidad humana.

En esta concepción expansiva del alcance de la intimidad, MORALES PRATS vincula la privacy con la libertad personal a partir del acotamiento del bien jurídico intimidad en tres parcelas.

³⁷⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa, Civitas, Madrid, 2004, p.47.

³⁸⁰ Tanto el Estado como terceros particulares.

La primera de ellas señala el autor es la *privacy de la esfera íntima* que se correspondería tanto con las facultades clásicas de exclusión de terceros en todo aquello que se refiere a aspectos de la intimidad con relevancia jurídica (secretos documentales, secretos domésticos, inviolabilidad del domicilio, etc.) como a aquellos otros intereses que tangencialmente encuentran su fundamento jurídico en la intimidad (aquellos que constituyen manifestaciones del derecho a la libre opción y autodeterminación del individuo como pueden ser el derecho a la libertad sexual o al aborto y que, en definitiva, que entroncan directamente con el proyecto de vida que el sujeto desea llevar a cabo en el libre desarrollo de su personalidad)³⁸¹.

La segunda parcela la identifica con la *privacy política* entendida como garantía institucional de otras libertades. Identifica el carácter garantista de la *privacy* frente al control auspiciado por las nuevas tecnologías y especialmente los medios de vigilancia electrónica, que convierten a la policía en omnisapiente: y una policía omnisapiente es uno de los más eficaces instrumentos de la tiranía³⁸². En este sentido, advierte que "la *privacy* manifiesta un contenido positivo que se inserta implícitamente en la disciplina jurídica de cada una de las libertades (derecho de asociación, libertad religiosa o de

³⁸¹ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, cit., p 123.

³⁸² *Ibíd.*, p. 124-125. El autor señala que es en la fase informática cuando la *privacy* acrecienta su significado de garantía política, pues resalta que "el poder informático posibilita injerencias cuantitativa y cualitativamente mayores en la esfera íntima de los ciudadanos, lo que determina la transformación del estatuto jurídico de la *privacy* en su fase informática"

conciencia, derecho a la sindicación, etc.) respecto de las que constituye un presupuesto lógico"³⁸³.

En último lugar estaría la parcela de la *privacy de la libertad personal* que quedaría integrada por la privacidad del cuerpo (invocable en materia de intervenciones o pruebas médicas coactivas), del domicilio, del derecho de defensa (confidencialidad y sigilo predicable en la relación abogado y cliente), etc³⁸⁴.

El fundamento de la intimidad no se halla sino en la protección de la libertad y de la dignidad humana que a través de los derechos fundamentales se salvaguarda.

Así las cosas, el derecho a la intimidad junto con el resto de derechos posibilitan la realización de la propia esencialidad del hombre materializada a través del libre desarrollo de su personalidad.

En definitiva, la intimidad configura su faceta garantista en cuanto inexorablemente se relaciona con otros derechos fundamentales, de manera que el bien jurídico debe ser interpretado desde la propia teleología que lo vivifica, esto es, su conexión con la libertad e individualismo del hombre ya sea tanto en su dimensión psicológica o espiritual como en la física o informática³⁸⁵.

³⁸³ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

³⁸⁴ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

³⁸⁵ En este sentido, *ibíd.* p. 136. Del mismo autor puede verse "Privacy y Reforma penal: La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983", *Documentación Jurídica*, 1985,

CAPÍTULO V
EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
DE 1978

1. LA INTIMIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

A lo largo de las anteriores páginas hemos expuesto que el derecho a la intimidad puede ser esbozado -y escindida su fenomenología- en función de los sujetos intervinientes en la conducta objeto de análisis, a saber: el Estado y el individuo. Y también que a la hora de su positivización encontramos, por un lado, preceptos que proscriben conductas lesivas como por ejemplo la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia³⁸⁶, y, por el otro, los que genéricamente formulan el derecho a la intimidad.

Sentado lo anterior, resulta lógico que las diferentes constituciones nacionales hayan seguido tanto la opción de prohibir conductas concretas que lesionan facetas de la intimidad, como la de elevarlo a derecho autónomo.

La constitución de 1812, con marcados signos del liberalismo francés, configuraría la nación española libre e independiente ajena al patrimonio de ninguna

37/40 (monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983), Vol.1, pp. 575-631, en este trabajo advierte de la "dimensión garantista de la privacy cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye un presupuesto de su ejercicio".

³⁸⁶ En un sentido amplio suponen una lesión de la privacy.

familia ni persona³⁸⁷. En consecuencia, su artículo 4 diría que *"la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen"*. Sin embargo, a lo largo de su extenso articulado, aunque comprensible por ajeno en el derecho continental, no encontramos un solo precepto que consagre un derecho general a la intimidad, pero sí la declaración de la inviolabilidad del domicilio³⁸⁸, en cuanto suponía una exigencia objetiva de las masas que reclamaban celosamente la protección del espacio donde tenía lugar la vida íntima ajena al conocimiento tanto del Estado como de terceros particulares.

La Constitución de 1837, de corte progresista, seguiría la estela de la Pepa al tutelar la inviolabilidad del domicilio de los españoles al sancionar en su artículo 7 que *"no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban"*. Y reproducción exacta del precepto transcrito encontramos en el artículo 7 de la Constitución de 1845.

Las Constituciones de 1812, 1837 y 1845, en definitiva, únicamente protegerían indirectamente la intimidad desde un vago y genérico intento de consagrar la inviolabilidad del domicilio, pues la vigencia y eficacia de los preceptos quedaban condicionados a la ausencia de motivos de orden y seguridad del Estado.

³⁸⁷ Vid. arts. 2, 3 y 5 Constitución de 1812.

³⁸⁸ El art. 306 rezaba que *"no podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado"*.

A diferencia de lo que ocurrido en las anteriores, la Constitución de 1869 sería mucho más prolija en la tutela del domicilio, al consagrar en su artículo 5 que *"nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro.*

Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por juez competente y ejecutarse de día.

El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

Sin embargo, cuando un delincuente, hallado infraganti y perseguido por la autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán estos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procedería requerimiento al dueño de este".

La intromisión directa por terceros en el domicilio -entendido en la dimensión anglosajona enmarcada en el adagio anglosajón *"a man's home is his castle"*- quedaría constreñida a supuestos muy concretos (los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro). Fuera de ellos quedaba sujeto al control judicial, y además con la garantía procesal de que se efectuase en la presencia del propio interesado,

persona que designara o testigos vecinos de la misma localidad.

Como novedad, el texto constitucional no agotaría la tutela de la *privacy* a través de la inviolabilidad del domicilio, pues también en su artículo 7 se recogería el secreto de la correspondencia postal y telegráfica al declarar que *"en ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por el correo"*.

De esta manera la monolítica concepción de la intimidad asociada a la protección del secreto y el domicilio encontraría por primera vez perfecta plasmación en el texto constitucional de 1869.

La Constitución de 1876 siguiendo los parámetros de su antecesora, también tutelaría, si bien de manera más restringida, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones³⁸⁹.

³⁸⁹ En su artículo sexto se leía que *"nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de los testigos vecinos del mismo pueblo"*.

Respecto del secreto postal decía su artículo 7 que *"no podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo"*. Y en cuanto al control de ambas injerencias el artículo 8 sancionaba que *"todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia, será motivado"*.

Por su parte, la Constitución de 1931, dedicaría a nuestro tema de estudio, un heterogéneo y abigarrado artículo 31, en el que además de garantizar la inviolabilidad del domicilio y la interdicción del registro arbitrario de papeles y efectos, también lo haría respecto de la libre circulación por el territorio, el derecho a la emigración e inmigración, la expulsión de los extranjeros.

En todo caso, observamos como la redacción seguía la estela de las anteriores pese a su parquedad al sostener que *"el domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre a presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo"*. Y en su artículo 32 que se garantizaba *"la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto en contrario"*.

A pesar de no poder considerarse como texto constitucional, también el Fuero de los Españoles en su artículo 13 disponía que *"dentro del territorio nacional el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia"* y en el 15 que *"nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en las formas que establezcan las leyes"*.

Desde el punto de vista constitucional de la tutela del bien jurídico intimidad, la normativa franquista cruzaría una puerta a la deriva respecto de los textos constitucionales anteriores, pues hasta entonces el secreto postal se alzaba como ajeno a

cualquier suspensión por parte del Estado. Asimismo, el control de la intromisión en el domicilio o el registro, pasaría de ser controlado por el juez³⁹⁰ a serlo por la Autoridad competente.

En todo caso, la razón de la ausencia de reconocimiento expreso de los derechos de la personalidad a lo largo de la historia jurídica nacional, como señala PÉREZ ROYO, guarda estrecha relación con las necesidades experimentadas por los individuos en su convivencia, y señala que "hasta bien entrado el siglo XX, tanto por las condiciones objetivas de la convivencia entre los individuos en cuanto personas privadas, como por sus relaciones con los poderes públicos, la necesidad de la protección del honor, la intimidad y la propia imagen era inexistencia y, en consecuencia, el reconocimiento de tales derechos era superfluo"³⁹¹.

Observamos, pues, como la tutela de la *privacy* en nuestra tradición constitucionalista -hasta el texto

³⁹⁰ Vid., art. 31 Constitución de 1931.

³⁹¹ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 286. El autor en una explicación sociológica expone que "en una sociedad agraria, en la que la inmensa mayoría de los individuos viven en colectividades de tamaño reducido o muy reducido, no hay sitio para tales derechos. Pues el honor, la intimidad y la propia imagen que el reconocimiento constitucional de los derechos de la personalidad protegen no son del individuo aislado, sino de los individuos en su contacto con los demás. Hablar de los derechos de la personalidad de Robinson Crusoe es un sinsentido. (...) Los derechos de la personalidad son instrumentos para la conservación de la autonomía de cada persona en sus relaciones sociales. (...) En comunidades pequeñas todo el mundo conoce a todo el mundo. Nadie es ser anónimo. (...) Las únicas agresiones de las que los ciudadanos tenían que defenderse eran las agresiones extremas de las entradas en el domicilio o de la intervención de la correspondencia.

magno de 1978- siempre ha quedado relegada a la noción de secreto e inviolabilidad domiciliaria, circunstancia que, como se verá, ha marcado buena parte de las construcciones político-criminales y dogmáticas que lejos de configurar la *privacy* en su faceta garantista del individuo, la han tamizado desde tan concretas manifestaciones.

2. EL ARTÍCULO 18.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A diferencia de sus antecesoras, en el art. 18.1 de la vigente CE "se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"³⁹².

Con esta fórmula el constituyente español -junto con el portugués- fue pionero en positivizar el derecho a la intimidad y elevarlo a la categoría de derecho fundamental al ubicarlo en la Sección 1ª "De los derechos fundamentales y libertades públicas", del Capítulo Segundo, del Título I.

³⁹² Por lo que respecta a si honor, intimidad y propia imagen son uno o tres derechos, el debate ha sido prolijo. Tal y como hemos visto, respecto del derecho a la vida privada o intimidad no han faltado quienes lo han configurado con un contenido amplísimo (vid. las conclusiones de la Conferencia de Juristas Nórdicos en Estocolmo de 1967, y de la que ya hemos dado cuenta) que ha conducido a englobar dentro de la *privacy* los diferentes mecanismos de la tutela de todos ellos, es decir, un único derecho con pluralidad de manifestaciones (para la aplicación de esta tesis puede verse en España, por todos, PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, op, cit.). Sin embargo, como con rotundidad expresa el TS en su Sentencia de 23 de marzo de 1987 "son tres los que en el mismo artículo aparecen: el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, derechos estos entre los que si bien existen indudables conexiones y acaso, en ciertos momentos, interferencias, son distintos cual revela la dicción del citado precepto".

Y a pesar de que ningún precepto precisa el significado de la expresión "intimidad personal y familiar", la trascendencia de su categorización como derecho fundamental no es baladí, pues "son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución" (STC 25/1981, de 14 julio³⁹³).

En definitiva, la caracterización del derecho a la intimidad como derecho fundamental vivifica el contenido básico de nuestro ordenamiento y atañe al conjunto estatal, pues los derechos fundamentales "no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste", en tanto "son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como

³⁹³ STC 25/1991, de 14 julio (RTC 1981, 25).

dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social»³⁹⁴.

Por lo que respecta a su tramitación parlamentaria, su redacción definitiva no quedó lejos de la contenida en el art. 17 del anteproyecto que decía "se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar"³⁹⁵.

Como puede verse, únicamente se añadiría el reconocimiento expreso a la propia imagen, y ello gracias a las enmiendas número 716 y 779, propuestas por el Sr. Sancho Rof y Grupo Unión de Centro Democrático³⁹⁶, respectivamente, y que una vez fueron aprobadas en el Parlamento el 21 de julio de 1978, se remitió al Senado, donde Camilo José Cela presentaría una interesante enmienda que si bien no prosperó merece exponerse por su utilidad para un momento posterior.

El premio nobel español con lúcido criterio expuso que no resultaba preciso aclarar qué el derecho a la intimidad es "personal" y "familiar" en la medida que la intimidad per se, y así se expone en la segunda acepción de la RAE, significa "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". Además, a diferencia del criterio de UCD y el Sr. Sancho Rof, sostuvo que la propia imagen

³⁹⁴ STC 53/1985, de 11 abril (RTC 1985, 53).

³⁹⁵ Vid. Boletín Oficial de las Cortes, num. 44, de 5 de enero de 1978.

³⁹⁶ Vid. Boletín Oficial, núm. 82, de 17 de abril de 1978.

“es un concepto que sobra por impreciso y porque lo engloban los dos anteriores”³⁹⁷.

Dada la parquedad del art. 18.1 CE a la hora de definir y configurar los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, resultó evidente que a tenor del artículo 81.1 CE³⁹⁸, por parte del legislador habría de acometerse la creación de una Ley Orgánica que los desarrollara, máxime cuando el artículo 20.4 CE dispone que constituyen un límite al ejercicio de las libertades de expresión que ese mismo precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

En su sazón se desarrollaría la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, posteriormente derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³⁹⁹.

³⁹⁷ Vid. las enmiendas propuestas que se publicaron de forma separada, concretamente la de D. Camilo José Cela y Trulock al art. 17 fue la núm 145 contenida en las pp. 59 y 60. Las mismas pueden consultarse online en:

<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/enmiendas/enmsenado.pdf>.

³⁹⁸ El artículo 81.1 CE declara que “*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”.

³⁹⁹ Conviene precisar que el 23 de junio de 2017, el Consejo de Ministros recibió el informe del ministro de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos con el fin de mejorar la “regulación de este derecho fundamental en los datos de carácter personal y adaptar la

3. LA EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD ENTRE PARTICULARES

Desde luego que la eficacia pública y privada de los derechos fundamentales no es algo nuevo, sino que su reflexión por la doctrina data de antiguo a propósito de los clásicos debates en torno a los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad al socaire de la delimitación entre el Derecho Público y Privado⁴⁰⁰.

Concretamente, en torno a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, pueden distinguirse básicamente dos posturas.

Por un lado, los seguidores de la *unmittelbare Drittwirkung*, para quienes los derechos fundamentales gozan de eficacia directa e inmediata *inter privatos*, de forma que los particulares quedan vinculados sin que el poder legislativo o judicial deba intervenir.

legislación española a las disposiciones contenidas en el Reglamento comunitario de 2016 en esa materia antes de su definitiva entrada en vigor, fijada para el próximo 25 de mayo de 2018". Vid. nota de prensa publicada por La Moncloa para dicho Consejo de Ministros.

⁴⁰⁰ Sobre la eficacia de los derechos fundamentales puede verse PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 22-23: "concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares", sin embargo, esta idea se ve superada por el advenimiento de los Estados sociales de Derecho en los que se produce una "extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares".

Y, por el otro, los de la *mittelbare Drittwirkung*, que sostienen que los derechos fundamentales vinculan indirectamente a los particulares a través de la acción del legislador dándoles alcance y de los jueces aplicando su normativa para asegurar su respeto en las relaciones entre iguales⁴⁰¹.

Como acertadamente señala DE VERDA Y BEAMONTE, se trata de una cuestión de escasa trascendencia a efectos prácticos, pues tanto unos como otros admiten que los ciudadanos puedan acudir a la jurisdicción ordinaria para recabar la tutela de sus derechos fundamentales lesionados por las conductas llevadas a cabo por terceros⁴⁰². Y, en todo caso, la STC 18/1984, de 7 de febrero, recuerda que "no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social", pues al reconocer que "existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos", se colige que en efecto hay derechos fundamentales que gozan de eficacia directa entre particulares⁴⁰³.

⁴⁰¹ Para un análisis más detallado de la cuestión, puede verse, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Rev. Boliv. De Derecho*, 2017, núm. 23, pp. 60-67.

⁴⁰² *Ibíd*, pp. 62-63.

⁴⁰³ STC 18/1984, de 7 de febrero (RTC 1984, 18).

Cuestión distinta es el mecanismo procesal para su tutela. De hecho, ante la previsión limitadora del legislador en el art. 41.2 LOTC, nuestro TC ha desarrollado la fórmula de dar tuición a los particulares en contiendas *inter privatos* con lesión de derechos fundamentales a través del control de las resoluciones de los jueces y tribunales que resuelven el litigio. Es decir, al amparo de lo dispuesto en el art. 9.1 CE, el Tribunal Constitucional velará para que los órganos jurisdiccionales del Estado den correcta efectividad a los derechos fundamentales. De manera que los particulares que entiendan que las sentencias que causen firmeza no han reparado oportunamente la lesión de su derecho fundamental por el acto del particular que lo lesiona, podrán recurrir en amparo al TC impugnando precisamente la sentencia que resuelve el litigio. Dicho de otro modo, "el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesione el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen del recurrente"⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria)", op. cit., p. 95.

CAPÍTULO VI
LA TUTELA CIVIL DE LA INTIMIDAD

1. LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN⁴⁰⁵

La finalidad de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, según leemos en su exposición de motivos, es dar respuesta al principio general de garantía de los derechos contenidos en el art. 18 CE, en concreto, el derecho al honor, intimidad y propia imagen, y que a su vez ha de complementarse con la protección que de ellos se hace en la vía penal que tendrá preferente aplicación por ser de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece⁴⁰⁶.

En este sentido, normativa civil y penal a la luz del texto fundamental, articulan y configuran el ámbito de protección elemental frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad, y ello a pesar de la dificultad subjetiva que el propio preámbulo de la Ley advierte que "además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y

⁴⁰⁵ Conviene advertir que por cuestión de no desviar el tema objeto de investigación se focaliza el iter discursivo en lo atinente al derecho a la intimidad, ello, no obstante, las precisiones que sean menester en relación al derecho al honor y propia imagen.

⁴⁰⁶ Vid. Preámbulo de la LO 1/1982.

familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento", de manera que la Ley permite al juzgador a través de la labor hermenéutica resolver y delimitar "la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas".

Sea como fuere, no estamos ante derechos absolutamente ilimitados, sino que tanto las exigencias del interés general como el consentimiento del titular pueden comportar límites a su ejercicio. Incluso estos límites podrán influir en el grado de antijuridicidad de la conducta del infractor.

El interés general, por tanto, comporta que por ley se pueda autorizar expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas⁴⁰⁷.

El consentimiento del titular, por su parte, significa "el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran"⁴⁰⁸. Que deberá ser expreso (art. 2.2), permitiendo su revocación en cualquier momento (art. 2.3), sin perjuicio de la indemnización de los perjuicios que se hubiera podido causar.

En todo caso conviene precisar, por ejemplo, que el hecho de que una persona haya consentido la

⁴⁰⁷ *Ibíd.*

⁴⁰⁸ *Ibíd.*

captación de su imagen, no permite deducir que implícitamente esté autorizando su publicación⁴⁰⁹. De la misma manera que la autorización para que se publique en un determinado medio no comporta pueda publicarse en otro distinto⁴¹⁰, ni cabe publicarla con otra finalidad distinta a la pactada⁴¹¹.

En el caso de menores e incapaces, el consentimiento deberá prestarse por ellos mismos siempre y cuando sus condiciones de madurez se lo permitan de acuerdo con la normativa civil (art. 3.1), de lo contrario el consentimiento tendrá que prestarse por escrito a través de su representante legal, quien, a su vez, estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, y que en caso de oponerse, será el Juez quien resuelva al respecto (art. 3.3).

Según el art. 7 tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas directa o indirectamente en la intimidad:

"1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas⁴¹².

⁴⁰⁹ Vid., STS 16 mayo 2002 (RJ 2002, 6746).

⁴¹⁰ Razona la STS 24 diciembre 2003 (RJ 2004, 138) que "el consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio".

⁴¹¹ STS 18 octubre 2004 (RJ 2004, 5907).

⁴¹² Del tenor literal del precepto se puede advertir que el mero emplazamiento de los aparatos enunciados comporta en sí mismo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad con independencia del resultado. Cuestión distinta es que, tal y como decíamos más arriba, que el mero

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

(...)

8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.⁴¹³

En todo caso, no se reputarán intromisiones ilegítimas las anteriores, según el art. 8, cuando hayan sido "autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

emplazamiento no necesariamente cause un daño moral que deba ser resarcido.

⁴¹³ Este último apartado fue introducido por la disposición final 2.2 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En él se recogen esencialmente dos supuestos. El primero, el abuso de los efectos del delito para obtener notoriedad pública u obtener provecho económico, y, el segundo, la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos menoscabando la dignidad de la víctima.

En el primer caso, el bien jurídico afectado sería el de la intimidad de la víctima por cuanto comportaría la difusión de hechos relativos a su vida privada. El segundo, lo sería el honor.

En cuanto a la responsabilidad civil por las intromisiones ilegítimas -también ex delicto-, conviene recordar, por su utilidad en lo sucesivo, el tenor del art. 9.3 LO 1/1982 que dispone que "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido".

El principal escollo jurídico que se plantea a este respecto gira en torno al alcance de los daños y el carácter de la presunción de los mismos.

Una primera postura entiende que el precepto engloba tanto los daños patrimoniales como los morales. Asimismo, estos coinciden en sostener que los primeros gozarían de una presunción *iuris tantum*, mientras que los segundos *iuris et de iure*.

El argumento de este primer grupo no hace sino seguir la aparente voluntad del legislador, expresada por el Ministro de Justicia en su informe para la presentación del Proyecto de la que sería la LO 1/1982, en el que de modo expreso se declara que, "una vez que se acredite la intromisión ilegítima, se presume siempre la existencia de un perjuicio. No hay por tanto que demostrar la existencia de éste para tener abierta la vía judicial. Es acerca del carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión sobre lo que versará, fundamentalmente, y creo que ese es el acierto, la controversia judicial. Ahora bien, si el perjuicio se

presume siempre, otra cosa es su prueba, porque la norma no exime de este requisito, común a todas las acciones de responsabilidad civil, como se sabe. Habrá siempre un daño de carácter moral, y de ahí que aquella presunción por la que respecta a éste sea *iuris et de iure*, pero podrá haber otros perjuicios de carácter patrimonial, según que la agresión haya tenido una repercusión indirecta en el patrimonio del ofendido, y entonces esta presunción sólo jugará *iuris tantum*⁴¹⁴.

Una segunda postura entiende que la presunción, a diferencia del criterio anterior, sólo abarcaría los morales. El principal argumento es la dificultad probatoria de los daños morales, lo que no ocurre con los patrimoniales, en los que para obtener una sentencia que condene a indemnizar por los daños materiales, tal y como señala el Tribunal Supremo, estos tendrán que ser probados no bastando "con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo"⁴¹⁵.

El siguiente problema, entonces, alcanza a resolver el carácter de la presunción de los daños morales, es decir, si son *iuris et de iure* o *iuris tantum*.

La cuestión, a mi modo de ver, se zanjaría por la directa aplicación de la Ley adjetiva civil cuando en

⁴¹⁴ Actas de la Sesión del Congreso de los Diputados, Pleno, núm. 206, de 10/12/1981. Puede verse para un examen exhaustivo en torno a la elaboración parlamentaria de la Ley Orgánica, la obra de HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: Honor, Intimidación y Propia Imagen, Colex, Madrid, 1994.

⁴¹⁵ STS 25 noviembre de 2002 (ROJ 7859/2002).

su art. 386.3 dispone que "las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba", y en la referida Ley Orgánica no existe precepto alguno que prohíba la prueba en contrario. Lo que debe ser así porque el sufrimiento o perturbación de carácter moral es cuestión eminentemente subjetiva que exige analizar cada caso de manera concreta.

Ahora bien, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo no lo ha entendido así y considera que es una presunción *iuris et de iure*⁴¹⁶.

Sobre la tesis que prescribe la naturaleza de la presunción como *iuris tantum*, ATIENZA NAVARRO, lúcidamente añade que "puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya un daño que indemnizar, bien porque se repara íntegramente de forma específica (a través, por ejemplo, de la difusión de la sentencia o del ejercicio del derecho de réplica o de la rectificación), bien porque, a pesar de la intromisión, el daño no llega a producir. La existencia de esos supuestos justifica, a mi modo de ver, que la presunción del art. 9.3 LO 1/1982 tenga un carácter *iuris tantum*, porque, como ya dije, si no pudiera destruirse la presunción, el sujeto acabaría respondiendo civilmente por un daño inexistente"⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Por ejemplo, SSTs 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695) y 9 marzo 2006 (RJ 2006, 2413).

⁴¹⁷ ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen" en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad*

2. LA LEY ORGÁNICA 5/1992, DE 29 DE OCTUBRE, DE REGULACIÓN DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, Y SU SUCESORA: LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Establece el art. 18.4 CE que "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".

Con esta formulación, la Constitución española de 1978, se convirtió en una de las primeras en prever expresamente la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos personales, elevando, de esta manera, a la categoría de derecho fundamental lo que se llegaría a conocer, y se conoce actualmente, como «derecho fundamental a la protección de datos personales».

El 28 de febrero de 1986, el ciudadano español, don Francisco Javier Olaverri, solicitó al Gobernador Civil de Guipúzcoa que se le comunicara "si la Administración del Estado o cualquier organismo de ellas dependiente dispone de ficheros automatizados donde figuren mis datos de carácter personal".

Su pretensión -que venía amparada por el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las

Personal y Familiar y a la Propia Imagen (coord. J.R. De Verda), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 296-297. De la misma autora puede verse "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, al a intimidad y a la propia imagen" en *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, núm. 15, pp. 217-233.

personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1982, y ratificado por el Instrumento de 27 de enero de 1984⁴¹⁸-, sería desestimada tanto en vía administrativa como contenciosa sobre la base que si bien dicha normativa comunitaria había sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, precisaba para su aplicación práctica el complemento de una actividad legislativa y reglamentaria que el Estado español no había desarrollado.

Ante esa realidad, el Sr. Olaverri acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, apoyándose, esencialmente, en que el art. 18.1 CE reconoce los derechos a la propia imagen ya la intimidad, los cuales surten efectos directamente. Y que el apartado 4 del mismo precepto no supone dejar en suspenso los derechos reconocidos en el apartado 1, sino su reforzamiento, al subrayar la necesidad de proteger a los ciudadanos ante el peligro informático y dirigir un mandato al legislador para que limite su uso.

El TC, efectivamente, en su Sentencia 254/1993, de 20 de julio⁴¹⁹, concedería el amparo al Sr. Olaverri, al considerar que la garantía de la intimidad adoptaba "un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada «libertad informática», es, así, también, derecho a

⁴¹⁸ Vid. BOE de 15 de noviembre de 1985. En él se hace constar que el Convenio entró en vigor de forma general y para España el 1 de octubre de 1985, tras haber sido ratificado por cinco de los Estados contratantes, de conformidad con lo dispuesto en su art. 22.2.

⁴¹⁹ STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1984, 254).

controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)”.

Más concretamente, la STC 94/1998, de 4 mayo⁴²⁰, señaló que el art. 18.4 CE consagra un derecho fundamental a la protección de datos personales que garantiza a la persona el control sobre los datos relativos a su propia persona, cualesquiera que sean estos, insertos en un programa informático (*habeas data*), y que comprende, entre otros aspectos, la oposición a que sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte en todo caso el objetivo de brindar 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”⁴²¹.

⁴²⁰ STC 94/1998, de 4 de mayo (RTC 1998, 94).

⁴²¹ STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292).

Por lo que respecta al objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos, "no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo 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"⁴²².

En cuanto a su contenido, "consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso".

A nivel legislativo, la concreción y desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos tuvo lugar en sus orígenes a través de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)⁴²³, inspirada en el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, y cuyo objeto, a tenor

⁴²² *Ibíd.*

⁴²³ Debe advertirse que con anterioridad a la LORTAD, la LO 1/1982, de 5 de mayo, establecía que las intromisiones informáticas en la intimidad personal serían objeto de protección en el ámbito de su Ley, al leerse en la DT 1º que "en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo dieciocho, apartado cuatro, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley".

de su artículo 1, era "limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos".

A tal efecto, la LORTAD introdujo el concepto de tratamiento de datos⁴²⁴, concibiendo los ficheros no sólo en su dimensión más estática (*conjunto organizado de datos de carácter personal*), sino también en su dimensión dinámica derivada de los procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados⁴²⁵.

Por su parte, el ámbito de aplicación de la LORTAD se definía por exclusión, quedando fuera, por ejemplo, "los datos anónimos, que constituyen información de dominio público o recogen información, con la finalidad, precisamente, de darla a conocer al público en general -como pueden ser los registros de la propiedad o mercantiles-, así como, por último, los de uso estrictamente personal"⁴²⁶, al disponer en su art. 2.1 que la Ley "será de aplicación a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado".

⁴²⁴ Art. 3.c): "Operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias".

⁴²⁵ Art. 3.b) LORTAD.

⁴²⁶ Exposición Motivos LORTAD.

De entre los distintos paradigmas posibles, la LORTAD asumió un sistema permisivo con la creación de ficheros, desechando la necesidad de autorización previa o la inscripción constitutiva en un registro, con la pretensión de evitar una perniciosa burocratización, y con la excepción de la prohibición general de crear ficheros con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual (art. 7.4 LORTAD).

En todo caso, se trataba de una norma general de desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos personales, pero llamada a convivir con una pluralidad de normas sectoriales ya existentes -o a desarrollar-, adoptando así una solución mixta⁴²⁷, como ya hiciera el Convenio 108 de 1991 que preveía un abanico de recomendaciones en muy distintos sectores como el bancario, médico, policial, etc. Criterio que, en todo caso, sería nuevamente reforzado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, al establecer que "los Estados miembros están facultados para garantizar la protección de las personas tanto mediante una ley general relativa a la protección de las personas respecto del tratamiento de los datos de carácter personal como mediante leyes sectoriales, como las relativas a los institutos estadísticos".

⁴²⁷ En este sentido, art. 6.1 LORTAD.

La Ley Orgánica 5/1992, sería reemplazada por la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que vino no solo a superar la visión limitada de su antecesora, que, como decíamos, se ceñía a *los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados*, sino también a asumir los planteamientos comunitarios introducidos por la mencionada Directiva 95/46/CE.

Así el art. 1 LOPD pasó a establecer que su objeto es "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar". Y el art. 2, que su ámbito de aplicación se enmarca en "los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado".

Esta nueva idea que inspira la LOPD frente a LORTAD, se concreta en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que asumiendo la especial protección de los datos personales recogidos en ficheros no automatizados, los define en su art. 5.n) como "todo conjunto de datos de carácter personal organizado de forma no automatizada y estructurado conforme a criterios específicos relativos a personas físicas, que permitan acceder sin esfuerzos desproporcionados a sus datos personales, ya sea aquél

centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”.

No obstante, como señala TRONCOSO REIGADA, la LOPD representa esencialmente una continuación de la LORTAD, por cuanto la “LOPD reproduce la mayoría de los preceptos de la LORTAD y de la Directiva, incluidos algunos artículos sobre los que habían versado diversos recursos de inconstitucionalidad”⁴²⁸.

Desde el punto de vista de la protección civil, la LOPD prevé en su art. 19 que los “los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados”⁴²⁹, así como otra serie de derechos como el de información, consulta, acceso, oposición, rectificación y cancelación de los datos (arts. 13 a 18 LOPD).

La responsabilidad civil, concretada en los daños morales, en todo caso será compatible con la responsabilidad administrativa o penal.

Respecto de la represión penal de conductas lesiva del derecho a la protección de datos personales, frente a las dos técnicas de tipificación más idóneas, a saber, la inclusión de tipos penales en un capítulo propio de la LOPD o bien el empleo de la ley penal en blanco, el Código Penal ha optado por la técnica

⁴²⁸ TRONCOSO REIGADA, A.: *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 90.

⁴²⁹ Vid., también antiguo art. 17 LORTAD.

codificadora y por describir conductas cerradas, lo que comporta, como señala MORALES PRATS, una deficiente comprensión de los conceptos técnico-normativos utilizados. En todo caso, como dice el mencionado autor, "si la opción por la técnica codificadora no quería ser alterada, por considerarse indispensable que los delitos contra el habeas data figuraran en el Código Penal de 1995, debería haberse optado por una taxativa y prolija tipificación de las distintas conductas delictivas en el ciclo operativo de los ficheros automatizados, en un capítulo con entidad propia dentro del Título X del CP, con puntuales remisiones a los preceptos que desarrollan el régimen jurídico y los principios de garantía de los datos personales informatizados en la LOPD"⁴³⁰.

⁴³⁰ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1451.

CAPÍTULO VII
EL DERECHO A LA INTIMIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL: ESTUDIO DEL CASO

1. INTRODUCCIÓN

A pesar del loable esfuerzo del legislador en desarrollar el principio general de garantía del art. 18.1 CE estableciendo las pautas mínimas de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, lo cierto es que del tenor literal de la LO 1/1982 y LO 15/1999 (anteriormente LO 5/1992), y menos aún del Código Penal, no pueden extraerse cuestiones esenciales como son la propia noción de intimidad, su naturaleza y contenido⁴³¹, su distinción con los otros derechos de la personalidad, honor y propia imagen, o las causas de justificación de las conductas, como podrían ser el ejercicio de un derecho.

Para tal menester habrá que acudir necesariamente a la praxis judicial de nuestro Tribunal Constitucional que sentencia tras sentencia ha ido destilando y depurando los anteriores extremos.

En este sentido seguiremos el método analítico-sintético para analizar el todo (el derecho fundamental a la intimidad) por sus partes (pronunciamientos del

⁴³¹ En este sentido vid. VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 120. El autor identifica la libertad personal e intimidad, lo que permite avanzar en la clásica concepción negativa de intimidad (respeto a una esfera de aislamiento, de ocultación de información personal) hacia la positiva basada en la facultad de la persona para decidir el ámbito y contenido de sus relaciones con los demás (Ibid. p. 171 y ss).

Tribunal Constitucional) y desde ellas reconstruir el todo mediante la labor de síntesis desde el trinomio ontología-axiología-deontología. Concretamente desde la ontología verificar la existencia de un hecho, desde la axiología enjuiciar su conformidad a derecho y desde la deontología el grado de reproche que la conducta merece.

Considero por ello necesario, en la medida que estamos ante un derecho que depende en su contenido y alcance de las ideas que prevalecen en cada momento en la sociedad y del propio concepto que cada persona según su cosmovisión mantiene al respecto⁴³², no sólo extraer la doctrina de las principales resoluciones en la materia, sino contextualizarlas al caso y momento en que fueron dictadas, y conectarlas discursivamente para ver las diferentes oscilaciones de nuestro magno tribunal sobre el bien jurídico intimidad.

Por lo que se prescindirá del habitual método de agrupación en función del contenido concreto de las resoluciones judiciales dando lugar a epígrafes, entre lo que tradicionalmente se han encontrado: intimidad personal, intimidad familiar, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, autodeterminación informativa, secreto profesional y Estado e intimidad, para presentar las mismas

⁴³² Vid. Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982. Por otro lado, recordar lo que se ha dicho en otro momento anterior cuando se aludía a que el concepto de intimidad es eminentemente intuitivo. Cualquiera persona, con independencia de su formación o estrato social, se siente dueño de un espacio personal en el que poder actuar como quiera sin miedo o temor a que dicha conducta o experiencia será comunicada a un tercero.

sentencias que se estudiarían, pero de manera histórica.

La ventaja que el acometimiento cronológico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos aporta es ver cómo se ha ido dando respuesta e interpretando el significado y alcance del derecho a la intimidad para aplicarlo a un determinado acontecimiento de la realidad y su ponderación ante la colisión con otros derechos fundamentales, entre los que destaca por todos, la libertad de expresión y comunicación, cuya relevancia en el orden penal, como se verá, es determinante.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

a. La intimidad económica y el secreto bancario: STC 110/1984, de 26 de noviembre

La Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria dictó resolución el 10 de marzo de 1983 en virtud de la cual acordaba investigar las operaciones activas y pasivas en determinadas entidades bancarias y de ahorro en las que figurase como titular don Fernando Garrido Falla, quien interpuso demanda especial y sumaria ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN que dictó sentencia estimatoria por entender que las cuentas bancarias forman parte del ámbito de la intimidad. La Abogacía del Estado recurrió ante la Sala Tercera del TS que revocó la sentencia y sostuvo que no cabe incluir la reserva de las cuentas bancarias en el

ámbito de protección del derecho constitucional a la intimidad.

Agotados los cauces procesales ordinarios, Fernando Garrido acudió en amparo al Tribunal Constitucional al considerar que la referida resolución vulneraba el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, pues permitía que sin autorización legal se conocieran aspectos de su vida profesional, personal y familiar reflejados en las cuentas que eran objeto de investigación.

El Tribunal Constitucional como punto de partida expuso algo que ya ha sido objeto de análisis en epígrafes anteriores de este trabajo, y es la recepción del derecho a la intimidad por el ordenamiento jurídico español⁴³³, lo que por otro lado es razonable dado que el reconocimiento expreso del derecho a la intimidad en aquel tiempo era un hecho jurídicamente novedoso.

⁴³³ Se lee que: "el reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad".

El asunto, a juicio del Tribunal, se desdoblaría en dar respuesta a dos cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho a la intimidad, en primer lugar ¿en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración a efectos fiscales debía entenderse comprendido en la zona de la intimidad constitucionalmente protegida? Y, en segundo lugar, ¿en qué medida, y aunque aquel conocimiento no estuviera protegido por el derecho a la intimidad, se podía a través de la investigación fiscal conocer hechos pertenecientes a la esfera de la estricta vida personal y familiar?

Respecto de la primera *"la respuesta ha de ser negativa, pues aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto, que, como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"*, en este caso la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos.

Respecto de la segunda, se dijo por el Tribunal que existían requisitos legalmente tasados para la investigación de cuentas bancarias. Sin embargo, del razonamiento seguido en torno a dichos requisitos, se extraen una serie de detalles o matices de especial

interés para el objeto de la presente investigación y que pivotan en torno al mantra del "secreto" y "la expectativa de confianza".

Por lo que se refiere al deber de secreto: *"se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente, y a fortiori, tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho, sino un deber de ciertos profesionales que tienen una larga tradición legislativa (cfr. art. 263 de la L.E.Cr.)"*.

En lo referente a la expectativa de confianza: *"los datos obtenidos tampoco eran totalmente secretos, pues al confiarse a una Empresa, es claro que han de ser conocidos por un círculo más o menos amplio de empleados de la misma. Y no se ve por qué razón debe existir menos confianza en la discreción de esos empleados que en la de unas autoridades y unos funcionarios públicos sometidos, como se ha dicho antes, a severas responsabilidades de todo tipo si infringen el deber de sigilo a que la Ley les obliga"*.

En definitiva, y a pesar de denegar el amparo constitucional al recurrente, destacaría esta sentencia por cuanto el Tribunal Constitucional puso sobre la palestra el problema en torno a la responsabilidad del sujeto que recibe la información -si existe o no deber de secreto- y la sanción jurídica a la ruptura de la expectativa de confianza, extremos que, en todo caso y como se verá, serán desarrollados por nuestro TC.

b. El caso Paquirri, la intimidad familiar como ámbito reservado versus el interés público: STC 231/1988, de 2 de diciembre

El caso objeto de litigio fue a propósito de la mortal cogida que sufrió Paquirri en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) el 26 de septiembre de 1984. Concretamente, la entidad mercantil Prographic S.A., sin autorización alguna por parte de la familia del diestro, comercializó el célebre video captado por el periodista Antonio Salmoral, de la cornada y su posterior asistencia médica en la enfermería de la plaza, donde el torero ya agonizante le dijo al doctor Eliseo Moral aquellas palabras que hoy todavía son recordadas por muchos: "Doctor, yo quiero hablar con usted o no me voy a quedar tranquilo. La cornada es fuerte. Tiene al menos dos trayectorias, una para acá y otra para allá. Abra todo lo que tenga que abrir, lo demás está en sus manos. Y tranquilo, doctor".

El Tribunal Supremo entendería que dado el carácter profesional del contenido del video y las escasas escenas sobre la vida del diestro, era necesario relativizar la protección de los derechos de la personalidad, pues las especiales circunstancias y características que concurrían tanto en el hecho como en la persona de don Francisco Rivera Pérez, quien había ganado notoria celebridad por su condición de torero, hacían que la intimidad de este claudicara⁴³⁴.

⁴³⁴ En este sentido, al tener lugar la cogida en el ruedo a la vista del público y lo mismo su posterior traslado a la enfermería, hizo que el Tribunal Supremo concluyera que el video e imágenes obedecían al espectáculo mismo consistente en sortear el necesario riesgo, pues razona el TS que *"participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos, y llegado el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo,*

Por la representación procesal de doña Isabel Pantoja se recurrió la Sentencia en amparo al TC, en lo que nos interesa ahora, por errónea interpretación del derecho a la intimidad personal, pues a su juicio la divulgación del momento en que una persona se debate entre la vida y la muerte en un quirófano, gozan de un carácter privado per se inmodificable por ser el hecho de interés social o que un cámara de video tuviera acceso a él⁴³⁵.

con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro, al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando «a fortiori» el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en un lance propio del mismo, aunque eventual. La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del vídeo en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente, por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percance y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, anente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.”

⁴³⁵ La demandada se opuso arguyendo que se trató de un suceso dramáticamente extraordinario ocurrido ante las cámaras de los periodistas presentes en la plaza, en tanto no

El TC partiría de la premisa que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental íntimamente vinculado con la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 CE, de forma que supone *"un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo [refiriéndose además al derecho a la propia imagen]"*.

Coherentemente con lo sentado por el TC, una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad, a tenor de lo previsto en el artículo 32 del Código Civil, lógicamente desaparece también el bien jurídico protegido por el art. 18 CE, pues con la muerte deviene superfluo garantizar ese ámbito vital reservado.

Doña Isabel Pantoja, sin embargo, invocaría los derechos a la intimidad personal y familiar *"cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia afectada en su dolor e intimidad"*. Y precisamente por ello sostendría el TC que *"debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha*

se pretendió invadir la intimidad de «Paquirri», sino narrar unos hechos de interés general. El Ministerio Fiscal, por su parte, evacuando su escrito de alegaciones, sostuvo que la divulgación de escenas tan reservadas como la lucha por la vida en un momento trágico supone una violación del derecho a la intimidad, pues, como textualmente sostuvo, *"no puede ponerse en duda que si hay algo íntimo en la vida de una persona es el enfrentamiento con la muerte"*, máxime si la persona se encuentra en una enfermería que en si misma considerada ha de reputarse como lugar privado.

vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible." Razonamiento que permitió al Tribunal Constitucional declararse competente para analizar y determinar si las escenas de la cinta editada por *Prographic* se incardinaban o no en el ámbito de la intimidad de doña Isabel Pantoja, y, en segundo lugar, si la filmación y divulgación posterior supusieron una intromisión ilegítima. Por tanto, se deslindaron dos planos diferenciados: el de la incidencia en la intimidad y el de la legitimidad o no de la intromisión.

Respecto de si hubo intromisión en la intimidad, el Tribunal sería tajante al expresar que "se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe pues dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa, y hoy viuda, del desaparecido señor Rivera."

El nudo gordiano, por tanto, girará en torno a determinar si concurrían o no en el caso las especiales circunstancias previstas en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen⁴³⁶, pues de ello dependía la calificación de "intromisión legítima" o "intromisión ilegítima".

A este respecto razonaría el TC que: *"lo cierto es que en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 de la C.E. Y éste es precisamente el caso en el presente supuesto, ya que en la cinta de vídeo se refleja lo que ocurrió cuando el señor Rivera fue trasladado fuera del ruedo (y por tanto, de la vista del público) gravemente herido y en estado de evidente alteración, a pesar de la firmeza de carácter demostrada. Ni la enfermería, por la propia naturaleza de su función puede así considerarse como un lugar abierto al público (y de hecho, los que allí entraron fueron conminados a desalojar el lugar) ni la reacción del señor Rivera ante sus heridas el ejercicio de una «profesión de notoriedad pública»"*

Vemos, por tanto, cómo el mérito del TC fue configurar el concepto de derecho a la intimidad en torno a la idea de que confiere a su titular un ámbito

⁴³⁶ De conformidad con el referido artículo, "no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana.

**c. La intimidad corporal e investigación penal:
STC 37/1989, de 15 de febrero**

En el transcurso de unas actuaciones sumariales dirigidas a investigar un delito de aborto cometido en una clínica de Málaga, por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de dicha localidad se acordaron diferentes diligencias de investigación, entre las que se encontraban: la obtención de los historiales clínicos del centro, y el interrogatorio de la clienta para preguntarse acerca de si se había sometido a la práctica de un aborto en dicha clínica y su sometimiento a la exploración por el médico forense.

Como punto de partida respecto de la posible vulneración de la intimidad de la clienta de la clínica, señalaría el TC que la CE en su art. 18.1 garantiza la intimidad corporal *"frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad"*.

En todo caso, como ya precisarían Warren y Brandeis un siglo antes, recuerda el TC que la intimidad personal no es un derecho absoluto, pues aunque el propio texto constitucional no establece de modo expreso su decaimiento, razona, que este si es posible *"por decisión judicial que habrá de prever que su*

ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución)". Extremo que en el presente caso fue así, pues no "cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina, con independencia de que, en este caso, tal examen no se llegó a realizar. Lo que sí es manifiesto es que la intimidad quedó afectada o comprometida en el supuesto actual, pues en orden a la identificación del ámbito constitucionalmente protegido, por íntimas se han de tener las partes del cuerpo que se ordenaba someter a examen."⁴³⁷

d. El caso del hijo de Sara Montiel, la intimidad y el derecho de comunicación de información veraz: STC 197/1991, de 17 de octubre

El 31 de agosto de 1985, el diario "Ya" publicó un polémico artículo en el que se afirmó que la madre biológica del hijo adoptivo de Sara Montiel y José Tous Barberán era una trabajadora de "barra americana". Y frente al cual, el matrimonio decidió interponer demanda de protección al honor e intimidad personal y familiar al amparo de la Ley Orgánica 1/1982 contra la editora, director y reportero.

El JPI núm. 3 de Madrid, falló a favor de los demandantes y condenó solidariamente a los demandados

⁴³⁷ En el presente caso el TC si bien terminaría concediendo el amparo a la recurrente, no lo hizo tanto por la acción en sí, que podría haber quedado justificada según la regla de la proporcionalidad de los sacrificios, sino porque la ponderación de derechos exige la motivación, lo que no ocurrió dado que la diligencia de intervención corporal se acordó mediante Providencia no motivada.

al pago de cuarenta millones de pesetas, la publicación de la sentencia en el diario y al pago de las costas⁴³⁸. El Ministerio Fiscal y los demandados se alzaron en apelación, resolviéndose el recurso por la Sala Civil de la Audiencia Territorial⁴³⁹ de Madrid que si bien moduló la cuantía indemnizatoria, confirmó todos los pronunciamientos; resolución que fue confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de febrero de 1989⁴⁴⁰.

⁴³⁸ El JPI consideró que la información publicada revelando la opinión pública acerca de la madre biológica del menor, y así lo recoge el TC en su sentencia, "constituye una intrusión ilegítima en el derecho fundamental al honor (garantizado en el art. 18 C.E.) en sus aspectos (partiendo de la concepción pluralista de este derecho) de intimidad familiar y personal tipificado en los núms. 3 («la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una familia») y 7 («divulgación de hechos concernientes a una persona cuando la difame») del art. 7 de la Ley Orgánica protectora (1/1982), por cuanto se entromete en la propia institución familiar... al atacar a uno de sus miembros, acogido en ella a través de la institución de la adopción, descubriéndole y matizándole su linaje con olvido del contenido de lo declarado en el número 2 del art. 39 C.E. «hechos concerniente (núm. 7, art. 6, Ley Orgánica 1/1982) al menor... y que afectan a algún familiar".

⁴³⁹ La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que "el contenido del mencionado artículo periodístico, al desvelar y difundir para la opinión pública determinadas circunstancias y de la filiación materna del menor que los adoptantes quisieron mantener ocultas constituye una intromisión ilegítima en el ámbito de los derechos protegidos por esa Ley (L.O. 1/1982) especificada en los apartados 3 y 7 de su art. 7, como divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación o buen nombre o de expresiones o hechos concretos de una persona cuando la difamen o la hagan desmerecer en la consideración ajena, y traspasa las lindes marcadas por los usos sociales en relación con el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para si o su familia (art. 2 de la referida Ley Orgánica)".

⁴⁴⁰ EL TS siguiendo los razonamientos a quo consideró que "la intrusión en el honor o en la intimidad es independiente de la veracidad o falsedad de la imputación", y que "la esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de

Los perjudicados por la resolución decidieron recabar el amparo constitucional por entender que se había vulnerado su derecho a comunicar libremente información veraz sobre personalidades públicas, pues Sara Montiel y su pareja ya habían informado previamente sobre la adopción, y el periódico únicamente se limitó a publicar información que evidenciaba la mentira que ellos habían contado.

Sobre el requisito de la veracidad, el Tribunal realizó una certera disquisición señalando que su tratamiento es distinto según sea el derecho al honor o a la intimidad el que colisiona con el de libertad informativa. Pues mientras que la veracidad, en principio, funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, en la intimidad sólo es presupuesto para que se produzca la intromisión. Y sostiene que *"el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa."*

El TC criticaría, además, de las resoluciones de instancia la incorrecta delimitación del derecho al honor efectuada, pues *"lo que fundamentalmente estaba*

todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que, en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la Ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida privada y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos".

afectado era la tutela de la intimidad personal y familiar por haberse dado publicidad a hechos de la vida privada que, por su contenido, pueden ser considerados además como ofensivos para una persona razonable, y que, incluso, sin llegar a ser difamación, ofenden profundamente a los implicados en la noticia."

Y ello es lógico, pues los hechos de la noticia, especialmente la identificación de la madre biológica y su profesión, incidían directamente con el ámbito de la vida privada. Sin perjuicio, claro, que el hecho de calificar a alguien como "trabajadora de barra americana" pueda suponer una afectación del buen nombre y estima personal.

En este sentido, "no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además en este caso sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 C.E. No es ocioso recordar, a tal efecto, que la legislación civil ofrece una pauta significativa sobre la privacidad de estos datos (art. 178.1 CC)".

Por otro lado, el TC enriquecería el contenido del art. 18 CE al considerar que el derecho a la intimidad no se limita única y exclusivamente a los aspectos de la vida propia personal, "sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen, «No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o

difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido» (STC 231/1988). Ello significa que la noticia no sólo ha afectado al derecho a la intimidad personal del menor, sino también al derecho a la intimidad de sus padres adoptivos”.

En definitiva, el TC sostuvo que aunque resultaba cierto que los padres adoptivos habían hecho alarde público de la adopción del menor, ello no da patente de curso al diario a publicar detalles acerca de la situación personal de la madre natural del menor ni las circunstancias de la adopción, máxime cuando dicha información no afectaba o refería a la actividad pública por la que los padres adoptivos son conocidos.

En definitiva vemos como el TC sigue la estela sentada en su STC 231/1988, de 2 de diciembre, y configura el derecho a la intimidad como ese ámbito personal ajeno al conocimiento no deseado de terceros y nítidamente diferenciado del derecho al honor en el que la *exceptio veritatis* no rige.

e. La intimidad como reducto de inmunidad frente al conocimiento ajeno: STC 20/1992, de 14 de febrero

El día 15 de febrero de 1986 en el Diario “Baleares” en la sección de sucesos podía leerse un suelto sin firma intitulado “Un arquitecto palmesano con SIDA” con el siguiente tenor literal: “El cuarto caso que se produce en Mallorca del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, lo padece un arquitecto palmesano, quien convivía desde hace algún tiempo con

otro compañero de profesión, catalán. Al parecer, el enfermo es L.V., de 39 años de edad. Los facultativos están efectuando distintas pruebas al compañero de vivienda del enfermo para comprobar si éste también padece el síndrome".

Como en los casos anteriores, los afectados por la información interpusieron acción sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales contra el editor, el director y todos los miembros del consejo de administración del periódico por entender que la noticia publicada constituía una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Los demandados, por otro lado, centraron sus defensas en sostener que se trataba de un artículo periodístico inserto en el ámbito la libertad de expresión e información constitucionalmente previstas en el artículo 20.1 a) y d) de nuestra norma fundamental, pues el contenido de la noticia no sólo era verídico sino que había sido redactada de forma totalmente aséptica y desprovista de valoración subjetiva alguna.

El Tribunal Constitucional entendió que la noticia lesionó la intimidad de los arquitectos porque *"en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público"*. Siendo la intimidad, según el propio sentir del tribunal, *"un reducto de inmunidad"*, ajeno a toda perturbación inconsentida por terceros *"sin el cual no es*

realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1)”. Y, además, asentó el criterio ya introducido por su STC 197/1991, acerca de la irrelevancia de la veracidad o falsedad cuando se trata de ponderar entre el derecho a la intimidad y la libertad de información.

Lo que no significa que pueda sostenerse que la difusión de hechos falsos o mendaces no puedan suponer una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal.

La veracidad, en consecuencia, no es un presupuesto para dicha intromisión, sino que la veracidad o falsedad es irrelevante a la hora de dirimir el conflicto suscitado entre el derecho a la intimidad y a la libertad de información, el debate se centrará sobre si el asunto es de interés general o no⁴⁴¹.

⁴⁴¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, 2015, núm. 29, p. 411.

Así sostiene el autor que: “*la veracidad de los datos que se revela no es un presupuesto para que la libertad de información prevalezca, sino que lo que debe decirse es que la veracidad de los datos no justifica la preferencia de aquélla sobre la intimidad. Lo contrario, llevaría a una consecuencia, que, en la práctica no se da, como sería el considerar que la revelación de datos falsos acerca de una persona, que afectarían al ámbito de la vida que mantiene como reservado, nunca podrían constituir una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, por el mero hecho de no ser ciertos dichos datos. La regla, en el punto en que nos ocupa, debe ser la de que la veracidad o información de los hechos de los que se informa es irrelevante en orden a decidir el conflicto entre el derecho a la intimidad y a la libertad de información*”.

f. Intimidad económica y el derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación: STC 142/1993, de 22 de abril

Este caso surgiría con ocasión de la pretendida declaración de inconstitucionalidad por la vulneración del derecho a la intimidad del art. 1.1 de la Ley 2/1991, que obligaba a los empresarios a entregar a los representantes de los trabajadores una "copia básica" de todos aquellos contratos que tuvieran que ser celebrados por escrito. Y concretamente en el párrafo 2 del citado precepto se establecía el contenido afirmándose que *"Con el fin de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, esta copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del Documento Nacional de Identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal."*

El principal problema de índole constitucional que se planteaba con el precepto y al que aluden los recurrentes es el que con la entrega de la copia básica se permitía que los representantes legales accediesen a ciertos datos obrantes en el contrato de trabajo que debían reputarse relativos a la esfera íntima de los trabajadores. Ahora bien, el art. 1 señalaba expresamente que se excluyeran "el número del Documento Nacional de Identidad, el domicilio y el Estado civil" y, de otra parte, cualquier otro dato "que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad", por lo que el foco del debate gira en torno a la crisis que se provoca respecto del art. 7.4 de la LO 1/1982, esto es, la divulgación de

hechos relativos de la vida privada de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

El TC en su F°7, párrafo segundo, alza como atributo más importante del derecho a la intimidad, *"la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos"*. En este sentido, el tribunal conecta la intimidad con la libertad y dignidad de la persona y señala que *"implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada"*.

En esta ocasión, nuevamente siguiendo los postulados dictados por el propio tribunal en el caso Paquirri, asocia el ámbito de reserva al derecho de la intimidad tal y como fue concebido en su Sentencia 231/1988 (ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida misma).

El Tribunal en su sentir mayoritario entendió que en rigor *"lo que se plantea en el recurso es el tema del derecho a mantener reservada la información relativa a las percepciones económicas, es decir, los salarios y demás percepciones establecidos singularmente en el contrato"*

escrito, y que por ello sólo podrían ser conocidas por la representación del personal a consecuencia del deber de información que al respecto impone el precepto impugnado. Al decir de los recurrentes, y en la medida en que existe un derecho fundamental a la intimidad en sus aspectos económicos, la divulgación de los datos retributivos particulares de cada trabajador resultaría contraria al contenido esencial del art. 18.1 C.E. Esta conclusión se fundamenta en la premisa de que el derecho fundamental a la intimidad comprende el derecho a mantener reservado, frente a cualquier intromisión, los datos económicos del individuo, y dentro de ellos el importe de las propias ganancias e ingresos. Premisa que, además, se pretende obtener de la propia jurisprudencia de este Tribunal y, en especial, de la STC 110/1984."

Siguiendo el criterio de la sentencia 110/1984 (que ha objeto de glosa más arriba), el Tribunal indica que lo determinante en cuestiones de intimidad económica es la aptitud de los datos para una vez analizados ver si permiten una suerte de radiografía sobre su situación personal y familiar, en este sentido, se dice que "las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. (...) lo cierto es que el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad. En este sentido, no puede olvidarse que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre".

Por su parte, don José Gabaldón López emitiría un interesante voto particular en el que sostuvo que la obligación impuesta trascendería de la intimidad económica, pues puede reputarse violentado el derecho a la intimidad con la comunicación de los datos que configuran su relación laboral con la empresa (más allá del mero salario). En este sentido, señaló el magistrado que la propia *"ley impugnada donde se reconoce explícitamente que la información alcanza o puede alcanzar a establecer intromisiones o límites al derecho a la intimidad, en su aspecto no sólo económico sino en todo el contenido en la relación laboral. Así, expresamente excluye de los datos a facilitar el número de documento de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, "pudiera afectar a la intimidad personal"*. Y prosigue más adelante, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional alemán sentada en su doctrina a propósito del caso de los microcensos, que *"ni prevé quién o de qué modo, con qué consecuencias, (incluso las de oponerse en su caso) determinará si es preciso los datos que afecten a la intimidad personal y deban por tanto omitirse; y tampoco establece las consecuencias de la inobservancia del sigilo por parte de los representantes de los trabajadores, a diferencia del incumplimiento de sus deberes por parte de los empresarios, para quienes la disposición adicional establece expresamente el tipo de infracción. En resumen, el cumplimiento de la Ley supone, no sólo la limitación sino la eliminación en el interior de la empresa del derecho a la intimidad de los datos relativos a la relación laboral al comunicarse los mismos a quienes no ostenten carácter de autoridad o funcionario competente, convirtiendo así aquellos datos en datos públicos en el seno de la empresa. Y ello con un fin, el de "comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente", que no puede ser cumplido por los destinatarios de la información más que a través de la denuncia ante la*

oficina o autoridad pública competente y no mediante el ejercicio de una competencia propia de la que carecen."

g. El derecho a la intimidad de los reclusos: STC 57/1994, de 28 de febrero

La Sentencia planteó un interesantísimo debate sobre el derecho a la intimidad en el marco de Instituciones Penitenciarias. El recurrente en amparo, por lo que nos interesa a nuestro objeto de estudio, entendió que su derecho a la intimidad (además del 15 en relación con el 10.1 CE) se vio conculcado por habersele ordenado quedar desnudo y realizar flexiones ante el funcionario. Y ante la negativa, se le sancionó por su desobediencia.

En esta ocasión la cuestión se focalizaría en torno a la intimidad corporal *"frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, 120/1990, y 137/1990)."*

Señala el Tribunal que la intimidad corporal es una cuestión esencialmente cultural, y en consecuencia, debe tenerse en cuenta el sentir mayoritario de la población. Por ello habrá zonas de nuestro cuerpo que su intromisión forzada no comportará una invasión de la intimidad, tampoco según los instrumentos mediante los que se realiza.

El segundo problema sería el carácter no absoluto o limitado del derecho a la intimidad, pues aun pudiendo verse afectado, puede ocurrir que tenga que

ser tolerado por motivos de exigencias públicas, siempre y cuando, tal afectación sea respetuosa con la dignidad humana y no constitutiva, analizadas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno.

Como ya hemos expuesto en el epígrafe dedicado a la relación entre persona y Estado, en materia penitenciaria la intimidad es especialmente significativa por cuanto, tal y como señala el propio tribunal, *"una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere.*

Resulta evidente que en materia penitenciaria uno de los principales retos a los que se enfrentan los funcionarios de prisión es evitar con ocasión de una comunicación íntima de un recluso con un tercero ajeno al establecimiento -como es el caso de la sentencia que nos ocupa- introduzcan objetos al interior del recinto. Sin embargo, ese velar por la seguridad y el orden del centro exige una ponderación de las circunstancias concomitantes al caso como lo son la amenaza o situación de riesgo y el comportamiento del recluso.

La desnudez es una manifestación de la intimidad en cuanto bien de la personalidad determinado por el común sentir de la sociedad sobre el recato o decoro corporal. En este sentido expresa el tribunal *"en atención a estos valores es indudable que incluso encontrándose en una relación de sujeción especial, como aquí ocurre, una persona, contra su voluntad, no puede verse en la situación de exponer y exhibir*

su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; si bien ha de recordarse que no es éste un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad."

Y concluiría en el presente caso no ha ocurrido así, pues cabe observar "en efecto, que si la medida implica la exposición o exhibición del cuerpo del recluso ante un funcionario del establecimiento penitenciario, de las actuaciones no se desprende que el examen visual del cuerpo del recluso hubiera de llevarse a cabo por personal del centro penitenciario adecuado para tal finalidad. De otra parte, a la situación de desnudez del recluso viene a agregarse otro elemento significativo como es que, en tal situación, aquel se halle obligado a practicar varias flexiones, lo que acrecienta la quiebra de la intimidad corporal que la misma situación de desnudez provoca, al exhibir o exponer el cuerpo en movimiento. Y ha de repararse, por último, que por la posición inhabitual e inferior del cuerpo respecto a quien imparte la orden durante las flexiones, ello entraña una situación susceptible de causar mayor postración o sufrimiento psíquico a quien la sufre. De lo expuesto cabe concluir que, en el presente caso, la medida impugnada por el recurrente de amparo no es conforme con la garantía del derecho a la intimidad personal contenida en el art. 18.1 C.E. en atención a los medios utilizados para su práctica".

h. La intimidad y el control de actividades económicas: STC 143/1994, de 9 de mayo

La sentencia se dicta ante la invocación de vulneración del derecho a la intimidad como consecuencia de la normativa reguladora del Número de

Identificación Fiscal (Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, y Orden Ministerial de 14 de marzo de 1990, de desarrollo del anterior).

Considera el tribunal que *"resulta, por lo menos, cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial. Unas actividades que tienden a desarrollarse en el ámbito de relación con terceros, y a estar sometidas a fórmulas específicas de publicidad, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia en el tráfico económico, de ahí que sólo con extremada dificultad puedan calificarse como reservadas, en el sentido antes descrito típico del juego del derecho a la intimidad. No cabe duda de que puede existir un interés legítimo en mantener resguardadas del conocimiento de terceros estas actividades, pero dicho interés desborda el ámbito de estricta constitucionalidad, para introducirse en la esfera de lo puramente económico"*.

Como reiteradamente se ha dicho y expuesto, el TC insiste en el carácter no ilimitado del derecho a la intimidad, por lo que se exige efectiva ponderación.

Lógicamente en materia de recepción y recabamiento de datos, aunque legítimos sean y de contenido aparentemente neutro, si no se prevén y consagran las oportunas garantías convenientes para prevenir, precisamente, las intromisiones, se conculcaría el derecho a la intimidad, pues esta no agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión (vid. STC 254/1993). Y ello, según el TC *"se desprende, también, de compromisos internacionales suscritos por España en la materia (cuyo valor interpretativo viene refrendado por el art. 10.2 del Texto constitucional), y, en especial, del Convenio para la protección de las personas con respecto al*

tratamiento automatizado de datos de carácter personal (de 28 de enero de 1981, ratificado por España por instrumento de 27 de enero de 1984), en cuanto impone a los Estados firmantes, principios específicos de actuación para la obtención de datos, que garanticen la legitimidad de éstos, la adecuación de la información recibida en atención a las finalidades con ella perseguidas (art. 5); un especial refuerzo de la reserva de datos en materias especialmente conectadas con el derecho a la intimidad (art. 6); y la no difusión de "datos de carácter personal" (art. 7). Todo ello, con el añadido de que las eventuales excepciones que puedan imponerse por cada Estado en las materias y ámbitos autorizados en el art. 9 del convenio sean única y exclusivamente las necesarias "en una sociedad democrática".

En el presente caso, en la medida que se respetaban todas las garantías tendentes a salvaguardar los valores inherentes a la intimidad personal tanto en su faceta de exclusión como de control, se entendió que la normativa era conforme al derecho a la intimidad constitucionalmente previsto.

i. El derecho a la intimidad y la prueba de consumo de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre

En el marco de un sumario seguido ante el Juzgado núm. 1 de Instrucción de Roquetas de Mar, por delito contra la salud pública, dos de los encausados manifestaron que el Jefe del Grupo de la Policía Judicial de la Guardia Civil de dicha localidad otorgaba protección a personas del ámbito del narcotráfico a cambio de cocaína.

Por el Juzgado se acordó recibir declaración al policía por aparente delito de cohecho y contra la salud pública y se acordó para determinar si era consumidor habitual u ocasional de cocaína, o si había consumido esta sustancia con anterioridad, que por el Médico Forense adscrito al Juzgado se le cortaran diferentes mechones de la cabeza y la totalidad del de las axilas para que pudieran ser analizados por la Cátedra de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de Santiago de Compostela.

El requerido se negó por entender que dicha prueba vulneraba su derecho a la intimidad, máxime cuando el consumo es un acto impune. Nuevamente se requirió para que se sometiera, esta vez únicamente a partir del análisis del bello de las axilas, pero nuevamente se negó sobre las anteriores alegaciones.

Finalmente, y tras la solicitud del Ministerio Fiscal, por medio de Auto motivado se acordó la práctica de la diligencia de investigación. Recurridos en reforma y queja, ambos se desestimaron, por lo que se alzaría en amparo el guardia civil, y por lo que se refiere al derecho a la intimidad, sostuvo que la averiguación de si es consumidor de sustancias tóxicas o estupefacientes es una intromisión desmedida y desproporcionada a su vida privada en cuanto que la verdad material podía ser obtenida por otro modo y porque el consumo de narcóticos es un acto impune que cae dentro del reducto de la intimidad necesario para una convivencia libre.

En esencia, se sostuvo, por el recurrente, vulnerada la intimidad en su vertiente corporal y

personal. La primera con relación a la adopción *per se* de la diligencia de investigación sin concurrir el requisito de la imprescindibilidad (ya había dos testigos) y de proporcionalidad (pues aunque fuera positiva, su resultado constituía mero indicio para los delitos por los que se le procesaba), es decir, el derecho a la intimidad no puede ser conculcado para la obtención de meros indicios. La segunda, la intimidad personal, como ámbito propio y reservado de vida, por cuanto su consumo de sustancias tóxicas era ajeno al interés del proceso, máxime si lo hacía durante su etapa de Jefe de la Policía Judicial, siendo que, además, se trataba de una petición excesiva por el lapso temporal (durante toda su vida se pedía información).

El Ministerio Fiscal entendió que *"existe afectación y vulneración del derecho a la intimidad, por falta de justificación suficiente del alcance, objetivo y temporal, concedido a la prueba. Añade, a este respecto, que la verdad material no se puede tratar de averiguar a cualquier precio."*

Con citas de las STC 37/1989, 120/1990 y 57/1994, el Tribunal sostuvo 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 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".

Y, precisamente, con base en esa doctrina, se dijo, en esencia, que la intervención corporal consistente en la extracción de cabellos de la cabeza y el pelo de las axilas, por la parte externa del cuerpo afectada y la forma en su proceder no entra dentro del ámbito corporal constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal.

El foco del problema giraría en torno al derecho a la intimidad personal que, a diferencia de la intimidad corporal, si tiene un contenido más amplio, pues según doctrina citada en las SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994, (y ya recogida y glosada) implica *"la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"*.

En materia de investigación delictiva, la diligencia que por antonomasia ha sido confrontada con la intimidad ha sido la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) sin que ello signifique que sean las únicas diligencias que puedan afectar el derecho a la intimidad, pues, como hemos visto, las diligencias de naturaleza corporal sobre el investigado -o cualquier persona- comporta una suerte de intromisión en la esfera privada, especialmente, cuando a través de ellas -de las diligencias de investigación- se pretenda averiguar, como señala el TC, *"una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal"*.

Resulta evidente, y así los expresó el TC, que la necesidad de averiguar si el recurrente en amparo era *"consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser"* (términos que utiliza el Auto que acuerda la diligencia) suponía una intromisión en su vida privada, máxime cuando los términos son tan genéricos y extensos temporalmente, pues *"el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal"*.

Sentado todo lo anterior, como es procedente devino necesario realizar el juicio de ponderación entre los intereses en liza, es decir, si el sacrificio de los derechos fundamentales es susceptible de obtener justificación constitucional objetiva y razonable.

Para ello el tribunal comenzaría recordando los requisitos que conforman la doctrina sobre el juicio de proporcionalidad y que sintetizó en los siguientes: *"que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo"*.

Respecto del fin constitucionalmente legítimo, en el presente caso consideró el Tribunal que la investigación de un delito y la determinación de los hechos relevantes para el proceso penal son causa legítima que puede llegar a justificar la intervención, dicho de otro modo, exigirá *"ponderar razonadamente, de*

una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi" (STC 37/1989, fundamento jurídico 8º)".

En este sentido, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será necesario:

"a) Que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella.

b) Que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y

c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes."

El Tribunal entendió que se había conculcado el derecho a la intimidad sobre las siguientes premisas:

- El art. 311 LECrim⁴⁴² no regula intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia de investigación. Tampoco el art. 339 LECrim⁴⁴³.

⁴⁴² Artículo 311 LECrim. El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas si no las considera inútiles o perjudiciales. Contra el auto

- La medida en cuestión no cumplía la exigencia de "necesidad" requerida por la proporcionalidad constitucionalmente exigida. Máxime cuando, tras dictarse Auto de Procesamiento, los delitos por los que se juzga al recurrente era prevaricación y cohecho. Es pues que *"determinar si Jesús Belluga López es consumidor de cocaína, u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y si fuera adicto a las mismas sustancias mencionadas, el tiempo desde que lo pudiera ser"* resulta ocioso para los hechos delictivos investigados. Y como señala el tribunal *"un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal."*

- La solicitud de análisis de cualquier sustancia consumida por el recurrente en amparo, y desde el tiempo que lo pudiera ser, excede de la proporcionalidad exigida constitucionalmente, pues el indicio de la dádiva solo apuntaba a la cocaína y el lapso temporal excedía del investigado.

denegatorio de las diligencias pedidas podrá interponerse recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto para ante la respectiva Audiencia o Tribunal competente. Cuando el Fiscal no estuviere en la misma localidad que el Juez de instrucción, en vez de apelar, recurrirá en queja al Tribunal competente, acompañando al efecto testimonio de las diligencias sumariales que conceptúe necesarias, cuyo testimonio deberá facilitarle el Juez de instrucción, y, previo informe del mismo, acordará el Tribunal lo que estime procedente.

⁴⁴³ Artículo 339 LECrim. Si fuere conveniente recibir algún informe pericial sobre los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito, o sobre las pruebas de cualquiera clase que en su defecto se hubiesen recogido, el Juez lo ordenará inmediatamente del modo prevenido en el capítulo VII de este mismo título.

**j. La intimidad como faceta negativa y positiva:
STC 134/1999, de 15 de julio**

Los padres de José Zeus Tous y Thais Tous Abad (Sara Montiel y José Tous) interpusieron demanda por vulneración del derecho al honor e intimidad de sus hijos como consecuencia de dos publicaciones en la famosa revista "Pronto", que contenía información familiar y personal de los menores con expresiones como "la madre natural de Zeus" o "Jamás quitaré mi hijo a Sara Montiel", e imágenes de la madre adoptante, Sara Montiel, así como de los menores. Los hechos, en definitiva, eran prácticamente idénticos a los ya expuestos en la STC 197/1991, de 17 de octubre.

Tal y como vimos en la citada sentencia, los demandantes sustentaron sus pretensiones en que los hijos no eran personajes públicos ni el asunto poseía relevancia pública. Los demandados en el derecho fundamental a comunicar libremente información veraz.

En primera instancia se consideró que había existido una intromisión ilegítima. En segunda instancia, la Audiencia Provincial dictó sentencia absolutoria por entender que la revista "Pronto" había difundido información que ya había sido revelada o divulgada con anterioridad.

El Tribunal Constitucional adujo el tradicional concepto de intimidad en su faceta negativa como ámbito de reserva, sin embargo, va más allá y deduce de él que ha de comportar para su titular el *"poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida"*.

De manera que concluiría que el derecho a la intimidad es el derecho a tener vida privada, *"disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público"*.

En esta ocasión, en gran similitud con la doctrina norteamericana seguida por el TEDH (Caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; Caso Leander, de 26 de marzo de 1987; Caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; Caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; Caso Z, de 25 de febrero de 1997), dirá que *"lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, 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 cuál sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos"*.

k. El control empresarial versus la intimidad del trabajador: STC 202/1999, de 8 de noviembre

El problema constitucional surge por el fichero de datos médicos que disponía el Banco Central Hispanoamericano y en el que se recogían los resultados de las revisiones periódicas por los servicios médicos de la empresa y empresas médicas subcontratadas y los

diagnósticos médicos de todas las bajas por IT de los trabajadores extendidas por los facultativos de la SS. Además, el fichero médico no se encontraba individualizado ni dado de alta en la Agencia de Protección de Datos. El acceso al mismo lo tenían los facultativos y un empleado de la entidad de crédito, el administrador único de informática, quien, a su vez, suministraba a los facultativos la clave de acceso.

Por el Presidente del Comité de Empresa de la oficina principal de Barcelona se interpuso demanda por entender que la conducta de la entidad de crédito era lesiva para el derecho fundamental a la intimidad, especialmente el apartado cuarto del art. 18 CE.

El Tribunal, otra vez más, y como no podía ser de otro modo, advertiría que el derecho a la intimidad personal se *"configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce"*. Y, siguiendo lo sentado en la Sentencia sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, reiteró que el elemento teleológico del derecho a la intimidad es *"la protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo"*.

En este sentido, con cita en sus anteriores pronunciamientos, y que han sido expuestos anteriormente, señalaría que la intimidad personal *stricto sensu* está integrada por:

- La intimidad corporal (SSTC 37/1989, 137/1990, 207/1996).

- La vida sexual (STC 89/1987).

- Aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, 197/1991).

En el ámbito de las relaciones sociales y profesionales, diría que *"si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona (...), sin embargo no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar (...), en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud"*.

De igual forma que el Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias relativas a datos censales, nuestro TC tuvo ocasión en su Sentencia 143/1994⁴⁴⁴ de precisar que en materia de recepción y tratamientos de datos -aun legítimos y neutros- la inexistencia de garantías de control a su uso potencialmente invasor de la vida privada constituía por sí una vulneración del derecho a la intimidad.

En este sentido, hace notar que la intimidad *"adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención"*.

⁴⁴⁴ STC 143/1994, de 9 de mayo (RTC 1994, 143).

Con estas premisas, finalmente, sostuvo que, efectivamente, que el derecho a la intimidad había sido conculcado pues de tal base de datos no se predica la congruencia y racionalidad exigida en la ponderación.

1. El control empresarial y la intimidad del trabajador: STC 98/2000, de 10 de abril

En el ámbito de un casino, la empresa propietaria del mismo con la finalidad de controlar las dependencias de caja y la zona de la ruleta francesa, decidió añadir al circuito cerrado de cámaras de video-vigilancia, micrófonos que permitieran captar el sonido de las conversaciones que tuvieran ocasión en esas áreas del establecimiento. Aunque colocados disimuladamente, los trabajadores pudieron advertir desde el primer momento su colocación. Por el comité de empresa se interesó su retirada por entender que tales dispositivos conculcaban el derecho a la intimidad. La empresa rechazó tal petición. El Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra estimó la vulneración de derecho fundamental. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sin embargo, estimó el recurso de la empresa Casino de la Toja S.A., y revocó la sentencia de instancia. El Comité de empresa y su presidente recurrieron en amparo la sentencia del TSJ Galicia.

Simili modo al caso del fichero del Banco Central Hispanoamericano, sostuvo el TC que aunque en principio en materia de relaciones sociales y profesionales los hechos en este ámbito ocurridos no se integran, en principio, en la esfera privada, "no es menos cierto que también hemos matizado esa afirmación inicial señalando que

no cabe ignorar que, mediante un análisis detallado y conjunto de esos hechos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador (SSTC 142/1993, FJ 8 y 202/1999, FJ 2), que pueden resultar lesivas del derecho a la intimidad personal protegido por el art. 18.1 CE."

El Casino centraría sus esfuerzos argumentativos en sostener que el emplazamiento y uso de los micrófonos obedecía estrictamente a que la obtención de voz era útil a la hora de resolver reclamaciones de los clientes y que la instalación no resultaba indiscriminada y subrepticia, sino lo contrario, estaban distribuidos en zonas muy concretas y los trabajadores son concedores de su instalación y uso. Sin embargo, el Tribunal consideró, con fundamento en lo ya expuesto, que la *"la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales"*.

Así las cosas, plantearía el TC un interesante argumento en sintonía con la tesis de GOFFMAN y WESTIN⁴⁴⁵, al considerar que la captación de voz constreñiría a los trabajadores a realizar cualquier tipo de comentario personal como consecuencia de ser sabedores de estar siendo escuchados y grabados por la empresa.

En definitiva, la instalación de micrófonos por el Casino, señaló que suponía una *"intromisión ilegítima en*

⁴⁴⁵ Uno de los postulados de ambos autores era que el *right to privacy* permite despojarnos de esa suerte de máscaras que nos impiden mostrarnos tal cual somos o queremos ser sin miedo o temor a que ello trascienda.

el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes”.

**m. El caso Isabel Presley contra “Lecturas”,
intimidad, libertad informativa y revelación de
meros chismes: STC 115/2000, de 5 de mayo**

El 23 de junio de 1989, daba inicio un reportaje publicado en la revista “Lecturas”, y que se prolongaría durante varios números, en el que se recogía el testimonio en primera persona de María Alejandra Martínez Suárez, cuidadora de Tamara Falcó Presley, acerca de las vivencias hogareñas de Isabel Presley, madre de la menor.

Por entender que dicho reportaje suponía una intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad personal y familiar y en la propia imagen, la Sra. Presley presentó demanda para tutelar los derechos afectados contra María Alejandra, el Director, Redactor y Editor de la revista, interesando que solidariamente le indemnizaran con cincuenta millones de pesetas.

En primera instancia, el Juzgado dictaminó que *“El conjunto de dicha publicación se puede valorar como descubrimiento de datos y circunstancias íntimas de la actora en la vida desarrollada dentro del hogar familiar”*. La Audiencia Provincial, aunque absolvió al redactor, confirmó la sentencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia por entender que el contenido del reportaje (ropa que posee la Sra. Presley en los armarios, menús de comida, hábitos de lectura, etc.)

era meros chismes de escasa entidad y que "en algún caso pudieran servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona".

En correspondencia a la doctrina que hemos ido exponiendo en los pronunciamientos anteriores, como el caso Pantoja o Sara Montiel, el TC consideró que inequívocamente había una afectación de la intimidad personal, por un lado, y la intimidad familiar por el otro.⁴⁴⁶

Sin embargo, se planteó el interesante debate en torno al secreto profesional en relación con el apartado 4 del art. 7 de la LO 1/1982, que considera como intromisión ilegítima "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

⁴⁴⁶ FJ 5º: "Aplicando la anterior doctrina al presente caso, de la lectura del reportaje publicado en la revista "Lecturas" se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren por parte de la Sra. Preysler Arrastia o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas".

Con cita de la STC 110/1984, de 26 de noviembre, el TC venía configurando el secreto profesional como *"deber que se impone a determinadas personas"* que *"resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquéllos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona y, en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen. En tales casos, es indudable que la observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos"*.

Por lo que se refiere a la consideración de *"meros chismes"* o no, el TC sostuvo que en cuanto la intimidad está directamente vinculada con la dignidad de la persona, el simple hecho que el dato pertenezca a la esfera de la intimidad familiar y personal es suficiente para que deba operar la protección constitucional a *"la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana"* (STC 231/1988, de 2 de diciembre).

n. La delimitación entre la intimidad y la propia imagen: STC 156/2001, de 2 de julio

"Sexo y negocios en nombre de Dios", con este sugerente título la revista *Interviú* publicaba un artículo sobre la Secta Ceis y Niños de Dios en el que se acusaba a esta de prostitución y corrupción de

menores y presentaban dos fotografías de Elena Riera Blume, una neófita de la primera, así como fragmentos manuscritos de su diario personal rubricados como "diario íntimo de una prostituta de CEIS".

Elena Riera, por entender que lo anterior vulneraba su derecho al honor, intimidad y propia imagen interpuso demanda ante los juzgados de Barcelona, que desestimaron su pretensión y, posteriormente, revocó la Audiencia Provincial que entendió que si había sido vulnerado su derecho al honor. Frente a esta se interpuso recurso de casación que casó la sentencia sobre la premisa que tales fotografías podían ser publicadas sin *"permiso especial de la fotografiada por ser las imágenes difundidas accesorias de un artículo periodístico cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información"*.

Frente a la anterior resolución del TS, se alzó en amparo la Sra. Riera, interesando el Ministerio Fiscal su desestimación, en lo sustantivo, por entender que el descubrimiento de su pertenencia a una secta dedicada a la formación de adeptos promiscuos y homosexuales para prostituirlos es razón para determinar el interés público para la sociedad y el publicar sus fotografías desnuda.

El punto de partida del tribunal consistiría en delimitar el derecho a la intimidad y a la propia imagen, pues *"mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la*

intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada."

Lo anterior es lógico si entendemos que todos ellos -honor, intimidad y propia imagen- son bienes jurídicos autónomos por lo que considerar la subsunción de manifestaciones fenomenológicas en alguno de ellos supone una contradicción con su carácter autónomo, pues "la especificidad de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor o a la intimidad, o ambos derechos conjuntamente".

Señalando el tribunal que la intimidad comporta un *"ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás"*, por ello, siguiendo la línea de la STC 115/2000, de 15 de mayo, *"este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida"*.

Como en ocasiones anteriores, respecto de la intimidad corporal se sostuvo que no es tanto una cuestión de entidad física, sino cultural asociado al pudor o recato personal determinado por el criterio cultural dominante en el momento.

En cuanto al carácter no absoluto de los derechos fundamentales, en el presente caso, como ya hemos visto, no había razón que permitiera entender o razonar como la publicación del cuerpo desnudo de la recurrente podía tener trascendencia en el derecho a comunicar información, pues pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad de sus miembros no conlleva de suyo perder *"el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo"*.

ñ. Desarrollo tecnológico, secreto de las comunicaciones e intimidad: STC 70/2002, de 3 de abril

Con ocasión de una operación de lucha contra el narcotráfico y ante un posible envío de tres paquetes de estupefacientes procedentes de Venezuela, se autorizó judicialmente para que la entrega de los mismos fuera controlada por la Guardia Civil. En el marco del operativo, se detuvo durante la primera entrega a un sujeto, que, a su vez, participaría en la

siguiente fase de entrega controlada, deteniéndose también al segundo sujeto.

En sede instructora, uno de los detenidos, el Sr. Raja, identificó al recurrente en amparo, el Sr. Pichardo, como la persona que le daba las órdenes y con quien tenía que contactar tras recibir el envío.

Cuando se procedió a la detención del Sr. Raja, junto con otros enseres personales, se le hallaron unas hojas manuscritas dobladas, sin sobre, en el interior de una agenda que la Guardia Civil leyó e incorporó al procedimiento. Dichas hojas contenían una carta escrita por el Sr. Raja desde la prisión dirigida al Sr. Pichardo en la que decía "a disposición del abogado para lo que haga falta y rectificar la declaración" (lo que efectivamente ocurrió cuando voluntariamente compareció afirmando que el Sr. Pichardo nada que ver tenía con el paquete o la cocaína interceptada). Finalmente se condenó por un delito contra la salud pública al Sr. Pichardo.

El Sr. Pichardo acudió en amparo por entender que, entre otros derechos fundamentales, se había vulnerado su derecho a la intimidad en relación con el secreto de las comunicaciones postales, pues la carta que se obtuvo en su detención en el interior de la agenda fue abierta (desdoblada) y leída por la Guardia Civil sin la oportuna autorización judicial en clara contravención del indicado derecho.

El Tribunal Supremo, en segunda instancia, entendió que no podíamos situarnos en el ámbito del secreto de las comunicaciones porque las hojas de papel

manuscritas y dobladas sin sobre no pueden considerarse como carta, sino meros efectos personales del detenido que fueron introducidos correctamente al procedimiento. Además, tampoco cabría hablar de comunicación postal por cuanto el envío no se hizo a través de correo o análoga empresa privada.

El Tribunal Constitucional, con cita de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, resumiría la doctrina constitucional en materia de secreto de las comunicaciones en los tres siguientes puntos:

"1) Se protege la libertad de comunicaciones: "Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del 'secreto'- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación de otra forma del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)... Y puede decirse también que el concepto de secreto que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

2) Se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros: "Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige

inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7).

3) El concepto de lo secreto tiene carácter formal: "El concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado" (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4)."

Respecto de la carta en cuestión, advierte el tribunal que la misiva en cuestión carecía de elementos o evidencias externas que permitieran a la Guardia Civil conocer objetivamente que era el objeto de una comunicación postal, y por ende, secreta. De hecho, se trataban de unas meras hojas dobladas en el interior de una agenda. Además, la intervención no se da en el marco de la comunicación, que de hecho esta ya se había consumado, lo que no hace sino justificar el tratamiento del documento como meros efectos del delincuente y no en el ámbito del secreto de las comunicaciones. Así *"estos dos datos (falta de constancia o evidencia ex ante de que lo intervenido es el objeto de una comunicación secreta impenetrable para terceros y falta de interferencia en un proceso de comunicación) son los decisivos en el presente supuesto para afirmar que no nos hallamos en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales sino, en su caso, en el ámbito del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE"*.

Como en la mayoría de sentencias referidas, se partió de la afirmación que la intimidad es una derivación de la dignidad de la persona que comporta un

ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana.

Asimismo, reiteran que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto y, por tanto, puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, y que en el caso que nos ocupa eran la prevención y la investigación del delito, identificación de los autores y la recogida de instrumentos, efectos y pruebas del mismo.

Ello, no obstante, requiere habilitación legal, que, por otro lado, la había, pues el art. 282 LECrim dispone que la policía judicial estará obligada a *"averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial"*. En idéntico sentido, la normativa de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de Seguridad Ciudadana. Por lo tanto, existía habilitación legal específica para obtención de los efectos. Además se trataba de una medida proporcional dado el fin constitucionalmente relevante (juicio de idoneidad) en relación con detrimento que experimenta el derecho fundamental constreñido (juicio de necesidad), y que, a su vez, de su aplicación derivaban más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio o conflicto comportaba al derecho fundamental, pues no resultaba desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

Todo lo anterior llevaría a nuestro Tribunal Constitucional a sostener que no existió vulneración del derecho a la intimidad, pues aunque reconoció que la agenda y el contenido manuscrito interceptado pertenecían al ámbito de la intimidad, la actuación de la Guardia Civil estaba presidida por un fin constitucionalmente legítimo, gozaba de habilitación legal y devino necesaria dado que se realizó en el marco de una operación internacional de lucha contra una banda criminal organizada dedicada al tráfico de estupefaciente (delito grave).

o. La intimidad de la víctima de un delito: STC 127/2003, de 30 de julio

El periódico "la Voz de Asturias" publicó los días 4 y 6 de marzo de 1992 dos artículos titulados, respectivamente, "*Un gijonés se enfrenta a 69 años por violar a su hija en varias ocasiones*" y "*Aumentan la pena al gijonés que violó a su hija*", incluyéndose en este último una fotografía del encausado y padre de la demandante en amparo por vulneración de su derecho a la intimidad. En el primero de los artículos la demandante expone que se hizo una "primera identificación aproximativa de la víctima", pues de las propias iniciales como de las circunstancias del lugar y fechas contenidas en el relato, podía intuirse qué ella era la víctima. Identificación que se vio concretada ya en el segundo artículo a raíz de la publicación de la fotografía a tres columnas del autor de los hechos, que unida todo lo anterior, permitió sin ningún tipo de duda identificar a la víctima. Suponiendo todo ello, según la víctima, un grave atentado a su intimidad y propia imagen, quien en ningún momento consintió

aparecer, siendo especialmente grave en el presente caso por ser menor de edad la afectada, la escabrosidad del hecho al ser una violación de un padre a su hija, y la publicación de la información durante la celebración de la vista oral, lo que supuso un plus de daño moral a la situación de la menor.

En primera instancia, se desestimó íntegramente la demanda, resolución que fue confirmado por la Audiencia Provincial en segunda instancia. Igualmente desestimado fue el recurso de casación.

El Tribunal Constitucional elaboraría su fundamentación a partir de la distinción y, en su caso, posible aplicación de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, pues a pesar de su estrecha relación en cuanto derechos dimanantes de la personalidad y derivados de la dignidad humana, son derechos autónomos que tienen un contenido propio y específico.

Respecto al derecho a la propia imagen, *"su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado"* (STC 156/2001, FJ 6; en parecidos términos, STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Por consiguiente, es obvio que no ha podido quedar afectado el meritado derecho, toda vez que en ninguna de las dos fotografías con las que se ilustraron los reportajes

periodísticos originadores del conflicto aparece retratada la ahora demandante de amparo."

Respecto de una hipotética vulneración del derecho al honor, tampoco pudo sostenerse, pues "el mencionado derecho fundamental protege frente al "desmerecimiento en la consideración ajena" (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4), pues lo perseguido por el art. 18.1 CE "es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás" (STC 180/1999, FJ 5). Dicho lo cual debemos rechazar resueltamente que la identificación de una persona como posible víctima de unos hechos presuntamente delictivos conlleve su escarnecimiento, humillación o desmerecimiento en la consideración ajena. En otras palabras, repugna a los valores y principios inspiradores de nuestro ordenamiento constitucional admitir que quien, como aquí sucede, ha podido ser sujeto pasivo de cuatro delitos de violación y dos de abusos deshonestos, cometidos por su propio padre, pueda padecer, además, estigmatización alguna a resultas de la divulgación de tal circunstancia. La hipotética vulneración del derecho al honor tendría lugar si, al socaire de la transmisión de esa información, se hubiera hecho uso de expresiones insultantes o vejatorias, pues es sabido que la Constitución no ha reconocido un pretendido derecho al insulto, por lo que quedan fuera de la protección que brinda el art. 20.1 d) CE aquellas expresiones que, al margen de su veracidad, resulten ofensivas u oprobiosas e impertinentes para difundir la información de que se trate (por todas, STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4)".

Por tanto, a juicio del TC, el problema era el conflicto entre el derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d CE) y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), y que como sistemáticamente ha venido diciendo el TC, recuerda que:

En primer lugar el derecho a la intimidad tiene por objeto "garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad (entre otras, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; y 83/2002, de 22 de abril; FJ 5)."

En segundo lugar, que el origen del derecho a la intimidad se halla "estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6), de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2)."

En tercer lugar, que el contenido del derecho a la intimidad es el "derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, 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. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984,

170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)".

En cuarto lugar, que el telos del derecho a la intimidad es la "existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)" (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Pues bien, abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6)."

En quinto lugar, que en materia de ponderación del derecho a la intimidad y el derecho a la comunicación de información veraz, "no resulta primordial dilucidar si la información transmitida resulta o no veraz, es decir, si la periodista satisfizo el específico deber de diligencia al que ha venido refiriéndose este Tribunal desde su STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5 -mediante la aplicación de los criterios sistematizados en la STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 6- ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad de la información "no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión" (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4 y las resoluciones allí mencionadas)".

Por todo ello, la cuestión esencial giraría en torno a si estábamos sobre asuntos de interés general o

relevancia pública, pues, precisamente, sólo es "esa relevancia comunitaria -y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena- lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, "y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 20/1992, de 14 de febrero; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4)" (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). Sin embargo, como veremos a continuación, el supuesto interés general de la noticia no justifica en el presente caso la publicación de ésta en la forma en que se ha efectuado".

Sobre todo lo anterior, el TC concluyó que, efectivamente, los datos revelados por los artículos afectaban a la intimidad de la víctima en la medida que "esos artículos desvelaron de forma indirecta e inequívoca su identidad puesto que facilitaron tanto la edad que tenía en el momento de celebración de la vista oral, como las iniciales de su nombre y apellidos y las iniciales del nombre y apellidos del padre y presunto autor de las agresiones, la pequeña localidad en la que éstas habrían tenido lugar, e ilustrando el segundo reportaje con una fotografía que muestra, de perfil pero claramente reconocible e identificable, al padre de la víctima, dejándose además en el pie de foto constancia de la condición de acusado del retratado."

Como no podía ser de otra forma, sostendría que "la divulgación de estos datos permitió perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho gravemente atentatorio para su dignidad personal, cual es el haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual. Por consiguiente debemos afirmar, con la

expresada Sentencia, que "en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público", puesto que "es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir", en esta ocasión el enjuiciamiento por el órgano jurisdiccional correspondiente de una conducta delictiva."

Indudablemente los sucesos criminales son acontecimientos noticiables, incluso con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia⁴⁴⁷, sin embargo, el límite está en la individualización, directa o indirecta, de la víctima, pues ese dato no es de interés público porque carece de relevancia para la información que se permite transmitir.

p. El caso de las cámaras ocultas: STC 12/2012, de 30 de enero

La periodista Lidia González Hermida, fue contratada por la productora Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., para realizar un programa de investigación mediante el conocido recurso de la "cámara oculta", sobre la problemática de los sanadores naturistas. Dicho programa fue cedido al programa PVP de la cadena de televisión Canal 9, que emitió dicho reportaje en el que la periodista acudía al gabinete esteticista y naturista de doña Rosa María Fornés Tamarit, y tras su emisión se desarrolló un debate en

⁴⁴⁷ Cita el tribunal las SSTC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4.

torno a las prácticas de los "falsos profesionales de la salud"⁴⁴⁸.

La Sra. Fornés interpuso demanda de protección del honor, intimidad y propia imagen (los tres derechos) ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia que desestimó la pretensión por entender que la actuación de la periodista se enmarcaba en el llamado periodismo de investigación y que la filmación y su contenido en general se desarrolló según los cánones o estándares de dichas prácticas periodísticas. Resolución que, en su totalidad, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia que entendió que efectivamente se trataba de un supuesto amparado por la doctrina de la información neutral que se refería a unos hechos veraces y que en ningún momento se vierten manifestaciones o expresiones que puedan ser ofensivas, por lo que, en definitiva se trataba de un reportaje verídico, objetivo, de interés general y con un propósito meramente informativo.

El Tribunal Supremo, sin embargo, rechazaría los anteriores pronunciamientos, por entender que se había vulnerado el art. 2.2 en relación con el art. 7.1 LO 1/1982, de 5 de mayo, pues no había mediado consentimiento expreso y en consiguiente su intimidad había sido lesionada. También su derecho a la propia imagen, pues el reportaje se centró en la Sra. Fornés, lo que la convirtió en elemento fundamental por lo que no se podía entender que se grabara y emitiera una imagen meramente accesoria para la información a los efectos de lo prevenido en el art. 8.2 c) de la citada Ley Orgánica.

⁴⁴⁸ La expresión se recoge literalmente.

Ya en sede de amparo -por vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz del art. 20.1.d CE-, el TC ofreció un concepto amplio de intimidad, siguiendo la doctrina del TEDH⁴⁴⁹, señalando que *"la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado"*, pues conforme a la doctrina europea⁴⁵⁰ *"sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un "círculo íntimo" en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada"*.

No extraña entonces la alusión al criterio de la expectativa de intimidad y la confianza que le reporta al sujeto el creer estar en ausencia de observadores⁴⁵¹, lo que llevó al TC a afirmar que *"resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales,*

⁴⁴⁹ Vid., por todas, STEDH Niemietz c. Alemania de 16 de diciembre de 1992.

⁴⁵⁰ La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69)."

⁴⁵¹ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán dictada en el caso de Carolina de Mónaco, ya citada cuando hacíamos referencia a la recepción por el ordenamiento germano del derecho a la intimidad.

pertenece al ámbito de la intimidad". Ello unido a la forma de captación de la información, que se desarrolló "en un ámbito indudablemente privado. No existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por la titular del derecho afectado, es forzoso concluir que hubo una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal", determinó que se considerase que hubo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

q. La intimidad como expectativa: STC 7/2014, de 27 de enero

El 26 de noviembre de 2016, la revista "¡Qué me dices!" publicó un reportaje gráfico sobre la actriz Mónica Estarreado que contenía un total de cinco imágenes captadas por un paparazzi en las que se la veía paseando, besando y abrazándose con Luis Arribas.

Ambos interpusieron contra el director de la revista y contra la editora acción de protección civil de la intimidad personal ante el Juzgado de Primera Instancia, que entendió que, efectivamente, se había conculcado la intimidad de los actores, pues el contenido de las imágenes carecía de interés público y aun siendo vía pública, los fotografiados estaban en la creencia de no ser observados.

En segunda instancia, la resolución de la Audiencia Provincial siguió los mismos términos que en primera, y confirmó la sentencia del juzgador a quo; sin embargo, el TS casó la resolución por entender que la libertad de información goza de una posición prevalente en abstracto y en el caso concreto la actriz, además, presentaba interés público, y en el

caso del Sr. Arribas su presencia en el reportaje fotográfico resultaba accesorio para transmitir la información que, por otro lado, no se había obtenido en un lugar clandestino o de manera furtiva, aun cuando habieran sido captadas sin el consentimiento de los perjudicados. Todo lo anterior unido a que con anterioridad a estos hechos, los anteriores ya habían concedido entrevistas a la prensa.

Comienza por recordar el TC la dimensión negativa de la intimidad ya expuesto en su sentencia 134/1999, de 15 de julio⁴⁵², indicando que a nadie se le puede exigir que pasivamente soporte la revelación de datos - reales o supuestos- de su vida privada o familiar.

En cuanto a la proyección pública y social derivada de la actividad profesional, indica el tribunal que *"no puede ser utilizada como argumento para negar a la persona que la ostente una esfera reservada de protección constitucional en el ámbito de sus relaciones afectivas, derivada del contenido del derecho a la intimidad personal, reduciéndola hasta su práctica desaparición."*

Por lo que respecta a la captación en la vía pública, el tribunal recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵³, según la cual aún en el contexto público como puede ser una vía pública en donde existe una zona de interacción entre el individuo y los demás, existe un ámbito privado. E indica el tribunal *"no puede admitirse que los demandantes, quienes en ningún momento han prestado consentimiento expreso, válido y*

⁴⁵² STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134).

⁴⁵³ Vid. STEDH *Von Hannover c. Alemania*, Gran Sala, de 7 de febrero de 2012.

eficaz a la captación y publicación de las imágenes, hayan disminuido por el hecho de mostrarse afecto en la calle las barreras de reserva impuestas por ellos al acceso por terceros a su intimidad”.

Asimismo, es especialmente significativo la circunstancia que las imágenes fueran obtenidas por clandestinamente por un paparazzi, pues siguiendo el razonamiento de la Sentencia antes mencionada, y que el propio tribunal alude, de 30 de enero de 2012⁴⁵⁴, es expresivo de que la Sra. Estarreado y el Sr. Arribas no tenían intención alguna de abrir al conocimiento ajeno su ámbito reservado de intimidad.

Todo lo anterior unido a que el contenido de las imágenes únicamente tenía trascendencia para la curiosidad y morbosidad del consumidor de la revista, lo que no puede confundirse con un interés digno de protección constitucional (afecta al conjunto de ciudadanos y es trascendente para la comunidad), llevaron al TC a sostener que la intimidad de los fotografiados había sido vulnerada.

3. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Según la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, la intimidad se refiere a la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de

⁴⁵⁴ STC 12/2012, de 30 de enero (RTC 2012, 12).

la vida humana⁴⁵⁵. Es un reducto de inmunidad sin cuya preservación no es realizable ni concebible siquiera la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental en su artículo 10⁴⁵⁶.

La intimidad es el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o qué hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales 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 espacio⁴⁵⁷.

A su vez, el derecho a la intimidad puede ser entendido desde una faceta negativa -impedir el conocimiento- como una positiva -autorizar el conocimiento-. Por lo tanto, en su aspecto positivo supone que el individuo dispone de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, y en su aspecto negativo el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a su divulgación por terceros y frente a una publicidad no querida, lo que comporta que pueda excluir que los demás, esto es, que las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, no den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida salvo los límites

⁴⁵⁵ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

⁴⁵⁶ STC 20/1992, de 14 febrero (RTC 1992, 20).

⁴⁵⁷ STC 127/2003, de 30 junio de 2003 (RTC 2003, 127).

que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁴⁵⁸.

Cuando hablamos de intimidad familiar no significa que la titularidad sea de la familia sino que el derecho se extiende tanto a aspectos de la vida propia y personal como a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo⁴⁵⁹.

A diferencia de lo que ocurre con las intromisiones en el honor que estas pueden reputarse legítimas si la información es veraz y de interés general, la verdad de los hechos divulgados no justifica la intromisión en la intimidad, pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ SSTC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115), 83/2002, de 22 abril (RTC 2002, 83), 185/2002, de 14 octubre (RTC 2002, 185).

⁴⁵⁹ STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

⁴⁶⁰ STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115).

CAPÍTULO VIII

LA TUTELA PENAL DEL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TRADICIÓN CODIFICADORA

1. INTRODUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 1.2 DE LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO

Cuando una persona ante un determinado acontecimiento en el que entiende que su intimidad ha sido vulnerada, en el mejor de los casos, desconoce que el ordenamiento jurídico le brinda para la protección de ese bien jurídico dos cauces distintos: el civil (o el social, contencioso o castrense si los hechos han ocurrido en determinada condición personal de las partes que hace que queden atraídos por dichas jurisdicciones) y el penal.

La pregunta, entonces, que realiza es evidente ¿Qué diferencia hay entre la vía civil y la penal? Y más allá de las oportunas explicaciones de naturaleza procesal (entre las que habitualmente surge el de la obtención de fuentes de prueba y costas, y respecto de estas la realidad nos demuestra que muchas veces se acude a la jurisdicción penal porque el riesgo de la imposición de costas a la acusación particular se diluye a diferencia de lo que ocurre para el actor civil), en un lenguaje fácilmente comprensible se termina diciendo que aunque ambas jurisdicciones están dirigidas a tutelar la intimidad, la penal se reserva para aquellas situaciones que objetivamente resultan más graves (con la consiguiente alusión a lo que significa el principio de *ultima ratio* del derecho penal).

Llegados a este punto, conviene recordar la obviedad que quien ha visto afectada su intimidad entiende que su situación es la más grave de las posibles, y, por lo tanto, desea que se condene criminalmente a su agresor. Con independencia que, en la mayoría de casos, la víctima o perjudicado lo único que pretende es un indemnización por el daño sufrido.

El papel del abogado, en consecuencia, resulta trascendental para que el asunto termine siendo conocido por el Juzgado de Primera Instancia o Penal, pues queda a su arbitrio (en puridad, del cliente) determinar qué escrito de parte será el que inicie el procedimiento para tutelar la intimidad, a saber, demanda o querrela⁴⁶¹.

Evidentemente que en el caso de activar la jurisdicción penal al juez instructor le compete valorar la naturaleza criminal de los hechos, sin embargo, es extremadamente complejo a *limine* determinar, por ejemplo, en el ámbito de la tutela del honor que las expresiones "cara anchoa" o "chambón", son constitutivas de un delito de injurias del art. 208 CP o bien una lesión civil del honor tutelable por vía del art. 7.7 LO 1/1982, máxime cuando las circunstancias subjetivamente lesivas, según doctrina de nuestro Tribunal Constitucional⁴⁶², son de interés para la depuración del asunto en la medida que una misma afirmación puede tener diferente repercusión en función de cada persona; o en el ámbito de la intimidad

⁴⁶¹ También denuncia. Aunque siendo rigurosos, el escrito de denuncia no es un escrito de parte per se, no obstante, a efectos prácticos ahora mismo la distinción es superflua para lo que se quiere decir.

⁴⁶² STC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 2329).

se trate de una divulgación que menoscabe gravemente la intimidad personal (art. 197.7 párrafo 1 in fine).

La única referencia legal -más allá de los criterios cualitativos o descripciones específicas de los tipos penales respecto de la dicción de la norma civil- la encontramos en el art. 1.2 LO 1/1982 que establece que "el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9.º de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito"⁴⁶³.

El tenor del precepto transcrito, sin embargo, no se corresponde con el del texto original, que establecía que "cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito".

La redacción primigenia, por tanto, establecía inequívoca y preceptivamente que para los casos en que existiera protección penal, ésta tendría preferente aplicación, *por ser la de más fuerte efectividad*⁴⁶⁴. Sin embargo, MORALES PRATS en su opúsculo "*Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*", destacaría las deficiencias que

⁴⁶³ Modificado por el apartado 2 por la disposición final 4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁶⁴ Vid. Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo.

comportaba una cláusula de preferencia del derecho penal⁴⁶⁵.

Por un lado, la aprobación Ley de Protección Civil de los derechos de la personalidad había logrado cohesionar una conciencia social de respeto a los bienes jurídicos tutelados superior a la alcanzada por medio de las normas penales, lo que le llevaría a cuestionar la supuesta efectividad prioritaria de la protección penal respecto de la civil en esta materia, pese al apriorístico diagnóstico en sentido opuesto expresado por el legislador⁴⁶⁶.

Y por el otro, otorgar la *más fuerte efectividad* al derecho penal, comportaba indeseables y artificiosas prácticas dilatorias en el plano procedimental, pues la realidad forense evidenciaba como la parte demandada solía oponer excepciones de competencia de jurisdicción ante las demandas civiles de protección del honor para evitar así la aplicación de la Ley civil, confiando en las dificultades con que topan para su admisión las querellas por delitos contra el honor⁴⁶⁷.

En cuanto al *ius persecuendi*, la doctrina de los Juzgados de Primera Instancia con anterioridad a la reforma era la siguiente: si los hechos eran en principio constitutivos de delito perseguible de

⁴⁶⁵ MORALES PRATS, F.: "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", *Cuadernos de política criminal*, núm. 36, pp. 712-717.

⁴⁶⁶ *Ibíd*, p. 714.

⁴⁶⁷ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

oficio⁴⁶⁸ o de los exceptuados de la persecución a instancia de parte⁴⁶⁹, la vía penal se declaraba preferente y excluyente respecto de la civil. En cambio, si se trataban de hechos aparentemente constitutivos de un delito contra el honor o intimidad perseguible a instancia de parte, debía quedar salvaguardada la facultad de libre elección por parte del ofendido para acudir a la vía penal o a la civil⁴⁷⁰.

Esta solución jurisprudencial sería calificada por MORALES PRATS como "en parte superflua y en parte errónea". En primer lugar era parcialmente superflua porque a tenor del art. 112.II LECrim, "si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal", de modo que la modulación de los efectos del art. 1.2 de la LO 1/1982, en su redacción original, solo era relevante a los efectos de aquellos delitos sustraídos del requisito de la querrela⁴⁷¹. Y, parcialmente errónea porque suponía una confusión entre prejudicialidad penal e incompetencia de jurisdicción, pues si el actor había optado por ejercitar una acción civil y no había pretendido calificar penalmente la intromisión ilícita, no debía ser procedente la incompetencia de jurisdicción.

⁴⁶⁸ Vid. respecto del CP/1973, las ofensas al honor previstas en el Capítulo VIII del Título II del Libro II.

⁴⁶⁹ Vid. art. 467 CP/1973.

⁴⁷⁰ MORALES PRATS, F.: "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", op. cit., p. 716.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

Todas estas circunstancias descritas serían las que llevaría al legislador de 1995 a modificar el art. 1.2 de la LO 1/1985, de 5 de mayo, y establecer con claridad que el carácter delictivo de la intromisión no impide el recurso al procedimiento de tutela civil.

A pesar, sin embargo, de los importantes avances logrados desde la doctrina, todavía hoy subsiste un grave problema, y es, en palabras de COBOS GÓMEZ DE LINARES, "que el afectado será quien escoja si seguir la persecución civil o la penal contra él dirigida, debido al solapamiento de conductas en unos y otros preceptos"⁴⁷², lo que es sintomático de que los caracteres de *ultima ratio* y fragmentariedad de la intervención penal todavía suponen una fórmula programática en el ámbito de los bienes de la personalidad⁴⁷³.

Con todo, debe efectuarse una precisión de orden procesal respecto de la posibilidad de elegir entre la acción penal o civil, y sus consecuencias prácticas.

La STS 28 septiembre de 1998⁴⁷⁴, estableció por primera vez el criterio de que el ejercicio de la acción penal comportaba la extinción de la acción civil por tratarse del ejercicio de un derecho de opción, ya que asumir la posibilidad de ejercer la vía civil

⁴⁷² COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.: "Capítulo VII: Delitos contra el honor", en AA.VV.: *Manual de derecho penal: parte especial I (adaptado a los programas de las oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal)* (dir. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), Akal, Madrid, 1994, p. 253.

⁴⁷³ Vid., en este sentido, a MORALES PRATS, F.: "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", op. cit., p. 719.

⁴⁷⁴ STS 28 septiembre 1998 (ES:TS:1998:5406).

después de agotada la penal equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, lo que sería contrario al espíritu de la Ley Orgánica 1/1982, que emplea el instituto de la caducidad, y no el de la prescripción, para el plazo de ejercicio de las acciones.

Asimismo, el TS declaró en el caso concreto caducada la vertiente civil en virtud del transcurso del tiempo, considerando que, según el art. 9.5 de la LO 1/1982, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción es aquel en el cual el legitimado pudo ejercer las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas. En este sentido, la actora pudo elegir la vía civil al conocer la intromisión, pero optó por la vía penal, habiendo transcurrido cinco años cuando finalizó el procedimiento penal por Auto de sobreseimiento, sin que la extensa duración de su tramitación haya perjudicado el transcurso del plazo de caducidad al no constituir un supuesto de fuerza mayor.

La demandante acudió en amparo al TC al entender que no era dable sostener que el lapso en el que se tramitó la acción penal agotó el plazo de caducidad, pues éste se suspendió cuando la acción se ejerció en plazo, y en todo caso el Tribunal Supremo debió entender que el plazo de caducidad no podía ser computado si por fuerza mayor independiente de la voluntad del titular no podía ejercitarse la acción, y por ello el plazo debió comenzar a computarse desde que la ofendida pudo ejercer su acción; es decir, una vez finalizado el proceso penal.

Sin embargo, el TC confirmaría en su Sentencia 77/2002, de 8 de abril⁴⁷⁵, la doctrina sentada por el TS en atención a los dos razonamientos siguientes: en primer lugar, el art. 1.2 LO 1/1982 concede al ofendido la opción para optar por la vía penal o la vía civil para la defensa de sus derechos; y, en segundo lugar, el plazo del artículo 9.5 es un plazo de caducidad, por lo que la interrupción del plazo por las diligencias penales no tiene sentido por no ser un efecto que se impone de manera forzosa e ineludible al ofendido ya que en estos delitos privados goza de la posibilidad de ejercitar la acción civil directamente.

Por lo que respecta a la cuestión de si el ejercicio de la acción penal lleva consigo el irrevocable y definitivo efecto de la extinción civil, el TC en su Sentencia 236/2006, de 17 julio⁴⁷⁶, manifestó que la respuesta ha de ser negativa. Y ello porque el art. 116 LECrim, sólo considera extinguida la acción civil cuando el ejercicio de la acción penal se haya concluido con un pronunciamiento en el sentido de que no se ha probado la existencia del hecho del que podría derivar la responsabilidad, es decir, que en el proceso penal se determine la inexistencia del hecho constitutivo de la intromisión ilegítima denunciada.

2. EL DERECHO PENAL Y LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Puede decirse con carácter introductorio que es comúnmente aceptado en la praxis forense que la

⁴⁷⁵ STC 77/2002, de 8 de abril (RTC 2002, 77).

⁴⁷⁶ STC 236/2006, de 17 de julio (RTC 2006, 236).

imposición de una pena criminal ha de encontrar justificación no sólo en la necesidad de tutelar aquellos bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, sino también en la idea de que el derecho penal ha de sancionar únicamente las agresiones más graves e intolerables⁴⁷⁷.

Por otro lado, veíamos que con el derecho penal no se agotan los cauces jurídicos de protección de bienes jurídicos, en la medida que estos pueden quedar perfectamente protegidos por la leyes civiles, sociales, administrativas, etc; por lo que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de recurrir a otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico⁴⁷⁸.

Ahora bien, no puede perderse de vista que cuando se alude a la expresión "principio de mínima intervención", en puridad no se está haciendo alusión a un principio de interpretación del derecho penal, sino de política criminal por lo que el destinatario no es tanto el operador jurídico como el legislador que es a quien compete la elaboración de las leyes penales, pues como señala nuestro Alto Tribunal: "se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la Ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de

⁴⁷⁷ SAP Palencia 9 noviembre 2000 (ARP 2000/2659).

⁴⁷⁸ STS 21 julio 2011 (RJ 2011\5546).

excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear"⁴⁷⁹.

Dicho lo anterior, en la actualidad hay una tendencia social generalizada a considerar que la única manera real de protección de bienes jurídicos es mediante el recurso al orden punitivo.

Lo que en nuestro ámbito exige analizar la protección penal de la intimidad en nuestra tradición jurídica, para evidenciar no sólo la incesante fagocitación del derecho civil por el penal sino también su expansión.

3. EL CARÁCTER FRAGMENTARIO DE LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD EN LA TRADICIÓN PENAL ESPAÑOLA. LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO PENAL DE 1973

a. Introducción

El derecho a la intimidad, tal y como hemos visto, es un concepto moderno que a lo largo del tiempo ha carecido no sólo de reconocimiento expreso en los ordenamientos jurídicos, sino también de una tutela integral y eficaz, especialmente en el ámbito romanista⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ STS 28 febrero 2011 (RJ 2005\1905).

⁴⁸⁰ TOMMASINI, R.: "Osservazioni in tema di diritto alla privacy", *Scritti in on. Di S. Pugliatti*, vol. I, T. II, Giuffrè, Milano, 1978, p. 1991. También puede verse GIAMPICCOLO, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 1958, núm. 2., pp. 458-475.

En el ámbito del derecho penal español histórico, la *privacy* ha tenido una tutela muy limitada y fragmentaria⁴⁸¹, cuya protección se ha circunscrito, en esencia, a la idea de secreto y a manifestaciones concretas tal y como se deduce del articulado del Código Penal de 1973⁴⁸²:

El registro o violación domiciliaria del art. 191.1º ACP:

"El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes."

El registro de efectos cometido por funcionario público, previsto en el art. 191.2º ACP:

"El funcionario público que, no siendo autoridad judicial, y fuera de los casos permitidos por las leyes, registrare los papeles de un súbdito español y los efectos que se hallaren en su domicilio, a no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento".

⁴⁸¹ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, núm. 1, p. 39.

⁴⁸² Las referencias más antiguas las tomaremos del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sin perjuicio de, según se indique, el precepto se haya modificado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Hay que tener presente que la redacción, por lo que respecta a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se ha mantenido idéntica a lo largo de la codificación. Todas las observaciones de vigencia que sean necesarias se irán ofreciendo a lo largo de las sucesivas páginas que traten este epígrafe.

La violación de la correspondencia por funcionario público, previsto en el art. 192 ACP:

"El funcionario público que, sin las debidas atribuciones, detuviere cualquier clase de correspondencia privada, incurrirá en la multa de 5.000 a 25.000 pesetas"

Revelación de secretos profesionales por el abogado prevista en el art. 360 ACP:

"Será castigado con las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas el Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión."

Revelación o entrega de secretos por parte de funcionarios en el conocimiento de sus funciones en el art. 367 ACP:

"El funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 5.000 a 10.000 pesetas. Si de la revelación o de la entrega de papeles resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial"

Revelación de secretos cometida por un particular en el art. 368 ACP:

"El funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de arresto mayor, suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas."

El allanamiento de morada previsto en los arts. 490 ACP y ss.:

"El particular que entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador será castigado con arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas."

Descubrimiento y revelación de secretos documentales en relación con la intimidad documental, profesional-laboral y empresarial del art. 497 ACP:

"El que para descubrir los secretos de otro se apoderase de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas."

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas."

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia".

Violación de secretos doméstico-laborales del art. 498 ACP:

"El administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas."

Divulgación de hechos privados, imagen o palabra en el art. 566.2 CP:

"Los que por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación, divulgaren maliciosamente hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios, o graves disgustos, en la familia a que la noticia se refiera."

Se deduce de la anterior panoplia de preceptos, que el Código Penal de 1973 distaba mucho de conferir una protección unitaria de la intimidad, lo que en buena parte obedecía al aislamiento del legislador penal español respecto de las nuevas corrientes reformistas y de ruptura con los nuevos fenómenos sociales imperante en la Europa de la última mitad de siglo XX, y que, en último término, no son sino consecuencias de la dictadura franquista y su automarginación respecto del progreso intelectual vivido en la Europa occidental⁴⁸³.

⁴⁸³ Vid., en este sentido, la obra de BARBERO SANTOS, M.: *Política y derecho penal en España*, Tucar Ediciones, Madrid, 1977. En la p. 66, entre otros de los penalistas exiliados, se citan: "Jiménez de Asúa, Bernaldo de Quirós, Jiménez Huerta, Ruiz Funes, Rivacoba, Blasco Fernández de Moreda, López Rey, González López, etc". Y, en la p. 86: "Si, a pesar de que nuestra legislación punitiva de los últimos decenios no se caracteriza, como se deduce de lo expuesto,

Por otro lado, indica MORALES PRATS que junto al factor del aislamiento de la normativa penal nacional, "que ha determinado la falta de una renovación de las normas penales en orden a una mayor tutela de la intimidad (preinformática e informática) como la operada en Italia, República Federal de Alemania y Francia, por ejemplo, en los últimos veinte años"⁴⁸⁴, hay que prestar atención al proceso mismo de codificación del derecho penal, pues resulta preciso remontarse a tales inicios "para interpretar el sentido y alcance de aquellas parcelas de protección residual o implícita del bien jurídico en cuestión, inalteradas hasta hoy en día, dado que el CP en vigor debe considerarse una fiel reproducción del armazón ideológico-sistemático de los Códigos de 1848 y 1879, si bien respecto al derecho a la intimidad el texto de 1944 puede considerarse en algunos aspectos incluso más arcaico que éstos"⁴⁸⁵.

LUZÓN PEÑA, por su parte, situaría las causas de ausencia de una protección penal eficaz de la intimidad en la concepción atrasada del legislador acerca de los derechos de la personalidad cuya preocupación estaba

precisamente por sus logros -siendo ardua tarea la de determinar qué ley especial o reformadora del Código se lleva la palma en el don de errar-". Y en p. 124: "Nuestro ordenamiento penal presenta una auténtica hipertrofia punitiva, y no sólo porque prevé penas excepcionalmente severas, sino también porque permite la imposición de medidas de seguridad predelictuales y porque castiga numerosas conductas que no son delictivas en la generalidad de los ordenamientos penales del mundo occidental".

⁴⁸⁴ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., p. 159.

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

canalizada hacia lo material⁴⁸⁶, y marcada por el puritanismo en el ámbito de la honra personal y familiar. A lo anterior, además, se añadía -según el mencionado autor- "que los medios de ataque a la intimidad también eran antes menos en número y variedad, y más toscos y menos peligrosos cualitativamente"⁴⁸⁷.

La aludida insuficiente protección penal de la intimidad en el CP 1973, y en los códigos punitivos anteriores, encontraría su colofón en la preterición de las intromisiones ilegítimas por medio de aparatos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o imagen, lo que, en esencia, suponía la no punibilidad de las escuchas telefónicas ilegales que estaban presentes en las décadas de los sesenta y setenta.

No puede justificarse tal omisión jurídico penal en el desconocimiento del estado de la realidad del mundo, pues, al tiempo de la promulgación del Código Penal de 1973 era bien conocido el fenómeno de la intervención de las comunicaciones telemáticas cuya proliferación ininterrumpida arrancó con la Segunda Guerra Mundial⁴⁸⁸ y proseguiría con el surgimiento de

⁴⁸⁶ LUZÓN PEÑA, D.M.: "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", op. cit., p. 40.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, loc. ult. cit.

⁴⁸⁸ Vid. WESTIN, A.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p.77: "The new electronic technology is now able to break through long-standing physical barriers to such third-party auidial eavesdropping and can provide sophisticated means for extracting speech from closed locations or transmission lines and sending it to securee listening posts. Apart from such non-tecnological aids to surveillance as lip-reading, a

las agencias nacionales de inteligencia. Precisamente, en 1946, un año después de la terminación de la guerra, las naciones de habla inglesa -USA, RU, Canadá, Australia y Nueva Zelanda- formalizaron el tratado de seguridad UKUSA con el objetivo de recolectar información especialmente sensible. De hecho es el desarrollo de los medios de comunicación a distancia, lo que en 1952 llevaría a UK y USA, respectivamente, a crear el *Government Communications Headquarters* (GCHQ) y la *National Security Agency* (NSA), para la monitorización de las comunicaciones electrónicas, y, en sazón de la guerra fría, al desarrollo del proyecto ECHELON dirigido a la captura de comunicaciones a nivel global.

Tanto es así que en 1967, WESTIN ya dedicaba la parte segunda de su obra *Privacy y Freedom* a las nuevas herramientas para la invasión de la intimidad⁴⁸⁹. Concretamente en el Capítulo 4 dedicado a los dispositivos de escucha y observación⁴⁹⁰ se alude a la

bulging arsenal of a new improved technique for vocal surveillance has been developed since World War II".

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 69 y ss. En el capítulo 4 se estudian en general los mecanismos de localización de personas, observación y captación de imagen (fotografía y video) y sonido.

No vamos a aludir pormenorizadamente todos los dispositivos a los que Westin alude en su obra porque a día de hoy están bien obsoletos bien totalmente reformados y evolucionados, e incluso asimilados en el uso cotidiano por la población cuya concreción inmediata encuentra lugar con los smartphones que a través del uso del hardware y software de fábrica permiten de manera inmediata la captación y filmación de la imagen y sonido, o mediante el recurso a aplicaciones desarrolladas por terceros que posibilitan intervenir comunicaciones o acceder a otros dispositivos de terceras personas.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 73.

facilidad con la que cuenta cualquier persona de recurrir a aparatos de escucha y captación del sonido ya no sólo por su poco valor económico, apenas 10\$ un micrófono del tamaño de un terrón de azúcar o los más sofisticados métodos de intervención a distancia unos 150\$ de media, sino porque su venta y distribución es totalmente libre⁴⁹¹, lo que comporta que cualquiera pueda acceder a la tecnología.

Este contexto de desarrollo tecnológico hizo que la mayoría de estados jurídicamente avanzados aprobaran diferentes normas tendentes a la represión penal del control auditivo y visual. Por ejemplo en Francia con la aprobación de Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 *tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, a la que ya hemos aludido, se introdujo una reforma del código penal vigente en aquel momento⁴⁹² (hoy ya derogado) en el que se reformaron y crearon los artículos 368 a 372 para dar mejor protección a la vida privada. Así el art. 368 castigaba con pena de prisión de dos meses a un año y/o multa de 2.000 a 60.000 francos a quien atentase voluntariamente contra la vida privada de otro escuchando, registrando o transmitiendo por cualquier medio, palabras pronunciadas privadamente, por una persona, sin su consentimiento; o tomando, o transmitiendo, por medio de cualquier aparato, la imagen de una persona que se encuentre en un lugar privado, sin su consentimiento⁴⁹³. Por su

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 77-83.

⁴⁹² Loi 1810-02-17 promulguée le 27 février 1810.

⁴⁹³ Article 368: Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2.000 à 60.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui:

parte, el art. 369 castigaría a quienes conservaran, llevaran o dejaran llegar al conocimiento público o de un tercero, de todo registro o documento obtenido por los medios previstos en el art. 368⁴⁹⁴. El art. 370, a quienes publicasen un montaje con palabras o imágenes de una persona siempre que no se apreciase como evidente el montaje o se advierta expresamente del mismo⁴⁹⁵. El art. 371, a quienes fabricasen, importasen, ofreciesen o vendiesen aparatos prohibidos expresamente

1° En écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci;

2° En fixant ou transmettant, au moyen d'un appareil quelconque, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans le consentement de celle-ci.

Lorsque les actes énoncés au présent article auront été accomplis au cours d'une réunion au vu et au su de ses participants, le consentement de ceux-ci sera présumé.

⁴⁹⁴ Article 369. Sera puni des peines prévues à l'article 368 quiconque aura sciemment conservé, porté ou volontairement laissé porter à la connaissance du public ou d'un tiers, ou utilisé publiquement ou non, tout enregistrement ou document, obtenu à l'aide d'un des faits prévus à cet article.

En cas de publication, les poursuites seront exercées contre les personnes énumérées à l'article 285, dans les conditions fixées par cet article, si le délit a été commis par la voie de la presse, et contre les personnes responsables de l'émission ou, à défaut, les chefs d'établissements, directeurs ou gérants des entreprises ayant procédé à la diffusion ou en ayant tiré profit, si le délit a été commis par toute autre voie, sans préjudice de l'application des dispositions des articles 59 et 60 relatives à la complicité.

L'infraction est constituée dès lors que la publication est faite, reçue ou perçue en France.

⁴⁹⁵ Article 370. Sera puni des peines prévues à l'article 368 quiconque aura sciemment publié, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne, sans le consentement de celle-ci, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. Les poursuites seront exercées dans les conditions prévues à l'article 369, deuxième alinéa.

por la Administración Pública⁴⁹⁶. Por último, el art. 372 sancionaría la tentativa de los anteriores delitos con la misma pena que para el delito consumado, así como el establecimiento del requisito de procedibilidad de la denuncia del titular del bien jurídico o su representante legal o derechohabiente y la facultad del tribunal para confiscar todo registro o documento obtenido por medio de alguno de los hechos descritos en el art. 368 o los soportes de montaje del art. 370 o aparatos del art. 371⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Article 371. Une liste des appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer l'infraction prévue à l'article 186-1 et des appareils qui, conçus pour la détection à distance des conversations, permettent la réalisation de l'infraction prévue à l'article 368, sera établie dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Les appareils figurant sur la liste ne pourront être fabriqués, importés, détenus, exposés, offerts, loués ou vendus qu'en vertu d'une autorisation ministérielle dont les conditions d'octroi seront fixées par le même décret. Est interdite toute publicité en faveur d'un appareil susceptible de permettre la réalisation des infractions prévues, selon le cas, aux articles 186-1 ou 368, lorsqu'elle constitue une incitation à commettre ces infractions. Sera puni des peines prévues, selon le cas, aux articles 186-1 ou 368 quiconque aura contrevenu aux dispositions des alinéas précédents.

⁴⁹⁷ Article 372. Pour toutes les infractions prévues aux articles 368 à 371, la tentative du délit sera punie comme le délit lui-même.

Dans les cas prévus aux articles 368 à 370, l'action publique ne pourra être engagée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit. Dans les cas visés à l'article 368, le tribunal pourra prononcer la confiscation du matériel ayant servi à commettre l'infraction.

Dans les cas visés aux articles 368 et 369, il pourra prononcer la confiscation de tout enregistrement ou document obtenu à l'aide d'un des faits prévus à l'article 368. Dans les cas visés à l'article 370, il pourra prononcer la confiscation du support du montage. Dans les cas visés à l'article 371, il prononcera la confiscation des appareils ayant fait l'objet d'une des opérations énumérées par cet article en l'absence d'autorisation.

En Italia, de manera similar a lo ocurrido en Francia, la legge n. 98 del 1 aprile 1974, tal y como habíamos dicho cuando analizábamos la recepción de la *privacy* en este país, creó nuevos tipos penales protectores del secreto de las comunicaciones de la vida privada. Con esta nueva ley se introdujeron los artículos 615 bis, 617 bis y 623 bis, y modificó, entre otros, el artículo 617 del código penal. El art. 615 bis⁴⁹⁸ sancionaría tanto la obtención de información o imágenes a través del uso de dispositivos tecnológicos cuando esta se produjera en el hogar o lugares cerrados, como su difusión o revelación in consentida. El art. 617⁴⁹⁹ pasaría a prohibir tanto la intervención

⁴⁹⁸ Art. 615 bis: (Interferenze illecite nella vita privata). Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, e' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo.

I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena e' della reclusione da uno a cinque anni se il fatto e' commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

⁴⁹⁹ Art. 617. - (Cognizione, interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche). - Chiunque, fraudolentemente, prende cognizione di una comunicazione o di una conversazione, telefoniche o telegrafiche, tra altre persone o comunque a lui non dirette, ovvero le interrompe o le impedisce e' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, la stessa pena si applica a chiunque rivela, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni o delle conversazioni indicate nella prima parte di questo articolo.

fraudolenta de las comunicaciones o conversaciones telefónicas o epistolares en las que no fuera receptor, como su difusión; mientras que el 617 bis⁵⁰⁰ en correspondencia con la tónica legislativa, criminalizaría la instalación de aparatos, instrumentos o dispositivos dirigidos a la interceptación o interrupción de la comunicación telegráfica o telefónica, siempre y cuando no mediara autorización judicial en observancia de los requisitos previstos en los arts. 226 ter y quarter. Mientras que, por último, el art. 623 bis⁵⁰¹ para dar mayor cobertura ante el riesgo de otros mecanismos tecnológicos no contemplados, permitiría aplicar la normativa referida para comunicaciones telegráficas y telefónicas a

I delitti sono punibili a querela della persona offesa; tuttavia si procede d'ufficio e la pena e' della reclusione da uno a cinque anni se il fatto e' commesso in danno di un pubblico ufficiale o di un incaricato di un pubblico servizio nell'esercizio o a causa delle funzioni o del servizio, ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

⁵⁰⁰ Art. 617-bis. - (Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche). - Chiunque, fuori dei casi consentiti dalla legge, installa apparati, strumenti, parti di apparati o di strumenti al fine di intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche tra altre persone e' punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena e' della reclusione da uno a cinque anni se il fatto e' commesso in danno di un pubblico ufficiale nell'esercizio o a causa delle sue funzioni ovvero da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

⁵⁰¹ Art. 623-bis. - (Comunicazioni e conversazioni non telegrafiche o telefoniche). - Le disposizioni contenute nella presente sezione, relative alle comunicazioni e conversazioni telegrafiche o telefoniche, si applicano a qualunque altra trasmissione di suoni, immagini od altri dati effettuata con collegamento su filo o ad onde guidate.

cualquier otra transmisión de sonido, imágenes, o de otros datos, efectuada través de cables de conexión u ondas guiadas.

En el plano nacional no sería hasta la aprobación de la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, cuando el legislador consideró necesario tipificar penalmente las escuchas telefónicas ilegales, introduciendo los artículos 192 bis y 497 bis.

El primero de ellos, penaba con arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta, la interceptación de comunicaciones telefónicas o el uso de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, por parte de la autoridad, funcionario público o agente. Así como la divulgación o revelación por estos de la información obtenida por cualquiera de los indicados medios, sería sancionada con la pena superior en grado.

El segundo, por su parte, sancionaba a quienes para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Y para el caso que se divulgare o revelare lo descubierto, las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 800.000 pesetas.

A pesar de ello, no podemos dejar de advertir que, un año antes de LO 7/1984, la Ley Orgánica 8/1983, de

25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, derogaría el art. 566.2 CP 1973 que, como hemos visto, tipificaba la divulgación maliciosa por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, pudieran producir perjuicios o grave disgusto en la familia a que se refiriesen.

Vemos como el legislador español, desde la perspectiva penal, ha dado una insuficiente tuición a la *privacy* a pesar de que tuvo oportunidad para corregir sus defectos mediante la aprobación de las dos Leyes Orgánicas referidas.

Ahora bien, en rigor, conviene precisar que la no protección penal de aspectos concretos del bien jurídico intimidad como pudieran ser la intimidad visual, los atentados graves contra la vida privada, incluso un general secreto profesional⁵⁰², no significan que el ordenamiento jurídico español no se protegiesen tales conductas, no en vano, la LO 1/1982, confería (entonces y ahora) un amplio catálogo de protección de la intimidad y no es menos cierto que el principio de subsidiariedad del derecho penal exige que, como hemos visto, ante la existencia de la sanción civil se pueda prescindir de la penal.

En definitiva, el CP de 1973, tras la LO 8/1983 y LO 7/1984, adoptó una protección que nadaría entre dos aguas, pues si bien no garantizaba una protección completa de la intimidad, como lo podían hacer los

⁵⁰² Recordemos que conforme al art. 360 CP 1973 la revelación de secretos profesional sólo estaba prevista para funcionarios públicos, abogados y procuradores.

códigos penales francés e italiano, sí que determinados aspectos concretos de la intimidad eran protegidos.

El problema, como advertiría GÓMEZ PAVÓN, es que el Código Penal -ya en la postrimería de la década de los ochenta- seguía respondiendo, en lo que a nuestro bien jurídico nos interesa, a una concepción eminentemente basada en el derecho de exclusión centrando el foco de protección en lo que quiere mantenerse fuera del conocimiento general⁵⁰³.

La omisión punitiva, advierte LUZÓN PEÑA, se concretaría en la ausencia "de una tipificación de la revelación del secreto profesional, de las preocupantes posibilidades de intromisión en los datos (y hechos) privados mediante la informática, respecto de lo cual debe desarrollarse el correspondiente mandato de regulación legal del uso de la informática contenido en el art. 18.4 CE"⁵⁰⁴. Y en idéntico sentido GÓMEZ PAVÓN señalaría que "con esta regulación [la existente en 1989] queda desprotegida la intimidad contra el uso abusivo de medios informáticos, que no se contempla dentro de los diferentes tipos (...) y, por otra parte aspectos esenciales de la libertad, zona que necesariamente debe preservarse para conseguir un pleno desarrollo de la personalidad, quedan igualmente sin protección en el momento actual"⁵⁰⁵.

⁵⁰³ GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989, p. 50.

⁵⁰⁴ LUZÓN PEÑA, D.M.: "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", op. cit., p. 58.

⁵⁰⁵ GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, op. cit., loc. ult. cit.

Fieles al *iter* discursivo seguido a lo largo de nuestra obra, entonces, es momento detenernos en torno al paradigma clásico de la política criminal en materia de tutela de la *privacy*: el secreto⁵⁰⁶.

Ahora bien, conviene en orden a una recta comprensión de lo sucesivo ofrecer tres aclaraciones.

En primer lugar, nos centraremos únicamente en cuestiones que por la redacción actual de los delitos previstos en el Capítulo I del Título X del Libro II del CP de 1995, especialmente del art. 197 CP, tienen relevancia bien de manera directa bien de manera indirecta, —y ello en la medida que nos oponemos a los análisis ahistóricos porque desechan la tradición sobre la que se construye o transforma la realidad del derecho—, de lo contrario abordaríamos cuestiones totalmente estériles u ociosas desde el punto de vista práctico.

En segundo lugar, optamos por no introducir un análisis histórico o exégesis autónomamente en cada precepto que nos interesa del vigente código penal en la medida que sólo a través de una panorámica completa de la evolución de la tutela penal del bien jurídico intimidad se podrá advertir con mayor claridad cuáles han sido los hitos y preocupaciones en torno a la

⁵⁰⁶ Procedemos en este momento a su análisis en clave penal, pues consideramos conveniente no abordar la cuestión cuando nos enfrentemos al grueso del art. 197 y concordantes del Código Penal de 1995, pues supondría en todo momento hacer una exposición con «flashbacks», lo que, para un tema tan difuso, complicaría enormemente su recta comprensión. Por ello, se ha optado por presentar la cuestión, con las limitaciones obvias, siguiendo los parámetros propios de la narrativa cronológica.

tensión entre el clamor punitivo de la ciudadanía y los planteamientos doctrinales y legislativos adoptados.

En tercer lugar, por razones evidentes no podemos centrarnos en todos los elementos del tipo en la medida que han sufrido evolución.

b. El secreto penalmente relevante

i. Introducción

Puede decirse que es en el ámbito de los secretos donde hallamos el antecedente más claro -y a su vez punto de partida inequívoco- en la configuración de la tutela penal de la *privacy* tal y como actualmente se plasma en nuestro texto punitivo, aunque, como advertiría QUINTANO RIPOLLÉS "la elaboración histórica de la protección penal al secreto es sumamente confusa, sin que pueda afirmarse, ni mucho menos, que tal confusión haya sido superada por la técnica moderna"⁵⁰⁷.

De entre los distintos tipos de secreto que a lo largo de la historia se han sucedido y hoy subsisten, el más significativo por antonomasia han sido aquellos que gozan de plasmación en papel, cuyos orígenes se remontan a la ilícita apertura de testamentos que originaba una modalidad de *falsum* tutelada en la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Tomo I, vol II.)*, Ederesa, Madrid, 1972, p. 997.

⁵⁰⁸ Vid. D'ORS, A.: "Contribuciones a la historia del crimen falsi", *Studi in onore di edoardo Volterra* (vol II), Giuffrè, Milano, 1969, p. 544. Se data del año 81 a.C. y

Apunta ALEJANDRE, con apoyo en las referencias de PAULO en sus *Sententiae Receptae*, que más allá del delito previsto de *scribere* (suplantación caligráfica), *signare* (suplantación de firma) o *recitare* (uso procesal fraudulento), por derivación, de entre otras sanciones, se preveía el *resignare*⁵⁰⁹ (apertura no autorizada)⁵¹⁰.

También en MARCIANO, con referencias en el Digesto, se podía leer "*is qui aperuerit testamentum, legis Corneliae poena tenetur*" (el que abrió testamento del que aún vivía, incurre en la pena de la ley cornelia), e "*is qui deposita instrumenta apud alium, ab eo prodita ese adversariis suis dicit: accusare eum falsi potest*" (si aquel en quien otro depositó sus instrumentos los manifestó a los contrarios, puede ser acusado de falso)⁵¹¹.

Con todo también parece que se pudiera recurrir a la *actio iniuriarum*, pues la *iniuria* permitía accionar

probablemente la Ley se promulgó conjuntamente con la otra Lex Cornelia dirigida a sancionar a sicarios y envenedadores.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 546.

⁵¹⁰ ALEJANDRE, J.A.: "Estudio histórico del delito de falsedad documental", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1972, pp. 130 y 131. Se cita en la nota p. 24 con referencia de PAULO, por todas, vid. a nuestro objeto de trabajo, *Sententiae* IV,7,1: "*Qui testamenturn falsurn scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Corneliae de faisis tenebitur*".

⁵¹¹ RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A.: *Digesto teorico-practico ó recopilación de los derechos comun, real y canonico por los libros y títulos del digesto* (Tomo XVII), Imprenta Real, Madrid, 1791, p. 382. En la ley patria se correspondería, según se ve, con la Ley I, tít. 7, Part. 7.

tanto por las ofensas a la integridad física como moral⁵¹².

A pesar de las críticas del Marqués de Beccaria por los comentaristas y postglosadores, en particular a *Carpzovio* y *Clarus*⁵¹³, es precisamente a estos dos a quienes en buena parte debemos la extensión por la Europa medieval de la doctrina romanista y la expansión de la protección del secreto.

En zona sajona incluso el *falsum* ampliaría su ámbito a toda suerte de documentos y comunicaciones privadas; y en la zona italiana se experimentó una transición hacia la *actio iniuriarum* romana en la medida que la revelación de secretos pudiera afectar a la fama o buen nombre, incluso a la propiedad como tipología del "hurto ideal"⁵¹⁴.

Tal y como pone de relieve BAJO FERNÁNDEZ, "el secreto cobra relevancia jurídico penal en la medida en que su descubrimiento afecta a un interés que el Derecho protege. Este interés puede ser la seguridad del Estado, intereses públicos de la Administración, intereses comerciales o industriales, o la esfera de la intimidad del sujeto"⁵¹⁵.

⁵¹² Vid. TERUEL CARRALERO, D.: "Delitos contra la inviolabilidad de correspondencia", *NEJ Seix*, 1954, vol. vi, p. 649.

⁵¹³ Que es citado junto con *Clarus* y *Farinaccius*, por BONESANA, C.: *Dei delitti e della pene*, Heliasta, Brasil, 1993, p. 51.

⁵¹⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* op. cit., p. 998.

⁵¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", op. cit., p. 544.

El problema, como ocurre en el derecho en innumerables veces, arranca en torno al significado de una noción indiscutiblemente prejurídica y de uso habitual entre las gentes comunes, pero que tras su incorporación al juego del lenguaje propio del derecho se trunca su comprensión. Y esto que pudiera parecer de un excesivo puntillismo, es y será la causa eterna de discusión en el ámbito jurídico.

De hecho con el instituto del "secreto", ocurre exactamente igual que con la noción "intimidad"⁵¹⁶, cualquiera puede mínimamente aproximarse con cierta perfección a su significado, y, sin embargo, cuando se traslada a lo jurídico, su claridad -aparente claridad si se prefiere decir- desaparece en la vorágine de la literatura jurídica que, en el mejor de los casos, tras años de investigaciones se concluye su imposibilidad de definición o relativismo⁵¹⁷.

La definición nominal⁵¹⁸ de secreto ya la habíamos anticipado, su genealogía encuentra origen en el vocablo *secrētus* que a su vez de *sēcernere* (apartar). Secreto es "cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta"; "reserva, sigilo", "conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades

⁵¹⁶ Vid., *mutatis mutandis*, CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", op. cit., loc. ult. cit.

⁵¹⁷ En este sentido QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Tomo I, vol II.)*, op. cit., p. 1004: "pocas nociones habrá tan claras en su acepción vulgar e ingenua, pero asimismo tan oscuras y disputadas en lo jurídico como la del secreto".

⁵¹⁸ Vid. MILLÁN PUELLES, A.: *Fundamentos de Filosofía*, op. cit., loc. ult. cit.

de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio"⁵¹⁹.

Según decíamos, la sociedad industrial significó con la concentración urbana en torno a los recintos fabriles, el tránsito desde la autarquía propia del cooperativismo rural hacia la dependencia del asilamiento urbano. Y con ello la búsqueda de la intimidad como valor sociocultural en una sociedad individualmente anónima, pero que en su realidad gregaria (masificación) anhelaba el descubrimiento de lo que el hombre singular guardaba para sí.

En este escenario de transición de lo rural a lo urbano, es donde se enmarca, precisamente, la metamorfosis de la noción sociológica de secreto por la visión axiológica sobre la que se asienta el bien jurídico intimidad como valor desde el que el individuo pudiese desarrollar libremente su personalidad.

En el ruralismo tradicional, que anidó por largo tiempo en la sociedad española, esta se sustentaba sobre la estructura familiar que trascendía de su vinculación meramente biológica para alzarse como milicia que asegurara su subsistencia a través del cooperacionismo de sus miembros en la labor agraria quedando jerárquicamente organizada en torno a la figura del cabeza de familia, lo que junto con las formas de interrelación social caracterizadas por el espíritu del intercambio y la colaboración tanto en lo personal como profesional, supuso que la potenciación de la esfera privada no fuera necesaria en la medida

⁵¹⁹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

que las relaciones entre los sujetos eran de por sí íntimas, y en cuanto comunidad cerrada -siquiera sea por una cuestión puramente física-, quedaban restringidas.

Este escenario, el rural, sería el que marcaría la orientación político criminal de los diferentes códigos penales que se han sucedido a lo largo de los siglos XIX y XX en los que la protección de la intimidad en esencia quedaría circunscrita a la tutela de determinadas formas de secreto, y que como identifica MORALES PRATS "constituyen la expresión de la estructura social preindustrial de la sociedad española del siglo XIX en la instancia legislativa. La superación de aquella realidad sociológica aldeana y provinciana, y la transformación de las condiciones de vida en las ciudades parecen constituir fenómenos ajenos a nuestro CP"⁵²⁰.

BRICOLA así asociaría el secreto con aquellas noticias, acontecimientos, ideas, sentimientos etc., que por razones personales o especiales su conocimiento queda restringido e inaccesible a todo aquel que no sea el titular del secreto⁵²¹.

Resulta evidente, a nuestro juicio, que el secreto se refiere a una realidad extracorpórea, pero que en su exteriorización -de la mente al mundo exterior- por parte del sujeto que lo emite podrá plasmarse, aunque no necesariamente, sobre un objeto corpóreo (p.ej., una

⁵²⁰ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., p. 169.

⁵²¹ BRICOLA, F.: "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", op. cit., pp. 1086 y ss.

hoja de papel) o digital (v. gr., un archivo de audio mp3).

El secreto no es el papel con la plasmación del pensamiento o el archivo que contiene la compresión de audio digital, sino el contenido (no el continente). Lo cual no es baladí, pues no puede confundirse el conocimiento (que poseerá la cualidad de secreto o no) con el objeto sobre el que descansa o ampara para su significación. A título de ejemplo podría ponerse el siguiente: cuando se ve en el cine el clásico documento con el cuño estampado de "documento secreto", lo que es secreto no es el objeto físico per se, sino la información que en él se contiene. Que dicho documento recaiga, siguiendo el ejemplo, en las manos de un invidente o un bebé nada comportará en lo que se refiere a la vulneración del secreto.

El secreto, además, está indisolublemente asociado al (des)conocimiento, de ahí que la reserva y lo oculto constituyan el límite de lo secreto. Así, por ejemplo, la revelación de un secreto a través de su publicación en un periódico de tirada nacional comporta que deje de ser automáticamente secreto por la pérdida de su naturaleza.

En cuanto a la sistemática de los secretos, en función de su contenido puede ser un secreto de interés público (v.gr. información clasificada en materia de seguridad nacional) o un secreto de interés privado.

Pero la escisión que más nos interesa ahora es la que radica en el sujeto activo, cuya relevancia encontró acogida en el Código Penal de 1848, y que

distinguía entre la intromisión en el secreto por parte de empleados públicos⁵²² o particulares⁵²³.

De los preceptos inicialmente apuntados del CP de 1973 en cuanto al secreto penalmente relevante puede sistematizarse su punición de la siguiente manera:

Cometidos por particulares:

- Arts. 497 a 499 CP 1973: los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.
- Art. 497 *bis* CP 1973 (introducido por la LO 7/1984, de 15 de octubre): atentados contra la intimidad oral o telefónica.
- Art. 360 CP 1973: revelación de secretos por Abogado o Procurador.

Cometidos por funcionarios públicos:

- Art. 367 CP 1973: revelación de secretos por funcionario público.
- Art. 368 CP 1973: revelación de secretos de un particular por funcionario público.

⁵²² Vid. arts. 274-276 CP de 1848.

⁵²³ Vid. art. 412 CP de 1848. Aunque el código penal de 1848 desterró el secreto profesional per se, lo cierto es que en su artículo 276 párrafo segundo se contenía la posibilidad de punición a quienes ejerciendo alguna de las profesiones que requieran título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

La doctrina en torno a la delimitación del secreto penalmente relevante en los delitos previstos en los artículos 497 a 498 CP 1973 ha estado dividida en torno a dos teorías: la de la voluntad (*willenstheorie*) y la del interés (*interessentheorie*)⁵²⁴.

Según la teoría de la voluntad⁵²⁵, es la propia persona quien configura y otorga la condición de secreto a la noticia, acontecimiento, idea, sentimiento, etc. que considera digno de tal consideración.

Las dos principales críticas que desde la doctrina se hicieron a la teoría de la voluntad era que, por un lado, la punición dependía de la discrecionalidad del titular del secreto, y, por el otro, que los secretos desconocidos por el propio titular devendrían penalmente irrelevantes (el ejemplo clásico era el del médico que conoce una enfermedad vergonzante o deshonrosa que tiene su paciente y que en el caso de no comunicársela, desconocerá que padece dicha enfermedad, de manera que si divulga dicha enfermedad no estaría vulnerando un secreto pues el titular no tiene voluntad de que lo sea).

⁵²⁴ En cuanto a la doctrina alemana, vid. por todas, SCHMIDT, G.: "Zur Problematik des Indiskretionsdelikte" op.cit. En el ámbito italiano vid. la célebre y aneja contribución a la materia de CRESPI, A.: *La tutela penale del segreto*, Priulla, Palermo, 1952, p. 7 y ss. y el posterior trabajo de KOSTORIS, S.: *Il segreto come oggetto della tutela penale*, CEDAM, Padova, 1964.

⁵²⁵ La teoría de la voluntad está inspirada en el derecho alemán de siglo XIX de inspiración kantiana en la que rige la primacía de la autonomía individual.

Ante la subjetividad propia y natural de la teoría de la voluntad, se sitúa la teoría del interés que en su pretendida objetividad comporta que la atribución de la condición de secreto dependa del interés legítimo que el legislador determine como merecedor de tal condición.

MORALES PRATS, por su parte, se decanta por una tesis mixta, pues a su juicio "hace falta conjugar la voluntad del sujeto con la existencia de un interés, valorado como tal por el legislador, y por lo tanto, interés justificado".⁵²⁶

Con todo no han faltado resoluciones judiciales que han sostenido que una cosa "puede ser secreta per se, por su misma naturaleza o por voluntad de quien la posee; circunstancia una y otra que se dan en la correspondencia abierta por el inculpado; la primera por tratarse de correspondencia mercantil -cheques, estados de cuentas, comunicaciones sobre arriendo de local para oficinas, etc.- de carácter secreto por ministerio de la ley -artículos 45 y 46 del Código de Comercio-; y la segunda porque el hecho de cerrar una carta demuestra la voluntad de que su contenido no sea conocido más que por la persona a quien va dirigida, y por tanto, es un secreto que viola el que la abre sin el consentimiento del destinatario, como así lo tiene declarado esta Sala al abrir una carta encontrada en la calle y divulgar su contenido, porque en cualquier parte que se encuentre el documento cerrado y dirigido

⁵²⁶ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., p. 189.

a otro, su contenido es siempre secreto para los demás"⁵²⁷.

ii. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 497 a 499 CP 1973)

Con los preceptos relativos a los "delitos de descubrimiento y revelación de secretos" que configuran el objeto de análisis del presente subepígrafe únicamente nos vamos a referir a las conductas típicas⁵²⁸ cometidas por particulares en lesión de otros particulares⁵²⁹. Esto, como se ha podido advertir, obedece, en parte, a la atomización, pues el descubrimiento y revelación de secretos que afectan a los intereses generales (por ejemplo el tan clásico delito de traición), los cometidos por funcionarios públicos en abuso de su cargo o los cometidos por abogados y procuradores en el ejercicio de su profesión, encuentran acomodo típico en los preceptos ya enunciados anteriormente

RODRÍGUEZ DEVESA en el ámbito de la tutela penal de las distintas formas de secreto, en lo atinente a las conductas cometidas por particulares⁵³⁰, pondría de

⁵²⁷ Vid., por todas, STS 6 octubre 1967 (RAJ 1967, 4091).

⁵²⁸ Se utiliza la expresión conductas típicas en la medida que éstas serán objeto de depuración por haber sido controvertidas.

⁵²⁹ Sin perjuicio claro, de tratándose de funcionarios públicos pudiera recurrirse al concurso con las infidelidades de los arts. 192 y 364 CP 1973.

⁵³⁰ La regulación de la vulneración de secreto por particular encontraba una aproximativa previsión ya en la Ley

relieve, dado que enmarcados estaban en el Título XII relativo a los delitos contra la libertad y seguridad, la necesidad de precisar lo concerniente al bien jurídico protegido, pues, "la mención dual, en la rúbrica del título, de la libertad y de la seguridad, no va seguida de aclaraciones posteriores que procuren apoyos legales para determinar si todos los delitos castigados en este lugar se dirigen contra los dos bienes jurídicos mencionados o tan sólo contra una de ellos"⁵³¹.

Esta cuestión según el autor alcanza respuesta con la idea de la "voluntad menospreciada" que comporta que la conducta del agente se realiza como si no existiese oposición alguna⁵³², y es precisamente en esta configuración de la libertad en donde el mencionado

1ª, tít. 7, P. VII de las Partidas cuando decía "*Otrosí faria falsedad, el que tuviesse en guarda de algun concejo, ó de algun ome, privilegios ó cartas que le mandassen guardar, ó tener en poridad, si las leyesse, ó demostrasse maliciosamente á los que fuessen contrarios de aquel que gelas dió en condesijo*". En la Novísima Recopilación, vid. la Ley 13, tít. 13, liv. II, al disponer "*Pero si el delito se limitase á la interceptación de carta ó pliego sin quebrantamiento de balija ó violencia al conductor público, se impondrá al reo, luego que le fuere probado el delito, siendo noble, la pena de diez años de presidio, y si plebeyo, igual número de años de galeras, con las costas y demás prevenido por derecho.*"

Vid. los arts. 512 CP 1870, 422 CP 1848, y 426 CP 1822, para apreciar similar redacción a la actual.

⁵³¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Autor-Editor, Madrid, 1980, pp. 273 y ss. El autor señala que los delitos contra la libertad son, en definitiva, delitos contra la voluntad (tanto en oposición como en menosprecio). Los delitos contra la seguridad son contra la seguridad personal y se conciben como una protección y amparo al sujeto, como ayuda a sus necesidades vitales.

⁵³² *Ibid.*, p. 275: "la conducta contraria a la voluntad se manifieste por el menosprecio de la voluntad ajena, procediendo como si no existiese oposición alguna a la acción que pretende realizar el agente".

autor sitúa los delitos de allanamiento de morada y descubrimiento y revelación de secretos, dado que, en último término, se estaría protegiendo la esfera de libertad localizada que asocia al derecho a la intimidad⁵³³.

QUINTANO RIPOLLÉS sigue la estela de la voluntad conectada a la disposición del sujeto que no quiere ver su secreto conocido, de manera que el bien jurídico tutelado por el art. 497 y 498 CP 1973, se refiere "a la libertad de cada persona para mantener en sigilo determinados sectores de sus actividades cuyo ajeno conocimiento no se desea y se trata de ocultar"⁵³⁴.

GARCÍA VITORIA, por su parte, es de la opinión que el derecho a la intimidad (lato sensu) contiene en sí mismo otros derechos que pueden ser agrupados en dos grandes categorías: el derecho a la reserva de la identidad personal y el derecho al secreto. Y para ambas categorías el bien jurídico tutelado es la reserva, "pues el derecho al secreto queda encuadrado en su ámbito, constituyendo un aspecto especial del derecho a la reserva"⁵³⁵, en este sentido, "el derecho

⁵³³ *Ibíd.*, p. 317.

En definitiva para Rodríguez Devesa, la nota definitoria del secreto es la voluntad de que el hecho sea solamente conocido por unos pocos -un círculo limitado de personas- no sea conocido por otros. El interés de que no se conozca.

⁵³⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Tomo I, vol II.)*, op. cit.

⁵³⁵ GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la constitución de 1978*, op. cit., p. 28.

al secreto tiene un radio menos amplio y más intenso de protección que el derecho a la reserva"⁵³⁶.

Mientras que GÓMEZ PAVÓN sostendría que el CP cuando usa la expresión "secretos", debe comprenderse algo más, sobre todo en el art. 497; "son hechos relativos a la esfera privada de una persona, que no quiere sean de dominio público", pues "optar por la protección exclusiva del secreto deja fuera una zona demasiado amplia y de alguna manera quebranta la finalidad del precepto"⁵³⁷.

BAJO FERNÁNDEZ con rotundidad afirmaría que en los artículos 497 y 498 del entonces Código penal vigente se protege la intimidad personal, "debe quedar claro que el secreto no constituye el bien jurídico protegido en ningún precepto penal. Lo que se protege son los intereses políticos, militares, industriales o administrativos o lo que se llama la intimidad personal, contra comportamientos diversos, entre los que se incluyen ciertos descubrimientos de secretos"⁵³⁸.

No puede dejar de apuntarse que históricamente en tanto la visión de la *privacy-property* ha tenido profundo calado y raigambre en nuestra tradición - siquiera sea para la comprensión del secreto- parte de la doctrina clásica del siglo XIX también ha situado el bien jurídico protegido de los delitos de

⁵³⁶ *Ibíd.*, p. 29.

⁵³⁷ GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, op. cit., p. 51.

⁵³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", *Anuario de Derecho Penal*, op. cit., p. 605.

descubrimiento y revelación de secretos, en un atentado contra la propiedad, y también una agresión contra el honor o un fraude⁵³⁹.

En cuanto a la estructura del tipo del art. 467 CP 1973 -de redacción inalterable desde el 1848- COBO DEL ROSAL objetaría que los tratadistas clásicos "en cierto modo han marginado superficialmente, con toscas y simplistas afirmaciones, como hiciera Vizmanos, en pobre comentario, al decir, sin más, que el delito «cométenlo estos (se refiere a los «particulares»), en apoderarse de los papeles o cartas de otro, sea que divulguen o no los secretos de tal modo descubiertos"⁵⁴⁰.

Destaca entre los clásicos la ya añeja exposición al respecto de PACHECO, por ser el primero que afirmaría que el primer párrafo del art. 497 (entonces art. 422 CP 1844⁵⁴¹) configura un delito "compuesto y

⁵³⁹ En este sentido vid. VIZMANOS, T.M., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código penal por Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez* (vol.2), Estab. Tip. de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. 452: "descubrir los secretos de uno es amenguar su individualidad, es atentar contra su honor, contra su propiedad: y si la ley dejara de pensar el descubrimiento y revelación de secretos, grandes males quedarían impunes".

⁵⁴⁰ COBO, M.: "Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro: (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 1971, núm. 3, pp. 679-680.

⁵⁴¹ Art. 422 CP 1844: "El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles ó cartas, y divulgare aquellos, será castigado con las penas de prision correccional, y multa de 20 á 200 duros.

Si no los divulgare, las penas serán arresto mayor y multa de 10 á 100 duros.

doble, el delito de que se trata en el primer párrafo de este artículo, consistiendo: 1.º, en apoderarse del secreto, haciéndolo de los papeles en que se contiene; 2.º, en divulgarle, dándole publicidad"⁵⁴². Seguidamente observa el comentador que "si el que se apodera del secreto no lo publica", responde penalmente según la previsión del párrafo segundo; pero "si el que lo publica no se ha apoderado de él" la acción es atípica.⁵⁴³

El siguiente hito en orden a la interpretación de naturaleza y estructura del delito de descubrimiento y revelación de secretos, lo encontramos en la obra de GROIZARD con su prolijo análisis del art. 512 del Código Penal de 1870⁵⁴⁴, para quien el artículo comprendería dos delitos: 1.- "el que comete quien se apodera de los papeles de otro para descubrir sus

Esta disposición no es aplicable á los maridos, padres, tutores, ó quienes hagan sus, veces, en cuanto á los papeles ó cartas de sus mujeres, hijos ó menores, que se hallen bajo su dependencia".

⁵⁴² PACHECO, J.F: *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta y fundición de Manuel Tello (impresores de cámara de S.M.), Madrid, 1881, p. 276.

⁵⁴³ *Ibid.* Señala que "Quien publica lo que ha sabido legítimamente, podrá ser indelicado, pero no es criminal; lo penará la opinion, mas no lo pena la ley, corno no corneta injuria, calumnia ú otro delito."

⁵⁴⁴ Art. 512: El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles ó cartas y divulgare aquellos, será castigado con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si no los divulgare, las penas serán arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Esta disposición no es aplicable á los maridos, padres, tutores ó quienes hagan sus veces, en cuanto á los papeles ó cartas de sus mujeres, hijos ó menores que se hallen bajo su dependencia."

secretos", y 2.- "el que realiza quien se apodera de los papeles de otro para descubrir sus secretos y divulgarlos"; en los que existen dos elementos comunes a ambos, el primero sería el apoderamiento de papeles o cartas de una persona. El segundo, que "ese acto material se realice con el doloso propósito de descubrir sus secretos"⁵⁴⁵.

Ninguno de los requisitos -señalaría- son por sí solos bastantes "para determinar la necesidad legal de la aplicación de los preceptos en el art. 512 descritos"⁵⁴⁶. Y al respecto se plantearía las siguientes hipótesis:

1.- ¿Qué ocurre para el que sin ánimo doloso, por mero accidente, se entera del contenido de una carta y viene por él en conocimiento de un secreto de familia? Nada, la conducta es atípica⁵⁴⁷.

2.- ¿Qué ocurre para el que sin ánimo doloso, por mero accidente, se entera del contenido de una carta y viene por él en conocimiento de la noticia reservada, y la divulga? Según el código no incurre en responsabilidad "porque es en él esencial condición, para que sea castigada la divulgación de secretos, que hayan sido descubiertos mediante el intencionado apoderamiento de papeles o cartas". Ahora bien,

⁵⁴⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870 concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gómez de la Serna (vol. 5), Esteban Hermanos, Salamanca, 1894, p. 725.

⁵⁴⁶ *Ibíd.*, p. 726.

⁵⁴⁷ *Ibíd.*, p. 727.

objeta el exegeta que "según la enseñanza de la ciencia, no; toda vez toda vez que la existencia del dolo, necesaria para la configuración del delito, lo mismo concurre apoderándose con el fin de descubrir los secretos de los papeles ó cartas de otro, que, cuando, casualmente conocidos esos secretos, son con dañada intención esparcidos y divulgados" ⁵⁴⁸.

En definitiva, señaló GROIZARD que "el mero acto de descubrir los secretos de otro, no ofrece objetividad bastante para la configuración de una determinada delincuencia. Cuando los medios que se ponen en práctica para averiguar esos secretos -como, por ejemplo, la apertura de cartas, el quebrantamiento de sellos ó la ocupación de papeles- ó cuando los fines ulteriores que con el descubrimiento de la noticia se quieren alcanzar, acusan la lesión de un derecho que, por su índole, debía ser tutelado, entonces, y sólo entonces, es cuando el delito aparece. Pero la consecuencia de este modo de ver las cosas, no puede ni debe ser otra más que patentizar que semejante hecho no recibe la genuina nomenclatura del fin próximo de la acción que se ejecuta, esto es, del descubrimiento del secreto ajeno, sino del remoto que el culpable aspiraba también á conseguir ó de la perturbación que al derecho social ó al derecho particular lleve el ejercicio de los medios insidiosos y violentos usados por él para llegar al término del camino que se propuso recorrer"⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁵⁴⁹ *Ibíd.*, p. 719.

Sobre estas líneas asentadas por Groizard, COBO DEL ROSAL señalaría que el art. 497 ACP contemplaba el período ejecutivo siguiente: a) Apoderarse de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos. b) Descubrir los secretos de en cuestión. c) Divulgar aquellos⁵⁵⁰.

Por lo que es opinión de este que quien realizaba los tres hitos enunciados cometeía el delito del párrafo primero del artículo 497 ACP, mientras que, (a) "quien se apodera de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos", o (a+b) "quien se apodera de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos y los descubre", perpetraba el delito del segundo párrafo del art. 497.

Al parecer de Cobo, se opondría PUIG PEÑA afirmando que para la realización del delito del párrafo segundo del art. 497 ACP, se exigía descubrimiento, pues, descubrir se refiere a conocer⁵⁵¹.

Por su parte, CUELLO CALÓN situó la divulgación como elemento determinante para la consumación, por lo que diría que el párrafo segundo del art. 497 CP era un tipo privilegiado por lo que la no divulgación opera como una causa de atenuación de la pena⁵⁵².

⁵⁵⁰ COBO, M.: "Sobre el apoderamiento documental...", op. cit. pp. 682-683.

⁵⁵¹ Vid. PUIG PEÑA, F.: "Descubrimiento y revelación de secretos, *NEJ*, t. vii, 1955, p. 241. Del mismo autor *Derecho Penal. Parte especial (t. IV)*, Revista de Derecho Privado, Barcelona, 1960, pp. 169 y ss.

⁵⁵² CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte especial (t. II)*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 815.

Confronta MANZANARES SAMANIEGO, que rechaza que "los dos párrafos del artículo 497 reflejen una relación entre un tipo básico y otro cualificado (éste último agravado o privilegiado, según se busque el tipo básico en el párrafo 2° o en el primero). Aquí no hay unas características comunes, a las que, en uno de los casos, se añadan otras para determinar el aumento o disminución de la pena. La relación se traza entre una figura consumada y ciertas formas imperfectas de aquella. Por tal razón tampoco nos parece correcto ver el párrafo 2° un delito sui generis, si entendemos tal denominación en su acepción común. Para nosotros el párrafo 1° es la figura básica y el párrafo 2° eleva a delito independiente algunas de sus formas imperfectas (no todas). A lo sumo cabe hablar de un tipo derivado".

Y es opinión de MORALES PRATS que la estructura del art. 497 ACP partía "de un presupuesto típico determinante para que aparezca el delito en cuestión; no se castiga cualquier descubrimiento de secretos documentales, cometidos por particulares no dependientes del sujeto pasivo del delito, sino sólo aquellos en los que ha mediado un previo apoderamiento documental. Si además posteriormente se divulga lo descubierto, el art. 497 en su párrafo primero preceptúa una agravación de la pena. De esta manera, el aludido precepto primero describe el tipo agravado, para después, en el párrafo siguiente, hacer lo propio con el tipo básico"⁵⁵³.

⁵⁵³ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., pp. 176-177.

Nuestra opinión coincide con la de COBO DEL ROSAL y MORALES PRATS, pues si los elementos esenciales sobre los que pivotaba la realidad del art. 497 ACP era el apoderamiento y el ánimo de descubrir⁵⁵⁴ (lo que Cobo situaría en el hito "a"), la consumación del delito debía aparecer cuando el sujeto con el ánimo indicado se apodera de los papeles o cartas.

A mi modo de ver conviene prestar atención a la dicción literal del antiguo precepto que decía en el párrafo primero "El que para descubrir los secretos de otro se apoderase de sus papeles o cartas y divulgare" y el párrafo segundo "si no los divulgare", de forma que el párrafo segundo podría haber quedado perfectamente redactado con el tenor "el que para descubrir los secretos de otro se apoderase de sus papeles o cartas", de donde se deduce que la única diferencia en la literalidad del tipo radica en el término "divulgare".

Por lo que, efectivamente, coincido con quienes sostuvieron que el primer párrafo describe el tipo agravado, y el segundo el tipo básico. El apoderamiento el presupuesto fundamental de ambos tipos. Por lo que todo lo que no es apoderamiento sería atípico. Sin que en el tipo del párrafo segundo se desprendiera en modo alguno la exigencia de que el sujeto llegara a conocer el contenido del secreto, por lo que considero inapropiado que a la exigencia típica del apoderamiento se le exigiera el conocimiento.

⁵⁵⁴ Vid. planeamiento de Groizard expuesto más arriba.

En cuanto a la naturaleza del delito, ya anticipábamos con PACHECO⁵⁵⁵ que el párrafo primero del art. 497 ACP se trataba de un delito compuesto⁵⁵⁶, que, como diría COBO DEL ROSAL se integra por la conjugación de las varias acciones que se han aludido más arriba (a, b y c)⁵⁵⁷. Lo que no ocurría en el párrafo segundo que era un tipo potencialmente compuesto, pues como señaló MORALES PRATS "el párrafo segundo no comporta esta característica, pues conforme a la idea de que el delito se consuma con la mera intromisión intencionada, es decir, con el apoderamiento para descubrir, no es sostenible la pluralidad de acciones cuando el sujeto atente a la esfera de lo secreto sin divulgar (...) sólo cuando, después de apoderarse del documento, el sujeto descubra el contenido, podrá hablarse de acciones que concurren en una fórmula legal compleja"⁵⁵⁸.

MANZANARES SAMANIEGO, se muestra crítico con la postura anterior, sobre el siguiente razonamiento: "suele afirmarse que el delito compuesto o complejo es el formado por la unión de varias infracciones criminales (...) en la realidad se presentan a veces dos

⁵⁵⁵ PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado y comentado*, op. cit., p. 276.

⁵⁵⁶ Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Tomo I, vol II.)*, op. cit, p. 1015, refiere estar ante lo que la doctrina alemana llama "zweiaktige Delikte" (delito de dos actos), que en el caso del delito de descubrimiento y revelación de secretos se concretaría en una primera conducta de apoderamiento para conocer el secreto y sobre ella divulgar ilícitamente lo sabido.

⁵⁵⁷ COBO, M.: "Sobre el apoderamiento documental... op. cit., pp. 686.

⁵⁵⁸ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., p. 181.

conductas criminales que al unirse, como acontece en con el robo con homicidio del art. 501-1º del Código penal, ponen de manifiesto una especial perversidad o energía criminal, en atención a las cuales su gravedad resulta superior a la correspondiente a la suma de las penas que se obtendrían por separado". Y sobre esta previsión, sostiene que "es evidente que en el párrafo 1º del artículo 497 no se contemplan dos delitos que, en principio tendrían tipificación y punición separadas. Pero lo más importante radica, no en que se recojan en ese precepto dos acciones no punibles individualmente, sino que falta pura y simplemente la misma pluralidad de acciones". Este razonamiento se sustenta desde la teoría de la unidad natural de la acción que descansa en único acto de voluntad (einheitstheorie), de esta manera para Manzanares Samaniego, el párrafo primero del art. 497 se construye "sobre una acción única, respaldada por una voluntad igualmente única, o sea, descubrir los secretos de otro; al margen de que la ejecución aparezca más o menos fraccionada"⁵⁵⁹.

Coincido, y por no extendernos, con el parecer de MORALES PRATS que sostendría que el primer párrafo del art. 497 ACP era un delito compuesto "de varias acciones enlazadas por la finalidad de descubrir; además, objetivamente el legislador engarza la acción de descubrir con la de revelar". En cuanto al párrafo segundo "debe encuadrarse en lo que la doctrina alemana ha convenido en llamar delitos mutilados o imperfectos de dos actos, que a su vez se enmarcan en la categoría

⁵⁵⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El artículo 497 del Código penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 1978, núm. 2, pp. 300-301.

amplia de los delitos de varios actos y de resultado, formando grupo específico junto a los delitos de resultado cortado"⁵⁶⁰.

En cuanto al párrafo tercero contenido en el art. 497 ACP, tradicionalmente se ha entendido como una causa de justificación específica, cuyo fundamento anidaba en el derecho de corrección de los padres o tutores, según contenido de la dicción de los artículos del código civil con anterioridad a la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 (arts. 155, 156 y 233). Sin embargo, con la reforma operada en la que se advierte la necesidad de garantizar a los hijos el desarrollo de su personalidad (vid. art. 154 CC según redacción dada ley referida) nos situaríamos en una exclusión de la punibilidad por razones de política criminal.

Por lo que respecta a la revelación de secretos por parte de personas dependientes (art. 498 CP 1973), se sancionaba al "administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare". Mediante esta disposición se ampliaba el ámbito de secretos penalmente relevantes a los no documentales cuando proviniesen de una deslealtad por el dependiente (condición de tipicidad) respecto del principal, lo que, en cierto modo, constituía un deber de sigilo doméstico.

La principal novedad de la revelación del secreto por parte del dependiente, como ya apuntaría PACHECO

⁵⁶⁰ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., p. 182.

respecto del antiguo art. 423 del Código Penal de 1848, supuso la excepción al carácter atípico en el delito genérico de revelación de secretos de quien difundía lo que lícitamente había conocido⁵⁶¹. En estos casos donde el acceso era lícito, el foco de antijuridicidad descansaría sobre el abuso de confianza.

Tal y como diría GROIZARD, glosando el art. 513 del CP de 1870, la materia incriminada es "la deslealtad, el abuso de funciones, la infidelidad"⁵⁶², situando el desvalor en el carácter miserable del sujeto pasivo que "lejos de procurar el aumento de nuestro patrimonio moral y material, entrega en nuestro daño á la publicidad y casi siempre a la maledicencia los secretos que ha sorprendido en el desempeño de su cargo que le hemos confiado"⁵⁶³, y cuyo fundamento o *ratio legis* anidaba, desde perspectivas de política criminal, en que "todo cuanto en daño de la familia, base de la sociedad, resulte, debe tener extraordinaria resonancia en las leyes; y la turbación, y el relajamiento y el menosprecio de la intensidad doméstica que suponen las infracciones de deberes que el artículo castiga, no puede menos de reclamar una sanción graduada en proporción al desorden moral y material que engendran en el común vivir de las gentes"⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ PACHECO, J.F: *El Código Penal concordado y comentado*, op. cit., p. 277.

⁵⁶² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gómez de la Serna (vol. 5)*, op. cit., p. 731.

⁵⁶³ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁵⁶⁴ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

La doctrina entendió que la redacción típica del art. 498 CP 1973, se trataba de una vinculación extraordinariamente amplia, así a juicio de BAJO FERNÁNDEZ cabía "cualquier relación contractual que obliga a que el dependiente sepa los secretos de su principal como consecuencia de dicha relación"⁵⁶⁵.

Especialmente crítico con la redacción típica se mostraría MORALES PRATS quien afirmó que "la enumeración parece innecesaria; hubiera bastado con tipificar la referencia a personas, que en relación de dependencia o subordinación ejerzan funciones por cuenta ajena, a los que se pueden homologar los sujetos aludidos en el tipo"⁵⁶⁶.

iii. El secreto profesional

Otro de los ámbitos en los que el secreto ha sido penalmente relevante es el que surge al amparo de las relaciones entre prestador del servicio profesional y cliente, donde los deberes de discreción o sigilo han sido de antiguo objeto de estudio y atención legal.

No extraña al común de las gentes que ciertas profesiones por su propia naturaleza requieren que quienes acuden al profesional le transmitan -a este- aspectos que inequívocamente atañen a su vida privada.

⁵⁶⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989, p. 145.

⁵⁶⁶ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., p. 203.

Como es evidente, y así se ha apuntado esta idea a lo largo del presente trabajo, el primero de los debates a la hora de configurar la tutela jurídica de un determinado interés jurídico gira en torno a si será a través de normas iusprivatistas o iuspublicistas, es decir, desde la vía civil o la penal. Y respecto del secreto profesional, para tal elección, se hizo ante todo necesario hallar su naturaleza.

Algunos autores franceses a principios del siglo XX, entre los que destaca particularmente PERRAUD-CHARMANTIER, sostenían que la obligación del deber de discreción y sigilo nacía de la autonomía de la voluntad de las partes que libremente se obligaban, por lo que su protección tenía que ventilarse entre las propias partes sin que el Estado tuviera intereses en los problemas surgidos⁵⁶⁷.

Frente a esta postura, cierto sector doctrinal, especialmente el italiano, se manifestó contrario a la tutela del secreto profesional por el derecho privado, por entender que su esencia encontraba cobijo en la esfera de los intereses públicos.

MANZINI sería de la opinión que el secreto profesional exigía la imposición de una obligación

⁵⁶⁷ PERRAUD-CHARMANTIER, A.: *Le secret professionnel: ses limites, ses abus*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1926, p. 127 y ss, también p. 310 y ss. El autor, en su clásica obra, además, expone la evolución legislativa en materia de secreto profesional y presenta las tradicionales categorías de secreto profesional que quedaban circunscritas a confesores, médicos, notarios y jueces. Señalaría que el secreto profesional es un deber riguroso que consiste en que su receptor no debe revelarlo jamás si este le ha sido confiado durante el ejercicio de su profesión.

pública que garantizara la fe de quien revela su secreto, y que esta no se viera marchitada por la conducta reveladora del profesional. Al fin y al cabo, la renuncia a la propia intimidad está condicionada a la problemática que mueve al sujeto a acudir al profesional, por lo que, en cierto modo, la renuncia es relativa en la medida que es consecuencia para la obtención de solución al problema principal⁵⁶⁸.

BAJO FERNÁNDEZ, añadiría una razón más, la de tutelar o defender "la intimidad como derecho de la personalidad que constituye el bien jurídico protegido (...) dado que la base de toda relación profesional se produce un depósito de confianza por parte del cliente que da lugar a desvelar aspectos de la vida privada, la obligación de mantener sigilo no es más que la lógica consecuencia de la defensa de la esfera de la intimidad"⁵⁶⁹.

SOLDADO GUTIÉRREZ, al ahondar sobre la génesis del secreto profesional del abogado, situó el deber de guardar secreto -predicable, mutatis mutandis a otras profesiones- al derecho a la intimidad del cliente y de terceros, el derecho de defensa del cliente y la función social de la abogacía⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Vid., de este autor, por todas a este respecto MANZINI, V.: *Tratatto di diritto penale italiano* (vol. VIII), Utet, Torino, 1937, pp. 817 y ss.

⁵⁶⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", *Anuario de Derecho Penal*, op. cit., pp. 598-599.

⁵⁷⁰ SOLDADO GUTIÉRREZ, J.: "El secreto profesional del abogado", *Revista Jurídica de Andalucía*, 1995, núm. 17, pp. 1186 y ss.

Salta a la vista que, a diferencia de lo que sucedía con el genérico delito de revelación de secretos cometidos por particulares, la tutela de la intimidad en el contexto de la actividad profesional presenta -y requiere- importantes consideraciones en torno a la trascendencia de la libre voluntad del confidente.

NOVOA MONREAL es especialmente crítico tanto con aquellos que trazan conexiones directas entre el secreto profesional y el respeto a la vida privada sobre la idea que la violación de secreto encierra un atentado contra la vida privada; como con los que consideran que el secreto profesional, siguiendo la línea de la Conferencia de Juristas Nórdicos, es un ámbito más que queda bajo el abrigo de la vida privada⁵⁷¹.

Para el jurista chileno, el secreto profesional encuentra su fundamento en el interés social predicable de que todos los miembros de la colectividad tengan la suficiente confianza en que los profesionales, de manera que puedan brindarles cuanta información, aun reservada, precisen en aras del mejor desempeño de estos. Mientras que el respeto a la vida privada pretende principalmente la tutela de la personalidad de la persona cuya información quiere que quede desconocida⁵⁷².

⁵⁷¹ NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, op. cit., p. 80.

⁵⁷² *Ibíd.*, loc. ult. cit.

También señala importantes diferencias respecto del objeto del secreto profesional y la vida privada. En el primero, "la materia puede ser únicamente aquello que el cliente desea mantener secreto pero es preciso revelar al profesional para que éste pueda desempeñarse bien o mejor en el servicio que va a prestar"⁵⁷³, mientras que el objeto de protección respecto de la vida privada es mucho mayor aunque eventualmente pueda haber identificación cualitativa entre lo que el confidente desea mantener reservado en ambos casos. En este sentido, razona "el sujeto activo está calificado en una violación de secreto profesional (sólo el que ejerce una profesión), en tanto que en una intromisión en la vida privada puede serlo cualquier persona"⁵⁷⁴. Sin embargo, los principales elementos que separan jurídicamente al secreto profesional respecto de la vida privada, a su juicio, se hallan en la actitud del titular del secreto, en la actividad que realiza el sujeto activa y en el bien jurídicamente protegido.

Refiriéndose a la actitud del titular del secreto, "en caso de violación de secreto profesional el sujeto pasivo, esto es, el cliente del profesional, toma la iniciativa de comunicar su secreto a este último; es la futura víctima, en consecuencia, la que hace partícipe del secreto a quien va a violarlo posteriormente. Esto no sucede en el caso de atentado contra la vida privada"⁵⁷⁵.

⁵⁷³ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁵⁷⁴ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁵⁷⁵ *Ibíd.*, p. 81.

En cuanto a la actividad que realiza el sujeto activo, la esencia de la violación del secreto profesional "está constituida por el hecho de que el mal profesional comunica a cualquier otra persona el secreto que solamente le fue confiado a él. En cambio, en el atentado contra la vida privada el quebrantamiento legal se inicia con la irrupción del sujeto activo en el ámbito reservado o íntimo de su víctima, sin que esta pueda anticiparla o prevenirla y, muchas veces, sin que siquiera se dé cuenta de que un extraño ha captado algo de su vida privada. En consecuencia, para el primero, el profesional ha de llegar a ser depositario del secreto que su futura víctima le hace conocer, para luego revelarlo a otro u otros; para el segundo cualquier persona ha de perpetrar un acto de intrusión en la intimidad ajena, hecho suficiente para que quede violada la vida privada, sin perjuicio de que pueda intensificarse la ilicitud sí, posteriormente, el mismo violador o un tercero, dan a conocer a otros esa intimidad o la divulgan"⁵⁷⁶.

Y sobre el bien jurídicamente protegido, concluirá Novoa Monreal, que "en el atentado contra la vida privada el bien jurídicamente protegido es el recato o decoro de la víctima, mientras que en la violación de secreto profesional ese bien jurídico lo es el deber de fidelidad de ciertos profesionales respecto de los secretos que les confían sus clientes"⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁵⁷⁷ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

Anteriormente a Novoa Monreal, GARÇON también sostuvo con total rotundidad la distinción respecto del objeto de protección del secreto profesional y el genérico delito de revelación de secretos.

Para Garçon, había que expulsar cualquier nota relacionada la intimidad, pues el auténtico bien jurídico que el secreto profesional tutela es el buen funcionamiento de la profesión, de manera que su interés trasciende de lo individual a lo institucional convirtiéndose en una cuestión de orden público⁵⁷⁸.

Y en similares términos el procesalista italiano, FLORIAN, expresaría que el deber de secreto "es confiado a la conciencia del que lo ha recibido por una razón social, superior a la voluntad particular que ha comunicado el secreto"⁵⁷⁹.

Por lo que a mí respecta, soy de opinión que el secreto profesional supone un quebranto del deber de fidelidad respecto de los secretos que le son confiados por sus clientes en razón del ejercicio profesional, sin embargo, no se puede olvidar que su esencia responde al genuino derecho a la intimidad, de manera que con el secreto profesional se protege tanto la intimidad del cliente como el buen funcionamiento de la

⁵⁷⁸ GARÇON, E. : *Code Pénal annoté t. II (nouvelle édition refounde et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel)*, Librairie Sirey, Paris, 1956, p. 517.

⁵⁷⁹ Vid. FLORIAN, E.: *Elementos de Derecho Procesal Penal* (traducción y referencias al Derecho Español por Leonardo Prieto Castro y Ferrándiz), Librería Bosch, Barcelona, 1934, p. 352.

profesión⁵⁸⁰. Por lo que hay una doble violación, por un lado, la confianza entre profesional-cliente, por el otro, la intimidad del cliente, siendo la voluntad del confiante lo determinante para la elevación de lo conocido por el confidente a la categoría de secreto.

MORALES PRATS, siguiendo el esquema de las esferas de la vida privada de Henkel, vincula el deber de secreto profesional a la tutela de la intimidad, respetando el especial detalle que presenta el hecho de que el conocimiento de los datos o circunstancias de la vida privada sean de origen lícito, de forma que sólo la revelación o divulgación a terceros suponga la afrenta a la intimidad⁵⁸¹. A este respecto dirá el mencionado autor que "el núcleo, pues, de estas formas de ataque a la privacy reside en el quebrantamiento del deber de discreción, por lo que la figura del secreto profesional queda incluida en la *Vertrauenssphäre*. La esfera de secreto (*Geheimsphäre*), como parcela de la privacy en la que el titular ostenta facultades de exclusión absolutas, no puede proporcionar acomodo al deber de secreto profesional en la medida en que éste presupone una cierta relativización del carácter íntimo de determinadas circunstancias o noticias por razones de confianza personal en los miembros de determinadas profesiones"⁵⁸².

⁵⁸⁰ CHAVANNE, A.: "La violation du secret professionnel", *Juris-classeur pénal*, 6, 1957, p. 81.

⁵⁸¹ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., 216.

⁵⁸² *Ibíd.*, loc. ult. cit.

Precisamente desde el planteamiento de BRICOLA, quien como vimos siguió la teorías de las esfera de Henkel, el encuadramiento del secreto profesional es aún más sencillo en la medida que asume la distinción entre el ámbito de la *riservatezza* y del derecho al respeto de la vida privada, cuya esencial diferencia recae en el acento de la ilicitud (en la *riservatezza* en la difusión; en el derecho al respeto de la vida privada en la intromisión no consentida). De manera que el secreto profesional quedaría enmarcado en el derecho de reserva por cuanto que el confidente asume lícitamente el contenido de la noticia, siendo lo ilícito la revelación de la misma⁵⁸³.

Muy similar al planteamiento de Brícola, sería también el de SCHMIDT, ya que situó el secreto profesional en la *privatsphäre* (la noticia es compartida con terceros, esfera privada), diferenciándola de la *intimsphäre* en cuanto ámbito ajeno al acceso de terceros y en el que no ser perturbado⁵⁸⁴.

Observams, por tanto, como la autonomía de la voluntad encierra un importante papel en torno al encuadre sistemático del secreto profesional, dado que la libre voluntad del confidente (transmitente de la información) preside en todo momento la interacción con el sujeto pasivo (receptor de la información); por lo que al tratarse de un acceso lícito, el reproche

⁵⁸³ BRÍCOLA, F.: "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", op cit., pp. 1083 y ss.

⁵⁸⁴ SCHMIDT, G.: "Zur Problematik des Indiskretionsdelikte", op. cit., loc. ult. cit.

jurídico cae sobre la difusión ilícita de la información concerniente a la privacy del confidente.

En consecuencia, la determinación del bien jurídico afectado (el deber de fidelidad, confianza depositada, intimidad, etc.) incidirá directamente al régimen jurídico en orden a determinar el cese las obligaciones inherentes al profesional y su relación con la voluntad del cliente.

En este sentido, FLORIAN, que era de la opinión que el secreto profesional trasciende a la relación profesional-cliente, sostendría que precisamente al tratarse este de un interés público y no particular, "el profesional depositario de aquél [se refiere al secreto] conserva íntegramente su derecho al silencio aunque el confidente le libre de la obligación de callar o aun le incite a hablar. La voluntad privada aquí es insuficiente. Sólo en casos muy excepcionales el profesional recto y probo hablará, pero según el dictado de su conciencia y no porque el cliente lo desee"⁵⁸⁵.

Resulta obvio entonces que para aquellos que sostienen el carácter institucional de orden público del secreto profesional, la voluntad del confidente en modo alguno determinará que lo transmitido deje de ser secreto.

Esta configuración de carácter absoluto del secreto profesional, sin embargo, no deja de plantear

⁵⁸⁵ FLORIAN, E.: *Elementos de Derecho Procesal Penal*, op. cit., loc. ult. cit.

importantes problemas de orden procesal, pues en ocasiones el propio confiante podría interesar la deposición en juicio del confidente por serle beneficioso, de manera que de sostener una postura absoluta se estaría imposibilitando su intervención. A este respecto MORENO CATENA indica que es precisamente el interés del titular el "único criterio dotado de valor hermenéutico para establecer la extensión y los límites del deber de guardar dicho secreto"⁵⁸⁶.

MARTÍNEZ VAL, en una postura intermedia, señalaría que, además del consentimiento del cliente, se debe exigir la autorización por el Colegio profesional⁵⁸⁷.

Más próxima al valor total de la autonomía de la voluntad del cliente, serían las posiciones de quienes postulan la discreción facultativa, configurando la dispensa del cliente como una facultad del profesional, por lo que este no queda obligado⁵⁸⁸. Esta postura, sin embargo, no deja de ser una supresión de la eficacia de la voluntad del cliente-titular de la intimidad que verá su pretensión condicionada a la voluntad del confidente.

⁵⁸⁶ MORENO CATENA, V.: *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 137.

⁵⁸⁷ Vid., en este sentido y por todos MARTÍNEZ VAL, J.M.: *Abogacía y Abogados*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 237.

⁵⁸⁸ SOLDADO GUTIÉRREZ, J.: "El secreto profesional del abogado", op. cit. p. 1192 y ss. Esta es la tesis que sigue el actual art. 542 de la LOPJ cuando sostiene que "Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos".

A mi modo de ver, la intervención de la voluntad privada del confiante interesando la pérdida de la condición de secreto a lo conocido por el confidente, de suyo ha de comportar, en cuanto decaimiento del elemento definitorio de lo secreto (desconocimiento, reserva, oculto) la pérdida de tal condición, y, por tanto, la desaparición de la obligación de silencio. De manera que, como WAREMBOURG dijo, "el consentimiento no juega un papel de justificación, lo que hace es excluir un elemento constitutivo del delito en el que la víctima tiene la libre disposición del interés protegido por la ley. El titular de la intimidad es libre para determinar los límites de lo que se quiere esconder o descubrir, es el titular de su secreto y juez único de sus intereses cuando pone de manifiesto su voluntad"⁵⁸⁹.

De entre quienes sostienen una concepción absoluta, en defensa de su tesis se ha argumentado acerca del contenido del secreto profesional distinguiendo entre los secretos directamente confiados por los clientes y los conocidos durante el ejercicio de la actividad profesional⁵⁹⁰. Sobre esta distinción se esgrimía que respecto de estos últimos en modo alguno podía prevalecer la voluntad del confiante, pues estos son independientes de esta y, por tanto, su sigilo obedece al interés general. Sin embargo, esto no puede comportar la exclusión del objeto formal intimidad como interés tutelado por la norma protectora del secreto profesional, pues "el abogado, médico notario, llega a

⁵⁸⁹ La cita se toma de MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., p. 216

⁵⁹⁰ Sobre este extremo puede verse GARÇON, E.: *Code Pénal annoté t. II*, op. cit., p. 517.

conocer los datos y circunstancias íntimas no confiadas por el cliente por la propia dinámica en que se desenvuelve su tarea profesional. Estos secretos no depositados por el cliente, forman parte también de su intimidad. En cierto modo, el que acude a los servicios del profesional ya acepta la eventual toma de conocimiento de éste de circunstancias de su vida privada, personal y familiar”.

Esta circunstancia inmediatamente expresada no sólo se trata un mero desiderátum en defensa de postulados liberales, sino que encuentra recto y expreso amparo legal, tal y como veíamos, desde la promulgación la Ley Orgánica 1/1982, pues en su art. 2, párrafo segundo, “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

Desde el punto de vista netamente positivo, en la tradición jurídico-penal española, el texto penal de 1822, siguiendo los principios del Código de Napoleón, en su artículo 424 sancionaba que *“Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matronas ó cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razon de su estado, empleo ó profesion, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses á un año, y pagarán una multa de treinta á cien duros. Si la revelacion fuere de secreto que pueda causar á la persona que lo confió alguna responsabilidad criminal, alguna deshonra, odiosidad, mala nota ó desprecio en la opinion pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, una reclusion de uno á seis años. Si se probare soborno, se impondrá además la pena de*

infamia al sobornado, y no podrá volver á ejercer aquella profesion ú oficio: el sobornado sufrirá un arresto de un mes á un ano".

La clave de la redacción del tipo se alzaba sobre la nota "o cualesquiera otras", pues podían quedar incardinadas cualesquiera profesiones, empleos u oficios, lo que suponía la superación de la concepción decimonónica-elitista del deber de secreto profesional, pues en el tipo se incluían como sujeto activo del delito ya no sólo a los clásicos funcionarios y sacerdotes, sino todas las personas que por su actividad laboral o profesionales recibiesen secretos ajenos⁵⁹¹.

Tal y como apuntábamos, el Código Penal de 1848, comportó la fragmentación del art. 424 del CP de 1822, dispersando parte de su contenido típico esencialmente por los Capítulos Primero (Prevaricación) y Cuarto (relativo a violación de secretos) del Título Octavo "de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos". Así el art. 282 sancionaría al empleado público que revelase los secretos que hubiere conocido por razón de su oficio, agravando el tipo si de la revelación resultare grave daño para la causa pública; y el 284, que es el que nos interesa a nuestro objeto de estudio, al "*empleado público que sabiendo por razon de su cargo los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de suspension, arresto mayor, y multa de 10 á 100 duros. En estas mismas penas incurrirán los que, ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que*

⁵⁹¹ MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op cit., p. 213.

por razon de ella se les hubieren confiado". Y más especial, en cuanto situado en los delitos de prevaricación, el art. 273 sancionaba al abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos.

El Código Penal de 1870, sin embargo, sufrió un importante deterioro ya no sólo en lo que a tutela del secreto profesional se refiere al preterir la posible comisión delictiva por sujetos activos distintos de funcionarios⁵⁹², abogados y procuradores⁵⁹³, sino también en la técnica legislativa respecto de la tipificación concerniente a estos últimos, al quedar confinado en el Título VII relativo a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, cuando lo cierto es que ambas profesiones, como señalaría GROIZARD, "ni eran empleados ni ejercían funciones públicas, ni reciben misión ni mandato del Estado, ni de la Sociedad, para el desempeño de sus deberes"⁵⁹⁴.

El Código Penal de 1928, ciertamente rupturista con la tradición sentada por el de 1870, presentaría un tipo expansivo y abierto, pues en el párrafo segundo del art. 683 penaba "el que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer", lo que comportó tutelar el secreto profesional a un elevado precio, pues se impuso un deber general al sigilo.

⁵⁹² Vid., arts. 378 y 379 CP 1870.

⁵⁹³ Vid. art. 376 CP 1870.

⁵⁹⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gómez de la Serna (vol. 4)*, op. cit., p. 121

En este vaivén político-criminal, los Códigos Penales de 1932 y 1944, siguieron el vacío legal del CP de 1870. Desatención que igualmente guiaría el CP de 1973, con la excepción del art. 360, que sancionaba con penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas, a los abogados y procuradores que descubrieran los secretos de sus clientes que hubiesen conocido durante el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO IX
LA INTIMIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. INTRODUCCIÓN

La ley es la norma dictada por el Parlamento, aprobada con ese nombre y siguiendo el procedimiento legislativo establecido⁵⁹⁵. Con esta simpleza, y a su vez dureza, se puede afirmar que el legislador lo puede todo.

Los representantes del pueblo español, en su doble condición de titulares de la potestad legislativa y tesoreros de la soberanía, hacen realidad el principio de toda democracia representativa. Que todos los españoles sin excepción, por vía de representación parlamentaria, sean actores y autores del ordenamiento jurídico⁵⁹⁶.

Por tanto, si concurre la voluntad suficientemente mayoritaria de los diputados elegidos por españoles, nada se podrá hacer para evitar la aprobación de una ley⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Real Academia Española.: *Diccionario del español jurídico*, Madrid, 2016.

⁵⁹⁶ Vid. en este sentido la STC 24/1990, de 15 de febrero (RTC 1990, 24).

⁵⁹⁷ Con ello, evidentemente, no se está censurando la crítica ni la objeción a ley, todo lo contrario, simplemente se hace hincapié en la necesidad de asumir su existencia, lo que objetamos es a quienes caen en el argumento de considerar que una ley deja de serlo por el hecho de ser a su juicio injusta.

Así las cosas, coincido totalmente con LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARAN, cuando afirman que "el Código Penal es una decisión política. Toda ley lo es; el Derecho es «decisión política objetivada». La singladura del texto tuvo que atravesar el territorio del acuerdo, o de los acuerdos políticos. No es posible, por ello, entender el Código sin conocer los objetivos de política criminal sobre los que se apoya"⁵⁹⁸.

La historia nos demuestra la dificultad que comportó la elaboración del primer código penal de la democracia, pues al de 1995 le antecedieron hasta tres importantes intentos frustrados como fueron los de 1980, 1983 y 1992, y que significó para los españoles estar más de una década y media sin adaptar el derecho penal al espíritu constitucional.

Los anteriores autores señalarían que la elaboración del Código Penal requirió la materialización de cinco dimensiones de consenso⁵⁹⁹.

En primer lugar, la "necesidad u oportunidad de hacer un nuevo Código Penal"⁶⁰⁰ que se adaptara a las exigencias de seguridad jurídica modernas, al propio texto constitucional y a los valores o transformaciones de la sociedad español.

⁵⁹⁸ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador; comentario al texto y al debate parlamentario*, Diego López, Madrid, 1996, p. 26.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pp. 26-37. Concretamente se refieren a "círculos concéntricos de acuerdo en la política criminal".

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 26.

En segundo lugar, "que el proceso legislativo tenía que seguir la senda de la apertura de criterios y no de la cerrada posición partidaria"⁶⁰¹. Se trataba de una continuación del consenso constitucional, en este sentido, los autores identifican al Código Penal como la Constitución en negativo.

En tercer lugar, suponía "alcanzar una convergencia en los principios básicos de política criminal sobre los que se construyese el edificio gigantesco del Código"⁶⁰², y el andamiaje materialmente constitucional era: el principio de legalidad, el principio de subsidiariedad o intervención mínima del Derecho penal, el principio de proporcionalidad y el principio de la reinserción social como orientación de las penas.

En cuarto lugar, "un círculo de acuerdo aún más amplio tenía que llegar sobre la regulación de los aspectos más novedosos del Código, sobre los cambios relevantes respecto a la situación anterior"⁶⁰³, tales como la libertad de expresión y sexual, la corrupción y los delitos socioeconómicos, los derechos de los trabajadores, la igualdad y no discriminación, la reinserción social, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, el medio ambiente y la ordenación del territorio, la superación del derecho penal de autor en favor del de hecho, las comisiones de investigación parlamentaria y la rebelión como alzamiento independentista violento.

⁶⁰¹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁶⁰² *Ibíd.*, pp. 27 y ss.

⁶⁰³ *Ibíd.*, pp. 33 y ss.

En quinto y último lugar, el "acuerdo sobre los desacuerdos" como manifestación del apoyo político al texto. En este sentido, a excepción del Grupo Popular, "el voto de los demás grupos no coincidió en todos los artículos, pero se sintieron representados en el resultado final, porque los acuerdos superaron a algunos desacuerdos de importancia" ⁶⁰⁴.

Con estas breves notas, aunque necesarias, se comprende mejor la indisoluble relación entre el fenómeno social (político) y el jurídico, idea que, por otro lado, está impresa a lo largo de todo este trabajo.

2. LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR EN LA CONFIGURACIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal (121/000063) ⁶⁰⁵, presentado el 13 de septiembre de 1994, en el marco de la V legislatura, presentaba el Título IX "delitos contra la intimidad y el domicilio", que a su vez estaba compuesto por tres Capítulos, el primero de ellos "El descubrimiento y revelación de secretos" (arts. 188 a 192), el segundo "Delitos contra la propia imagen" (art. 193) y el tercero "Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público" (arts. 194 a 196).

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 26 de septiembre de 1994, núm. 77-1.

Salta a la vista que el prelegislador articuló la tutela penal de los derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen de manera sorprendente y nunca vista hasta la fecha.

La propuesta, *grosso modo*, suponía la tutela penal de los anteriores derechos a través del Título X (delitos de injurias y calumnias) y la intimidad por el Título IX (delitos de descubrimiento y revelación de secretos, contra la propia imagen y de allanamiento), en el que a su vez se daba también cobijo punitivo a la propia imagen (art. 193 del proyecto del Código Penal⁶⁰⁶).

Por parte del Grupo Parlamentario Vasco (PNV, Xabier Albistur Martín (Grupo Mixto-EuE), se presentó la enmienda núm. 52 de sustitución del art. 193.1, proponiendo el texto: "El que atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización pública de su imagen (...) (el resto igual)". De manera que la mera captación y uso privado de la imagen debía excluirse como conducta criminalmente reprochable⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Artículo 193.1." El que atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización de su imagen, por cualquier medio y sin su consentimiento, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Cuando la conducta a que se refiere el apartado anterior fuere cometida contra un menor de edad o un incapaz se impondrá al culpable la pena de multa de doce a dieciocho meses. Para proceder por este delito, será necesaria denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad o incapaz, también podrá denunciar el ascendiente, representante legal o guardador, por este orden, y el Ministerio Fiscal. El perdón del ofendido o de su representante legal o guardador extingue la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código".

⁶⁰⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 115.

El anterior también presentó las enmiendas 49, 50 y 51, las dos primeras sobre el art. 188.2, y la última sobre el art. 190.1⁶⁰⁸.

La enmienda núm. 49 proponía añadir al final del párrafo del art. 188.2 "y a quien los alterase o utilizare en perjuicio del titular de los datos o de un tercero", cuya justificación se encontraba en que al referirse "el tipo penal exclusivamente a la conducta consistente en el apoderamiento de los datos, quedarían fuera del tipo aquellas otras que, yendo más lejos que el simple hacerse con los datos, y no integrando aún el tipo consistente en la difusión o revelación de éstos, consistan en la alteración reprochable de la información a tales datos incorporada o en su empleo para perjudicar al titular de los datos o a un tercero, en su caso"⁶⁰⁹.

La enmienda núm. 50 para garantizar una mayor garantía de los datos personales más sensibles, interesó añadir a la expresión del art. 188.2 "de datos reservados de carácter personal o familiar de otro", la siguiente: "o de cualquier información reservada que

⁶⁰⁸ El texto del anteproyecto:

Art. 188.2. "Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apoderase de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado".

Art. 190.1. "El que revelare secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de a uno a tres años y multa de seis a doce meses".

⁶⁰⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 114.

revele su ideología, religión, etnia, origen racial o vida sexual”⁶¹⁰

La enmienda núm. 51 operaría en el ámbito del delito de secreto profesional del art. 190.1 del proyecto⁶¹¹, proponiéndose la adición del siguiente tenor: “el que, fuera de los casos permitidos por la Ley (...)”, y ello porque en algunas profesiones hay obligaciones que “que condicionan el deber de sigilo; así, la declaración obligatoria de enfermedades infecto-contagiosas, la comunicación de los datos del conjunto mínimo básico de alta hospitalaria, etc.”⁶¹²

El Grupo Popular, a través de la enmienda núm. 342 en aras de ampliar el catálogo tecnológico del art. 188 apartado segundo, propuso introducir la expresión “electrónicos o telemáticos” y adecuarlo a la propia terminología de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Además también se interesó la punición del acceso ilícito a los mismos o la transferencia o cesión sin autorización⁶¹³.

El mismo grupo político, mediante la enmienda núm. 346 propuso la modificación de la rúbrica del Capítulo

⁶¹⁰ *Ibíd.*, p. 114.

⁶¹¹ El texto del anteproyecto: Art. 190.1. “El que revelare secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de a uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

⁶¹² Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 115.

⁶¹³ *Ibíd.*, p. 193.

II, Título IX, proponiendo la de "Delitos contra la imagen de las personas", a la vista que el redactado del prelegislador era impropio por cuanto las conductas dañan la imagen de otros y no la propia.

El Grupo socialista, en su enmienda 606, interesó una nueva redacción del art. 188 del proyecto en aras de dotar mejor contenido técnico a las conductas típicas y que, como más adelante se dirá, sería el esencialmente recogido en el texto definitivo⁶¹⁴.

El Grupo Federal IU-IC, en adecuación a la realidad tecnológica, en su enmienda 727 pretendió la adición del "correo electrónico" al contenido típico del art. 188.1 del anteproyecto y que había sido preterido⁶¹⁵.

En la estela del GP, el GIU-IC en la enmienda núm. 728 respecto del art. 188.2, propuso añadir tras soportes informáticos, "electrónicos o telemáticos", y al final del precepto la punición de la conducta consistente en el acceso ilícito a los datos⁶¹⁶.

Por parte de Izquierda Unida también se propuso a través de la enmienda 731, la supresión de la tutela penal del derecho a la propia imagen pues, con recto criterio, "es suficiente la protección civil de este derecho, la protección penal resulta innecesaria y desproporcionada"⁶¹⁷. El diputado LÓPEZ GARRIDO, en su

⁶¹⁴ *Ibíd.*, p. 262.

⁶¹⁵ *Ibíd.*, p. 289.

⁶¹⁶ *Ibíd.*, pp. 289-290.

⁶¹⁷ *Ibíd.*, p. 231.

intervención en el Pleno de 28 de junio de 1995, razonaría sobre este tema, que "la pretensión de una protección penal de la imagen excede del principio de intervención mínima del Derecho Penal, porque hay ya una protección civil de la imagen, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"⁶¹⁸.

A este respecto sostuvo el diputado de Izquierda Unida que el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 188), en un sentido parecido, ya protege la imagen, pues castiga a quien, con el fin de vulnerar la intimidad, utilice instrumentos de grabación, de reproducción del sonido e incluso de la imagen. "Por tanto hay una protección penal que mejora, sin duda, la protección vigente en estos momentos en los artículos 497 y 497 bis, que sólo se refieren al apoderamiento de papeles y escuchas ilegales sin mención a la imagen y su relación con la intimidad. Por tanto, ya el artículo 188 del proyecto recoge los supuestos más graves de intromisión en la intimidad, en el caso de que se atente a la intimidad atentando contra la imagen, ya que incluye la finalidad de vulnerar la intimidad y la utilización de artificios directamente dirigidos a captar la imagen"⁶¹⁹.

En definitiva, con toda razón, el diputado sostuvo que "el carácter fragmentario del Derecho Penal obliga a que solamente los atentados más graves a los bienes

⁶¹⁸ Cortes Generales (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados), Sesión Plenaria núm. 157, celebrada el miércoles, 28 de junio de 1995, núm. 159, p. 8407.

⁶¹⁹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

jurídicos protegidos deban ser objeto de persecución penal; no todos los atentados, sino solamente los más graves. Por tanto, el Derecho Penal tiene un carácter parcial, fragmentario. Por ello y porque la jurisprudencia claramente va en el sentido de desplazar esta protección hacia el ámbito civil, creemos que el artículo 193 sigue una dirección equivocada, porque atrae al campo penal conductas que hoy están protegidas civilmente de manera adecuada por la Ley de protección civil, del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supuestos que se pueden solucionar perfectamente por esa vía"⁶²⁰.

Por parte del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria se presentó la enmienda núm. 994, interesando la modificación de la rúbrica del Título IX "Delitos contra la intimidad y el domicilio", por la de "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y el domicilio"⁶²¹, pues "la imagen" -se lee en la justificación- "no puede entenderse comprendida ni dentro de la imagen (*sic*) ni en el domicilio y su protección agota un capítulo que es el II".

Del mismo grupo también es la enmienda 997, a la rúbrica del Capítulo II (delitos contra la propia imagen) del Título IX, proponiéndose la siguiente redacción: "delitos contra el derecho a la propia imagen", pues así "se distingue más correctamente entre «la imagen» y «el derecho a la propia imagen» ya que no se protege la imagen en sí misma considerada sino el

⁶²⁰ *Ibid.*, loc. ult. cit.

⁶²¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 6 de marzo de 1995, núm. 77-6, p. 351.

derecho a la propia imagen, como valor especialmente protegido por la Constitución y que descansa en la «intimidad»⁶²².

Por parte del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), se presentó la enmienda 1.129 al art. 188 del anteproyecto, en la línea de la 50 del PNV, haciendo mención expresa a “datos reservados de carácter personal o familiar de otro o cualquier información reservada que revele su ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual”⁶²³, por ser estos los recogidos en el título Primero de la Constitución.

En otro orden de cosas, por el Grupo Popular a través de la enmienda núm. 343 se pretendió la adición del art. 188 bis con un extensísimo contenido típico dirigido a tutelar “de forma individualizada y estructurada las figuras delictivas referentes al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal más sensibles; esto es, aquellos recogidos en el artículo primero de la Constitución: ideología, religión y creencias por un lado: origen racial, salud y vida sexual por otro”⁶²⁴.

En esa misma línea el Grupo Federal IU-IC, en su enmienda 729, también interesó la adición de un nuevo precepto, el 188 bis, tendente a criminalizar todo el ciclo de vida del tratamiento de datos de carácter personal relativos a la ideología, religión, creencias,

⁶²² *Ibíd.*, p. 352.

⁶²³ *Ibíd.*, p. 386.

⁶²⁴ *Ibíd.*, p. 194.

salud, origen racial o vida sexual. Y el mismo grupo político en la enmienda 730, también propuso el art. 188 ter para tipificar el comercio o el lucro con el tráfico de datos personales, conociendo el origen ilícito de su obtención por terceros; o el con igual conocimiento los utilizase para fines de su actividad económica⁶²⁵.

En el Informe de la Ponencia⁶²⁶, se hicieron eco de buena parte de las enmiendas que hemos aludido lo que demuestra ese espíritu de consenso imperante en la elaboración del código punitivo de la democracia.

En relación al tenor del Título IX, se aceptó la enmienda 994 (GCC), modificándose la rúbrica del Título IX por la que sigue: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio".

En lo que refiere al art. 188 del anteproyecto, se aceptó, en primer lugar, la enmienda 727 del GIU-IC en adición de los "mensajes de correo electrónico".

En segundo lugar, se asumió la mejora técnica de la enmienda 606, propuesta por el Grupo Socialista.

En tercer lugar, se aceptó la enmienda 728 de GIU-IC, lo que implicó de hecho la aceptación parcial de las enmiendas 342 GP y 1129 del GC-CiU, por lo que se asumió la ampliación del catálogo tecnológico y el acceso ilícito de los datos almacenados.

⁶²⁵ *Ibid.*, pp. 290-291.

⁶²⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), 22 de mayo de 1995, núm. 77-8.

En cuarto lugar, también se aceptó la enmienda 49 del GV-PVV y Sr. Albistur Marín, al apartado 2 de la enmienda 606, criminalizando así la modificación de los datos en perjuicio de su titular o a un tercero.

En quinto lugar, se asumió parcialmente la enmienda 342 del GP, tipificando en el apartado 3 del artículo 188, la revelación o cesión a terceros.

Respecto del delito de revelación de secretos ajenos de los que se hubieran tenido por razón del oficio o relaciones laborales (art. 190.1) y del de quebrantamiento de sigilo o reserva profesional (art. 190.2) no se aceptaron las enmiendas.

Por lo que respecta a las condiciones de perseguibilidad de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, se incorporó la enmienda 608 del GS, y respecto del perdón como causa de extinción se sustituyó en el párrafo segundo el término "perdón del ofendido" por "perdón de la persona agraviada".

Respecto del Capítulo II, del Título IX, se aceptó la enmienda 997 del GCC, rubricándose el capítulo como "delitos contra el derecho a la propia imagen".

En cuanto al contenido del art. 193, se admitieron las enmiendas 52 del GV-PNV y Sr. Albistur Marín, añadiendo al precepto el adverbio "gravemente" y se suprimió por acuerdo unánime de la ponencia, la expresión típica inicial "por cualquier medio"⁶²⁷.

⁶²⁷ La enmienda 998 del GCC se retiró.

En definitiva vemos como en el Congreso de los Diputados se desarrolló un rico debate en torno a la tutela penal de la intimidad y propia imagen propuesta por el prelegislador, y que se nutrió posteriormente por las enmiendas aceptadas por numerosos grupos políticos fruto del consenso político.

El texto que fue remitido por el Congreso de los Diputados al Senado⁶²⁸, en lo que respecta a nuestro ámbito, -y su reproducción es menester para que el lector no se confunda a la vista que se introdujeron nuevos preceptos en el texto punitivo a propósito de las enmiendas con la consiguiente reenumeración- quedó así:

Título X: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

Capítulo I: "Del descubrimiento y revelación de secretos" (arts. 197 a 201).

Capítulo II: "Delitos contra el derecho a la propia imagen" (art. 202).

Capítulo III: "Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público".

En el Senado, de igual forma a lo ocurrido en el Congreso de los Diputados, el debate fue jurídica y políticamente enriquecedor, cuyo resultado resultaría trascendental para el futuro de la tutela penal de la intimidad pues, tal y como se verá, es aquí donde se

⁶²⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), 20 de julio de 1995, núm. 87 (a).

fraguó el paradigma sobre el que se articularía la protección penal de la intimidad y propia imagen.

Los senadores Álvaro Antonio Martínez Sevilla y José Luis Nieto Cicuendez (IU-IC) Mixto, propusieron en la enmienda núm. 15, la incorporación del art. 197 bis que era el que en el Congreso de los Diputados presentó el GIU-IC en su enmienda 729⁶²⁹.

En similar sentido el GP que a través de su enmienda num. 567, solicitó la adición del art. 197 bis simili modo a lo efectuado ya en el Congreso de los Diputados a través de la rechazada enmienda núm. 343.

Por parte del GS, se formuló la enmienda núm. 328 al objeto de modificar la punición de los supuestos agravados e introducir la tutela de la propia imagen en el apartado tercero para los casos de difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas ilícitamente. Asimismo, se propone en el apartado 5 como causa de agravación la de atentar contra la intimidad de menores⁶³⁰.

Por otra parte, los socialistas en la enmienda núm. 329, solicitaron el endurecimiento de la pena de inhabilitación absoluta para el caso de que las conductas del art. 197 fueran cometidas por la autoridad o funcionario público (art. 198)⁶³¹.

⁶²⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), 21 de septiembre de 1995, núm. 87 (c), p. 109.

⁶³⁰ *Ibíd.*, p. 193.

⁶³¹ *Ibíd.*, pp. 193-194.

En relación con el art. 199, por parte del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, se formularía la enmienda núm. 66, con mismo contenido que el de la presentada por ellos en el Congreso de los Diputados y que fue desestimada (la enmienda núm. 51)⁶³².

Respecto del art. 200, por el Grupo Socialista se pretendió a través de la enmienda núm. 330, una modificación más acorde al contenido de las conductas previstas en los artículos anteriores, de manera que lo dispuesto en este "Capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código"⁶³³.

En cuanto a las condiciones de perseguibilidad de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y respecto del perdón como causa de extinción (art. 201), se introdujeron las enmiendas núm. 331 por el GS, y 568 y 569 por parte del GP⁶³⁴.

El nudo gordiano, sin embargo, se encontraría en el Capítulo II del Título X relativo a la tutela penal de la propia imagen.

⁶³² *Ibíd.*, p. 122.

⁶³³ *Ibíd.*, p. 194.

⁶³⁴ Únicamente se aluden a efectos ilustrativos, sin embargo, al no tener relevancia en la configuración de los tipos de tutela de la *privacy* se omite hacer cualquier alusión a las mismas.

Los Senadores Álvaro Antonio Martínez Sevilla y José Luis Nieto Cicuendez (IU-IC), mediante la enmienda núm. 16, interesaron la supresión del Capítulo inmediatamente aludido, ya que la protección civil de este derecho era suficiente, de manera que "la protección penal resulta innecesaria y desproporcionada"⁶³⁵.

En la Comisión de Justicia, en sesión celebrada el martes, 10 de octubre de 1995, el senador Martínez Sevilla defendió la enmienda núm. 16, en los siguientes términos: "La enmienda número 16 es de supresión sobre el derecho a la propia imagen. Entendemos que basta y sobra la ley de protección civil, ley que tiene las consideraciones más que suficientes para defender la propia imagen, y que el derecho a la imagen no debe tener un tratamiento penal en este sentido, sino que debe tener un tratamiento a través de esta ley de protección civil"⁶³⁶.

En la intervención de los socialistas en la Sesión del Pleno celebrada el miércoles 25 de octubre de 1995, el senador Joaquín Martínez Bjorkman, sobre la enmienda número 16, indicó que por parte de su grupo, y tras una profunda reflexión, se votaría a favor, pues "entendemos que para la protección del derecho a la propia imagen, basta y sobra con la ley de protección civil. Esto y las consideraciones que se han tenido en cuenta son suficientes para defenderlo. Por lo tanto,

⁶³⁵ *Ibíd.*, p. 109.

⁶³⁶ Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión de la Comisión de Justicia, celebrada el martes, 10 de octubre de 1995, pp. 18-19.

vamos a considerar que este derecho a la propia imagen no debe tener tratamiento penal”⁶³⁷.

La aprobación definitiva del Código Penal de 1995, finalmente expulsaría de nuestro texto punitivo, en consonancia con el carácter parcial y fragmentario del derecho penal, la mera utilización de imágenes que el anteproyecto preveía en el Capítulo II del Título IX, pues la LO 1/1982 brindaba suficiente protección a este bien jurídico.

De manera que el texto que finalmente se aprobaría en materia de tutela penal de la intimidad quedaba de la siguiente forma⁶³⁸:

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 o 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

⁶³⁷ Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión del Pleno celebrada el miércoles, 25 de octubre de 1995, p. 4810.

⁶³⁸ No recogemos el Capítulo II relativo al “allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, a la vista que excede del objeto de este trabajo.

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.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

Artículo 198.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Artículo 199.

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Artículo 200.

Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.

Artículo 201.

1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito

afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130.

Protección que unida a la brindada por la normativa civil, según nuestro legislador, era a la vez armoniosa y suficiente a los principios constitucionales. De manera que se reputaban criminales los ataques más graves a la intimidad (acceso ilícito), y civiles, a excepción de los delitos de reserva o sigilo profesional, aquellos en los que mediara un consentimiento inicial (acceso lícito).

3. CONSIDERACIONES GENERALES AL CAPÍTULO I DEL TÍTULO X DEL LIBRO II DEL CP EN SU CONFIGURACIÓN ORIGINAL: EL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD⁶³⁹

La entrada en vigor del Título X del Libro II del CP, como señalaría REBOLLO VARGAS, significó "una de las novedades más importantes en relación con el texto anterior"⁶⁴⁰, cuyo especial valor se encuentra en ser el

⁶³⁹ Conviene precisar con carácter preliminar para evitar confusiones en lo sucesivo que se usa un concepto general de intimidad sin distinguir entre la personal y familiar. La alusión a la intimidad familiar puede plantear ciertos problemas de comprensión, pues la intimidad, como se ha visto, es ante todo personalísima. No existe, por tanto, una intimidad familiar de suerte que comporta la cesión de la intimidad en favor de una intimidad compartida y global. En este sentido, vid. la STS 20 de junio 2003 (ES:TS:2003:4310)".

⁶⁴⁰ REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: Comentarios al Código Penal: Parte

primer código penal de la historia de España en reunir en torno a un mismo títulos los atentados contra la privacy.

Así las cosas coincido con MORALES PRATS al sostener que "con esta medida se ha logrado dotar al tratamiento penal de la tutela de la intimidad de una unidad y coherencia sistemática de la que carecía el anterior Código Penal, entre otras razones porque era ajeno a un planteamiento *aggiornato*, en la tutela de la intimidad, a las necesidades del fin de siglo y a las exigencias que marca el art. 18 de la CE"⁶⁴¹.

Con esta arquitectura legislativa de la intimidad se ha otorgado un tratamiento global y más coherente sistemáticamente a la tutela penal de la privacy que en el CP de 1973⁶⁴², donde su tuición se canalizaba a través del instituto del secreto.

De hecho, el errático encuadre sistemático de este objeto formal padecido a lo largo de los siglos, suponía encontrar tuteladas diferentes manifestaciones de la intimidad en títulos o capítulos totalmente

Especial. Tomo I (Dir. J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 451.

⁶⁴¹ MORALES PRATS, F.: "Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales", *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, 1996, núm. 2, p. 241. Lo que está entre corchetes es nuestro.

⁶⁴² RUEDA MARTÍN, M^a. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 23.

peregrinos⁶⁴³, lo que comportaba una especial dificultad en situar la intimidad como el valor de la vida humana protegido⁶⁴⁴. En este sentido, en palabras de OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, y que hacemos nuestras, el "históricamente desacertado emplazamiento coincidía con que, mientras en otros delitos la rúbrica del Título donde se situaban era determinante a la hora de interpretar el objeto jurídico de la infracción, en este caso, el encabezamiento ("De los delitos contra la libertad y seguridad") apenas indicaba lo que en último extremo podía ser el bien jurídico preservado por estos artículos"⁶⁴⁵.

Gráfica entonces es la expresión de MORALES PRATS al afirmar que con el CP de 1995 los delitos contra la intimidad han ganado "nomen iuris" y, además, "han atraído hacia sí el delito de allanamiento de morada,

⁶⁴³ Por ejemplo los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Título intitulado "De los delitos contra la libertad y seguridad".

⁶⁴⁴ Es el concepto de Bien Jurídico dado por COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 318.

En lo que respecta a la tutela penal de la intimidad a través de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, hemos visto que destacados comentaristas a lo largo de la historia, más que la intimidad, han situado el interés protegido en el honor y la propiedad, la libertad personal o incluso la integridad moral. Lo cual no es baladí, pues, precisamente, como más adelante se verá, sobre el honor y la integridad moral se ha intentado dar respuesta punitiva a conductas que, desde la perspectiva del Título X del CP, eran atípicas. Por todas, la difusión inconsentida de imágenes y videos obtenidas con consentimiento de la víctima (lo que hoy es el actual 197.7 CP).

⁶⁴⁵ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 10.

en cuanto que éste supone un acto atentatorio contra la intimidad domiciliaria”⁶⁴⁶.

El principal punto de tensión, dado el contenido del Anteproyecto y el CP finalmente aprobado, es el rol la propia imagen, esto es, la figura humana en sí misma considerada en cuanto atributo de la personalidad. Dicho de otra forma, cuál es la participación del derecho penal en la protección de la imagen neutralmente considerada⁶⁴⁷.

Con carácter preliminar, y en cuanto *mens legis*, no podemos dejar de recordar que el legislador precisamente eliminó el Capítulo II “Delitos contra la propia imagen” del Título X del Libro II CP que había sido propuesto por el prelegislador en el anteproyecto. Aunque lo cierto es que la rúbrica del Título sigue siendo “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. Por lo que deviene necesario analizar las imbricaciones y

⁶⁴⁶ MORALES PRATS, F.: “Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales”, op. cit., p. 242.

⁶⁴⁷ A pesar de que la mera captación de la imagen devino penalmente irrelevante con el CP de 1995, existe un excepcional trabajo que aborda la captación y reproducción de la imagen y los posibles criterios para diferenciar la protección penal de la civil, elaborado por JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008, p. 93 y ss. La autora parte de la premisa que “la lesión a la disponibilidad de la propia imagen sin más, es decir, la captación o la reproducción neutral de ésta (la producción de la propia figura que permite la identificación del sujeto), sin implicaciones sobre la intimidad o el honor, no exigirá protección penal, pues es suficiente con la protección civil que otorga la Ley 1/1982”. El criterio para distinguir una lesión de la imagen civil o penalmente relevante, sostiene la autora, será que a la vulneración la propia imagen se acompañe otra a la intimidad y/o al honor.

relaciones penalmente relevantes entre la propia imagen y la intimidad.

Según hemos visto en extenso a la hora de abordar la jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad posee un doble aspecto: positivo y negativo.

El primero es el poder jurídico del que dispone la persona sobre la publicidad de la información relativa su círculo reservado propio y familiar⁶⁴⁸.

El segundo es el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación de la mencionada información por parte de terceros y frente a una publicidad no querida, lo que comporta que quienes de un modo u otro han tenido acceso a tal espacio no den a conocer extremos relativos a esa esfera de intimidad, o simplemente impedir su difusión in consentida⁶⁴⁹.

Por su parte, el derecho a la propia imagen está indisolublemente asociado a la figura humana de forma tal que este atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública.

La finalidad del derecho a la propia imagen es impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado con

⁶⁴⁸ STC 185/2002, de 14 de octubre (RTC 2002, 185).

⁶⁴⁹ STC 115/2000, de 15 de mayo (RTC 2000, 115).

independencia de la finalidad perseguida por quien la capte o difunda⁶⁵⁰.

Por tanto, se vulnera el derecho a la propia imagen tanto a través de la mera captación o reproducción como de la publicación o difusión de la imagen (todas las conductas, evidentemente, sin el consentimiento de su titular o sin concurrir las causas de justificación legales).

La captación, reproducción, publicación o difusión de la imagen, puede, además, comportar la vulneración del derecho al honor o a la intimidad o, por supuesto, de ambos⁶⁵¹, siendo que en estos casos el desvalor de la acción será mayor⁶⁵².

Recapitulando lo inmediatamente dicho:

En primer lugar, la propia imagen es un derecho autónomo con un ámbito específico⁶⁵³ que se concreta en

⁶⁵⁰ STC 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139).

⁶⁵¹ Sobre esta idea puede verse a JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A.: "Límites de protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes", en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. J. BOIX REIG y coord. A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010, p. 127 y ss.

⁶⁵² STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14).

⁶⁵³ Así lo expresa la antes citada STC 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139) cuando tras considerar las relaciones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, señala que este último "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión

la protección de la imagen física de la persona⁶⁵⁴, de manera que el bien jurídico protegido es la figura humana.

En segundo lugar, la captación, reproducción, publicación o difusión de la imagen puede comportar también una vulneración del honor si la persona aparece representada en actitudes vejatorias o degradantes que afecten a su reputación, fama o estimación social y/o de la intimidad si la imagen permite la observación de alguna faceta o dimensión de la esfera privada de la persona⁶⁵⁵.

De igual manera que hemos visto con el bien jurídico intimidad, la propia imagen, como no puede ser de otro modo, goza de protección autónoma en el ámbito iusprivatista a través de los artículos 7.5º y 7.6º de la LO 1/1982, cuando, respectivamente, señalan que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su

incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual".

⁶⁵⁴ MONTÉS PENADÉS, V.L.: "Los derechos fundamentales", en AA.VV.: Derecho civil. Parte General (coord. por A. LÓPEZ LÓPEZ y V. L. MONTÉS PENADÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 276. Observa que mediante el derecho a la propia imagen se tutela la imagen física, pero no la imagen espiritual o social que está asociada al derecho al honor.

⁶⁵⁵ Si la imagen va acompañada de expresiones injuriosas o calumniosas o reveladoras de ámbitos de la esfera privada, no se trataría ya de una mera captación, reproducción, publicación o difusión de la figura humana. En estos casos habría una nueva conducta que sería la de glosar la imagen.

vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos" y "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga"⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ Conviene hacer en este punto una precisión sobre el artículo séptimo apartado sexto. Pudiera pensarse a simple vista que la voz quede integrada por el derecho a la propia imagen, sin embargo ello no puede ser así. La cuestión ha comportado un intenso debate entre constitucionalistas y civilistas, pues, precisamente, el artículo 18 de la CE, de igual forma que con el resto de derechos de la personalidad, no define el concepto de imagen. Tal y como hemos visto, la jurisprudencia de nuestro TC asocia el derecho a la propia imagen con "un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales" (SSTC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81); 83/2002, de 24 de abril (RTC 2002, 83), entre otras).

También la STC 156/2001 (RTC 2001, 156) de manera inequívoca expresa que "atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado".

Desde la óptica civil, ante la ausencia de definición legal por parte de la CE, se ha planteado si el término "imagen" usado por nuestro magno tribunal ha de ser el mismo que se use a efectos civiles.

Para ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen: especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000, pp. 14 y ss., nombre y voz quedarían bajo el abrigo de la propia imagen, si bien supone una desnaturalización del genuino concepto de imagen.

A esta cuestión responde lúcidamente DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 162-163, sosteniendo que "no se trata, en mi opinión, de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como «imagen» el nombre o la voz, además de la figura humana, sino que lo que sucede es que la tutela civil, no sólo se extiende a la «imagen», sino igualmente a otros

A diferencia de lo que ocurre con la intimidad y honor, el legislador, según decíamos, finalmente en el proceso legislativo acabó asumiendo la tesis de que la propia imagen debía quedar única y exclusivamente tutelada desde la óptica del derecho civil, siendo que en el ámbito penal la imagen sólo fuese considerada por el art. 197 CP como el objeto material del delito o un medio desde el que atentar contra el bien jurídico intimidad⁶⁵⁷.

MORALES PRATS, así las cosas, se mostraría contrario -ceteramente- a la rúbrica finalmente adoptada en el título X, proponiendo una que aludiera de manera exclusiva y lacónica a "Delitos contra la intimidad". Para el autor la innecesidad de la referencia a la propia imagen se encontraba, prima facie, en que esta se trataría a efectos penales de una faceta más de la intimidad, por lo que "del mismo modo que el legislador no ha necesitado referirse a otra parcela de la intimidad, como el secreto o la confidencialidad de comunicaciones, para configurar el

atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen".

El mismo autor, además, señala que otro argumento que refuerza la tesis de idéntico concepto de "imagen" en el ámbito constitucional y civil es la propia dicción del artículo 1 de la LO 1/1982, pues señala que lo protegido civilmente "frente a todo género de intromisiones ilegítimas" es el derecho fundamental "a la propia imagen garantizado en el artículo 18 de la Constitución" (ibíd., p. 162).

⁶⁵⁷ Sobre la idea de medio para cometer el delito, puede verse COLÁS TURÉGANO, A.: "El derecho a la propia imagen como objeto de protección por el Derecho Penal", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 303.

rótulo del título X, no encontramos razones que abonen la expresa mención a la propia imagen, que se encuentra abarcada también en la expresión amplia de intimidad, como una parcela más de la misma que viene a significar uno de los elementos más importantes del "habeas mentem" de la persona frente al control clandestino tecnológico"⁶⁵⁸.

En parecidos términos, pero idéntico sentido, se expresaría también REBOLLO VARGAS al sostener que "la rúbrica del Título no sea de lo más afortunada al hacer igualmente mención al derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, en tanto que el bien jurídico protegido en estos últimos es también la intimidad y que los delitos relativos al derecho a la propia imagen son sólo una faceta de la misma. Aún así, lo protegido en estos delitos es la intimidad que, como es de sobras conocido, se configura con un contenido amplio en el art. 18 de la CE, en el que, además de reconocerse el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), se garantiza, también, el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3) y la libertad informática (art. 18.4)"⁶⁵⁹.

El legislador de 1995, en definitiva, decide diseñar el Título X sobre una visión sociológica y global de la intimidad, que es concebida como el

⁶⁵⁸ MORALES PRATS, F.: "Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales", op. cit., p. 242.

⁶⁵⁹ REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 451.

centinela que vela tanto de las entradas como de las salidas indeseadas de todo lo concerniente a la *privacy*. Así, la intimidad penalmente relevante se vulnera, como pone de relieve MARCHENA GÓMEZ, cuando se descubren secretos ajenos, cuando se interceptan telecomunicaciones, cuando se usan artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, cuando se manipulan de utilizan o modifican de forma intencionada los datos reservados que se hallen registrados en ficheros automatizados, o cuando se allana el domicilio ajeno, etc⁶⁶⁰.

En todo caso, no faltan autores, por todos ROMEO CASABONA, que señalan que la protección de los datos de carácter personal constituye otro de los bienes jurídico protegidos en el Título X del CP⁶⁶¹.

Sostiene el mencionado autor que el art. 197.2 CP alude a "datos reservados de carácter personal o familiar de otro", por lo que, a su juicio, "este es el bien jurídico acotado por el legislador de 1995, y por ello ese es el bien jurídico realmente protegido". En definitiva, la esencia de su planteamiento es la insuficiencia de la intimidad para dar respuesta a las nuevas manifestaciones derivadas del desarrollo tecnológico y el almacenamiento de datos. Ahora bien, advierte que por vocación del principio de mínima

⁶⁶⁰ MARCHENA GÓMEZ, M.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)* (coord. por I. SERRANO BUTRAGUEÑO), Comares, Granada, 1998, p. 1099.

⁶⁶¹ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 40.

intervención y ultima ratio del Derecho Penal no se protegen la totalidad de los datos personales, sino únicamente los reservados y ajenos⁶⁶².

En la misma línea encontramos a GÓMEZ NAVAJAS que sitúa como bien jurídico protegido por el art. 197.2 del CP la libertad informática o *habeas data* desde la previsión del art. 18.4 CE que consagra el derecho a la autodeterminación informativa⁶⁶³ y que debe quedar escindido de la intimidad, de manera que el precepto penal protegería los datos personales frente a conductas insidiosas con independencia del carácter íntimo o no de los datos afectados⁶⁶⁴.

Sin embargo, discrepo en este punto con el parecer de los dos anteriores. Tal y como hemos expuesto, la intimidad insoslayablemente ha venido condicionada por el desarrollo tecnológico vigente, de manera que su configuración ha de venir marcada por las formas de interacción de las personas en cada momento histórico. Con el advenimiento de la informática hombre y ordenador se hacen uno, nuevas formas de interrelación se suceden, lo que ha de comportar el recalibrado del derecho a la intimidad, cuyo fundamento anida en la protección de la libertad y la dignidad humana, de manera que el bien jurídico intimidad, lejos de reducirse, descomponerse o desgajarse, debe ser

⁶⁶² *Ibíd.*, p. 47.

⁶⁶³ GÓMEZ NAVAJAS, J.: "La protección de datos personales en el código penal español", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, núm. 16, pp. 329 y ss.

⁶⁶⁴ GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección de los datos personales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 129 y 130.

configurado desde su entronque con la libertad genérica del individuo⁶⁶⁵.

RUEDA MARTÍN, también crítica con la opinión de Romeo Casabona, señala que "la intimidad si es suficiente para proteger las manifestaciones vinculadas con las nuevas tecnologías y el tratamiento de datos personales a través de ellas, puesto que su contenido comprende también el control sobre la publicidad de la información personal o familiar que se incluye en los mencionados datos (...) A mi juicio el bien jurídico protegido en todas las conductas tipificadas en los artículos 197 y 198 comprendidos en el Capítulo I del Título X del CP, es la intimidad personal y familiar, en el que debemos destacar las dos facetas indicadas antes: por un lado, entendida como el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad y, por otro lado, entendida como un control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia"⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Por ejemplo DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I (dir. J. BOIX REIG), Iustel, Madrid, 2016, p. 498, señalan, precisamente, que en consecuencia del reconocimiento del derecho a la intimidad "derivan facultades, fundamentalmente, de exclusión de terceros de dicho ámbito, pero también de control sobre los datos e informaciones sobre uno mismo (autodeterminación informativa, *habeas data*)".

⁶⁶⁶ RUEDA MARTÍN, M^a. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, op. cit., pp. 30-31.

El Código Penal, según se ha visto en nuestra presentación histórica de la tutela de la privacy, ha ido adaptándose a las nuevas tecnologías cuyas principales manifestaciones se han concretado, por un lado, en el control del individuo, y, por el otro, en las nuevas formas en que las personas interactúan.

Este escenario, en una relación casi de causa-efecto, ha comportado la expansión de un derecho a la intimidad que originalmente había sido configurado como un parapeto frente a las injerencias externas, cuyo máximo exponente estaba significado por el canónico e inveterado instituto del secreto.

La soledad, con independencia de su valoración en el plano axiológico, ha sido desterrada y con ello la superación de la teoría de las esferas germana.

La intimidad ya no puede edificarse sobre este valor (soledad-secreto), sino que se diseña como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales⁶⁶⁷, por ejemplo, la libertad religiosa o sexual.

El hombre, en su individualismo que reclama el señorío de su ser, ha requerido, sino exigido, esa dimensión o ámbito de control de la propia existencia frente a los demás, cuya traducción al lenguaje jurídico ha significado la transición del anacrónico concepto de libertad negativa que configuraba la

⁶⁶⁷ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", en AA.VV.: Comentarios al Código Penal, t. I (dir. por G. QUINTERO OLIVARES y coord. por F. MORALES PRATS), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1432.

intimidad como resistencia, hacia el diseño de la intimidad en expansión que dota a la persona de las facultades necesarias para controlar sus *outputs* de información y datos que quedan flotando por el mundo tecnológico.

El *habeas data*, entonces, no se configura como un nuevo bien jurídico distinto de la intimidad, sino que se trata de una manifestación más de la dimensión positiva de esta, que se concreta en la libertad informática y materializa en el derecho del individuo a controlar sus datos personales que circulan por los sistemas informáticos, así "la garantía de la intimidad adopta, actualmente, un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos de la propia persona. Por lo tanto, la llamada libertad informática se refiere también al derecho de controlar el uso de los datos de un programa informático (*habeas data*)"⁶⁶⁸.

En definitiva, y por no extendernos, como apunta GONZÁLEZ CUSSAC, el art. 197.2 CP contiene en puridad "delitos contra la intimidad de las personas mediante el uso de la informática y de las comunicaciones", en los que el bien jurídico es el mismo que en los contenidos en el art. 197.1, esto es, la intimidad⁶⁶⁹.

O nuestro Alto Tribunal en su Sentencia de 18 de febrero de 1999 al señalar que "el art. 197.2 describe

⁶⁶⁸ STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993, 254).

⁶⁶⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: Derecho penal parte especial (coord. por J.L. González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 280.

el tipo básico de los recientemente llamados por la doctrina delitos contra la libertad informática o «habeas data», esto es, de los delitos que atentan contra la intimidad de las personas desvelando o, más ampliamente, haciendo un uso ilegítimo de los datos personales insertos en un programa informático”⁶⁷⁰.

Por último, y más específicamente, conviene precisar si el secreto, escindido de la intimidad, puede ser un bien jurídico protegido a la vista que el art. 197.1 CP alude a “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”.

La respuesta ha de ser negativa. Como advierte MORALES PRATS el “secreto” es “exclusivamente un elemento o técnica jurídica instrumental en sí mismo vacío de contenido, que puede estar al servicio y tener por objeto múltiples intereses o bienes jurídicos (secreto de Estado, secreto personal, secreto industrial, secreto de empresa)”, por lo que entiende que “la referencia a la intimidad, auténtico y único bien jurídico tutelado hubiera bastado”.

A este respecto se pronuncia, por ejemplo, la STS 21 marzo 2007⁶⁷¹ afirmando que “el bien jurídico protegido es la intimidad individual. Aunque la idea de secreto puede ser más amplia, como conocimientos solo al alcance de unos pocos, en realidad deben estar vinculados precisamente a la intimidad pues esa es la finalidad protectora del tipo”.

⁶⁷⁰ STS 18 febrero 1999 (RJ 1999/510).

⁶⁷¹ STS 30 abril 2007 (RJ 2007, 3724).

Sin embargo, también hay pronunciamientos, como el de la STS 23 octubre 2000⁶⁷², que a diferencia de la tesis anterior defiende que el precepto "tutela dos distintos bienes que son objeto de protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte la intimidad de las personas".

En la doctrina se ha defendido esta concepción sosteniendo que el art. 197.1 CP, al describir el elemento subjetivo del tipo penal, se refiere a la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, contraponiendo, pues, dos términos: de un lado, secretos; y, de otro, intimidad⁶⁷³.

BOIX REIX, JAREÑO LEAL y DOVAL PAÍS, han entendido que las figuras delictivas del art. 197.1 CP se dirigen tanto a tutelar la intimidad como el secreto, pues éste último se entiende como "la capacidad de control de la información o los datos reservados que pueden incorporar determinados objetos o procesos de comunicación"⁶⁷⁴, lo que comporta "los correspondientes injustos típicos no solamente proceden de conductas que suponen un ataque que recae sobre materia íntima, sino también sobre materia no íntima"⁶⁷⁵.

⁶⁷² STS 23 octubre 2000 (RJ 2000, 8791).

⁶⁷³ Por ejemplo vid. DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: "Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012, p. 161 y ss.

⁶⁷⁴ BOIX REIG, F., JAREÑO LEAL, A., y DOVAL PAIS, A.: "Protección penal de la intimidad y derecho de defensa en causas matrimoniales", *Abogados de Familia*, núm. 26, 2003, p. 29.

⁶⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 9 y 29.

El razonamiento de los anteriores autores se construye sobre las siguientes premisas:

La principal, que no puede ignorarse el significado de la referencia que el art. 197.1 CP hace al secreto junto a la intimidad. El hecho precisamente que la intimidad y secreto no posean exactamente los mismos ámbitos de referencia hace que la alusión al secreto pueda aportar un mayor alcance a la tipicidad⁶⁷⁶.

De igual manera, "el considerar el control de la información o de la comunicación (cualquiera que sea su contenido) como un bien jurídico distinto de la intimidad material, permitiría entender más cabalmente el artículo 200 cuyo tener extensivo de lo dispuesto en el mismo Capítulo al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, es, si no, difícilmente conciliable con la intimidad (de suyo, personal) como objeto protegido"⁶⁷⁷.

Por último aducen una razón histórico-penal, pues "durante un siglo y medio ha venido incluyendo la referencia expresa y única al secreto, configurando así un ámbito de protección eminentemente formal frente a las intrusiones"⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, p. 10.

⁶⁷⁷ *Ibíd.*, loc. ult. cit. Esta cuestión es objetada en el subepígrafe relativo al sujeto pasivo de los delitos de apoderamiento, interceptación o uso de artificios técnicos para vulnerar la intimidad (art. 197.1 CP).

⁶⁷⁸ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

Esta configuración dualista del interés tutelado en el art. 197.1 CP, aunque del todo razonable, no es dable si se tiene en cuenta el telos del precepto.

Indudable es que el secreto y la intimidad guardan relación entre sí, sin embargo, no todo lo secreto afecta a la intimidad. Esto comporta que el planteamiento dual distorsione la técnica interpretativa del precepto.

No parece que el tipo esté dirigido a tutelar secretos no personales -que ya son tutelados en otros preceptos del CP-, de manera que si el art. 197.1 CP no está dirigido a tutelar más secretos que los personales, resulta entonces innecesaria la distinción porque todo secreto personal estará bajo el abrigo de la intimidad desde el mismo momento que el control de nuestra vida e información es *privacy*, ya que esta implica, en términos generales, que nadie pueda conocer aquello que no queremos que sea conocido.

4. LA CONFIGURACIÓN DE LOS TIPOS BÁSICOS

Como advierte MORALES PRATS, la redacción del artículo 197 CP puede calificarse de atormentada e inacabable a la vista de los múltiples tipos básicos y agravados que contiene⁶⁷⁹, lo que nos exige centrar *prima facie* unas premisas metodológicas para su recta disección.

⁶⁷⁹ MORALES PRATS, F.: "Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales", op. cit., p. 242.

Tomando como criterio el binomio acceso-difusión, los delitos contra la intimidad quedan actualmente diseñados de la siguiente forma:

A.- DELITOS DE ACCESO ILÍCITO A LA INTIMIDAD

A.1.- Apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos (art. 197.1 pasaje primero)

A.2.- Interceptación de telecomunicaciones (art. 197.1 pasaje segundo).

A.3.- Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación (art. 197.1 pasaje tercero)

A.4.- Apoderamiento, utilización o modificación sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2 pasaje primero).

A.5.- Acceso, sin estar autorizado y por cualquier medio, a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes

informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2 pasaje segundo)⁶⁸⁰.

B.- DELITOS DE DIFUSIÓN ILÍCITA DE LA INTIMIDAD

B.1.- Difusión, revelación o cesión a terceros de datos, hechos o imágenes por persona distinta de quien las descubrió o captó y siempre que aquel tenga conocimiento de la obtención ilícita por este (art. 197.3 párrafo segundo⁶⁸¹).

B.2.- Difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona afectada, pero que hubieran sido obtenidas con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y siempre que la divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal (art. 197.7).

B.3.- Revelación de secretos ajenos por quien los haya conocido por razón de su oficio o sus relaciones laborales (art. 199.1).

B.4.- Divulgación de secretos de otra persona por parte del profesional que incumpla su obligación de sigilo o reserva (art. 199.2),

⁶⁸⁰ Como más adelante se dirá cuando nos ocupemos de él, entendemos que el pasaje segundo del art. 197.2 CP contempla tres conductas distintas: acceso, alteración o utilización.

⁶⁸¹ Se trata de un delito autónomo, no de una agravación.

5. LOS DELITOS DE APODERAMIENTO, INTERCEPTACIÓN O USO DE ARTIFICIOS TÉCNICOS PARA VULNERAR LA INTIMIDAD (ART. 197.1 CP)⁶⁸²

a. Escisión y estructura del tipo

Los verbos de la acción típica son "apodere", "intercepte" o "utilice". A su vez, cada verbo típico, queda afectado por el sustantivo que compondría el objeto material.

Practicada la disección del apartado primero, quedaría de la siguiente forma:

1. La conducta de apoderamiento de:
 - 1.1. Papeles.
 - 1.2. Cartas.
 - 1.3. Mensajes de correo electrónico.
 - 1.4. Cualesquiera otros documentos.
 - 1.5. Efectos personales.

⁶⁸² Redacción original del art. 197.1 CP: *"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 o 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"*. Redacción original del precepto.

La única diferencia respecto a la redacción vigente (dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) es que donde la originaria decía "(...) o intercepte sus telecomunicaciones" ahora dice "(...), intercepte sus telecomunicaciones", es decir, se ha sustituido la "o" por una ",". A efectos de utilidad práctica deviene irrelevante.

2. La conducta de interceptación de:

2.1. Telecomunicaciones.

3. La conducta de utilización de:

3.1. Artificios técnicos para escuchar, transmitir, grabar o reproducir el sonido.

3.2. Artificios técnicos para transmitir, grabar o reproducir la imagen.

3.3. Artificios técnicos para escuchar, transmitir, grabar o reproducir cualquier señal de comunicación.

Por tanto, nos encontramos ante un tipo mixto alternativo, pues contiene tres acciones distintas típicamente relevantes (apoderar, interceptar y usar) alternativas entre sí.

Asimismo estamos ante un delito imperfecto mutilado -también llamado imperfecto de dos actos- ya que "presenta una estructura incongruente por exceso subjetivo, que no requiere para la consumación el efectivo descubrimiento de los documentos, papeles, cartas o mensajes electrónicos"⁶⁸³.

Ello se deduce de la preposición "para"⁶⁸⁴, pues comporta que, desde el punto de vista metafísico, la voluntad del sujeto activo durante el tracto del apoderamiento, interceptación o utilización venga presidida por el telos de descubrir el secreto o conocer la intimidad de otro.

⁶⁸³ MORALES PRATS, F.: "Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales", op. cit., p. 248. Del mismo autor: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1439.

⁶⁸⁴ Vid. epígrafe relativo al elemento subjetivo.

En consecuencia, la conducta típicamente relevante exige la asunción de una razón (*para*) como manifestación de la voluntad concretada en el mundo exterior (*apodere, intercepte o utilice*) de manera tal que podemos hablar de un delito de intención o de tendencia interna trascendente⁶⁸⁵.

Así las cosas, se entiende que la consumación ocurre cuando el sujeto activo (1) se apodera de las cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, (2) intercepta las comunicaciones o (3) utiliza artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del sujeto pasivo. Lo que en una recta interpretación exige precisar que la consumación no requiere el conocimiento del secreto o la vulneración efectiva de la intimidad, simplemente el apoderamiento dirigido (*para*) a conocer o vulnerar.

b. Conducta típica

i. Conducta de apoderamiento

La conducta de apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, cualesquiera documentos o efectos personales, tradicionalmente ha estado

⁶⁸⁵ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 317: "En los delitos de intención se incluyen tipos en los que la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo (...). En los tipos muy frecuentes de este grupo se habla también de delitos con tendencia interna trascendente. Este grupo se puede subdividir a su vez en delitos mutilados de dos actos y delitos cortados de resultado. En los delitos mutilados de dos actos el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior".

asociada a la aprehensión u obtención ilícita del objeto material con un componente marcadamente físico⁶⁸⁶.

De hecho, no faltan las sentencias que han esbozado el concepto de apoderamiento desde el prisma de los delitos patrimoniales, especialmente, el hurto y robo. Es por ejemplo el caso de la STS 5 diciembre 1958 que dice "guiados únicamente por la finalidad de hacer saber (...) fué por lo que propuso éste a los demás y por ellos fué aceptado, el apoderamiento de susodichas cartas, y para ello, con la llave legítima de la puerta del almacén, de que disponía el 18 de agosto de 1957, penetraron en su interior, y sin el empleo de violencia ni fuerza alguna, fueron extraídas del cajón referido (...) Una vez en poder de los encartados las cartas tan repetidas y conociendo por su lectura el contenido de las mismas, sin darlas a la publicidad, ni ofrecer su lectura en privado a persona conocida, las mantuvieron discretamente en su posesión (...)"⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 84, alude en similar sentido al "apoderamiento como traslación física". Sostiene acertadamente que "la traslación física en el delito de descubrimiento y revelación de secretos habrá que entenderla como suficiente -típica- desde el momento en que capacita al sujeto activo para acceder -no que acceda efectivamente- al contenido del objeto material trasladado a su control. La acción quedaría plenamente realizada con el mero hecho material descrito, sin que sea precisa la captación o aprehensión intelectual del contenido del soporte de la información o circunstancia íntima (que, ciertamente, llega a producirse). Esta interpretación es casi unánime por la doctrina y debe aceptarse como una interpretación válida":

⁶⁸⁷ STS 5 diciembre 1958 (ES:TS:1958:1192). Sobre la posesión del objeto material como conducta activa puede verse la STS 22 marzo 1962 (ES:TS:1962:1435) cuando dice: "quedando el perjudicado desposeído de ellos en aquellas circunstancias, habiendo llegado los culpables a enterarse por los diversos documentos de la contabilidad particular de don Domingo de secretos contables del mismo". Por supuesto

Dada la trascendencia de la noción de posesión concomitante a la conducta de apoderamiento, y en cuanto modo lícito de tomar la posesión conforme el art. 615 CC, la STS 10 diciembre 1908 analizó si el hallazgo de cartas es conducta incardinable en la acción típica.

La respuesta resultaría afirmativa sobre la idea de que "el contenido de una carta particular, sea el que quiera, es por su carácter, secreto, y consiguientemente quien lo comunica a otros, no siendo el destinatario de la carta, divulga secretos ajenos", entendiéndose el tribunal que la apertura de una carta hallada, aun -como fue el caso de autos- de contenido baladí, es conducta constitutiva de un delito de descubrimiento y revelación de secretos⁶⁸⁸.

Hasta ahora hemos vistos supuestos en que el sujeto activo realiza una conducta eminentemente activa: bien antes de la tenencia física del objeto material, bien como consecuencia de una tenencia inicialmente no buscada pero que una vez la tiene el

otras conductas ilícitas dirigidas a causar la desposesión, como pudiera ser el engaño propio de la estafa, entrarían dentro del ámbito de la apropiación contemplada en el art. 197.1 CP, así por ejemplo la SAP Madrid 3 julio 2000 (ES:APM:2000:10113) condenó por este delito a una mujer que se personó en una clínica infantil y aduciendo la existencia de estar legítimamente autorizada, obtuvo informes médicos. Otro supuesto similar, resuelto por la SAP Barcelona 1 junio 2005 (ES:APB:2005:5756), es quien mediante engaño confunde al empleado de los servicios postales para obtener misivas dirigidas a una tercera persona, siendo este supuesto también constitutivo de delito del 197.1 CP.

⁶⁸⁸ Precisamente sobre la doctrina sentada por esta sentencia se ha asociado el secreto con la idea de hecho desconocido. Esta doctrina fue seguida por la STS 8 de marzo de 1974 (ES:TS:1974:1974:1813), y de la que más adelante daremos cuenta.

sujeto activo desarrolla una conducta positiva a descubrir el secreto o vulnerar la intimidad. Estos casos son idóneos para cometer la conducta de apropiación exigida por el tipo.

Conviene entonces analizar qué ocurre en aquellos supuestos en los que la posesión del objeto material se obtiene por un acto positivo de su titular.

Este fue el caso de la STS 6 octubre 1967, cuyos hechos consistieron en que "Ángel recibió repetidamente correspondencia postal en pliegos cerrados dirigida a don Alfonso conteniendo cheques suscritos por éste y ya pagados, estados de cuentas bancarias, comunicaciones acerca del arriendo en Londres de un local para su oficina, cartas de su socio o empleado en aquella ciudad, y otros documentos contenidos en sus respectivos sobres, que el procesado abrió enterándose de lo en ellos escritos, sin qué conste que los haya abierto por simple error".

El tribunal entendió que resultaba patente la acción de apoderamiento de lo que no iba dirigido a él, pues "aunque el acto inicial de llevar la correspondencia a su oficina fuese extraño a su actividad, y se la encontrase allí en el buzón, en cualquier otro lugar o entregada en propia mano, a ese desasimiento del cartero o de quien hiciese la entrega, siguió el acto de apoderamiento al tomarla, abrirla y enterarse de su contenido; y como esto lo hizo repetidamente y en distintos días y no por distracción, hay una actividad plenamente desarrollada para apoderarse de la correspondencia ajena, apoderamiento que por otra parte no precisa de medios violentos o

fraudulentos de comisión quedarían lugar a otras formas más agravadas de delincuencia, contemplándose en ésta solamente el hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos que estaban cerrados”⁶⁸⁹.

Sin duda parece que este supuesto es de especial interés en el ámbito de las relaciones familiares. Me refiero especialmente cuando habiendo cesado la convivencia conjunta de dos o más personas, puedan llegar cartas al domicilio que fuera común y dirigidas al que ya no es morador, o incluso siendo vigente la convivencia en común, la obtiene persona distinta a la destinataria.

Este fue el caso de la STS 23 octubre 2000⁶⁹⁰, que tuvo que resolver un conflicto derivado de haber abierto la esposa separada judicialmente una carta enviada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a su marido que contenía información relativa a la pensión de éste, y que posteriormente fue aportada a una demanda de alimentos contra él. El Tribunal supremo condenó a la mujer por la “agresión a la intimidad mediante la invasión del ámbito de la privacidad representada por la correspondencia personal de la que se apodera el sujeto activo del delito, tomando ilícito conocimiento y posesión de informaciones de naturaleza económica de interés dirigidas a otra persona”⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ STS 6 octubre 1967 (ES:TS:19767:3410).

⁶⁹⁰ STS 23 octubre 2000 (ES:TS:2000:7601).

⁶⁹¹ Sobre la posible comisión del art. 197.1 CP, en el ámbito de las relaciones familiares por el apoderamiento de documentos la casuística es amplia. El principal debate para

Presentan mayor enjundia en torno significado de apoderamiento aquellos supuestos en los que más que la aprehensión física hay mero examen y toma en conocimiento de los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales.

A este respecto tuvo que pronunciarse la STS 3 abril 1957⁶⁹² con ocasión del conocimiento por parte del acusado de una patente que su autor había entregado en la oficina de Patentes y Marca, y, que al quedar sobre la mesa del encargado del registro, en un descuido captó mentalmente el secreto.

El principal debate jurídico del caso se planteó en torno a la interpretación del concepto de apoderamiento previsto en el anterior 497 del antiguo CP. Concretamente si el apoderamiento de papeles ha de ser material o simplemente para examen y toma de conocimiento.

El tribunal llegaría a la conclusión de que era bastante "el apoderamiento momentáneo para las operaciones mentales de conocer y entender, con la finalidad de descubrir y utilizar en cualquier forma los secretos de otro".

defender la absolución o pretender condena gira en torno a si el sujeto activo actúa movido con el ánimo de descubrir un secreto" o "vulnerar la intimidad"; o por el de obtener fuentes de prueba para un contencioso. Esta cuestión será analizada con más detalle cuando nos ocupemos el tipo subjetivo.

⁶⁹² STS 3 abril 1957 (ES:TS:1957:1050).

Tal planteamiento, aunque aplaudido por un importante sector doctrinal⁶⁹³, no estuvo exento de críticas, entre las que destaca por su claridad, la de MANZANARES SAMANIEGO que afirmaría que a pesar de haber apoderamiento de secretos no lo hubo de documentos por lo que la conducta no era típicamente verificable⁶⁹⁴.

⁶⁹³ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Tomo I, vol II.)*, op. cit., p. 1010.

Actualmente posturas a favor las encontramos en MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit. p. 1439, para quien "el tipo puede ser proyectado a la conducta de captación intelectual, sin desplazamiento ilícito, de los referidos mensajes (por ejemplo, cuando se hallan en pantalla de ordenador).

También lo es la de REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit. p. 457, para quien "se plantean algunas dudas acerca de la posibilidad de la afección a la intimidad del sujeto pasivo cuando ello tiene lugar mediante otras fórmulas, como podría ser el acceso a la intimidad el sujeto pasivo sin un apoderamiento material del objeto (...) creo que no sería descartable que la conducta típica, en definitiva, la vulneración de la intimidad, pudiera revestir alguna forma distinta como podría ser la captación mental de la información".

A favor en una interpretación finalista se expresa RUIZ MARCO, F.: "El artículo 197" en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por M. COBO DEL ROSAL), T. VII, Edersa, Madrid, 1999, p. 159: "la expresión se apoderare habrá de entenderse en el sentido de apoderamiento físico e intelectual, pues, en última instancia, es esta clase de apoderamiento (el cognitivo) la que permite el conocimiento de la intimidad ajena y su eventual lesión. Carecería de sentido que la línea de intervención penal se centre exclusivamente en la apropiación de objetos físicos (papeles etc.), que son meramente instrumentales respecto al bien jurídico, y que tal intervención desaparezca frente al acceso intelectual que es lo que posibilita el conocimiento -la penetración en reducto privado- y consiguiente destrucción de la intimidad".

⁶⁹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El artículo 497 del Código penal", op. cit., pp. 305-306.

Posteriormente de la misma opinión sería JORGE BARREIRO, A.: "Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español", *Revista de Derecho Público*, 1982, núm. 87, p. 264, para quien la finalidad de descubrir debe

ROMEO CASABONA acota y sistematiza la problemática de la captación intelectual del contenido del soporte distinguiendo si existe una *remoción previa de algún obstáculo de acceso* (por ejemplo extraer de un sobre abierto la carta o documento que es introducido después de haber sido leído o encender un ordenador y acceder a la carpeta donde están los mensaje y visualizarlos) o se trata de un *acceso directo al contenido del soporte* por no necesitar la visualización del contenido de ninguna conducta previa (por ejemplo aquellos supuestos en que el tercero tiene el documento a la vista).

Para el autor, el primer supuesto -la remoción previa de algún obstáculo de acceso-, sería demostrativo de la existencia de una voluntad dirigida a guardar o proteger el secreto o de mantenerlo fuera del alcance de otras personas, por lo que cualquier acto tendente a superar los obstáculos se adecuaría a las exigencias del tipo.

Y para el segundo, el acceso directo al contenido del soporte, sostendrá que "para que sea admisible la conclusión de la adecuación típica de esta diferente dimensión de la referida expresión de apoderarse es

venir acompañada por la con el elemento instrumental de apoderamiento de los documentos portadores del secreto.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, op. cit., p. 139, sostendría que la conducta no sería típica por cuanto "el sujeto activo ni cogió ni trasladó ni pasó siquiera las hojas, sino que simplemente leyó cuando se encontraba encima de una mesa, no puede hablarse de apoderamiento".

En similares términos ORTS BERENGUER E., y ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 26, para quienes el sujeto activo tiene que desarrollar una acción física dirigida a la obtención de los datos secretos.

preciso reconocer a la misma un significado o alcance todavía más espiritualizado (...) supone entender la acción típica como la pura y simple aprehensión intelectual del contenido que aquéllos incorporan, así como los comportamientos intermedios", y rechaza esta interpretación, pues "es dudoso que se pueda forzar tanto el proceso de desmaterialización -espiritualización- del tipo, pues éste exige en todo caso -probablemente con dudoso acierto- un comportamiento vinculado con los soportes que menciona"⁶⁹⁵.

ii. Conducta de interceptación

Respecto de la conducta de interceptación, nos pone en la pista las propias acepciones del verbo "interceptar": "apoderarse de algo antes de que llegue a su destino", "detener algo en su camino", e "interrumpir, obstruir una vía de comunicación"⁶⁹⁶. Ahora bien, lo cierto es que en todo caso el concepto lingüístico ofrece una aproximación bastante pobre, pues parece aludir únicamente al boicot de la comunicación.

No nos parece dable que la interceptación en su modalidad de obstrucción pueda ser típicamente relevante a los efectos del art. 197.1 CP, pues puede obedecer la misma a una finalidad totalmente al telos del precepto.

⁶⁹⁵ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 86-88.

⁶⁹⁶ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

En caso de destruir o impedir la telecomunicación, la lesión se produciría sobre la libertad de comunicación o el patrimonio, no sobre la intimidad. Es decir, se podrá dañar la línea o impedir el conocimiento del mensaje, pero no sería apta *per se* para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro.

Mucho más apropiado hubiera sido el uso del verbo "interferir" en cuanto referido a una señal significa "introducirse en la recepción de otra y perturbarla"⁶⁹⁷, pues si tenemos en cuenta el bien jurídico tutelado en el precepto, la conducta proscrita es la dirigida a descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro.

La nota definitoria de la conducta típica de interceptación, por tanto, descansa a mi juicio sobre la indiscreción propia de quien clandestinamente se entromete en una telecomunicación.

Así, pues, desplegaría esta conducta quien accede al web mail (p. ej. Gmail) sin haber obtenido legítimamente el *password*. La lógica de la interceptación es, *mutatis mutandis*, un apoderamiento sui generis en el contexto tecnológico.

En este sentido, como ponen de relieve DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, la interceptación requiere la verdadera captación con registro o no del contenido de la telecomunicación para la consumación del delito⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ *Ibíd.*

⁶⁹⁸ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de

Lo cierto es que, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, los tipos delictivos cuya conducta ilícita se construyen sobre el verbo interceptar, consisten en apoderarse del mensaje antes de que lleguen a su destino o interrumpir la vía de comunicación⁶⁹⁹.

iii. Conducta de utilización

Por lo que respecta a la tercera de las conductas típicas previstas por el art. 197.1 CP, la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, no presenta especiales dificultades a la vista que *utilizar* significa "hacer que algo sirva para un fin"⁷⁰⁰.

La acción típica comporta que el sujeto activo haga uso de los artificios técnicos para su fin indiscreto. Por lo que el mero emplazamiento de una cámara de video subrepticia para filmar ilegítimamente a un tercero es una conducta atípica. De hecho, esta conducta inicial de emplazamiento, colocación, disposición, etc. no comporta significado penal ni a los efectos de tentativa de delito, pues esta la

secretos", op. cit., p. 505. Para los autores: "la interceptación típicamente relevante conforme al art. 197.1 no tiene por objeto la obstaculización o el impedimento de la comunicación (que podrá tener, o no, lugar) sino la intromisión clandestina en las telecomunicaciones actuales de otras personas, lo que en la práctica acerca esta modalidad a alguna de las captaciones que el propio artículo 197.1 recoge a continuación".

⁶⁹⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114).

⁷⁰⁰ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cIt.

encontraremos cuando el sujeto activo intenta utilizar el artificio y, por las razones que fueran, no consigue hacerlo funcionar. Siguiendo con el ejemplo anterior, el sujeto activo pulsa el botón para iniciar el funcionamiento del artificio técnico emplazado, y, sin embargo, falla.

De manera que la simple instalación o emplazamiento de los artificios técnicos debe quedar ajena al derecho penal y recabar tutela desde el art. 7.1 de la LO 1/1982, que considera que tendrán el carácter de intromisiones ilegítimas "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas".

c. Objeto material del delito

i. Papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, cualesquiera otros documentos o efectos personales

De la mera lectura del precepto, advertimos que respecto del apoderamiento constituyen el objeto del delito: papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, cualesquiera otros documentos o efectos personales.

El legislador respecto del ACP ha ampliado el objeto material del delito de manera inusitada, hasta el punto que frente a los papeles o cartas del antiguo código, ahora quedarán incluidos todo tipo de soportes

que puedan contener datos relativos a la intimidad personal.

En primer lugar el concepto de carta no plantea especiales dificultades a la vista que nuestro Tribunal Constitucional la ha definido como "el escrito contenido en unas cuartillas, manuscritas o no, que van introducidas en un sobre"⁷⁰¹.

Más completa es la definición que propone BAJO FERNÁNDEZ al sostener que se refiere a "toda comunicación escrita, cerrada, dirigida a destinatario concreto, determinado y existente, de carácter personal, con comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias"⁷⁰².

Para el anterior autor, "cuando el destinatario es colectivo o indeterminado (misiva dirigida a todos los propietarios de una zona de vivienda) no estamos en presencia de carta en el sentido del art. 497. Tampoco cuando la carta no esté cerrada -en cuyo caso se convertiría en papel en el sentido del art. 497-"⁷⁰³.

Discrepamos con que el hecho de tener pluralidad de destinatarios comporte la pérdida de tal condición, pues ningún obstáculo habría en considerar como carta penalmente relevante, por ejemplo, la remitida por un hijo a sus padres y hermanos.

⁷⁰¹ STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002, 70). Sentencia que ha sido comentada ya en un epígrafe anterior.

⁷⁰² BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, op. cit., p. 140.

⁷⁰³ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

Respecto del requisito de destinatario concreto y determinado, tampoco hay problema alguno con que sea determinable, es decir, que inicialmente no esté concretado pero pueda llegar a estarlo⁷⁰⁴.

Lo cierto es que, en último término, la calificación del objeto material como carta es ociosa si se tiene en cuenta que el papel es su género. No podemos llegar a imaginar que el legislador de 1848, código desde el que se arrastra la referencia tanto a papeles como cartas, pudiera concebir estas últimas sin los primeras⁷⁰⁵. Se trata simplemente de una cuestión de política-criminal en la que la alusión a las cartas busca reforzar el ámbito de tutela. Incluso, tal y como pone de relieve OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, en aquellos supuestos en que no pudiera ser calificado el objeto apoderado como papel, la alusión a efectos personales operaría como una cláusula de cierre⁷⁰⁶.

El siguiente objeto, como categoría, que alude el tipo son los mensajes de correo electrónico. Y que si bien no son definidos en el propio código, lo son por el art. 2 h) de la Directiva sobre la privacidad y las

⁷⁰⁴ De esta opinión vid., ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 79.

⁷⁰⁵ Señala ROMEO CASABONA, ibíd., p. 78, que "por papeles debemos entender cualquier texto o gráfico, incluidas las ilustraciones, impreso en soporte papel o similar, aunque no llegue a alcanzar la naturaleza jurídica de documento (o precisamente por ello puesto que en relación con el papel tendría ahora un función residual).

⁷⁰⁶ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 114.

comunicaciones electrónicas⁷⁰⁷ con el siguiente tenor: “todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”.

Por una cuestión de coherencia, la conducta de apoderamiento de mensajes de correo electrónicos (dado que hemos hablado de apoderamiento tanto físico como intelectual sin desplazamiento) estará limitada a aquellos impresos en papel o extraídos del propio sistema de almacenaje, de lo contrario habría una palmaria colisión con la interceptación u obtención ilícita del mensaje electrónico.

Para CARRASCO ANDRINO se incluirían “aquí tanto las conductas de impresión, grabación en otro soporte o reenvío a otro buzón, como las de captación intelectual del contenido en pantalla”⁷⁰⁸. Sin embargo, como hemos dicho, no nos parece acertada esta postura por el solapamiento que conlleva entre las diferentes acciones.

Por tanto, la alusión a los correos electrónicos es superflua. A nuestro modo de ver, no deja de ser la cuestión análoga a lo dicho respecto de las cartas, simplemente se busca reforzar el ámbito de tutela a

⁷⁰⁷ 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).

⁷⁰⁸ CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: “Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos”, en AA.VV.: *Derecho penal español. Parte especial (I)* (dir. por. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 762.

través de la concreción de un objeto material que, si bien estaría dentro del ámbito de los otros mencionados en el tipo, el legislador busca resaltarlo por cuestiones psicológicas para el ciudadano.

Los documentos, a diferencia del resto de los objetos sobre los que recae la acción, son definidos por el propio código penal en su art. 26 CP: "a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

Ahora bien, no parece acertado acoger la definición del artículo 26 CP a los efectos interpretativos del art. 197.1 CP, pues el primero está aludiendo al documento probatorio o con relevancia jurídica, mientras que el segundo alude con la expresión "cualesquiera otros documentos" a un ámbito que trasciende de lo jurídico y se refiere a una expresión en lenguaje natural o convencional, gráfica, sonora o en imagen, plasmada en cualquier tipo de soporte material.

Más etérea sin duda es la expresión "efectos personales" que parece aludir a todo y nada. Si el objeto formal es la intimidad, el objeto material entonces será cualquier cosa susceptible de recoger o plasmar la intimidad de una persona⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ Par QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 296, los efectos personales sería aquellos objetos de uso personal que aunque en sí mismos no sean reveladores de ninguna intimidad, si lo serán para el caso que sean utilizados o atribuidos su uso al titular del bien jurídico, y, pone como ejemplo el

Desde el punto de vista de *lege ferenda* advertimos los graves riesgos para la seguridad jurídica, y en consecuencia para las garantías del ciudadano, que comporta la expresión "efectos personales", pues esta si bien es cierto puede resultar superficialmente agradable, implica que cualquier cosa (cosa=objeto⁷¹⁰) pueda ser el objeto material del delito si contiene elementos de la intimidad del sujeto pasivo.

Por tanto, si lo que se quería es que todo pudiera ser objeto material, es ocioso aludir a "papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, cualesquiera otros documentos" porque "efectos personales" es no sólo todo lo anterior, sino todo lo que podamos imaginar cómo apto para contener algún aspecto de la intimidad.

ii. Telecomunicaciones

El ámbito de las telecomunicaciones posiblemente constituya uno de los que más está afectado por la innovación tecnológica, y cuya incidencia afecta tanto al desarrollo económico como social.

Según el diccionario del español jurídico por telecomunicación entendemos la "transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por

autor, desde una prótesis dentaria a una caja de preservativos.

⁷¹⁰ Vid. acepción 6, voz "objeto". Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”⁷¹¹.

Definición que coincide con la contemplada en el Anexo II de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones⁷¹², y cuya amplitud hace destacar la importante transformación del tipo respecto de su antecedente inmediato: el art. 497 bis ACP dado por la Ley Orgánica 18/1994.

Tal y como veíamos, el anterior precepto planteaba importantes dudas interpretativas respecto a la inclusión o no de comunicaciones distintas de las telefónicas. De hecho, hasta tal punto fue un ámbito de difícil interpretación que nuestro Tribunal Constitucional tuvo, en su Sentencia 34/1996, de 11 de marzo⁷¹³, que abordar el alcance del objeto material del art. 497 bis a los efectos de trazar su compatibilidad con el principio de legalidad que exige formalmente la proscripción de interpretaciones analógicas de las normas penales y su aplicación extensiva *in malam partem*, y sustantivamente la formulación de normas penales concretas, precisas, claras e inteligibles sin proclividad a la incertidumbre u oscuridad. Sin que sea constitucionalmente admisible el recurso a formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador.

⁷¹¹ Real Academia Española.: *Diccionario del español jurídico*, op. cit.

⁷¹² De hecho, el Diccionario del español jurídico toma la definición prevista por la Ley.

⁷¹³ STC 34/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 34).

La cuestión concreta que se elevó al alto tribunal fue la de si en el objeto material "comunicaciones telefónicas" podían o no incluirse las comunicaciones telefónicas inalámbricas.

El TC justificó su admisibilidad a la vista que "la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, en cuya virtud se incorporó al Código ese tipo delictivo, más el contenido en el art. 192 bis, explica la necesidad de tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra al secreto de las comunicaciones telefónicas, sin distinguir el cauce tecnológico por el que se establecen, al objeto de dar la máxima protección a los derechos constitucionales al honor y a la intimidad personal (art. 18.1 C.E.), para cuya efectividad el secreto de las comunicaciones es un instrumento constitucionalmente previsto (art. 18.3 C.E.)".

Por tanto, el contenido de las telecomunicaciones será tan amplio como no desvirtuada quede su nota esencial definitoria: la transmisión-recepción a distancia con contenido comunicativo.

Desde luego, a nuestro juicio, el tipo está deficientemente planteado, pues se configura como un objeto material de casi infinito contenido, por lo que habrá que tomar como criterio hermenéutico la voluntad del sujeto, pues difícilmente se podrá cometer sobre telecomunicaciones públicas (por ejemplo las que se puedan hacer en comunidades de acceso abierto como en el *discord* o *telegram*. Incluso en televisión)⁷¹⁴.

⁷¹⁴ En este sentido vid. OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las*

iii. Artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, imagen o cualquier señal de comunicación

Según la RAE, "artificio" es un "objeto construido para un determinado fin". Y "técnico" es aquello "perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes"⁷¹⁵.

El artificio técnico concebido en el art. 197.1 CP puede ser definido entonces como un objeto construido que permita la escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

Por tanto se incluirán tanto los objetos que en su propia construcción original permiten la realización de la conducta típica (por ejemplo una videocámara, un micrófono), como aquellos otros que aunque originalmente eran inidóneos mediante ulterior modificación lo son (por ejemplo un móvil manipulado para que su micrófono pueda transmitir remotamente el sonido captado) para la finalidad de la conducta⁷¹⁶.

telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal, op. cit., p. 120.

⁷¹⁵ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

⁷¹⁶ En cambio, aquellos objetos que no fueron contruidos o modificados, directa o indirectamente, para escuchar, transmitir, grabar, reproducir el sonido, imagen o cualquier otra señal de comunicación, pero que por su uso ingenioso se consigue la finalidad del tipo no podrán ser considerados como artificios técnicos. Un ejemplo de ello es quien escucha a través de la pared acercando un vaso de cristal a la misma.

Quedarán fuera del tipo aquellos objetos que objetivamente no sean aptos para la escucha, transmisión, grabación y reproducción, aunque eventualmente por circunstancias ajenas al artificio puedan llegar a un resultado similar que con el previsto en el tipo. Por ejemplo, no lo sería un teléfono fijo no manipulado que por estar en la misma línea permita escuchar la conversación que se está manteniendo en otro teléfono conectado a esa misma línea⁷¹⁷. En cambio sí que podría tener la consideración de artificio técnico la creación o manipulación de un audífono (sonotone) que permitiera la captación clandestina de conversaciones a través de la potenciación del propio sentido, pues excedería el sentido auditivo del hombre medio.

En la expresión artificios "de escucha" únicamente podemos incluir a los que permiten la captación del sonido. Lo cual denota la deficiente técnica legislativa, pues en puridad los diseñados para la captación clandestina de la imagen estarían excluidos del tipo dado que no necesariamente un artificio de captación de la imagen ha de ser también de grabación, por lo que una interpretación literal crea un vacío

⁷¹⁷ Aunque no entran esta concreta cuestión, el AAP Huesca, 21 septiembre 2001 (ES:APHU:2001:145A) aborda un interesante supuesto relativo a la escucha por parte de la mujer de una conversación que su marido estaba manteniendo desde otro terminal del domicilio. Concretamente, "al ir a hacer una llamada, sin saber que su marido estaba hablando por otro terminal, descolgó el auricular pudiendo escuchar entonces como su marido y su cuñada, los hoy denunciante, hablaban de prepararle un montaje para la separación matrimonial, procediendo entonces la denunciada a dirigirse donde estaba su marido a comunicarle que lo que tuviera que decir de ella que se lo dijera a la cara, discutiendo el matrimonio. Más tarde la denunciada relató estos hechos en la demanda de separación". La audiencia sobresee por no concurrir el elemento subjetivo, ahora bien, la acción típica sería la de interceptación.

legal. Es evidente que la expresión idónea que debería haber utilizado el legislador es la de artificios técnicos de escucha y captación.

Los "de grabación" son aquellos que además de escucha, y en estos sí que se incluye la imagen, permiten su almacenaje para ulterior reproducción.

Plantean más dudas los artificios de transmisión y reproducción, pues ambos suponen que la captación ya ha ocurrido en un momento anterior, por ello lo más adecuado sería relacionarlos con la interceptación o en su caso el apoderamiento, ya que los primeros permiten volver a visualizar o escuchar, y los segundos enviar una señal de un lugar a otro.

A nuestro juicio, los de reproducción tendrán trascendencia penal cuando el sujeto activo los utilice para reproducir sonidos, imágenes o cualesquiera otra señal de comunicación, y a través de ellos pueda conocer ex novo la intimidad. Ahora bien, a propósito de lo que luego se dirá respecto de la imagen, el legislador parece entender que los artificios de reproducción están concebidos como aquellos que permiten la reproducción de la figura de un objeto. De no ser así, destacamos lo superfluo de aludir a artificios de reproducción por cuanto su uso sería posterior al auténtico apoderamiento, interceptación, captación o transmisión que son las conductas que realmente constituyen la genuina agresión al bien jurídico intimidad.

En cambio los de transmisión difícilmente tendrán encaje en el tipo, pues su uso adquiere sentido con posterioridad a la realización del pragma conflictivo.

Resta ahora indagar sobre el sonido, imagen y otras comunicaciones típicamente relevantes.

La RAE define el sonido como la "sensación producida en el órgano del oído por el movimiento vibratorio de los cuerpos, transmitido por un medio elástico, como el aire"⁷¹⁸.

Definición que, como viene ocurriendo con prácticamente la totalidad de objetos materiales analizados, se caracteriza por su amplitud, pues el recurso a la expresión *sonido* va mucho allá de la voz (sonido producido por la vibración de las cuerdas vocales).

A la vista de esta inconcreción, LUZÓN PEÑA ha señalado que este concepto, mucho más amplio que el que pudiera sugerir la expresión "palabras" o "conversaciones", exige ponerlo en conexión con la finalidad de descubrir la intimidad o con la posibilidad de revelar la información, lo que supondría que ha de tratarse de "sonidos, orales o no, pero producidos por la persona espiada o desencadenados o, al menos, escuchados por ésta y que denoten una actividad de su esfera íntima o privada; por tanto, lo espiado puede abarcar desde conversaciones, monólogos, exclamaciones o canciones de una persona, hasta sonidos orales, pero no articulados como palabras, tales como

⁷¹⁸ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

el jadeo o la respiración, u otro tipo de sonidos provocados por su actividad para hacer funcionar aparatos, hasta, por último, la música que está oyendo o los programas de radio, televisión, vídeo, etcétera, que está sintonizando”⁷¹⁹.

POLAINO NAVARRETE concreta la amplitud del término apuntada por Luzón Peña, y señala que además de referirse a la pronunciación de palabras como manifestación de la voluntad del hombre, también se refiere a cualesquiera otros movimientos vibratorios que revelen un contenido de voluntad personal, tales como, un simple reflejo gutural constitutivo de una expresión onomatopéyica, un movimiento muscular o un simple acto reflejo susceptible de percepción acústica por terceros. Y propone acotar el término sobre la idea que el término “sonido” ha de conectarse con la exteriorización de la voluntad del hombre, en cuanto emanación de su voluntad y de la intimidad personal con la facultad que tiene de exclusión de las intromisiones ajenas⁷²⁰.

QUERALT entendiendo que “sonidos” se refiere a los sonidos que emite una persona y no forzosamente palabras⁷²¹.

⁷¹⁹ LUZÓN PEÑA, D.M.: “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”, op. cit. pp. 48-49.

⁷²⁰ POLAINO NAVARRETE, M.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Descubrimiento y revelación de secretos”, en AA.VV.: *Derecho Penal español. Parte especial* (coord. por. M. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 415 y ss.

⁷²¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., loc. ult. cit.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, sale al paso de la delimitación del concepto desde una visión práctica de la cuestión sosteniendo que "a la hora de perfeccionar el tipo, será indiferente si el sonido está compuesto por conversaciones privadas, por sonidos guturales o por cualquier otra expresión oral, pues lo determinante será que se utilice realmente los aparatos que pongan en marcha la finalidad perseguida"⁷²².

Para nosotros por sonido típicamente relevante debe entenderse cualquier movimiento vibratorio de un cuerpo que comporte la propagación de ondas mecánicas audibles o no. Sentado esto, resulta indiferente que el sonido sea humano, manifestación de la libre voluntad de quien lo emite o significativo para la intimidad por mor de su emisor. Lo relevante es que la conducta del sujeto activo esté destinada a captar un sonido con el ánimo de vulnerar la intimidad o descubrir secretos de otro. Así por ejemplo, la captación a través de artificios técnicos del sonido emitido por una mascota durante prácticas zoofílicas con su dueño, sí que supondría la verificación del objeto material contemplado por el tipo.

La imagen, por su parte, es definida por la RAE como "figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa" y también como "reproducción de la figura de un objeto"⁷²³. Sobre esta distinción y en el ámbito del

⁷²² OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 121.

⁷²³ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

derecho a la propia imagen, destaca DE VERDA que la imagen como figura es un bien de la personalidad, un atributo inherente a la persona, que consiste en su aspecto físico exterior, y que contribuye a individualizarla y a identificarla ante la sociedad. En cambio, la imagen como reproducción, es un objeto exterior a la propia persona, es el concreto procedimiento a través del cual se representa la figura humana de modo reconocible por la sociedad⁷²⁴.

En consecuencia, la imagen a efectos de objeto material ha de entenderse como representación del objeto reconociblemente.

La doctrina, igual que ocurría con el sonido, ha intentado delimitar su ámbito por difuso. Así ROMEO CASABONA, ha señalado que la imagen ha de referirse únicamente a humanos⁷²⁵.

LOZANO MIRALLES con más detalle alude a que ha de referirse a las expresiones corporales del individuo que quedan reservadas a la libre disponibilidad de su titular⁷²⁶.

⁷²⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", op. cit., 146.

⁷²⁵ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 96.

⁷²⁶ LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, (coord. por M. Bajo Fernández), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998, p. 213.

Parece que la doctrina está influida por el derecho a la intimidad, siendo que aquí interesa no tanto este derecho personalísimo, sino el significado de la imagen relacionada con los artificios técnicos que se aluden en el tipo.

Nos produce, según adelantábamos, absoluta perplejidad que el legislador aluda a artificios técnicos de escucha, pero no de visión o captación de la imagen. Esta preterición comporta que el uso de una videocámara de circuito cerrado que no graba ni capta sonido alguno, solo emite en vivo (es decir, que sólo permite ver la imagen) planteé importantes dudas respecto de su tipicidad, teniendo que ser salvado este escollo a través de su incardinación en los artificios de reproducción por cuanto la imagen visionada en vivo se está reproduciendo en la pantalla donde se ve.

Por último, poco hay que decir respecto de la expresión "cualquier otra comunicación", pues se trata de una cláusula de cierre tendente a evitar problemas interpretativos como consecuencia de la innovación y el desarrollo legislativo, cuyo único límite, como pone de relieve OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, es que estas puedan ser escuchadas, grabadas, transmitidas o reproducidas por medios técnicos y, además, que puedan contener aspectos de la intimidad del sujeto⁷²⁷.

⁷²⁷ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 122.

d. Sujeto activo

Respecto del sujeto activo⁷²⁸, el tipo no plantea especiales problemas dado que la expresión "el que" alude a cualquier persona, sin perjuicio de aquellos supuestos en que concurre una determinada circunstancia sobre el sujeto activo, y en los que el sujeto activo actúa como interlocutor.

La primera salvedad respecto del sujeto activo la encontraremos cuando este sea persona encargada o responsable de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (art. 197.4 CP) u ostente la condición de autoridad o funcionario público (art. 198 CP). En estos casos será de aplicación el tipo cualificado cuya razón político criminal descansa bien por la especial relación de proximidad del sujeto activo con el bien jurídico (persona encargada o responsable) bien por el poder socialmente atribuido (autoridad o funcionario público).

En segundo lugar, conviene precisar aquellos supuestos en que el sujeto activo graba una conversación. Esta cuestión fue resuelta por la STC 114/1984, de 29 de noviembre⁷²⁹, en la que se precisaría que la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y, tan solo, podría

⁷²⁸ Real Academia Española.: *Diccionario del español jurídico*, op. cit. Tomamos la acepción segunda que concibe el sujeto activo como el autor de la conducta típica descrita en un precepto de la parte especial, no el mero partícipe.

⁷²⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114).

concebirse como conducta preparatoria para la posterior difusión de lo grabado.

Así, sostiene el tribunal, que "quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana".

También lo podrá ser la persona jurídica⁷³⁰.

⁷³⁰ Sobre esta cuestión, vid. en el epílogo el comentario al art. 197 quinquies.

e. Sujeto pasivo⁷³¹

i. Consideraciones generales

En lo que se refiere al sujeto pasivo, el uso del pronombre "otro" denota que cualquier persona puede serlo.

Mayores consideraciones, no obstante, merece el debate que se plantea en torno a si deviene necesario o no que el titular del bien jurídico protegido sea también el titular del objeto material.

El criterio interpretativo que zanja, a mi juicio, la cuestión descansa en el adjetivo posesivo de tercera persona *sus* y que alude al sujeto activo. De manera que una interpretación literal conforme al propio sentido de las palabras hace concluir la necesaria correspondencia típica entre el titular de la intimidad y el titular del objeto material⁷³².

⁷³¹ Cuando aludimos a sujeto pasivo podemos estar refiriéndonos al titular del bien jurídico protegido en el tipo (sujeto pasivo del delito) o bien al sujeto pasivo de la acción. Nos referimos al sujeto pasivo del delito. Real Academia Española.: *Diccionario del español jurídico*, op. cit.

⁷³² MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1410, aunque se muestra crítico con el uso del adjetivo "sus", aboga su supresión por cuanto "limita artificiosamente el ámbito de tutela del artículo 197.1 CP y por confundir la tutela de la intimidad con la tutela de la propiedad sobre la materialidad del documento", sostiene que la "ley habla claro al respecto, al indicar que el apoderamiento, para vulnerar la intimidad de otro, debe verificarse sobre sus documentos o efectos personales".

En apoyo a esta tesis también encontramos a ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 76.

A esta interpretación, no obstante, no faltan críticas autorizadas, como la de REBOLLO VARGAS, para quien el sentido literal del precepto no se compadece con su *ratio essendi*, pues "ese argumento para los casos en los que no existe correspondencia entre el poseedor del documento con el titular del bien jurídico nos llevaría necesariamente a la atipicidad del apoderamiento documental. Sin embargo, creo que una interpretación distinta en la que tuvieran encaje tales comportamientos no quebraría el sentido del precepto. Es perfectamente imaginable el que con independencia de quién sea el poseedor del documento lo que se vulnera con el apoderamiento de los documento es su intimidad (la del titular del bien jurídico), la conducta, pues, está dirigida o encaminada a ese propósito, esto es, se encuentra presidida por la finalidad de atentar contra su intimidad, contra la intimidad del titular del bien jurídico al margen de quién sea el poseedor o el tenedor del documento"⁷³³.

Sobre esta determinada cuestión, la añeja STS de 8 de marzo de 1974⁷³⁴ resolvió un conflicto sobre los siguientes hechos:

En octubre de 1971, se recibió en una oficina de C. de Madrid, una carta procedente de N.Y, en sobre cerrado en el que figuraba la siguiente dirección: Señor don Alejandro, Revista H.M., Era norma antigua

⁷³³ REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 456. De esta opinión también puede verse a GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, op. cit., p. 65 y a QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, Atelier, Barcelona, 2002*, p. 168.

⁷³⁴ STS 8 marzo 1974 (ES:TS:1974:1813).

constantemente observada y conocida por los empleados que en esa empresa toda carta que llegara a la oficina, aunque estuviera dirigida a alguno de los empleados, si no expresaba que tenía el carácter de "personal", "confidencial" o "privado", fuera abierta. La carta con indudable contenido personal fue efectivamente abierta por el Negociado encargado de la empresa. Pasado algunos días, el señor Alejandro supo de la existencia de la carta y se personó en la oficina de la empresa pidiendo que le fuese entregada. Entonces se buscó la carta y fue llevada al despacho del Director General, Luis Alberto, quien en ese momento conoció de su contenido que le produjo extrañez y ordenó que se remitiera la Comisaría porque el contenido a su parecer podía ser constitutivo de agravios o ultrajes a E. Dicha carta, además, fue utilizada en la Magistratura de Trabajo para fundar despido improcedente. Cuando el repetido Alejandro volvió a reclamar la entrega de la carta, se le contestó por un empleado de la empresa que se encontraba en la Comisaría de la Policía.

Sosteniendo el TS que el delito de descubrimiento de secretos comprendido en el art. 497 ACP:

"se caracteriza porque el sujeto activo es un particular, y el, pasivo la persona a quien pertenecen las cartas o papeles de que se trate, siendo el bien jurídico protegido no tanto el derecho de propiedad sobre la carta o papel como el secreto de la correspondencia u otros papeles, secreto que constituye según la doctrina, uno de las necesidades más vitales de la libertad individual o una parcela importante de las humanas libertades; constando de los siguientes elementos esenciales:

Primero. Un hecho de apoderamiento -no de simple apertura- de los papeles o cartas de una persona.

Segundo. Que se realice con «animus scienci», es decir, de descubrir o conocer los secretos de otro.

Tercero. Que existan tales secretos -algo reservado u oculto» según la significación semántica, o lo conocido por un reducido círculo de personas, según la doctrina, si bien es de advertir que el Tribunal Supremo, en sentencias de 10 de diciembre de 1908 y de 19 de junio de 1932, insiste en que el contenido de toda carta particular, sea el que sea, es, por su carácter secreto, y, por consiguiente, quien lo comunica a otros no siendo el destinatario divulga secretos.

Cuarto. Que sean secretos de la persona a quien pertenezca la titularidad de la carta o papel.

Y quinto. Que el apoderamiento además del móvil inicial de conocer los secretos de otro tenga el ulterior móvil de divulgación o «animus desvelandi», aunque no es indispensable, para la consumación del delito, que llegue efectivamente a ocurrir dicha divulgación, y si llegara a darse se aplicará la figura agravada del artículo 597, párrafo primero”.

Parece, sin embargo, que desde el punto de vista de la praxis judicial habitual y tomando como premisa la doctrina sentada en la STS 10 de diciembre de 1908, según la cual “el contenido de toda carta particular, sea el que sea, es, por su carácter secreto, y, por consiguiente, quien lo comunica a otros no siendo el destinatario divulga secretos” (tesis posteriormente mantenida por la STS 8 de marzo de 1974), el sujeto pasivo sería el titular legítimo de las cartas, y, por

extensión a la actualidad, el titular de los documentos o efectos cuyo contenido no se desea dar a conocer⁷³⁵.

Esta cuestión trasladada -como consecuencia del desarrollo tecnológico- al ámbito de la interceptación de telecomunicaciones o uso de artificios técnicos, comportaría que en las SSTC 114/1984, de 29 de noviembre⁷³⁶ y 34/1996, de 11 de marzo⁷³⁷, se estableciera la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es secreto en un sentido sustancial, de manera que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Es entonces, según la doctrina expuesta, sujeto pasivo en el ámbito de las telecomunicaciones toda persona que participa en la comunicación.

Siguiendo esta línea, gráficamente se pronuncia la SAP Pontevedra 18 mayo 2001 al recordar que la intervención telefónica como forma de invasión de la esfera de la intimidad de quien hace uso del teléfono "supone no sólo la vulneración de la intimidad del sujeto que se quiere investigar sino también, y a la vez, de aquel o aquellos que conversan con el investigado, de suerte que quien se apodera de la

⁷³⁵ En esta línea también puede verse la STS 10 diciembre 1957 (ES:TS:1957:774).

Por lo que se refiere a la doctrina en este sentido, puede verse a POLAINO NAVARRETE, M.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Derecho Penal español. Parte especial* (coord. por. M. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 389.

⁷³⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114).

⁷³⁷ STC 34/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 34).

intimidad de uno, necesariamente lo hace a la vez de la del otro, al irrumpir subrepticamente, y sin consentimiento, en una privacidad compartida con terceros, a la que es ajeno el interceptador”.

En aplicación de la doctrina expuesta en aquellos casos en que la comunicación sea por chat, u otros medios similares, sujeto pasivo será únicamente quien se haya expresado.

Y en lo concerniente al uso de artificios técnicos serán sujeto pasivo los titulares del sonido, imagen o la señal de comunicación.

Cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, los hechos encontrarán acomodo típico ya no en el tipo básico sino en el agravado del art. 197.5 CP⁷³⁸. Las razones político criminales como advierte ROMEO CASABONA es la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo⁷³⁹.

Respecto del sujeto pasivo únicamente resta ya cuestionarnos acerca de si las personas jurídicas pueden ser titulares del bien jurídico intimidad, y, en consecuencia, sujetos pasivos del delito.

La respuesta ha de ser negativa.

⁷³⁸ La única diferencia con la redacción original es que cuando ahora se utiliza la expresión “persona con discapacidad” antes se usaba “incapaz”.

⁷³⁹ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 77.

La intimidad únicamente es predicable de las personas físicas, pues su fundamento está indisolublemente ligado a la dignidad humana.

La persona jurídica es mera creación jurídica del hombre por razones de conveniencia o utilidad para el tráfico jurídico de forma tal que se les atribuye capacidad jurídica y de obrar sin que ello, ni muchísimo menos, pueda significar atribuirles derechos personalísimos que están ligados a la misma existencia de la persona humana. Asumir lo contrario no es dable, pues resulta ontológicamente imposible que una persona jurídica en cuanto tal requiera de un "ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás" necesario "para mantener una calidad mínima de la vida humana"⁷⁴⁰, pues como expresa el ATC 257/1985, de 17 de abril⁷⁴¹, "el derecho a la intimidad que reconoce (...) por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada".

Cuestión distinta será que se den intromisiones ilegítimas en la intimidad de personas físicas que

⁷⁴⁰ Por todas, vid. STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

⁷⁴¹ ATC 257/1985, de 17 de abril (ES:TC:1985:257).

integren o participen en la persona jurídica, pues sólo ellas son titulares del objeto formal tutelado⁷⁴².

ii. Especial referencia a la persona jurídica como "sujeto pasivo"

Con todo lo manifestado estamos en disposición de decir que el art. 200 CP cuando dice que *"lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código"*, no se está refiriendo a datos de la persona jurídica *per se*, sino a los que esta tiene con trascendencia en la intimidad de personas físicas⁷⁴³. Así, por ejemplo, se manifiesta la referida SAP Sevilla 15 febrero 2002 al decir que el art. 197 en relación con el art. 200 del CP, al ser la intimidad un bien de naturaleza personal, *"sólo es posible aplicar este último precepto cuando la conducta consistente en descubrir, divulgar o ceder los datos reservados de personas jurídicas pueda afectar a la intimidad personal de terceros o a los propios individuos que forman parte de aquellas"*⁷⁴⁴.

⁷⁴² Vid. SAP Sevilla 15 febrero 2002 (ARP 2002\253).

⁷⁴³ En este sentido, por ejemplo, el AAP Barcelona 17 marzo 2006 (JUR 2006\223742) dice que *"cosa distinta es que a través de la protección de la persona jurídica se tutele la intimidad personal de las personas físicas que la integran, por ejemplo, conductas tales como la revelación de la lista de asociados de una entidad con unas connotaciones y objetivos muy vinculados a la intimidad de sus componentes"*.

⁷⁴⁴ Vid., también el AAP Cádiz 21 diciembre 2005 (JUR 2007\129986). En idéntico términos se pronuncia la SAP Pontevedra 10 noviembre 2011 (JUR 2012\2257).

Las razones de política criminal del el art. 200 CP descansan en una extensión instrumental de la intimidad de las personas físicas que, por las razones que fueren, han transmitido datos reservados a la persona jurídica que los almacena⁷⁴⁵. Sin embargo el precepto evidencia una realidad encrudecida durante los últimos lustros y es un derecho penal que expande su ámbito de tutela fagocitando, e incluso superando, las normas de derecho privado, pues si bien en materia de Protección de Datos se manejó un precepto similar al art. 200 CP, en el contexto del debate prelegislativo de la LORTAD, finalmente se descartó extender la tutela de los datos personales automatizados a los datos de las personas jurídicas que tuvieran trascendencia en la intimidad de las personas física. En este sentido, como advierte MORALES PRATS, de forma sorprendente, el CP ha ido más allá que la propia legislación de protección de

⁷⁴⁵ Vid. SAP Sevilla 15 febrero 2002 (ARP 2002\253); AAP Barcelona 22 octubre 2004 (JUR 2004\302609); SAP Pontevedra 10 noviembre 2011 (JUR 2012\2257); SAP Valencia 30 mayo 2012 (ARP 2012\704) y SAP Cuenca 13 enero 2015 (ARP 2015\113). Todas ellas señalan "la tutela de datos o informaciones de tipo societario o empresarial en sentido estricto no entran "prima facie" en la ratio de tutela del precepto en cuanto que este tipo de información ya está tutelada en el ámbito de los delitos relativos al mercado (artículos 278 y siguientes), por lo que el artículo 200 debe interpretarse en sentido restrictivo, de forma que la alusión a datos reservados de las personas jurídicas se proyecta sobre datos, en principio de personas jurídicas, pero con trascendencia en la intimidad de las personas físicas. Se considera que a través del artículo 200 se ha efectuado una extensión instrumental de la tutela de la intimidad que corresponde al individuo-persona física para los supuestos en que pudiera quedar reflejada en datos reservados de persona jurídicas, de la misma manera que cuando se reconoce a las personas jurídicas el derecho a la inviolabilidad del domicilio en realidad debe entenderse también como una extensión instrumental de la tutela en el sentido de que su quebrantamiento tiene trascendencia para la intimidad domiciliaria del individuo en cuanto el domicilio de la persona jurídica acota un ámbito espacial en el que las personas físicas proyectan su intimidad y del que se derivan facultades de exclusión de terceros".

datos personales automatizados, pues la LORTAD ni tan siquiera en sus disposiciones finales preveía la posibilidad de extender su ámbito de tutela a estos datos de las personas jurídicas⁷⁴⁶.

f. Elemento subjetivo del tipo

Las tres conductas previstas en el art. 197.1 CP exigen la presencia de dolo⁷⁴⁷. Y no sólo uno genérico y abstracto de realización de las conductas del tipo, sino que se exige que la conducta típica venga presidida por la intencionalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro (*animus sciencii*) tal y como se deduce del uso de la preposición "para"⁷⁴⁸.

Esta exigencia subjetiva, como se ha puesto de relieve por la jurisprudencia ha sido el elemento que ha permitido su distinción con otros ánimos como el de

⁷⁴⁶ MORALES PRATS, F.: "Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales", op. cit., p. 276. En similares términos se expresa REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 485, al calificar de "sorprendente o de extraño esta previsión, en tanto que ni tan siquiera la LOPD prevé la facultad de hacer extensivo su ámbito de tutela a la intimidad de las personas jurídicas".

⁷⁴⁷ La comisión imprudente al no estar tipificada, de conformidad con el art. 12 CP es impune.

⁷⁴⁸ Así la STS 21 marzo 2007 (*Tol 1050619*) dispuso que el tipo requiere del dolo, es decir, del conocimiento por el autor de los elementos del tipo objetivo, y además de un especial elemento subjetivo consistente en que la acción se ejecuta con la finalidad ("para") de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. No sólo, pues, dolo genérico. Es indiferente, a los efectos de este primer apartado, la finalidad ulterior del autor, aunque la existencia de un propósito lucrativo tiene su reflejo en el apartado sexto del mismo precepto.

dañar o de lucro. El Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 7 de marzo de 2005, entendió que la mera sustracción y destrucción de correspondencia postal no permite apreciar el tipo subjetivo del injusto del art. 197.1 CP, pues exige, además de dolo genérico, que el sujeto activo tenga la intención específica de descubrir los secretos, lo que constituye un especial elemento subjetivo del injusto⁷⁴⁹.

En un supuesto en que el acusado buscaba en las cartas de las que se apoderaba billetes, cheques, tarjetas de créditos u otros documentos con valor económico, la Audiencia Provincial de Cádiz en su Auto de 17 enero 2006, entendió que "en el presente supuesto la conducta típica no se proyecta sobre ningún "secreto" de las personas pues ignoramos si el contenido de las misivas tenía dicha carácter aunque sí pudiera agredirse la intimidad mediante la invasión del ámbito de la privacidad representada por la correspondencia personal que abre el sujeto activo del delito. Bien es cierto que la existencia del ánimo que guiaba al sujeto activo, por pertenecer al terreno de lo interno, volitivo o intelectual no es susceptible de una prueba material o directa sino que habrá de hacerse a través de la prueba de otros hechos que sirvan como indicios. No obstante lo anterior y, como luego se dirá, las singulares y precisas características de la conducta llevada a cabo por el acusado que en la gran mayoría de las ocasiones ni siquiera procedía a la lectura de las cartas que abría sino que tan solo miraba su contenido, y que, previamente a dicha apertura, tocaba, palpaba y sopesaba las cartas observando su aspecto externo, nos lleva a pensar que

⁷⁴⁹ AAP Guipúzcoa 7 marzo 2005 (TOL 685426).

el ánimo del acusado era otro muy distinto y que lo que pretendía a través de su conducta no era enterarse de secreto alguno sino que su ánimo sería más bien de contenido patrimonial, pues las acciones antes descritas nos llevan a la conclusión de que lo verdaderamente buscado por el acusado eran billetes, tarjetas de crédito, cheques u otros documento que pudieran tener un valor económico y no solo personal, lo que no situaría en el puro ánimo de lucro. Por todo ello, no existiendo el ánimo específico que se señala en el artículo comentado, los hechos no son constitutivos de dicho delito"⁷⁵⁰.

Conviene precisar que el ánimo *sciencii* o *vulnerandi* puede coexistir simultáneamente con otros como pudiera ser el de obtener fuentes de prueba para ser utilizadas en un proceso⁷⁵¹.

La virtud del elemento subjetivo así configurado, como pone de relieve ROMEO CASABONA, produce un doble efecto antagónico, por un lado adelanta la intervención del Derecho Penal, pues no es necesario que el sujeto activo adquiriera conocimiento efectivo del contenido íntimo, pero a la vez permite excluir del delito aquellas conductas que aun realizándose la conducta típica no están presididas -o movidas- por la intención *sciencii* o *vulnerandi*.

⁷⁵⁰ SAP Cádiz 17 enero 2006 (TOL 944465).

⁷⁵¹ STS 14 mayo 2001 (TOL 31355).

g. La expresión típica "sin su consentimiento"

Todas las acciones típicas descritas en el art. 197.1 CP exigen que el sujeto activo actúe sin el consentimiento del sujeto pasivo. Ello es evidente, pues difícilmente podrá darse el elemento subjetivo exigido por el tipo en quien está invitado a conocer la intimidad por parte de su titular.

Desde un punto de vista dogmático, se ha planteado si el consentimiento opera como una exclusión de la tipicidad o, por el contrario, es causa de justificación. La cuestión no es baladí, pues encierra importantes consecuencias de orden práctico en sede del instituto del error, ya que en función de si excluye el tipo o justifica la conducta, estaremos ante un error de tipo o de prohibición.

QUERALT sostiene que es causa de exclusión de antijuridicidad, pues "un secreto no deja de serlo por el hecho de que la persona afectada lo transmita a otra bajo tal calificación", y prosigue razonando el autor, que no cree "que ello confiera a la beneficiaria y nueva conocedora de la situación capacidad para transmitirlo impunemente. Es decir, el divulgar en círculos restringidos, a voluntad del interesado, un secreto suyo, no autoriza a su vez a la divulgación. Pero sin embargo tal divulgación es impune, por protegerse únicamente el secreto documental. Cabe, como ya es habitual, la protección civil. Ahora bien, si el secreto ya ha sido tan divulgado por el interesado que

se ha convertido en un secreto a voces, ni siquiera cabrá dicha protección”⁷⁵².

POLAINO NAVARRETE sugiere que la expresión “sin su consentimiento” de referirse a la antijuridicidad sería superflua⁷⁵³.

Frente a la postura anterior, ROMEO CASABONA indica que el consentimiento opera como causa de exclusión del tipo y no de la antijuridicidad, pues cuando se da (previa o simultáneamente al hecho) no se produce realmente ningún menoscabo del bien jurídico⁷⁵⁴.

Se trata, para nosotros, de una expresión normativa -contenida en el tipo- por lo que si no se cumple el requisito típico negativo (*sin su consentimiento*) la conducta será atípica.

En todo caso el consentimiento tendrá que prestarse libre y voluntariamente sin la concurrencia de error, violencia o intimidación.

Ahora bien, se plantean especiales problemas en aquellos supuestos de pluralidad de sujetos.

La primera hipótesis es el consentimiento prestado por varios miembros del grupo -o sólo uno- a ser

⁷⁵² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 299.

⁷⁵³ POLAINO NAVARRETE, M.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Descubrimiento y revelación de secretos”, op. cit., p. 402.

⁷⁵⁴ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 98.

escuchados o grabados por un tercero ajeno, pero sin que la totalidad haya manifestado su aquiescencia. En estos supuestos, quienes autorizan la intromisión serían en todo caso partícipes, pudiendo incluso llegar a ser autores si persiguen la injerencia (coautores), proponen directamente al tercero la injerencia (inductores) o su intervención es determinante para la injerencia (cooperadores necesarios). Por supuesto también cabría hablar de complicidad si realizan actos anteriores o simultáneos de menor entidad para la consecución del descubrimiento del secreto o vulneración de la intimidad del sujeto activo.

La segunda hipótesis es cuando uno de los miembros del grupo revela el contenido de lo comunicado. En estos supuestos no concurre el tipo, pues quien está recibiendo la información es cotitular de la mismo por lo que no hay obstáculo a su difusión (con las salvedades que se dirán respecto de las imágenes y del art. 197.7) siempre y cuando no sea una persona que tenga obligación al sigilo profesional o laboral⁷⁵⁵.

La tercera hipótesis es aquellos supuestos en los que se autoriza la injerencia de un modo determinado, pero se realiza de otra forma. Por ejemplo, se autoriza a escuchar (por los dos hablantes) una conversación telefónica por el teléfono supletorio, pero no a grabarla; y, sin embargo, la graba. En estos casos la conducta no será punible, pues si los participantes de la conversación han consentido su inclusión (aunque sea pasiva) en la conversación, parece entonces que el

⁷⁵⁵ Vid. todo lo manifestado cuando hemos tratado la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

elemento subjetivo exigido por el tipo en el convalidado no existe. Esta cuestión la jurisprudencia la ha zanjado equiparando la grabación a la audición⁷⁵⁶, pues quien revela sus opiniones e intimidad se despoja de sus reservas⁷⁵⁷. Ello, lógicamente, con las salvedades que más adelante se harán si se tratan de imágenes o grabaciones audiovisuales.

La jurisprudencia a su vez ha admitido el consentimiento tácito. Así se pronuncia, por ejemplo, la SAP Valencia de 24 de marzo de 2006 al entender que existe un consentimiento presunto para la apertura de cartas de la burocracia del domicilio y llevanza de la

⁷⁵⁶ SAP Valencia 4 julio 2008 (TOL 1.361.985): "No son pues constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos porque la conversación no era secreta, - formaba parte de la comunicación telefónica instada por la denunciante-, ni fue interceptada a través de alguno de los procedimientos típicos. Es sabido el criterio jurisprudencial que declara la pérdida del control e intimidad de las palabras o noticias vertidas y contadas a terceras personas. La grabación de las mismas, aunque sea clandestina, es un modo de captación equivalente al de la simple audición, es decir, que no se trata de un acto ilícito".

⁷⁵⁷ SAP Valencia 13 marzo 2003 (TOL 303.113): "No se advierte ninguna vulneración del derecho a la intimidad del acusado, ahora apelante, por el hecho de que alguna de sus llamadas telefónicas dirigidas a su esposa, fuese escuchada también por una amiga de ésta, desde otro aparato telefónico que había en su casa. La jurisprudencia expuesta en el auto de 4 de julio de 2002 (folio 2436) se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo 386/2002, de 12 de julio, en la que se indica que la grabación de las palabras de los acusados realizadas por el denunciante con el propósito de su posterior revelación, no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente, ya que no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos. Añadiéndose que es admisible la legitimidad de la grabación subrepticia de una conversación entre personas realizada por una de ellas sin advertírselo a las otras, puesto que cuanto alguien emite voluntariamente sus opiniones y revela sus secretos, sabe que se despoja de su intimidad respecto a otros, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico".

economía familiar entre los cónyuges de un matrimonio que ha mantenido un periodo de convivencia de alrededores de 35 años, lo que naturalmente ha condicionado la relación y el grado de confianza existente entre ambos. Y señala la sentencia que de igual forma que hubo ese consentimiento tácito, puede entenderse revocado desde el momento que se inicia un proceso judicial entre ellos o la situación de ruptura matrimonial se entiende ya como irreversible⁷⁵⁸. Ahora bien, dicho consentimiento presunto no se entenderá respecto de las cartas dirigidas a un cónyuge concreto cuando sea cognoscible que versan sobre cuestiones ajenas a la vida común de la pareja.

6. LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD A TRAVÉS DE LOS ABUSOS SOBRE DATOS PERSONALES REGISTRADOS (art. 197.2)⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ SAP Valencia 24 marzo 2006 (TOL 1.001.803). Así también se pronuncia la SAP Madrid 4 octubre 2006 (TOL1.012.525) al razonar que "a la luz de las enseñanzas de la experiencia común, el clima de recíproca confianza que habitualmente rige las relaciones entre cónyuges se rompe - como ya se ha hecho notar- en las etapas crisis de la pareja; cuánto más si el conflicto se ha judicializado". En idéntico sentido la SAP Baleares 2 diciembre 2014 (TOL 4.740.218).

⁷⁵⁹ Redacción original del art. 197.2 CP: "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."

Actualmente sigue vigente con idéntica redacción a la original.

a. Consideraciones previas respecto al *nomen iuris*

La aprobación del art. 197.2 CP supuso por parte del legislador elevar ciertas infracciones -hasta entonces administrativas previstas por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales-, a la categoría de delitos.

En términos generales podría pensarse que nos encontramos ante un tipo dirigido a la represión penal de los abusos informáticos, sin embargo, conviene efectuar algunas precisiones que nos conducirán al *nomen* propuesto.

En primer lugar, hablar en general de delitos contra la informática en el art. 197.2 CP resultaría precipitado, pues cada vez son más habituales las conductas delictivas con elementos informáticos (por ejemplo, el *pshishing*, *pharming*, etc.) o los delitos cuyo objeto material es un artificio informático (por ejemplo el art. 400 CP).

En segundo lugar, desde una dimensión informática el art. 192.2 CP únicamente criminaliza determinadas conductas que suponen un abuso contra la intimidad de las personas.

Y, en tercer lugar, la dimensión informática no agota el tipo, pues cuando el legislador utiliza la conjunción disyuntiva "o" en referencia a los datos registrados en los diferentes continentes, no está cerrando la puerta a la tutela de los datos reservados incorporados en registros y archivos manuales.

b. Escisión y estructura del tipo

En una primera lectura del art. 197.2 CP, se advierte que estamos ante uno de los preceptos peor redactados del Código Penal. Tanto es así que si tomamos como criterio para una correcta redacción de la ley lo predicable a los instrumentos públicos según la previsión del art. 148 del Decreto de 2 de junio de 1944⁷⁶⁰, se puede decir sin vacilar que el precepto no es claro ni preciso y, además, utiliza términos ambiguos y oscuros.

Es tal su caótico planteamiento que en el primer pasaje se alude a las acciones de *apoderamiento, utilización y modificación de datos* y en el segundo pasaje a las de *acceso, alteración y utilización*.

Concretamente, es de censurar:

1) la duplicidad de la conducta típica de utilización;

2) el uso de conductas típicas análogas creando una superposición: modificación y alteración;

3) y el uso del verbo *apoderar* cuando a todas luces es impropio habida cuenta de los conceptos

⁷⁶⁰ Dice el citado precepto que "los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma".

informáticos utilizados por la normativa de protección de datos⁷⁶¹.

Y no conforme con lo anterior, en el primer pasaje se utiliza la fórmula "en perjuicio de tercero", mientras que en el segundo, "en perjuicio del titular de los datos o de un tercero". Lo que hace acrecentar, aún más, la insatisfacción de los operadores jurídicos ante las pocas garantías que presenta un precepto que por su propia configuración está abocado a ser objeto de glosas e interpretaciones por su falta de claridad y precisión.

Precisamente, ante este escenario de infortunio legislativo, GONZÁLEZ CUSSAC ofrece una interpretación dirigida a salvar la subsistencia autónoma de ambos pasajes del art. 197.2 CP, bajo el siguiente razonamiento: "la única interpretación que confiere autonomía y por tanto vigencia a esta descripción, en relación con la ya analizada, es la que establece la diferencia en orden al objeto de la conducta. De modo que las conductas aquí expresadas «acceda», «altere» o «utilice» se proyectan no sobre los datos reservados - comportamientos ya tipificados en la primera parte de este mismo precepto- sino sobre los «ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro archivo o registro público o privado». Este es el único criterio delimitador posible entre ambas tipificaciones. En consecuencia, aquí se castiga a los que «acceden», esto es, a los que entran, o se

⁷⁶¹ Vid. MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit. p. 1456.

introducen, y por tanto visualizan o escuchan, la información en ellos almacenada"⁷⁶².

La interpretación anterior, sin embargo, no es dable. Como señala MORALES PRATS, supondría que el "Código Penal se encamina a la tutela de los ficheros o sistemas informáticos y no a la tutela de los datos personales en cuanto objeto material en el que se proyecta la privacidad del sujeto, con el consiguiente efecto de desenfocar teleológicamente el art. 197.2 CP". Además desde una perspectiva de política criminal, supondría adelantar la tutela penal al acceso, alteración o utilización ilícita de los ficheros cuando "el art. 197.2 no incrimina conductas previas al momento en que los datos personales se hallan ya registrados en los bancos de datos (recogida ilícita de datos, creación clandestina de ficheros)".

Por tanto, coincido con MORALES PRATS cuando afirma que comportaría "un contrasentido retrasar la línea de intervención penal con respecto a los datos personales, para en cambio, adelantarla con respecto a conductas que implican un peligro lejano para la privacidad informática"⁷⁶³.

⁷⁶² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 282.

En esta línea interpretativa que sugiere ampliar -o más bien adelantar el momento de tutela- el ámbito de protección y tutelar así tanto el continente como el contenido, también encontramos a DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: "Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, núm. 4º, pp. 1190-1993.

⁷⁶³ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1456.

Para ROMEO CASABONA, la diferencia entre los pasajes de ambos tipos delictivos debe comportar una superación del simple análisis de conductas yuxtapuesta, pues de ser ello así, "hubiera bastado con una integración de ambos tipos delictivos en uno solo"⁷⁶⁴, y propone como criterio para la diferenciación, atender a la posición subjetiva del autor en relación con los datos. Así distingue entre el *acceso inicialmente autorizado, pero con extralimitación de la autorización (el intraneus o insider)* y el *acceso no autorizado ab initio (el extraneus o outsider)*⁷⁶⁵.

El primer supuesto consistiría en que el autor del hecho está legitimado para acceder al fichero, pero realiza actos de apoderamiento, utilización o modificación de los datos⁷⁶⁶.

También puede verse la crítica de JORGE BARREIRO, A.: "El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2002, núm. 6, p. 117: "Esta sugerente interpretación no puede ser compartida, pues olvida la finalidad esencial del art. 197.2 del CP que se refiere a la protección penal de la libertad informática relacionada con los datos personales registrados en los ficheros o soportes informáticos y no a la tutela de los ficheros automatizados en sí mismos considerados".

⁷⁶⁴ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., 117.

⁷⁶⁵ *Ibíd.*, p. 118-120.

⁷⁶⁶ *Ibíd.*, p. 118-119. A pesar de ello, el autor admite finalmente que para evitar lagunas de punibilidad debe aceptarse que "el párrafo primero acoge también, pero como excepción al *extraneus* que se apodera directamente de los datos en los términos y modalidades que admite esta acción típica".

El segundo supuesto, por su parte, incriminaría a quien no estando autorizado para acceder a los datos lo hace por cualquier medio⁷⁶⁷.

De manera que "una vez realizado el acceso ilícito son irrelevantes los siguientes comportamientos previstos en el párrafo 2º del art. 197.2 ("alterar" o "utilizar"), pues quedarán absorbidos por el primero ("acceder"), salvo que la prueba de estos últimos sea determinante para establecer el perjuicio al que alude el tipo"⁷⁶⁸.

A nuestro juicio, sin embargo, nos parece mucho más satisfactorio, desde una perspectiva de coherencia analítica, diferenciar simplemente tres conductas distintas en los dos pasajes del art. 197.2 CP.

En primer lugar el apoderamiento, utilización o modificación. En segundo lugar el acceso. Y, en tercer lugar, la alteración o utilización⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ *Ibíd.*, p. 119. Igual que en el supuesto anterior señala el autor que "también podría ocurrir el supuesto de un *extraneus* u *outsider* que estuviera autorizado para un determinado nivel de acceso y se extralimitara de la autorización concedida, de modo semejante a como se concluyó en relación con el *intraneus*. El apoderamiento de los datos por parte del *extraneus* será lógicamente a través del primer párrafo del citado precepto (art. 197.2)".

⁷⁶⁸ *Ibíd.*, p. 119-120.

⁷⁶⁹ En este sentido STS 3 febrero (RJ 2009/2433): "Las modalidades típicas básicas (1) difieren según el objeto sobre el que se despliega el comportamiento sea: a) " papeles cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales, telecomunicaciones, o sonidos, imágenes o señales de comunicación que se puedan escuchar, transmitir, grabar o reproducir, mediante artificios técnicos (artículo 197.1) y b) datos reservados de naturaleza personal o familiar que sean localizados precisamente en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en archivos o registros tanto públicos como privados (197.2). Otra

De manera que nos encontramos ante un tipo mixto, que contiene en sus dos pasajes una pluralidad de acciones distintas típicamente relevantes (apodere, utilice o modifique; acceda, altere o utilice) y alternativas entre sí.

modalidad básica c) viene constituida por la difusión, revelación o cesión de lo descubierto o captado, distinguiendo en este caso según que el sujeto activo sea el mismo que accedió al dato o captó la imagen (197.3). Finalmente se tipifican conductas agravadas (2) a) por la condición del sujeto activo, (197.4 b) la naturaleza del dato como perteneciente al núcleo duro de la intimidad (197.5) o c) por mediar precio (197.6). El hecho -acceso- a que se refiere el recurso se ubica en la modalidad básica (1) b): No obstante conviene también indicar que esa modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: (1) b) 1ª: apoderamiento, utilización o modificación de datos, (1) b) 2ª: el mero acceso (1) b) 3ª: la alteración o utilización. Pues bien, por difícil que resulte comprenderlo, las modalidades 1ª y 2ª exigen que el sujeto actúe sin autorización, lo que no se traslada a la modalidad 3ª. La 1ª exige que se actúe en perjuicio de tercero, la 3ª que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato y, lo que aquí es relevante, en la 2ª no se exige perjuicio alguno”.

En idéntico sentido vid. STS 30 diciembre 2009 (RJ 2010/437): “Baste advertir que el supuesto típico imputado -mero acceso-, es decir la modalidad 2ª, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2º del art. 197 CP constituido por la conducta de “apoderarse, utilizar o modificar” y la de “alterar o utilizar” los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados.”

Más reciente aunque en similares términos es la SAP Badajoz 6 abril 2016 (ARP 2016/447): “El artículo 197.2 del CP transcrito contempla tres conductas distintas: 1ª) el apoderamiento, utilización o modificación, 2ª) el acceso, y 3ª) la alteración o modificación, siempre sin estar autorizado, y en perjuicio de tercero, de 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; en el supuesto que nos ocupa, la conducta sería la de acceso, requiriendo el tipo objetivo solo de un acto de acceso de los datos protegidos, exigiendo el tipo subjetivo la finalidad de descubrirlos, junto con el dolo en el acto de acceso.” Y también la SAP Valencia 25 octubre 2016 (ARP 2016/1466).

c. Conducta típica

i. Las conductas de apoderamiento, utilización, modificación o alteración

Respecto del apoderamiento, como ya dijimos a este respecto al analizar la conducta típica del art. 197.1 CP, tradicionalmente ha sido interpretado como el exigido en los delitos contra el patrimonio. Sin embargo, nosotros asumimos una interpretación más amplia y acorde a la realidad tecnológica, comprendiendo el apoderamiento no sólo como la aprehensión de los datos, sino también su copiado dejando intactos los originales o incluso la mera captación. De manera que, en el contexto de los datos informáticos, apoderamiento es un concepto similar al de acceso⁷⁷⁰.

Por utilización debe entenderse el aprovechamiento o empleo de los datos reservados para una determinada finalidad (la que fuere).

Y respecto a la modificación o alteración supone la transformación o el cambio de los datos a través de su supresión y/o adición de otros. El quid de la conducta de modificación es que los datos reservados pasen a reflejar una realidad distinta de la

⁷⁷⁰ Vid. STS 30 diciembre 2009 (RJ 2010/437).

Por todos, en un sentido restringido puede verse la opinión de JORGE BARREIRO, A.: "El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP", op. cit., p. 119, para quien la conducta de apoderamiento es la propia de los delitos patrimoniales "requiriendo la impresión o la transmisión del dato a otro soporte informático".

originaria. En definitiva, supone cambiar, alterar o transformar los datos⁷⁷¹.

ii. La conducta de acceso

La doctrina mantiene especiales discrepancias respecto del acceso a datos reservados.

Para DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, "por acceso a los datos podría entenderse, tanto el llegar a tener conocimiento de los datos como la entrada hasta los mismos, poniéndolos a disposición, pero sin tener que conocer su contenido. Razones gramaticales ("acceder" significa "entrar") conducen a escoger el primer significado)"⁷⁷².

Para JORGE BARREIRO, acceder es llegar por cualquier medio a conocer o a obtener información sobre los datos personales registrados⁷⁷³.

A la vista del carácter expansivo del verbo de la conducta típica, JAREÑO LEAL propone interpretar el acceso como "quebrantar las reservas que los protegen para acceder al interior el soporte".

⁷⁷¹ JORGE BARREIRO, A.: "El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP", op. cit., pp. 119.

⁷⁷² DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 507.

⁷⁷³ JORGE BARREIRO, A.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por G. RODRÍGUEZ MOURULLO y coord. por A. JORGE BARREIRO), Aranzadi, Madrid, 1997, p. 556 y ss.

Señala la autora que "en los casos descritos en el artículo 197.2 ello consistiría en una entrada con claves ajenas, o a través de otros ardides que pueda posibilitar la pericia informática, pero siempre de manera subrepticia. Cuando el acceso se ha realizado por quién está autorizado, ello es castigado en el artículo 197.4. Así, para llegar al 197.2 es necesario romper las defensas, lo cual debe ser realizado directamente por el sujeto que conoce el dato. De esta forma, la conducta de quien lee en la pantalla no está rompiendo reserva alguna, y por tanto es atípica"⁷⁷⁴.

Para nosotros acceder es entrar en un lugar o pasar a él⁷⁷⁵, por lo que el acceso a los datos supone adentrarse allá donde estén alojados⁷⁷⁶. Cualquier otra consideración respecto del verbo típico supondría separarse de la letra de la ley⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ JAREÑO LEAL, A.: *Intimidación e imagen: los límites de la protección penal*, op. cit., pp. 58-59.

⁷⁷⁵ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

⁷⁷⁶ Es ilustrativo así el caso de la STS 30 diciembre de 2009 (RJ 2010/437) que tuvo lugar con ocasión del acceso por parte de un médico a través del programa informatizado de consulta clínica, al historial clínico de otro compañero médico para obtener el dato de quien era su médico de cabecera. Se lee en la sentencia que: "el modo en que dichos accesos fueron realizados a través del programa informático consistió, en ambos casos, en introducir informáticamente el nombre Don Bienvenido en la hoja informatizada de pacientes del día del médico acusado y, desde ella, acceder la pantalla en la que aparecen, entre otros, el icono "ficha del paciente", introducirse en él y visualizar el dato referido".

⁷⁷⁷ Cuestión distinta es la crítica o censura que desde luego nos merecen el uso de conductas típicas tan amplias.

Lo que no es dable es desfigurar el propio significado de las palabras cuando se efectúa un análisis de *lege data* que ha de quedar nítidamente diferenciado de aquel concebido para presentar una propuesta de *lege ferenda*.

A pesar del significado más o menos amplio - literal- que predicamos del verbo típico, sí que nos merece censura la conocida STS 18 febrero 1999⁷⁷⁸ que condenó por la acción típica de acceso a un periodista que utilizó (él no se apoderó o accedió a lo mismos), datos reservados de los internos de un establecimiento penitenciario para escribir un artículo periodístico intitulado "SIDA, cocaína y cárcel", en el que desvelaba que dos reclusos enfermos de SIDA desempeñaban funciones en la cocina.

El TS verificó la tipicidad del sustrato material porque precisamente "el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre".

Este planteamiento generalizado de nuestra jurisprudencia de desdibujo y conmixti3n de las distintas conductas típicas, supone una carga para los abogados⁷⁷⁹, y demás operadores jurídicos, que se ven

⁷⁷⁸ Sobre esta conducta puede verse la célebre STS 18 febrero 1999 (RJ 1999/510) que condenó a un periodista que utilizó, pues él no se apoderó o accedió a lo mismos, datos reservados de los internos de un establecimiento penitenciario para escribir un artículo periodístico intitulado "SIDA, cocaína y cárcel", en el que se desvelaba que dos reclusos enfermos de SIDA desempeñaban funciones en la cocina.

⁷⁷⁹ No puede perderse de vista que los abogados son los auténticos creadores de la jurisprudencia, pues estos *con su inquieta y fecunda imaginaci3n, prolijo y responsable estudio del caso, y la rebelde postura de inconformismo frente a todo aquello que pueda frustrar las expectativas del litigante, suministran las notas que en la partitura judicial hace posible la evoluci3n del derecho* Lo que está en cursiva se toma de MORELLO, A.M. Cuya cita la extraemos de ARRUIZ, S.G.: "Análisis Económico de la Prueba de Oficio", *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 2016, vol. 2, iss. 2, p. 125, nota pie de página 47.

abocados a adivinar -en el mejor de los casos a averiguar- cómo el juez del caso interpretará el precepto que se ha de aplicar⁷⁸⁰.

Que se interprete el verbo "acceder" como "conocer y tener a su disposición" es contrario a toda lógica según el uso normal y ordinario del lenguaje. Ello nos conduce al absurdo ontológico de darse como probado el acceso ilícito, aun cuando el conocimiento de los datos reservados haya tenido lugar, por ejemplo, a través de una filtración por un tercero que es quien realmente ha accedido ilícitamente.

d. Objeto material del delito

Los verbos típicos del art. 197.2 CP recaen sobre *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.*

i. Datos reservados de carácter personal o familiar de otro

La LOPD en su artículo 3 define los *datos de carácter personal* como "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

⁷⁸⁰ Estas interpretaciones comportan un grave riesgo para los ciudadanos: desconocer que dice realmente la Ley. Dificilmente estos podrán conocer que donde la Ley dice "A" en realidad quiere decirse "B".

En consecuencia si confrontamos la definición dada por la LOPD y el tenor del tipo, advertimos que el objeto material del art. 197.2 CP exige que sean *datos reservados*.

Resulta entonces pertinente cuestionarnos si el término "reservado" comporta alguna consecuencia o si, por el contrario, estamos nuevamente ante una desafortunada redacción por parte del legislador.

El hecho de que en la LOPD no haya a lo largo de su articulado precepto alguno que aluda a *datos reservados* nos sitúa en la pista que el adjetivo *reservado* utilizado por el tipo penal es totalmente ocioso o superfluo. Sin que ello, en modo alguno, suponga afirmar que nos encontramos ante una ley penal el blanco.

Según el art. 2 LOPD, todo dato de carácter personal registrado en soporte físico que lo haga susceptible de tratamiento, está protegido.

Resulta que todo dato almacenado que no sea de acceso público⁷⁸¹ está impedido de ser conocido por la generalidad, y, por tanto, reservado.

No nos extraña entonces que MORALES PRATS sostenga que "todos los datos personales una vez introducidos en el fichero automatizado son sensibles", así "datos en principio inocuos, al ser introducidos en el fichero

⁷⁸¹ Vid. art. 3 J) LOPD que define las fuentes accesibles al público como "aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación".

automatizado, producto de las combinaciones alfanuméricas, pueden ser objeto de manipulación y permitir información por inferencia”⁷⁸².

La justificación de MORALES PRATS para llegar a dicha conclusión es la siguiente, y que reproducimos por compartir plenamente: “Podría interpretarse que el legislador al utilizar la expresión «reservados» ha querido referirse a aquellos datos que directamente afectan a la «privacy» del sujeto, incluso fuera del sistema informático (datos sobre la salud, ideología, creencias...), de forma que la tutela penal se limitase a este tipo de informaciones, en tanto que la tutela administrativa de la LOPD operaría para el resto de datos personales. Mas, esta interpretación no puede prosperar a la vista del artículo 197.5 CP, precepto en el que se prevé un tipo agravado para los supuestos de abuso informático sobre datos personales pertenecientes al «núcleo duro de la privacidad» (salud, ideología, vida sexual, creencias, etc.). Por consiguiente, si el Código Penal prevé un tipo agravado para este tipo de datos, a sensu contrario, debe interpretarse que los datos tutelados en el tipo básico son los no pertenecientes al «núcleo duro de la privacy», esto es, por emplear la terminología de la ley, precisamente los «no reservados»”⁷⁸³.

⁷⁸² MORALES PRATS, F.: “Comentarios al Título X”, op. cit., p. 1453.

⁷⁸³ *Ibíd*, p. 1453.

Para ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 112, la palabra “reservados” si añadiría a la expresión datos de carácter personal una cualificación que los permitiría distinguir de otros que no lo sean. Esta restricción dada habría que vincularla -según el autor- con el principio de *ultima ratio* y mínima intervención, de manera que los datos no reservados

En definitiva, al no existir datos personales reservados y no reservados a lo largo del ordenamiento jurídico español, todos los datos personales registrados quedan bajo el abrigo del art. 197.2 CP, pues han de quedar protegidos frente al conocimiento no deseado y especialmente su modificación.

Algunos autores, como por ejemplo JAREÑO LEAL o RUEDA MARTÍN, se oponen a lo que acabamos de decir.

La primera señala que un concepto tan amplio como el que da la LOPD para dato reservado, parece evidente que no puede servir para determinar sin más el objeto del tipo penal, así dice la autora, "piénsese que, a tenor de este concepto, también la dirección o el número de teléfono son datos personales, pero no podemos decir que sean datos íntimos; de hecho, ésta es una información que puede encontrarse en las guías de teléfonos, en papel o vía internet"⁷⁸⁴. Para esta autora el criterio rector que debe presidir la represión penal es que sean datos personales que se refieren a la intimidad del sujeto⁷⁸⁵. Sin embargo, la objeción que hacemos a este planteamiento es que produce una confusión de planos: entre el de *lege data* y el de *lege ferenda*. Indudablemente nos encontramos ante una norma penal de redacción poco afortunada y que exigiría una reformulación cuyo criterio bien podría ser el de la auténtica tutela de la intimidad, pero debemos atender

no quedarían al amparo de la protección penal, sino de la administrativa.

⁷⁸⁴ JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, op. cit., p. 63.

⁷⁸⁵ *Ibíd.*, p. 64.

a la realidad del tenor literal y la sistemática, siempre que no se incurra en el absurdo, de lo contrario acabaríamos por difuminar el derecho positivo (aunque sea de baja calidad técnica) entregado por el legislador.

La segunda dirá que "si bien es cierto que en el n° 5 del art. 197 se protege una serie tasada de datos personales que afectan al núcleo duro de la privacy, no es menos cierto que los datos personales comprendidos en el n° 2 pueden ser también reservados, es decir, datos que son de conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se encuentran registrados y archivados, como por ejemplo, el nombre completo de una persona, la fecha o el lugar de nacimiento, etc."⁷⁸⁶. Este planeamiento, sin embargo, tampoco puede acogerse a la vista que el propio artículo 197.5 CP está aludiendo a *datos de carácter personal* que afectan al ámbito restringido de la intimidad, de manera que cuando el art. 197.2 CP alude a *datos reservados de carácter personal o familiar* está protegiendo la generalidad de estos.

Desde el punto de vista jurisprudencia, una primera línea, entre la que destacó la ya comentada STS 18 febrero 1999⁷⁸⁷, se centró en valorar si el dato es apto para producir el perjuicio típico, pues "no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad

⁷⁸⁶ RUEDA MARTÍN, M^a. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, op. cit., p. 73.

⁷⁸⁷ STS 18 febrero 1999 (RJ 1999/510).

informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo "accede" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre, es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero".

Sin embargo, esta primera postura de nuestro alto tribunal fue cediendo a partir de la STS 11 julio 2001⁷⁸⁸ que consideró que quedan protegidos por la conminación punitiva del art. 197.2 CP todos los datos personales automatizados, pues reservado es equiparable a "secreto" o "no público". Concretamente la sentencia dio respuesta a la pregunta siguiente: ¿Se encuentran todos los datos personales y familiares amparados por el tipo? Cuya respuesta parte de tres premisas básicas:

"a) Todos los datos personales una vez introducidos en el fichero automatizado, son "sensibles", porque la LORTAD, no distingue a la hora de ofrecerles protección (Véase art. 2-1º y 3º de dicha Ley). Datos en principio inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación permitiendo la obtención de información. No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo

⁷⁸⁸ STS 11 julio 2001 (ES:TS:2001:6029). Los hechos del caso giran en torno al apoderamiento por parte de un funcionario público, utilizando las claves y datos de compañeros suyos, de aproximadamente cuarenta hojas del padrón correspondiente a diversas personas con los datos personales y familiares que en ellas constaban sin que quedase acreditado la finalidad de la conducta.

que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la conminación punitiva del art. 197-2º C.P.

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, ni la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que los "datos reservados" son únicamente los más sensibles, comprendidos en el <<núcleo duro de la privacidad>> (v.g. ideología, creencias, etc.), para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del art. 197 del C.Penal, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (número 5) "a sensu contrario" los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o "no reservados" en la terminología de la Ley)".

Este criterio se ha seguido en sentencias posteriores como la de 11 junio 2004⁷⁸⁹, que sostuvo que todos los datos reservados de carácter personal o familiar registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros público o privados, son merecedores de protección. O la

⁷⁸⁹ STS 11 junio 2004 (ES:TS:2004:4055). El caso versó sobre la apropiación por parte de funcionarios de listados de la seguridad social y posteriormente cedidos a terceros.

STS 30 diciembre 2009⁷⁹⁰, al sostener que "en consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos "objetivamente" relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos "inocuos" cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida. En esta dirección la STS. 725/2004 de 11.6 nos dice que el art. 197. 2 CP no hace distinciones respecto del objeto de la acción que tengan fundamento en normas no penales y se refiere a "datos reservados de carácter personal o familiar" registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos de archivos o registros públicos o privados. Es decir, que el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal".

Vemos, por tanto, como el TS en sus sentencias ha ido perfilando la idea de que a través de la expresión "datos reservados" se está aludiendo a aquellos que no son susceptibles de ser conocidos por cualquiera⁷⁹¹.

Los datos, en todo caso, deberán pertenecer al ámbito privado y personal o familiar del sujeto⁷⁹², es decir no públicos, que operará como regla para delimitar el ilícito penal frente al administrativo.

⁷⁹⁰ STS 30 diciembre 2009 (ES:TS2009:8457).

⁷⁹¹ Criterio se que ha venido manteniendo en recientes sentencias como la de 17 junio 2014 (ES:TS:2014:3545).

⁷⁹² STS 30 abril 2007 (ES:TS:2007:3916).

Por último, los datos tendrán que ser *de otro*, es decir, de persona distinta a quien realiza la conducta típica.

ii. Que se encuentren en ficheros, soportes, archivos o registros

El siguiente gran requisito respecto del objeto material es que *se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*.

Nuevamente, para aproximarnos al significado de fichero, hemos de acudir a la LOPD que en su artículo 3 b) define los ficheros como "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso".

También el art. 4.6 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define fichero como "todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica".

Nuestro Alto Tribunal en su Sentencia 6 octubre 2015⁷⁹³ tuvo ocasión de decir conectando con el concepto

⁷⁹³ STS 6 octubre 2015 (RJ 2015/5020). Vid. también en la misma causa la STS 4 julio 2016 (RJ 2016/2856). El caso

de fichero de la LOPD y el Reglamento (UE) 2016/679, que en el art. 197.2 CP "debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, medica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado".

Dicho requisito de que se trate de *un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas*, encuentra apoyo, a su vez, en de la doctrina sentada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en su Sentencia 19 septiembre 2008⁷⁹⁴, en la que afirmó que "no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo, como un conjunto organizado tal y como exige el art. 3.b) de la LO 15/99 (RCL 1999, 3058), sino que resultan son una pura acumulación de estos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de

resulta de especial interés. Versa sobre la remisión por parte de un Magistrado al servicio de inspección del CGPJ la hoja histórico penal de quien lo había denunciado, y que bien se encontraba obrante en la causa de unas diligencias previas que esté Magistrado había instruido anteriormente bien lo había obtenido en fecha posterior por mediación de la Letrada de la Administración de Justicia.

⁷⁹⁴ STS 19 septiembre 2008 (RJ 2008, 5475).

nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo".

Ahora bien, con la expresión *cualquier otro tipo* el legislador salva las posibles pretericiones englobando tanto los clásicos registros manuales o convencionales como los automatizados y cualesquiera otros que fruto del progreso tecnológico puedan aparecer⁷⁹⁵.

En base a lo anterior, coincido con el voto particular del Magistrado Juan Saavedra Ruiz a la STS 4 julio 2016, que sostiene que si bien es cierto el art. 197.2 CP se dirige a la represión en el orden penal de los abusos informáticos, no se agota en el círculo de los datos personales automatizados, es decir, también protege los registrados en soporte no automatizado. Y ello porque "en primer lugar, así lo dice el legislador cuando antepone la conjunción disyuntiva o, que denota diferencia, separación o alternativa, al referirse a los datos registrados "en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado", cuando la oración precedente menciona los "ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos". La LOPDP, 15/1999 (RCL 1999, 3058), contiene una definición auténtica de fichero pero ello no significa que la misma comprenda todos los sistemas de almacenamiento de

⁷⁹⁵ De la amplia casuística incardinable al art. 197.2, realiza una ilustrativa síntesis la ya citada STS 4 julio 2016.

datos personales incluyendo los no automatizados, como son los archivos y registros tradicionales, convencionales o manuales a los que se refiere inequívocamente el precepto penal mencionado, que insisto no es un precepto penal en blanco”.

Desde un punto de vista doctrinal, ROMEO CASABONA se cuestionó si el tipo exige que se trate de ficheros con los datos de carácter personal o familiar configurados de forma heterogénea y no ordenada, o, por el contrario, han de consistir en datos sistematizados⁷⁹⁶.

Según el autor la respuesta es dudosa.

Una primera interpretación “tiene a su favor que el soporte ha de ser algo distinto al fichero, archivo o registro, en cuanto aparece yuxtapuesto a ellos, por consiguiente, como un continente o realidad distintos de los mismos”.

La segunda, “se apoyaría en que el texto legal alude a datos “registrados” (esta palabra podría sugerir también la idea de ordenación u organización, pero debe reconocerse que no necesariamente) en diversos continentes, refiriéndose todos ellos a depósitos o receptores de datos organizados o sistematizados conforme a cualquier criterio (es decir, en ficheros, soportes o cualquier otro archivo o registro), por lo que el soporte tendría una naturaleza similar, aunque en sentido estricto un soporte no

⁷⁹⁶ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 114.

representa nada organizado, sino el mero continente de algo, se halle organizado o no"⁷⁹⁷.

El autor finalmente se decanta por la segunda, pues, a su juicio, permite delimitar con mayor precisión el ámbito del 197.2 CP respecto del 197.1 CP, y en particular con las conducta de interceptación y apoderamiento, pues de tratarse de datos no organizados será aplicable el art. 197.1 CP, y de estar organizados el art. 197.2 CP⁷⁹⁸.

Nos parece acertada la conclusión a la que llega, sin embargo, a nuestro parecer no se trata tanto de la búsqueda por armonizar los distintos tipos, sino en dar una interpretación, siempre que se pueda, lo más acorde posible al uso y sentido común del lenguaje.

La clave interpretativa se concita en torno al participio *registrado* que expresa la cualidad o accidente de los datos registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Buena cuenta de ello nos da las definiciones del verbo registrar: "5. tr. Poner una señal o registro entre las hojas de un libro, para algún fin. 6. tr. Anotar, señalar. 7. tr. Inscribir en una oficina determinados documentos públicos, instancias, etc. 8. tr. Inscribir con fines jurídicos o comerciales la firma de determinadas personas, o una marca comercial.

⁷⁹⁷ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁷⁹⁸ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

9. tr. Contabilizar, enumerar los casos reiterados de alguna cosa o suceso. Registraron cuidadosamente todas sus entradas y salidas”⁷⁹⁹.

Por tanto, cuando aludimos a datos registrados estamos refiriéndonos a aquellos cuya introducción al fichero, soporte, archivo o registro que los contiene ha quedado anotada, señalada, inscrita o contabilizada de alguna manera.

La ratio essendi que inspira al adjetivo “registrado” es que hay seguimiento o control de aquello que entra y sale al continente.

Por último, conviene precisar que las conductas se cometen sobre datos ya registrados, esto es, preexistentes a la conducta típica, de manera que quedarán excluidas de reproche criminal la creación clandestina de bancos de datos. De forma que la tutela penal no abarca todo el proceso del tratamiento informatizado de los datos, limitándose a los ya registrados y excluyendo la fase de creación de los ficheros automatizados y de recogida de los datos personales, que se reconducen al ámbito de la responsabilidad administrativa⁸⁰⁰.

e. Sujeto activo

Nos encontramos ante un delito común que puede cometerlo cualquier persona a excepción de las siguientes:

⁷⁹⁹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

⁸⁰⁰ AAP Guipúzcoa 2 marzo 1998 (ARP 1998/1785).

En primer lugar, las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, cuya punición vendrá dada por el tipo agravado del art. 197.4 CP.

En segundo lugar, las autoridades o funcionarios públicos que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realicen las conductas del tipo. En estos casos la conminación penal vendrá por el delito especial del art. 198 CP.

Asimismo no podrá ser sujeto activo quien realiza la conducta típica sobre sus propios *datos reservados de carácter personal o familiar*, pues el tipo exige que estos sean de *otro*.

f. Sujeto pasivo

Respecto del sujeto pasivo -en cuanto titular del bien jurídico protegido- lo será aquella persona a quien pertenezcan los datos reservados sobre los que recae la conducta típica.

Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en la doctrina cuya fuente de discusión es que mientras el primer pasaje se refiere al apoderamiento, utilización o modificación *en perjuicio de tercero*; el segundo alude a la alteración o utilización *en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*.

Así, por ejemplo, para QUERALT en el primer pasaje "no queda claro quien sea aquí el titular del bien

jurídico protegido, porque no queda claro de qué bien jurídico estamos hablando. En efecto, al hablar la Ley de que la acción típica lo es en perjuicio de un tercero, que, obviamente, no es el titular del dato. Parece más bien que estamos en presencia de un delito pluriofensivo: se afecta a la intimidad de alguien al revelar un dato reservado suyo, que era de interés legítimo para un tercero: el destinatario del fichero". Y en el segundo pasaje, el sujeto pasivo sería el titular del dato, al que la LOPD denomina afectado o interesado, y no pudiéndolo ser las personas jurídicas pues el tipo habla de datos personales o familiares⁸⁰¹.

GONZÁLEZ CUSSAC sostiene que "las tres conductas típicas han de ejecutarse «en perjuicio de tercero» (...) Por «tercero» ha de entenderse aquí toda persona distinta al sujeto activo. Obsérvese en este sentido que no tienen necesariamente que coincidir la persona perjudicada (el tercero) y la persona que ha sido víctima del apoderamiento, utilización o modificación de sus datos reservados (por ejemplo, se puede perjudicar al hijo modificando datos reservados de sus padres)"⁸⁰².

ROMEO CASABONA, por su parte, considera que si bien no tiene una explicación diáfana el hecho de que el tipo mencione a un tercero ("en perjuicio de tercero") y a éste junto con el titular de los datos, ello resulta "irrelevante al hallarse acotados como

⁸⁰¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., pp. 301-303.

⁸⁰² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 250.

parte integrante de un elemento subjetivo de lo injusto quedan fuera del tipo en cuanto posibles perjudicados”⁸⁰³.

Y con fundamento en el anterior, señala RUEDA MARTIN que “parece razonable concluir que el sujeto pasivo es el titular de los datos sobre los que tiene un control sobre la publicidad de la información relativa a su persona y familia”, pudiendo el perjudicado coincidir con el sujeto pasivo o simplemente ser un tercero, pero que al ser parte del elemento subjetivo del injusto queda fuera del tipo⁸⁰⁴.

A pesar de coincidir en la solución a la que llegan los dos últimos autores, no compartimos el itinerario argumental, pues creemos que el fundamento capital se haya en el propio telos de la LOPD, que es dar protección a la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento, es decir, al afectado o interesado en el tratamiento de datos (vid. art. 3 e) LOPD).

De hecho, como señala MORALES PRATS, “la incorrección de la alusión a «terceros» se agudiza, si se repara que la Directiva 95/46/CE define el concepto de tercero en los siguientes términos [art. 2.f]: «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento y de las personas

⁸⁰³ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 104.

⁸⁰⁴ RUEDA MARTÍN, M^a. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, op. cit., p. 70.

autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento». Asimismo, el artículo 2.h) de la referida Directiva de la Unión Europea entiende por «interesado» la persona a la que conciernen los datos”⁸⁰⁵.

Por todo ello, y haciendo nuestras las palabras de MORALES PRATS, “no puede procederse a una lectura textual de los dos pasajes del artículo 197.2, que acabaría por determinar un enfoque del elemento subjetivo del injusto y del tipo penal en su conjunto carente de todo sentido”, de manera que si por tercero entendemos “titular de los datos personales”, la intención del pasaje segundo quedará reducida a únicamente la de perjudicar al titular de los datos (pues *titular de los datos = tercero*)⁸⁰⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, en un planteamiento mucho más simplista en aras de evitar polémicas doctrinales como las expuestas, sostuvo en su STS 9 octubre 2000⁸⁰⁷ que “por tercero ha de interpretarse cualquier persona que pudiera resultar afectado por el apoderamiento, utilización o modificación de los datos registrados,

⁸⁰⁵ MORALES PRATS, F.: “Comentarios al Título X”, op. cit., p. 1455.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁸⁰⁷ STS 9 octubre 2000 (ES:TS:2000:7209). Para una más posterior puede verse la STS 9 diciembre 2011 (RJ 2011/283): “por tercero ha de entenderse, en primer lugar, al afectado, esto es la persona titular de los datos que son objeto de tratamiento (art. 3 LOPDP); pero, también, en segundo lugar, puede serlo otro posible tercero distinto del titular de los datos”.

incluidas obviamente las personas físicas titulares de los datos objeto de apoderamiento". Criterio que ha venido manteniendo -y reforzando- al afirmar la conveniencia de realizar una interpretación integradora según la cual el término "tercero" incluya también al afectado, al titular de los datos⁸⁰⁸.

En todo caso no podrán ser sujetos pasivos los menores de edad e incapaces, cuyos datos personales son objeto de protección especial por el art. 197.5 CP.

En relación con el art. 200 CP, vid. lo ya comentado respecto del sujeto pasivo del art. 197.1 CP. En todo caso, conviene reiterar que los datos o informaciones mercantiles deben quedar ajenas al ámbito de incriminación del precepto. Por lo tanto, el art. 200 CP proyecta relevancia penal a la revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas con trascendencia en la intimidad de personas físicas.

Con todo, como sostiene MORALES PRATS, el art. 200 CP en relación con el art. 197.2 CP, "alberga efectos prácticos de trascendencia, que permiten ampliar el ámbito de tutela penal de la intimidad. En este sentido, cuando el artículo 200 CP extiende la protección penal de la intimidad a los datos reservados de personas jurídicas, respecto de los cuales se

⁸⁰⁸ STS 17 junio 2014 (RJ 2014/4513). Respecto a la jurisprudencia menor acogiendo este criterio puede verse por ejemplo las SSAP Valencia 29 junio 2015 (JUR 2015/189036) y Madrid 16 marzo 2015 (ARP 2015/326. En esta última se lee: "Por otra parte, el inciso primero del art. 197.2 exige que se actúe "en perjuicio de tercero" mientras que el segundo habla de una actuación "en perjuicio del titular de los datos o de un tercero". La Sala Segunda ha defendido la conveniencia de realizar una interpretación integrada según la cual el término "tercero" incluye también al afectado, al titular de los datos".

verifiquen conductas ilícitas sin el consentimiento de sus representantes, está ampliando, a su vez, el ámbito de las personas legitimadas ex artículo 201 CP para la interposición de la denuncia previa, en cuanto que requisito de perseguibilidad, a los gestores y custodios de los datos personales de personas físicas que obran en ficheros de personas jurídicas”⁸⁰⁹.

g. Elemento subjetivo del tipo

De la mera lectura del precepto se deduce el carácter doloso del mismo y la imposibilidad de su comisión imprudente.

A su vez, las conductas de apoderamiento, utilización, modificación o alteración exigen que la acción venga presidida por la intencionalidad del sujeto de obrar *en perjuicio* de tercero o del titular de los datos. Lo que se deduce de la preposición “en”, pues introduce un complemento que expresa finalidad, como, por ejemplo, cuando se dice que alguien actúa “en beneficio de la comunidad”, esto, es, persiguiendo reflexivamente ese beneficio⁸¹⁰.

De igual manera la preposición “en” nos advierte que la efectiva causación del perjuicio no es un requisito típico para la forma consumada.

Respecto de la conducta típica de acceso precisar que no requiere la presencia de esa especial

⁸⁰⁹ MORALES PRATS, F.: “Comentarios al Título X”, op. cit., p. 1509.

⁸¹⁰ Vid. STS 20 diciembre 2016 (RJ 2016/5765).

intencionalidad, bastando dolo en cualquiera de sus variantes.

Ahora bien, esta cuestión dista de ser pacífica, pues un sector doctrinal considera que "en perjuicio" es un elemento subjetivo del injusto⁸¹¹, de manera que el propósito de perjudicar a otro debe presidir el apoderamiento, la utilización o modificación de los datos.

La SAP Valencia 12 marzo 2013 señala que "el inconveniente que tiene esta postura es que aunque anticipa el momento de la intervención penal -pues la consumación ya no tiene que esperar a la efectiva, producción de resultado alguno-, a la vez limita el ámbito de lo punible, pues solo los comportamientos que vayan presididos de esa particular intención resultan típicos"⁸¹².

El otro sector de opinión⁸¹³ estima que la expresión "en perjuicio de tercero", no debe ser

⁸¹¹ Puede verse en este grupo, por todos, la opinión de REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit. p. 468.

⁸¹² SAP Valencia 12 marzo 2013 (ARP 2013/233).

⁸¹³ Puede verse en este grupo, por todos y recogiendo sus citas, la opinión JAREÑO LEAL, A.: *Intimidación e imagen: los límites de la protección penal*, op. cit., pp. 26-31. La autora parte de la siguiente reflexión para criticar al otro sector doctrinal: "Por ejemplo, no realizaría la conducta típica quien con exclusivos fines de espionaje industrial abre la correspondencia de su competidor, y conoce que éste padece una enfermedad de connotaciones deshonrosas. Por el contrario, la realización de la misma conducta con el ánimo de descubrir, o de perjudicar, podrá ser castigada como consumada, aunque el sujeto no haya conseguido conocer nada relativo a la intimidad de otro".

interpretado como un elemento subjetivo del injusto, sino como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos.

Quienes defienden que la expresión "en perjuicio de" es el resultado de la conducta, encuentran apoyo en la ya comentada STS 18 febrero 1999, que sostiene que "el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro -el del art. 197.1- en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición «para», el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción". Además del argumento sistemático, según el Tribunal Supremo, esta postura vendría amparada por "la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo"⁸¹⁴.

⁸¹⁴ En similar sentido puede citarse la STS 11 julio 2001 (RJ 2003/1056) que recuerda que: "esta (...) ya llegó a la conclusión de que no debía conceptuarse la expresión «en perjuicio de tercero», como un ánimo específico de perjudicar (elemento subjetivo del injusto) cuya ausencia convertiría en impunes, conductas que habían puesto al descubierto la intimidad de otro, atacando abiertamente el «habeas data». De no entenderlo así quedaría desprotegido el bien jurídico que se trata de tutelar, haciendo ilusoria la previsión punitiva. La sentencia colacionada, concluyó que nos hallamos ante un delito doloso, pero no de tendencia". También hay jurisprudencia menor que ha seguido esta tesis, por ejemplo SAP Madrid 8 marzo 2006 (JUR 2006/118265); SAP Cáceres 19 marzo 2014 (JUR 2014/95192); SAP Pontevedra 5 marzo 2008 (JUR 2008/317830); SAP Valencia 30 mayo 2012 (ARP 2012/704).

En una postura ecléctica se hallan DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO al señalar que tiene sentido que la expresión "en perjuicio" indique un especial elemento subjetivo del injusto siempre y cuando se trate de modalidades de conducta que no supongan necesariamente un perjuicio para la intimidad. En otros casos no: por ejemplo, el acceso que lleva descubrir el dato, como su propia denominación indica⁸¹⁵.

Entre quienes sostienen que la conducta de acceso exige el elemento subjetivo "en perjuicio de", se ha planteado en relación con el hacking cual es la consecuencia jurídica de un acceso desprovisto de cualquier ánimo tendente a menoscabar la intimidad.

Para MORÓN LERMA se trataría de una conducta ajena al derecho penal por no concurrir el elemento subjetivo, lo cual, además, es acorde con el principio de mínima intervención⁸¹⁶.

⁸¹⁵ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 510.

⁸¹⁶ MORÓN LERMA, E.: "Intención del agresor y ataque a la intimidad", en AA.VV.: El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz (coord. por F. MORALES PRATS y G. QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1614 y ss. Para la autora el recurso al elemento subjetivo tendencial previsto en el art. 197.2 CP responde a la necesidad de adelantar el momento de consumación del delito, si bien censura esta línea de política criminal desde las garantías propias de un derecho penal nucleado en torno a la ofensa y a la responsabilidad por el hecho.

Respecto del hacking, comparte esta opinión también REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 468.

De hecho MORALES PRATS señala que el hacking es uno de los casos donde la función a desempeñar por el referido elemento subjetivo no es baladí, por cuanto la incriminación de la conducta de hacking será preciso el correspondiente juicio de inferencias fundamentador de la intención de vulnerar la intimidad-libertad informática ajena, y señala que en la base de ese juicio de injerencias "está la valoración de datos objetivos tales como la pericia, profesionalidad, tipo de datos a los que se ha accedido, lo que permitirá establecer si la actuación se debió al mero deseo de demostración de la pericia informática o algo más"⁸¹⁷.

En un caso de hacking informático, la SAP Tarragona 23 julio 2001⁸¹⁸ absolvió a los dos acusados al considerar, precisamente, que la actitud de estos era como un reto personal de obtener información sin fin, esto es, como una voluntad de autocompetición enmarcada en un contexto que vulgarmente podríamos calificar de "chafarderío informático", asimilable a la escucha radiofónica que usando un scanner intercepta conversaciones policiales, de navegación aérea etc. con simples fines lúdicos o actuaciones análogas.

⁸¹⁷ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1455.

⁸¹⁸ SAP 23 julio 2001 (JUR 2001/310139), llega a la conclusión que el ilícito penal del art. 197.1 y 2 CP en la modalidad de apoderamiento en el contexto informático exige: a) un hecho de apoderamiento de datos. b) concurrencia de una voluntad de descubrir o conocer secretos o información privada ajena. c) que la indicada información privada o secretos ajenos tengan verdaderamente unas características de datos reservados u ocultos. d) que sean secretos de la persona o personas a que pertenezcan la titularidad de los datos reservados, y e) que en el apoderamiento, además del móvil inicial de conocer los secretos de otro u otros, concorra el ANIMUS DESVELANDI O DE DIVULGACION, aunque no es indispensable, para la consumación del delito, que llegue a verificarse la susodicha divulgación".

h. La expresión típica "sin estar autorizado"

Todas las acciones típicas descritas en el art. 197.2 CP exigen que el sujeto activo actúe sin estar debidamente autorizado.

De la misma manera que ocurre con la expresión "sin su consentimiento" del art. 197.1 CP, la doctrina se halla enfrentada respecto de si la autorización opera como una exclusión de la tipicidad o, por el contrario, es una causa de justificación.

De hecho, es tal la razonabilidad de ambas posturas que GONZÁLEZ CUSSAC, antes de entrar a dar las razones de porque considera que trata una especial causa de justificación, afirma que "está cláusula podría también conceptuarse como un elemento normativo del tipo, sin cuya presencia se procedería a declarar la atipicidad de la conducta"⁸¹⁹, sin embargo, fundamenta su posicionamiento en la medida que la protección de la intimidad no debe cesar salvo que sea como consecuencia de un conflicto con otro bien jurídico de mayor relevancia, y que el legislador resuelve justificando su lesión, lo que, según el autor, es técnicamente una causa de justificación⁸²⁰.

⁸¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 281.

Entre otros autores que siguen esta postura puede verse por ejemplo a MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 220, quien remite a la LOPD y su reglamento de desarrollo.

⁸²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit.

Siguiendo esta postura se encuentra RUEDA MARTÍN, para quien la expresión "sin estar autorizado" es una causa de justificación que debe conectarse con la causa de justificación del ejercicio legítimo de uno derecho (art. 20.7 CP) en conexión con lo previsto en los arts. 11, 12 y 16 de la LOPD, por cuanto estos configuran el marco de licitud de las operaciones en torno a los datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se encuentren registrados en bases de datos. También, señala la autora, habrá de conectarse con el art. 12.2 del a Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en cuanto faculta a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones, por un lado, a conservar los datos que permitan la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información; y, por el otro, a retener aquellos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio.

ROMEO CASABONA es de la opinión de que se trata de un elemento del tipo redactado en forma negativa, de manera que de no concurrir la autorización quedará excluido el tipo. Para este autor "autorizado" lo será, en primer lugar, quien haya recibido un permiso para acceder a los datos por parte del titular, responsable o encargado del fichero y su tratamiento, sin embargo, y en términos generales, no lo estará si ese permiso es dado por parte del titular de los datos, quien no suele tener facultades para otorgarlo cuando sus datos ya se encuentran registrados en ficheros, soportes o archivos

de titularidad ajena⁸²¹. En segundo lugar, estarán autorizados los propios empleados que reciben autorización del encargado de la base de datos para su gestión. En todo caso, dichas autorizaciones contendrán el nivel de acceso, uso y modificación, de manera que su exceso comportará que se hallen sin autorización y en consecuencia en la situación prevista por el tipo penal⁸²².

Desde un punto de vista de la jurisprudencia, se ha venido interpretando que la expresión "sin estar autorizado" es una condición negativa del tipo, en cuanto supone carecer de autorización para ejecutar la acción concreta⁸²³, y ello con fundamento en la doctrina de la ya citada STS 18 febrero 1999 que indica que se trata de un "elemento negativo del tipo".

Destaca el parecer de MORALES PRATS que con recto criterio plantea que la expresión "sin estar autorizado" se edifica desde un planteamiento terminológico errático, pues podría pensarse apriorísticamente que "el régimen jurídico sobre el

⁸²¹ En este punto parece discrepar, aunque no desarrolla su tesis, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., 303, para quien "el consentimiento del titular será decisivo para excluir la antijuridicidad".

⁸²² ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 124.

De esta misma opinión puede verse también a CARRASCO ANDRINO, M. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Derecho penal español. Parte especial (I)* (dir. por. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 762.

⁸²³ AAP Vizcaya 28 mayo 2007 (ARP 2007/628), SAP Zaragoza 14 noviembre 2008 (JUR 2009/162599) y AAP Guipúzcoa 19 febrero 2010 (JUR 2010/413262).

iter de ciclo operativo de bancos de datos personales, está sometido a un severo régimen de autorización en la LOPD, cuando ello no es así”, lo cierto es que la “ausencia de consentimiento” la norma general seguida por la LOPD.

Ante este hecho “podría interpretarse que el legislador al efectuar la referencia a la ausencia de autorización, ha querido referirse a la ausencia de consentimiento del titular de los datos personales”⁸²⁴.

A la vista de esta problemática interpretativa motivada por la deficiente técnica legislativa, sostiene que “la mejor solución hermenéutica se encamina a interpretar por «ausencia de autorización», que la conducta de apoderamiento, utilización o modificación ha de ser «ilegal», esto es contraria a las previsiones de tutela que, para los datos personales automatizados, instituye la LOPD.

Por consiguiente, el CP/1995 debería haber indicado que esas conductas deben realizarse “ilegalmente”⁸²⁵.

⁸²⁴ MORALES PRATS, F.: “Comentarios al Título X”, op. cit., p. 1453.

⁸²⁵ Ibíd., loc. ult. cit.

i. La antijuridicidad material exigible en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

En los últimos tiempos nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 julio 2016⁸²⁶, 20 diciembre 2016⁸²⁷ y 13 de julio 2017⁸²⁸, ha ido introduciendo expresamente para una correcta interpretación del art. 197.2 CP, la exigencia de un menoscabo real y grave del bien jurídico tutelado por el tipo.

Como no puede ser de otro modo, y así lo hemos venido manifestando a lo largo de todo este trabajo, la gravedad de las penas asociadas en el art. 197 CP, e incluso la falta de taxatividad de los tipos, exigen que la conducta típica comporte una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido como garantía.

El caso de la STS de 10 diciembre 2016, consistió en que un agente del CNP, a instancia de su primo, accedió a la base informática policial para efectuar diferentes consultas ajenas a su actividad profesional. En la primera consultó la titularidad y modelo de un vehículo que debería corresponderse con un Renault 19 que había prestado el primo a un cliente de su taller mientras le arreglaba su vehículo no recordando a quién se lo había prestado o dónde podía encontrarse el mismo, ya que no realizó anotación alguna. En la segunda, como no coincidía en la primera la matrícula buscada con el Renault 19, efectuó otra búsqueda con un número de matrícula distinto, obteniendo esta vez un

⁸²⁶ STS 4 julio 2016 (RJ 2016/2856).

⁸²⁷ STS 20 diciembre 2016 (ES:TS:2016:5536).

⁸²⁸ STS 13 julio 2017 (ES:TS:2017:2826).

vehículo Renault Express. En la tercera, verificó los datos de las anteriores búsquedas, sin obtener resultados distintos. También, y en cuarto lugar, consultaría después los datos correspondientes a un Audi A6, con el pretexto de que en su frecuente recorrido entre la Comisaría y el taller de su primo encontraba todos los días dicho vehículo en el trayecto, desconociendo si estaba abandonado o sustraído. Asimismo realizó un último acceso para consultar los datos asociados a la matrícula del interviniente en un accidente en el que él había sido afectado. El agente, en todo caso, no comunicó a nadie los datos a los que tuvo acceso, ni utilizó alguno de los referidos datos.

Con independencia de que la Sentencia absolutoria de instancia es porque la conducta descrita en el art. 197.2 CP exige que sea "en perjuicio de tercero", circunstancia que no concurre en el presente, debe tenerse en cuenta que ante la gravedad de las penas asociadas al art. 197.2 CP (lo que sería perfectamente predicable del art. 197 CP en general) su aplicación debe reservarse a los casos que haya una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido. De manera que el TS funda la absolución ya no sólo por los rasgos de la acción, sino su estándar de gravedad.

A este respecto también fue significativa la ya comentada Sentencia de 4 julio 2016, sobre el caso del magistrado que remite al servicio de inspección del CGPJ los antecedentes penales, pues el TS entendió que no había una lesión penalmente relevante del bien jurídico protegido "que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el art. 18.1 de la CE, sino

la autodeterminación informativa a que se refiere el art. 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control 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”⁸²⁹.

La reciente STS 13 julio 2017, tiene ocasión en el marco del acceso abusivo por parte de un agente del CNP, en este caso un Comisario al que un coacusado le solicitó, en nombre de su hermana, información sobre un hecho constitutivo de violencia doméstica sufrido por ésta en la localidad de Torremolinos (Málaga).

A diferencia de lo que sostiene el Ministerio Fiscal, el TS entendería que en la anterior conducta no existe un “menoscabo sustancial del bien jurídico que tutela la norma penal: la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye, como se anticipó en su momento, una dimensión positiva de la intimidad que comporta el bien jurídico protegido”.

Y se llega a esa conclusión porque la persona destinataria de la información obtenida es “la mujer que formuló la denuncia contra su esposo por un delito de violencia doméstica. Ello significa que, al formar la denunciante parte de la pareja, estaba al tanto de

⁸²⁹ Sobre la cuestión del BJ ya nos hemos referido en un momento anterior, recordando ahora que este no puede quedar desconectado con la intimidad.

las intimidades relacionadas con la vida en común que hacía con el denunciado, y era ya de por sí concedora de la intimidad personal y familiar. A esto debe sumarse que tenía derecho a personarse en el procedimiento que se incoó a partir de su denuncia policial, estando así legitimada para conocer cuál era la respuesta de su esposo. Y también tenía derecho a saber cuál fue el contenido, evolución y destino del atestado policial que se tramitó en virtud de su propia denuncia y de las informaciones que aportó sobre diversidad de datos de su vida marital”.

Sobre la casuística que ha superado, según el TS, los estándares de lesividad del bien jurídico tutelado por el art. 197.2 CP, puede verse la siguiente:

- Médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las bases de datos de historiales médicos, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía, llegando a acceder en más de 200 ocasiones y durante el plazo de 2 años a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y las de sus familiares (STS 40/2016, 3 de febrero (RJ 2016, 257)).

- Policía autonómico que, valiéndose de su libre acceso a la base de datos policial, eludía las sanciones por sus multas de tráfico, identificando falsamente en los pliegos de descargo a terceras personas (cfr. STS 534/2015, 23 de septiembre (RJ 2015, 4025); el médico del INSALUD que, aprovechando tal condición, consultó

el historial clínico de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (cfr. STS 532/2015, 23 de septiembre (RJ 2015, 4208)).

- Funcionario de la TGSS que, con la utilización de la clave asignada para otras funciones, facilitaba datos de trabajadores, empresas, vida laboral y certificados de situación de cotización a mutuas laborales y a terceras personas (STS 525/2014. 17 de junio (RJ 2014, 4513))
- Agente de la Guardia Civil que al amparo de su cargo accede al registro informático del Cuerpo y facilita datos reservados sobre varias personas, datos que luego son utilizados para chantajear a terceras personas (cfr. STS 1189/2010, 30 de diciembre (RJ 2011, 418)).
- Funcionarios del INEM que difunden a terceros datos de múltiples personas, extraídos de ficheros informáticos oficiales a los que accedían con su propio código o con el otros compañeros y mediante los que facilitaban el embargo de sus bienes (cfr. STS 725/2004, 11 de junio (RJ 2004, 5625)).
- Colaborador temporal de la Asociación de Paraplégicos y Grandes Minusválidos Físicos que se apodera de datos con indicaciones expresas de la minusvalía y estado de salud de algunos de los miembros, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos y cuentas bancarias, con el fin de utilizar dichos datos en su propio beneficio, para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía (cfr. STS 1532/2000, 9 de octubre (RJ 2000, 8755)).

- Periodista que permitió por vía referencial de su artículo identificar a enfermos de SIDA internados en un establecimiento penitenciario (STS 18 febrero 1999).

A pesar de que lo deseable sería que el legislador tomara nota y ajustara el tipo a los principios de intervención mínima y ofensividad, lo cierto es que la exigencia de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido como requisito para la dictar sentencia condenatoria por el delito del art. 197.2 no sólo es deseable, sino que debe extenderse a la totalidad de los tipos penales protectores de la *privacy*, aun con el evidente riesgo que comporta dejar en manos de los tribunales determinar el grado de afectación de la intimidad, ya que se trata de un valor con un alto contenido subjetivo.

7. EL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD COMETIDO A TRAVÉS DE LA DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN A TERCEROS DE INFORMACIÓN OBTENIDA ILÍCITAMENTE POR UN TERCERO (ART. 197.3.II CP)

a. Introducción

El art. 197.3 CP en su párrafo segundo prevé un tipo que castiga a quien *con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento* difunda, revele o ceda a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los artículos 197.1 y 2 CP.

Este precepto encuentra su origen en la Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre, por la que se modificó el Código Penal de 1973 en lo referente al secreto de las comunicaciones.

El legislador una vez hubo transcurrido una década desde la aprobación de la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, que introdujo en la legislación penal la tipificación de escuchas telefónicas, constató que aquellos nuevos delitos no tuvieron el efecto disuasorio perseguido, no consiguiendo asegurar totalmente la defensa del secreto de las comunicaciones, habida cuenta de la gama de conductas que quedaron fuera de los tipos que se regularon, y de las modalidades de telecomunicaciones susceptibles de ser interceptadas, así como de la levedad de las penas previstas⁸³⁰.

A la vista de estas circunstancias, el legislador consideró necesario introducir una nueva modalidad delictiva para sancionar la conducta de quienes no habiendo intervenido en la captación de la información, pero conociendo su ilícito origen, procedían a su divulgación⁸³¹.

⁸³⁰ Vid., Exposición de motivos de la Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en lo referente al secreto de las comunicaciones. Puede verse también la tramitación parlamentaria en:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI5&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28124%2F000003*.NDOC.%29

⁸³¹ *Ibid.* Art 497 bis párrafo 3º: El que con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior, será castigado con las penas de prisión

El contexto social en el que se enmarcó la aprobación de la Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre, se caracterizó por la proliferación sistemática de interceptación de comunicaciones, la captación subrepticia de conversaciones mantenidas por los políticos y personalidades de primera línea, y, en general, el mercado ilegal de información. Y sobre esta realidad daría cuenta el senador José Miguel Ortí Bordás en el Pleno del Senado al afirmar que "en mayo de 1990, José Marco, hoy Presidente del Gobierno de Aragón, instaló dispositivos antipinchazos en su despacho. En junio de 1990 hubo un pinchazo en el teléfono de la Brigada de la Policía Judicial de Sevilla. En julio de 1991 se produjo otro pinchazo en el teléfono del Director de Televisión en Cataluña. En diciembre de 1991 tuvo lugar otro nuevo en los teléfonos del Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de un juez barcelonés. En marzo de 1992 se descubrió un espionaje telefónico en el domicilio de un destacado periodista. En junio de 1992 hubo una denuncia de escuchas en la sede madrileña de Izquierda Unida. Y en 1993 asistimos atónitos a la trama que se descubrió en Barcelona"⁸³².

Esta nueva modalidad delictiva fue vehemente criticada por QUERALT, que llegaría a decir que su introducción fue "a raíz de que la corporación política se sintiera amenazada", sobre la idea que lo "político -y, en no menor medida-, negocios -sobre todos los

menor en grado mínimo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

⁸³² Cortes Generales (Diario de Sesiones del Senado), Sesión del Pleno celebrada el miércoles 23 de marzo de 1994, pp. 1350-1351.

grandes negocios que crecen, como las planta de interior, en los ángulos oscuros- se resisten a la transparencia y a la publicidad. Para ello se alega desde la seguridad nacional a la intimidad de las personas. Y para asegurarlo se pretende penar, sin parar en mientes y muy severamente, casi con la misma pena que al violador de la intimidad, al difundidor de los ilícitamente obtenido"⁸³³.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina destacó la bondad de la tipificación de la difusión de la información obtenida por terceros con conocimiento de su origen ilícito, pues daba respuesta a una posible laguna que debía ser subsanada⁸³⁴, más concretamente como señala CARRASCO ANDRINO, vino "a colmar una laguna legal cuando no se puede acreditar la connivencia entre quien realizó el descubrimiento y quien lo difunde o revela"⁸³⁵.

Mayor polémica, sin embargo, encierra la fundamentación político-criminal.

Por un lado, están quienes consideran que el fundamento de la tipicidad es castigar la conducta del sujeto activo que tiene un poder de decisión sobre la situación de la intimidad personal en la fase de

⁸³³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 303.

⁸³⁴ Por ejemplo vid. REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 470; o ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 166.

⁸³⁵ CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 762.

agotamiento del delito mediante la difusión de los datos, hechos o imágenes captadas a que se refieren los números 1 y 2 del art. 197 CP. La conducta criminalizada, por tanto, supone un incremento en el menoscabo del bien jurídico y en consecuencia mayor gravedad del injusto⁸³⁶.

Por el otro, quienes consideran que se trata de un delito de indiscreción con autonomía propia respecto del resto de delitos previstos en el título X del libro II del Código Penal⁸³⁷, se trataría, en definitiva, de un importante límite penal a un uso arbitrario e ilegítimo de la libertad de información⁸³⁸.

MUÑOZ CONDE, además de colmar la laguna de punibilidad, también sugiere que este delito permite superar las dificultades probatorias cuando no se puede demostrar la connivencia entre el divulgador de la noticia y el que la publica⁸³⁹.

⁸³⁶ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., loc. últ. cit. También RUEDA MARTÍN, M^a. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, op. cit., p. 116.

⁸³⁷ Vid. MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit. p. 1474.; REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit. p. 470; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 237.

Quienes le niegan autonomía lo sitúan como un tipo atenuado.

⁸³⁸ Vid. nota anterior.

⁸³⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 173 y ss.

El Tribunal Supremo, por su parte, destacó su carácter autónomo en su Sentencia de 10 de diciembre de 2004 al señalar que "su definición autónoma responde a razones de política criminales, cuales son evitar la impunidad de ciertas conductas ajenas a la vulneración directa del derecho a la intimidad pero que igualmente atentar contra el mismo y son merecedoras de reproche penal"⁸⁴⁰.

Lo cierto es que efectivamente se trata de un delito autónomo, sin relación cualitativa con los arts. 197.1 y 2 CP, por cuanto su rasgo definitorio es la no participación del sujeto activo en la obtención de los datos, hechos o imágenes. Siendo que el propio legislador *expressis verbis* declara introducir a la legislación penal *una nueva modalidad delictiva*.

No parece dable, por tanto, calificar al precepto como un tipo atenuado tal y como lo hacen algunos autores, pues no sólo es discrepar con la genuina voluntad de nuestro legislador que específicamente declara su autonomía propia, sino con el propio tenor literal del precepto que le otorga sustantividad propia al expresar el tipo "*sin haber tomado parte en su descubrimiento*"

De igual manera es un tipo autónomo respecto del art. 199 CP (violación del secreto profesional y sigilo), por cuanto no se construye sobre el binomio acceso lícito-difusión ilícita.

⁸⁴⁰ STS 10 diciembre 2004 (Tol 526535).

b. Escisión y estructura del tipo

En primer lugar, como lógica consecuencia a la naturaleza autónoma del precepto, no presenta una estructura típica doble, pues el tipo con meridiana claridad exige que el sujeto pasivo no haya participado en la obtención de la fuente, es decir, que sea ajeno - en cualquier grado de participación- a la conducta de los dos típicos básicos contra la intimidad.

En segundo lugar, los verbos que determinan la conducta típica son difundir, revelar o ceder.

En tercer lugar, cada verbo típico queda circunscrito al objeto material previsto: datos, hechos descubiertos o imágenes.

Por tanto, nos encontramos ante un tipo mixto alternativo que contiene tres acciones distintas típicamente relevantes y alternativas entre sí.

c. Conducta típica

i. La difusión, revelación y cesión desde un punto de vista semántico

Difundir es según la RAE, "propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas"⁸⁴¹. Y en este sentido, el diccionario del español jurídico asocia la conducta de difundir al hecho de

⁸⁴¹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit. Aceptación tercera.

"divulgar un hecho, una noticia, una lengua, un conjunto de conocimientos, etc."⁸⁴².

Revelar es "descubrir o manifestar lo ignorado o secreto"⁸⁴³. Y según el DEJ es "descubrir o manifestar a otro algo ignorado o secreto"⁸⁴⁴.

Ceder es "dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho".

ii. Delimitación de las conductas típicas

A la vista de la semántica presentada en el apartado anterior, algunos autores, como LOZANO MIRALLES, han destacado que el denominador común a los verbos difundir, revelar y ceder es la divulgación, entendida esta como la comunicación a una o más personas no poseedoras del secreto o del dato reservado o de la imagen captada, y ello con independencia de a cuantas personas se comunique⁸⁴⁵.

GONZÁLEZ CUSSAC directamente equipara la difusión a la divulgación, entendida como "la comunicación de lo descubierto a una o más personas", e indica que de forma análoga ha de interpretarse el verbo "revelar", que será equivalente a descubrir o manifestar lo

⁸⁴² Real Academia Española.: *Diccionario del español jurídico*, op. cit.

⁸⁴³ *Ibíd.*, Aceptación primera.

⁸⁴⁴ *Ibíd.*, Aceptación primera.

⁸⁴⁵ LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 224.

desconocido o secreto. Por ceder entiende "transferir o traspasar a otro una información"⁸⁴⁶.

SEGRELLES DE ARENAZA también equipara las acciones de difundir, revelar o de ceder, si bien matiza que la difusión tiene en términos generales mayor alcance que la revelación⁸⁴⁷.

Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ engloba todas las acciones en torno a la idea de divulgación que asocia a la conducta típica de difusión, omitiendo cualquier referencia a las de revelación o cesión. Y señala que la conducta de difusión se dará "con independencia de la amplitud (unos amigos o el público en general), a título gratuito o lucrativo, de los hechos íntimos descubiertos en el tipo básico (art. 197.1), como el ya referido de la divulgación de mails a través de sus letrados. Es tan típico el chismorreo como la venta o compra de las llamadas exclusivas"⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 283.

⁸⁴⁷ SEGRELLES DE ARENAZA, I.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV: *Compendio De Derecho penal español (Parte especial)* (dir. por. M. COBO DEL ROSAL), Marcial Pons, Madrid, 2000, passim. En mismo sentido puede verse a REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 470.

⁸⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 304.

Y JORGE BARREIRO entiende que la conducta típica de ceder es más proyectable técnicamente al tipo básico de abuso informático recogido en el art. 197.2 CP⁸⁴⁹.

Ante todo, conviene decir que nos causa perplejidad que el legislador utilice el verbo difundir, cuando ha sido una constante histórica utilizar en este ámbito criminógeno el de divulgar, ya que divulgar en su genuina significación deducida de su etimología⁸⁵⁰, significaba propagar una noticia entre la muchedumbre o las masas. Esta reordenación lingüística ofrecida por el legislador comporta que para el recto encuadre típico de la acción sea necesario acudir a la cuarta acepción del verbo difundir (*vid. ut supra*). Quizá sea esta razón la que ha llevado a algunos de los autores referidos a abordar el estudio de la cuestión directamente desde la noción de divulgación.

Sea como fuere, no parece razonable, desde un punto de vista del *telos* del precepto, exigir que la difusión se haga a una pluralidad de personas, siendo bastante a una sola de ellas, cuyo fundamento anida, como apunta MANZANARES SAMANIEGO, en la imposibilidad material de impedir posteriormente la progresiva generalización y conocimiento de lo que en principio

⁸⁴⁹ JORGE BARREIRO, A.: "El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP", p. 124. También vid. MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit. p. 1460; y REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 470.

⁸⁵⁰ El verbo se forma por el prefijo *dis/di* y la raíz *vulgus*.

fue revelado a una única persona⁸⁵¹. Una interpretación contraria a esta supondría caer en la absoluta inseguridad jurídica derivada de la inconcreción acerca del número de personas necesarias que permitiera entender cuando el hecho ha sido divulgado en su sentido etimológico.

Este criterio interpretativo puede encontrarse ya en la aÑeja STS 5 diciembre 1958 en relación al apoderamiento por varias personas del epistolario de un adúltero, y no para conocer dicha circunstancia que ya era conocida por estos a través de otro conducto, sino para reprocharle únicamente al adúltero su conducta⁸⁵².

En su más reciente Sentencia de 4 abril 2001, el TS señala que la acción típica ha de entenderse como "la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento"⁸⁵³.

Respecto de las otras dos conductas -revelar o ceder- consideramos que desde el punto de vista típico son sinónimas a la de difundir. Y ello porque si se

⁸⁵¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El artículo 497 del Código penal", op. cit., p. 308.

⁸⁵² STS 5 diciembre 1958 (ES:TS:1958:1192). La Audiencia, a diferencia del TS, apreció que no había *animus desvelandi* en dicha conducta.

⁸⁵³ STS 4 abril 2001 (ES:TS:2001:2826). La sentencia se refiere a la conducta de divulgar (analiza el art. 199.2 CP). En todo caso es perfectamente asimilable a la de difundir, pues son términos sinónimos en el ámbito de la conducta típica prevista en el art. 197.3 CP.

trataran de diferentes conductas y considerásemos que la acción de difundir supone comunicar a una pluralidad de personas frente a las de revelar o ceder que admiten la singularidad del receptor, resultaría ilógico que el CP asocie la misma pena para las tres conductas cuando el desvalor de la difusión sería superior al de la revelación o cesión.

En todo caso, como sugiere OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, si será preciso que la persona a quien se difunda, revele o ceda sea distinta del titular del secreto o imagen captada, pues del significado de los verbos difundir o revelar se deriva la exigencia de que se saquen fuera del círculo de su conocimiento. Es decir, se tendrán que exponer a persona distinta de su titular⁸⁵⁴.

d. Objeto material del delito

Dada la referencia que el art. 197.3.II CP hace al art. 197.1 y 2 CP, podría pensarse que el objeto material de este delito coincidirá expresamente con el de estos últimos, sin embargo, el legislador -una vez más- opta por introducir terminología ambigua al configurar el objeto material en torno a los *datos, hechos descubiertos e imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*, lo que ha llevado a alguna autor, como POLAINO NAVARRETE, a sostener que la

⁸⁵⁴ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 221. Vid. también a MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El artículo 497 del Código penal", op. cit., p. 309.

identificación del objeto material que hace el art. 197.3 párrafo 2º no es exacta ni completa⁸⁵⁵.

En una comparativa con los objetos materiales de los delitos previstos en el art. 172.1 y 2 CP, vemos como el art. 197.3.II CP contiene una parcialidad de aquellos. Así la mención a los datos guardaría relación a las agresiones contra el *habeas data* y las imágenes captadas harían lo propio respecto del delito de control audiovisual clandestino. Sin que la expresión "hechos descubiertos" tenga correspondencia en puridad con los objetos materiales previstos para los delitos del apartado primero y segundo del precepto.

En todo caso es evidente que desde un prisma taxativo los objetos materiales previstos en el art. 197.3 CP, son todos los que están, pero no están todos los que son si se considera que deberían reflejarse la totalidad de los previstos para los delitos del art. 197.1 y 2 CP. Y ello porque se hallan preteridos los papeles, las cartas, los mensajes de correo electrónico, los documentos o efectos personales, las telecomunicaciones, el sonido o las señales de comunicación.

Parece que dicha vaguedad en la *expressis verbis* del legislador quedaría salvada por el inciso final de la expresión "*datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*", en la medida que hay una suerte de

⁸⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, M.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 423.

remisión a la totalidad de los objetos materiales de los delitos de los números 1 y 2 del art. 197 CP⁸⁵⁶.

e. Sujeto activo

Respecto del sujeto activo, al usar el tipo la expresión "el que", puede serlo cualquiera. Ahora bien, en cuanto se trata de un delito autónomo respecto de los delitos del art. 197.1 y 2 CP, se colige que no podrá ser sujeto activo quien haya participado de cualquier forma -penalmente relevante- en la obtención de los datos, hechos o imágenes. Tampoco podrá ser sujeto activo el titular del bien jurídico protegido.

f. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será el titular del bien jurídico protegido, es decir, la persona cuya intimidad es lesionada por la conducta típica⁸⁵⁷.

g. Elemento subjetivo del tipo

La conducta según se desprende del propio tenor literal del tipo exige dolo, esto es, la inteligencia de saber y la voluntad de querer llevar a cabo la conducta típica de difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas con conocimiento de que estas se han obtenido

⁸⁵⁶ *Ibíd.*, p. 424.

⁸⁵⁷ Para la cuestión sobre las personas jurídicas, vid. el epígrafe "f2) Especial referencia al a persona jurídica como sujeto pasivo" del art. 197.1.

ilícitamente. De manera que la mera indiscreción no será delictiva⁸⁵⁸.

En todo caso el conocimiento abarcará únicamente la circunstancia del origen ilícito, sin que el tipo exija otros detalles como pudiera ser la persona que ha obtenido los datos, descubiertos los hechos o captado las imágenes.

GONZÁLEZ CUSSAC señala que la procedencia ilícita no necesariamente ha de ser delictiva⁸⁵⁹.

A esta conclusión no se muestra conforme ROMEO CASABONA, que sostiene que la expresión *origen ilícito* debe interpretarse como ilícito penal, en concreto que el tercero haya realizado alguna de las conductas del art. 197.1, 197.2, y 197.3.1º CP⁸⁶⁰.

Esta última postura, y que a nosotros nos parece más acorde con los principios penales de mínima intervención y ultima ratio, es la que asume el Auto de 11 diciembre de 2002 del Tribunal Superior de Extremadura que considera que la expresión *origen ilícito* "debe ser interpretada no en un sentido amplio,

⁸⁵⁸ En este sentido también QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 305.

⁸⁵⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 283.

⁸⁶⁰ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 167. El autor critica a Gonzalez Cussac sobre la idea de que su apreciación no es sostenible "porque daría lugar a que p. ej., cualquier comportamiento ilícito a tenor de la LOPD -o de la normativa civil relativa a la protección de la intimidad- fuera suficiente para abrir las puertas a este tipo cualificado".

sino que debe ceñirse al origen delictivo de la actividad anterior (...) así, pues, ilícito no es, en este caso, contrario a cualquier clase de derecho, sino que el legislador, insistimos que de modo vedado, se está refiriendo al descubrimiento típico y antijurídico”⁸⁶¹

Por razones evidentes la determinación de la ilicitud no exige que haya sentencia condenatoria. Lo contrario nos llevaría al absurdo jurídico de cerrar el tipo en base ya no solo de la infalibilidad de los tribunales, sino que ante ciertas vicisitudes del procedimiento podría acabar siendo atípica la divulgación⁸⁶².

h. Análisis crítico acerca de la trascendencia político-criminal del delito: la criminalización de las cadenas de envío

La arquitectura del precepto permite la criminalización de las cadenas de envío, en el sentido de que será típica conforme el art. 197.3.II CP tanto la conducta del primer divulgador distinto del descubridor como las de posteriores divulgadores⁸⁶³.

El diagrama sería siguiente: A obtiene ilícitamente de B una imagen y se la envía a C que no

⁸⁶¹ ATSJ Extremadura 11 diciembre 2002 (ES:TSJEXT:2002:19A).

⁸⁶² *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁸⁶³ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, op. cit., p. 283; y ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., pp. 167-168.

ha participado en su obtención. C con conocimiento de su origen ilícito se la envía a D. D con conocimiento de su origen ilícito se la envía a F. Y así sucesivamente. Por lo tanto, C, D y F cometerían la conducta típica prevista y penada en el párrafo II del art. 197.3 CP.

Creemos que se puede afirmar que el planteamiento político criminal que subyace en el precepto era ajustado a la realidad social y tecnológica al tiempo de su aprobación, esto es, a mediados de la década de los noventa. En aquel tiempo, efectivamente, las cadenas de difusión encerraban no ya una complejidad notable, sino que no suponía una práctica habitual y común como lo es actualmente.

El problema que nos encontramos es que se trata de un precepto anacrónico cuyas consecuencias, de aplicarse el precepto con la rectitud debida, serían devastadoras para la sociedad actual, al menos desde el punto de vista jurídico-penal. Supondría incoar diligencias previas a buena parte de la sociedad que frecuente el *texting* en masa.

Me voy a referir para ilustrar lo dicho a un acontecimiento mundialmente conocido como *Celebgate*. El 31 de agosto de 2014, a través del *imageboard* de *4chan*, se empezaron a difundir multitud de imágenes en las que aparecían desnudas o en posturas eróticas, en el mejor de los casos, diversas celebridades, como Scarlett Johansson, Jennifer Lawrence, Winona Ryder, Kirsten Dunst, Victoria Justice, Vanessa Hudgens, y así un largo etcétera hasta llegar a superar las cien afectadas. La mayoría de las imágenes, además,

pertenecían indudablemente a su ámbito más íntimo. Y según denunciaron, y así se reconoció después⁸⁶⁴, fueron obtenidas mediante *hacking* o abuso de *password* de la base de datos de sus dispositivos Apple, *iCloud*⁸⁶⁵.

A los pocos minutos de aparecer en 4chan las imágenes empezaron a difundirse en cadena por WhatsApp o foros de internet. Unos a otros se las enviaban, y ello aun a sabiendas que las imágenes habían sido obtenidas ilícitamente, pues muchas de las afectadas bien por ellas mismas bien por sus representantes denunciaron los hechos.

En España no iba a ser de otro modo, y la difusión en cadena de dichas fotografías fue fulgurante. Primero entre el público informáticamente más avezado, luego se convirtió en un secreto a voces. Finalmente las imágenes fueron de dominio público.

En pocas horas muchos ciudadanos españoles con su conducta, al amparo de lo previsto en el art. 23 de la LOPJ, podían haber cometido un delito penado con penas de prisión, en el mejor de los casos, de 2 a 3 años (mitad superior del tipo básico ex art. 197.5). De manera que, por lo pronto, cientos de españoles podrían

⁸⁶⁴ Vid. por ejemplo, la noticia: "Hacker who stole nude photos of celebrities gets 18 months in prison", que puede verse en el periódico británico *The Guardian* en el siguiente link:

<https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/27/nude-celebrity-photos-hacker-prison-sentence-ryan-collins>

⁸⁶⁵ Por ser un hecho mundialmente notorio, para no abrumar al lector con listas interminables de citas, es suficiente que busque en *google*: "the fapping", "celebgate" o incluso "filtración de fotografías de celebridades de 2014".

haber sido investigados por la posible comisión de este delito.

Incluso, desde el punto de vista procesal, por tener competencia de la jurisdicción española ex art. 23.1 LOPJ de los posibles delitos cometidos en territorio nacional en aplicación de la teoría de la ubicuidad, y por tratarse de un delito semipúblico y haber tenido conocimiento Fiscalía por ser un hecho notorio, se deberían haber incoado de oficio, cuanto menos, diligencias informativas -incluso policiales- para la depuración de los hechos que a *priori* evidenciaban la comisión de un ilícito penal.

Una vez determinado entonces que las celebridades podían haber sido víctima de un delito, se les debería haber hecho el oportuno ofrecimiento de acciones y, en su caso, la posibilidad de personarse como acusación particular. Y, en todo caso, téngase presente que el art. 201.2 CP dispone que para estos delitos no será precisa la denuncia exigida cuando *la comisión del delito afecte a una pluralidad de personas*.

De hecho no hace falta recurrir siquiera al caso expuesto del *celebgate*, pues es de sobra conocido que día tras día circulan cadenas de mensajes con videos e imágenes que, como mínimo, *prima facie* hacen pensar que su obtención ha sido ilícita.

Observamos como una aplicación correcta de la normativa sustantiva y adjetiva criminal desencadenaría cuanto menos unos efectos sorprendentes para la ciudadanía. El tipo, por tanto, requiere profunda revisión, o cuanto menos someterlo a reflexión, pues no

parece sensata su actual configuración, salvo que lo que se quiera sea criminalizar indiscriminadamente las cadenas masivas de envío.

Para GONZALEZ CUSSAC el único límite o ruptura de la punición de los participantes en la cadena de envíos, se producirá cuando la información deje de ser secreta⁸⁶⁶. Y ROMEO CASABONA, en similar sentido, dirá que "el último eslabón o peldaño siempre estará lastrado por el origen ilícito del objeto material que está siendo difundido, revelado o cedido de nuevo, lastre que únicamente cederá cuando desaparezca la cualidad que fundamenta la protección del objeto material que encarna el bien jurídico protegido: que los hechos dejen de ser secretos o que los datos pierdan su carácter de reservados, precisamente, como consecuencia de los actos previos de difusión ilícita penalmente"⁸⁶⁷.

Sin embargo el planteamiento de estos dos autores evidencia problemas de orden práctico⁸⁶⁸ difícilmente superables ¿Cuándo dejará de ser secreto el objeto material? ¿El objeto material no deja de ser secreto stricto sensu por el hecho de haber sido ya conocido

⁸⁶⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 283.

⁸⁶⁷ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., pp. 167-168.

⁸⁶⁸ En el plano teórico tampoco me parece acertado aludir a la idea de secreto, cuando el auténtico bien jurídico protegido es la intimidad, de manera que esta se seguiría lesionando en todo caso con independencia de que deje de ser secreto, pues, precisamente esta como aspecto de libertad positiva confiere a su titular un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia.

por alguien distinto de su titular? Quizá lo más acertado desde un punto de vista pragmático sería decir que el objeto material dejará de ser secreto cuando así un juez lo considere, no obstante, es incurrir en mera tautología. En todo caso, afirmar que la cadena ilícita se rompe cuando deja de ser secreto podría llegar a ser acertado desde un punto de vista teórico, pero su concreción en la práctica forense es una quimera.

Lo cierto es que algún autor, como OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, ha intentado hallar respuesta a esta encrucijada sosteniendo que "el momento para establecer cuando se ha roto esta cadena, sería cuando alguien ha conocido la información de modo absolutamente legítimo, esto es, cuando toma conocimiento de la misma sin la más mínima alusión, referencia o sospecha respecto de su origen ilícito"⁸⁶⁹. Lo que sucede en cierto modo con esta postura es que se traslada el problema probatorio del objeto material al sujeto pasivo, pero no se resuelve. Dicho de otro modo, no se tratará ya tanto de valorar la cualidad del objeto material, sino el fuero interno del sujeto activo. Lo que exigirá la necesidad de que el juzgador en cada caso concreto establezca el contexto en que los hechos han tenido lugar y analice los componentes sociológicos y caracterológicos concurrentes a la divulgación a fin de poder inferir del acervo probatorio si el hecho imputado viene presidido o no por el dolo específico, y, en todo caso, el sujeto no tuvo ninguna sospecha respecto del origen ilícito. Como vemos, el riesgo de esta postura sería que el acusado tuviera que probar que hubo una

⁸⁶⁹ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 239.

intención distinta a la típicamente exigida o que de los hechos y las circunstancias concomitantes se pudiese inferir un grado cero de sospecha del origen ilícito.

A nuestro juicio el problema debe resolverse interpretando que el *conocimiento* habrá de ser *efectivo*, debiendo dictarse sentencia absolutoria en caso de duda. Por tanto, se deberá predicar del sujeto activo certeza⁸⁷⁰ efectiva, y no meras sospechas, del origen ilícito del objeto material, pues conocer exige averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales.

En todo caso, como decíamos, la criminalización de las cadenas de difusión exige revisión por parte del legislador, pues deviene necesario no sólo delimitar con absoluta precisión hasta que eslabón se quiere incriminar a la vista de la realidad social actual, sino especialmente los parámetros que permitan interpretar la expresión "*con conocimiento de su origen ilícito*".

De manera que por lo que hemos dicho y de querer mantenerse un diseño típico similar al actual, el art. 197.3.II CP tendría que quedar redactado en los siguientes términos: "Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento efectivo de su origen delictivo y sin haber tomado parte en su

⁸⁷⁰ Según la Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit., "certeza" es "conocimiento seguro y claro de algo" y "firme adhesión de la mente a algo conocable, sin temor de errar".

descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

8. LOS TIPOS AGRAVADOS PREVISTOS EN EL ART. 197 CP

a. Introducción

El legislador, siguiendo el alambicado y abigarrado estilo que preside los tipos básicos, configura un complejo sistema de cualificaciones en base a heterogéneas circunstancias (por razón de la mayor insidiosidad de la conducta, la cualidad del sujeto activo o vulnerabilidad del sujeto pasivo, de la hipersensibilidad de los datos, etc.).

Sentado lo anterior, y en aras de una mayor claridad expositiva, el régimen de cualificaciones previsto en el art. 197 CP puede sintetizarse en los siguientes términos:

1.- Las infracciones de los arts. 197.1 y 2 CP se castigarán con pena de dos a cinco años de prisión cuando el sujeto activo difunda, revele o ceda a terceros los datos o hechos que hubiera descubierto o las imágenes que hubiese captado (art. 197.3.I CP).

2.- Las infracciones de los arts. 197.1 y 2 CP se castigarán con pena de tres a cinco años de prisión cuando sean cometidas por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (art. 197.4.a CP).

2.1.- Hipergravación: se impondrán las penas en su mitad superior, si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros (art. 197.4 último párrafo CP).

3.- Las infracciones de los arts. 197.1 y 2 CP se castigaran con pena de tres a cinco años de prisión cuando se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima (art. 197.4.b CP).

3.1.- Hipergravación: se impondrán las penas en su mitad superior, si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros (art. 197.4 último párrafo CP).

4.- Todas las penas anteriores (la de los arts. 197.1, 2, 3 y 4 CP), ex art. 197.5 CP, se aplicarán en su mitad superior cuando:

- (1) Los hechos descritos en las infracciones afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual (núcleo duro de la intimidad).
- (2) La víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

5.- Si los hechos de los arts. 197.1, 2, 3, y 4 CP se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas en su mitad superior (art. 197.6 pasaje primero CP).

5.1.- Hiperagravación: Si los hechos de los arts. 197.1, 2, 3, y 4 CP se realizan con fines lucrativos y, además, afectan a datos del núcleo duro de la intimidad, la pena a imponer será prisión de cuatro a siete años (art. 197.6 pasaje segundo CP).

6.- El sistema cualificación punitiva del delito de infracción genérica del deber de discreción de imágenes o grabaciones del art. 197.7 CP es autónomo y se prevé en el párrafo segundo del precepto que establece la pena en su mitad superior cuando:

- (1) los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- (2) La víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- (3) Los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

b. Por la revelación, difusión o cesión de datos o hechos descubiertos o imágenes captadas (art. 197.3.I CP)

Según el art. 197.3.I CP, 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 arts. 197.1 y 2 CP.

Se trata, por tanto, de una agravación cuyo fundamento se encuentra en el incremento de menoscabo a la intimidad que comporta la divulgación⁸⁷¹, pues los datos o hechos salen de la esfera del sujeto activo hacia terceras personas⁸⁷².

Cuando opera la cláusula del tipo agravado, el delito contra la intimidad se comporta como un tipo penal compuesto que requiere la previa comisión de uno de los tipos básicos del art. 197. 1 o 2 CP. En consecuencia, este tipo agravado, a diferencia del tipo autónomo del art. 197.3.II CP, no opera como un tipo penal de indiscreción, pues requiere que, previamente, se haya llevado a cabo el acto de intromisión ilícita en la intimidad ajena (tipo básico)⁸⁷³. Es decir, este tipo agravado exige que el sujeto activo (quien divulga) sea quien previamente realiza la conducta típica de los arts. 197.1 o 2 CP, pues si quien divulga es persona distinta a quien comete el tipo básico, estaríamos en el tipo autónomo del art. 197.3.II CP.

En todo caso, como señala ROMEO CASABONA, quien incurra en esta modalidad agravada solo deberá ser

⁸⁷¹ Vid., MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1459.

En la jurisprudencia, puede verse, la STS 10 diciembre 2004 (Tol 526535).

⁸⁷² ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 1460.

⁸⁷³ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., loc. ult. cit.

condenado por ella y no, además, por el tipo básico, pues este queda absorbido por aquella⁸⁷⁴.

Respecto de las conductas de difundir, revelar o ceder; y el objeto material, vid. lo ya expuesto al analizar el art. 197.3.II CP.

En cuanto al dolo, el tipo agravado implica la conciencia y voluntad de que los hechos o datos obtenidos o las imágenes captadas, son puestas al alcance de otras personas⁸⁷⁵.

Respecto de esta modalidad agravada, debe precisarse, tal y como sugiere MORALES PRATS, que si se tiene en cuenta el manejo de datos personales automatizados, es perfectamente posible "una cesión o transferencia informática de datos ilícita, sin que el sujeto haya perpetrado un acto previo de intromisión ilícita contra la libertad informática"⁸⁷⁶, por lo que estos supuestos -que no requieren una estructura típica doble-, no encajarían en este tipo agravado, y deberán

⁸⁷⁴ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 147.

⁸⁷⁵ *Ibíd*, p. 148.

En la obra citada se recoge el parecer contrario de PAREDES CASTAÑÓN, según el cual, quien descubre dolosamente los secretos de otro animado inicialmente por la única finalidad de descubrirlos, pero que más tarde decide con dolo difundir los hechos ya descubiertos, solamente sería punible en la modalidad del tipo básico, pues ha de existir no sólo una conexión objetiva consistente en la realización de los actos de descubrimiento seguidos por los de divulgación, sino también subjetiva.

⁸⁷⁶ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1460.

quedar subsumidos en el tipo básico de utilización ilícita de datos personales del art. 197.2 CP.

c. Por la cualificación profesional del sujeto activo (art. 197.4.a CP)

De conformidad con el art. 197.4.a) CP, cuando los hechos descritos en los art. 197.1 y 2 CP⁸⁷⁷ sean cometidos por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años de prisión. Además, se impondrá la pena en su mitad superior si los datos reservados accedidos ilícitamente son difundidos, cedidos o revelados a terceros.

El fundamento de esta agravación, siguiendo a MORALES PRATS, recae en el incremento del injusto (tanto del desvalor de la acción como del desvalor de resultado).

Por un lado, junto a la idea de mayor vulnerabilidad de la intimidad, subyace la de quebrantamiento de deberes de lealtad, rectitud y sigilo profesional, contemplados en la LOPD. Se trata de sujetos cuyo ámbito de actuación profesional puede facilitar el acceso ilícito a la intimidad de los ciudadanos de forma sofisticada e inadvertida para las víctimas, mediante el abuso de sus funciones profesionales.

⁸⁷⁷ Aunque el precepto alude a los apartados 1 y 2 del art. 197, por la propia configuración del precepto, el tipo básico que alimentará esta agravación será el contemplado en el art. 197.2 CP.

Y, por el otro, la verificación del acceso ilícito a la intimidad por parte de las referidas personas puede ser más intenso, certero y penetrante; esto es, el atentado a la intimidad perpetrado por los responsables de los ficheros puede incrementar y amplificar el quebrantamiento del bien jurídico intimidad⁸⁷⁸.

El tipo agravado, por tanto, se configura en torno a la esfera de dominio profesional del sujeto activo, por lo que estamos ante un delito especial propio.

La referencia a personas *encargadas* o *responsables* de los ficheros, es similar a la utilizada por la LOPD que define al *responsable del fichero o tratamiento* en su art. 3.d), como "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

Ello lleva a concluir a algunos autores, como por ejemplo OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, que la remisión al párrafo primero del art. 197 CP, no resulta afortunada, pues el responsable de un fichero no precisa de apoderarse de los documentos porque, precisamente, es quien los gestiona o utiliza por el desarrollo de su actividad⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 1461-1462.

⁸⁷⁹ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, op. cit., p. 228.

Si los datos se difunden o ceden a terceros será de aplicación el inciso final del precepto que permite la imposición de las penas en su mitad superior.

d. Por la utilización no autorizada de datos personales del sujeto pasivo (art. 197.4.b CP)

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido este nuevo precepto según el cual los hechos descritos en los apartados 1 y 2 del art. 197 CP serán castigados con pena de prisión de tres a cinco años cuando se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

El precepto parece traer causa en la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información⁸⁸⁰, pues en su art. 9.5 establece que "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando las infracciones a que se refieren los artículos 4 y 5 sean cometidas utilizando ilícitamente datos de carácter personal de otra persona con la finalidad de ganar la confianza de un tercero, causando así daños al propietario legítimo de la identidad, ello pueda ser considerado, de conformidad con el Derecho nacional, como circunstancia agravante, a menos que tal circunstancia ya esté contemplada en otra infracción que sea sancionable con arreglo al Derecho nacional".

⁸⁸⁰ Vid. COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), op. cit., p. 644.

Los arts. 4 y 5 de la Directiva, prevén que los Estados miembros adoptarán medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los afectados cuando se den interferencias o interceptaciones ilegales de datos, previendo en ambos preceptos un sustrato que es la causación de daños o deterioros en el sistema de información o en los datos que se hallen en el mismo.

Ante esta realidad político-legislativa europea, resulta apropiada la incorporación del art. 264 bis.3 CP a nuestro catálogo punitivo, que prevé una agravación para el delito de daños informático cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

No parece, sin embargo, tener justificación en materia de tutela de intimidad este tipo agravado en la medida que no se aumenta significativamente el injusto, siendo que, además, la satisfacción del mandato europeo previsto en el art. 9.5 de la Directiva se colma con el art. 264 bis.3 CP.

Para COLÁS TURÉGANO, esta agravación guardaría cierta relación con el delito de usurpación del estado civil, en la medida que en este caso también se produce una suplantación de la personalidad, mediante el uso de datos que permitirán la realización de las conductas descritas. Por ejemplo, la utilización del nombre y otros datos de la persona, como el DNI para conseguir acceder a la correspondencia, o a bases de datos⁸⁸¹.

⁸⁸¹ COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), op. cit., p. 645.

En similares términos CASTELLÓ NICÁS expresa que es "una modalidad de delito de usurpación de estado civil del artículo 401 del Código Penal, pues la utilización no autorizada de datos personales de la víctima supone, necesariamente, hacerse pasar por ésta"⁸⁸².

Estas razones determinarían el incremento del desvalor de la acción, por cuanto la suplantación de la personalidad supondría un medio más insidioso de ataque a la intimidad⁸⁸³. Sin embargo, acertadamente se cuestiona MORALES PRATS, por qué estas suplantaciones de la personalidad son más insidiosas que una interceptación o escucha ilícita de las comunicaciones personales por medios técnicos o que los ataques al *habeas data* que prevén los tipos básicos⁸⁸⁴.

Asimismo, el precepto prevé una hipergravación en su último párrafo para el caso de que se difundieran, cedieran o revelaran los datos reservados a terceros. Sin embargo, especiales cautelas requerirá la apreciación de este tipo hiperagravado, pues, la utilización de los datos en ocasiones podrá de suyo implicar la revelación de los mismos.

⁸⁸² CASTELLÓ NICÁS, N.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor", op. cit., p. 504.

⁸⁸³ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1462.

⁸⁸⁴ *Ibíd.*, p. 1463.

Para este autor la relación concursal entre el tipo agravado y el delito de usurpación del estado civil deberá resolverse a través de las reglas del concurso aparente de leyes penales y, en particular, por aplicación del principio de especialidad (art. 8.1 CP), que debe determinar la aplicación del tipo agravado.

e. Por la calidad de los datos afectados (art. 197.5, inciso primero CP)

Según el primer inciso del art. 197.5 CP⁸⁸⁵ se impondrán las penas en su mitad superior, cuando los hechos descritos en los apartados 1 a 4 del art. 197 CP afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual.

El fundamento y la legitimidad político criminal de este motivo de agravación es el mayor menoscabo al bien jurídico intimidad que se comete cuando los datos de carácter personal afectan al *núcleo duro de la privacy*. Esta expresión, como señala MORALES PRATS, alude a "aquellos datos e informaciones personales del sujeto especialmente sensibles, incluso cuando se encuentran fuera de los sistemas informáticos"⁸⁸⁶.

También se ha puesto esta agravación en conexión con el art. 16 CE y la discriminación social, lo que ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a considerar que "la referencia del precepto a la vida sexual no abarca la investigación ilícita de infidelidades o realices sexuales de cualquier índole, sino solamente aquellas que se refieran a la orientación sexual de la víctima"⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ Antes de la reforma de 2015, se hallaba en el apartado 6 del precepto.

⁸⁸⁶ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1464.

⁸⁸⁷ STS 27 mayo 2008 (Tol 1330998).

La misma dirección de protección reforzada que prevé el CP, la encontramos en la LOPD cuando en su art. 7 establece que son *datos especialmente protegidos* aquellos relativos a la ideología, religión o creencias (art. 7.1); afiliación sindical (art. 7.2) y origen racial o étnico, salud, vida sexual (art. 7.3)⁸⁸⁸.

En cuanto a la jurisprudencia, ha apreciado esta modalidad agravada, por ejemplo, en un supuesto de acceso a la página de Facebook de la víctima y publicación de un anuncio de contactos sexuales gais⁸⁸⁹; subir a una página web fotos de alto contenido sexual que había tomado a su expareja en un contexto de intimidad⁸⁹⁰; directivo que comunica a sus superiores la

⁸⁸⁸ En consecuencia se establece que "quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual" (art. 7.4). No obstante se prevén las siguientes excepciones: 1) cuando medie el consentimiento en materia de ideología, afiliación sindical, religión y creencias (art. 7.2); 2) cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente, podrán ser recabados, tratados y cedidos los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual (art. 7.3); 3) los datos de carácter personal previstos en el art. 7.2 y 7.3, podrán ser objeto de tratamiento "cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento" (art. 7.6).

⁸⁸⁹ SAP Asturias 10 octubre 2014 (JUR 2015\10017).

⁸⁹⁰ SAP Madrid 11 marzo 2013 (JUR 2013\175925).

condición de homosexuales de dos empleados cuya orientación sexual había descubierto tras acceder a sus correos electrónicos⁸⁹¹; apoderamiento del diario íntimo de la exmujer en el que se narran relaciones sexuales⁸⁹²; o la publicación en un periódico que dos internos de un establecimiento penitenciario padecían SIDA⁸⁹³.

f. Por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo (art. 197.5, inciso final CP)

Vid. este motivo de agravación, por ser coincidente, en el estudio los tipos agravados del art. 197.7 CP.

g. Por la finalidad lucrativa (art. 197.6 CP)

Vid. este motivo de agravación, por ser coincidente, en el estudio los tipos agravados del art. 197.7 CP.

⁸⁹¹ SJP 23 Barcelona 25 noviembre 2013 (ARP 2013\1414).

⁸⁹² SAP Zaragoza 19 junio 2002 (ARP 2002\482).

⁸⁹³ STS 18 febrero 1999 (RJ 1999\510).

9. LA REVELACIÓN Y DIVULGACIÓN DE SECRETOS CONOCIDOS LÍCITAMENTE A TRAVÉS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES O LABORALES (ART. 199 CP)

a. Introducción: especial referencia al bien jurídico protegido

Como hemos visto a la hora de abordar la evolución histórica de los delitos contra la intimidad, el Código Penal de 1995 ha venido a colmar las significativas lagunas del texto punitivo de 1973, en el que únicamente eran objeto de criminalización la revelación de secretos por parte del administrador, dependiente o criado respecto de su principal (art. 498 ACP), las infracciones del deber de sigilo de abogados y procuradores con sus clientes (art. 360 ACP) y el descubrimiento de los secretos de un particular conocidos por un funcionario público (art. 368 ACP).

El art. 199 CP contempla dos tipos delictivos distintos que comparten su esencia: el quebrantamiento del deber de discreción, reserva o sigilo.

En el primer apartado se castiga a quienes teniendo por razón de su oficio o sus relaciones laborales el conocimiento de un secreto ajeno, lo revelan⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ Art. 199.1 CP: "El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses".

En el segundo, al profesional que divulga los secretos de otra persona incumpliendo su obligación de sigilo o reserva⁸⁹⁵.

La nota significativa común a estos dos delitos es que el acceso a la información es lícito, pues su conocimiento viene amparado por la prestación de los servicios profesionales o laborales. De manera que se criminaliza la transgresión de la buena fe al revelar un secreto de otro, dicho de otro modo, se castiga la infracción del deber de sigilo o reserva con incidencia en la intimidad ajena.

Esta configuración en torno al binomio acceso lícito y difusión ilícita, exige inmediatamente reflexionar en torno al bien jurídico protegido, pues si bien la conducta de divulgación podrá afectar indudablemente a la intimidad, es necesario determinar si el significado axiológico del quebranto de la expectativa de confianza incide en el objeto formal del art. 199 CP.

Pudiera pensarse que el precepto está tutelando un bien jurídico distinto -o complementario- a la intimidad, sin embargo, no ocurre así. El objeto formal es la intimidad de un tercero que -en el ámbito de las relaciones laborales (art. 199.1 CP) o profesionales (art. 199.2 CP)- es vulnerada a través de la divulgación de los secretos que han sido conocidos durante la actividad.

⁸⁹⁵ Art. 199.2 CP: "El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

Esta conclusión comporta que la intimidad personal polariza la tipicidad del delito⁸⁹⁶.

Mas debe añadirse respecto de la violación del secreto profesional que la actual redacción aclara el fundamento político criminal del código penal de 1973 del que podía mantenerse que dado que la conducta de divulgación de secretos por el profesional con incumplimiento de su obligación de sigilo venía limitada a los que afectaran a su propio cliente, el interés tutelado bien podía ser la lealtad entre el profesional con su cliente o el deber de fidelidad. Sin embargo, la ampliación de la descripción típica del actual art. 199.2 CP frente a la del art. 360 ACP, especialmente en relación a los sujetos activos y pasivos, comporta que el bien jurídico protegido no pueda ser otro que la intimidad personal, pues se refiere a los secretos de "otra persona", no recogiendo la lacónica expresión "sus secretos".

b. Conductas típicas: revelar y divulgar

El significado de la acción típica "revelar" (art. 199.1) y "divulgar" (art. 199.2 CP) ya ha sido abordado en un momento anterior al que nos remitimos⁸⁹⁷.

Baste decir ahora, y a este respecto, que ambos verbos son sinónimos y comportan la comunicación del secreto conocido a un tercero que lo desconoce⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ SAP Zamora 17 febrero 2000 (ARP 2000\1956).

⁸⁹⁷ Vid. apartado "c) conducta típica" del art. 197.3.II CP.

⁸⁹⁸ Toda la doctrina se muestra en este sentido. Por citar algunos ejemplos: ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de*

Mayor comentario merece la perduración en el tiempo de las obligaciones de sigilo o reserva a la vista del silencio de la ley, es decir, si el transcurso del tiempo faculta revelar o divulgar de manera lícita.

Respecto del secreto profesional, la obligación de sigilo o reserva es indefinida aun cuando la relación profesional haya cesado⁸⁹⁹.

En cuanto a la revelación de los secretos ajenos cometida por el empresario o el trabajador, si bien no puede predicarse ese carácter indefinido en todo caso, lo cierto es que la conducta sólo será atípica cuando no vulnere la intimidad⁹⁰⁰. Pues, tal y como señala ROMEO CASABONA, "sólo cuando el aspecto íntimo deje de

descubrimiento y revelación de secretos, op. cit., p. 201; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., 318 y 319; MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1504; REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 479; CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 797; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 258. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 227.

⁸⁹⁹ Vid. CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", op. cit.; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 320.

⁹⁰⁰ Vid. REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 481. Acertadamente propone que el el criterio al que debe atenderse para determinar el límite temporal de obligación de sigilo o reserva no puede ser otro que el de la afectación de la divulgación a la intimidad, por lo que además habrá que tenerse en consideración y ponderar las distintas circunstancias, como es el tipo de secreto, la entidad o la relevancia del secreto, el que éste sea conocido en virtud de una relación de confianza.

estar amparado por su condición de secreto (explícita o implícitamente deducido) o aquel pierda tal carácter - íntimo- desaparecerá el deber correspondiente"⁹⁰¹.

Otros autores proponen como criterio hermenéutico para determinar el límite temporal de la obligación de sigilo, el principio de adecuación social de la conducta como manifestación de un juicio de ponderación racional que aleje cualquier exigencia de discreción inadecuada socialmente⁹⁰².

c. Objeto material del delito

i. El secreto laboral

En todo caso el objeto material será el secreto. Y no cualquier secreto, sino uno que haya sido lícitamente conocido por el sujeto activo por razón de su oficio o sus relaciones laborales. Y, además, este tendrá que afectar a la intimidad de un tercero, sin que sea necesario que la información revelada se refiera al principal, cliente, etc., pues lo que se

⁹⁰¹ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 196.

Señala QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 318, que la confidencialidad post laboral, a la vista del art. 279 CP, se exigirá bajo pena sólo cuando esté fijada por una Ley o una estipulación contractual.

⁹⁰² MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit. p. 1493. También REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit.

protege no es la confidencialidad laboral sino la intimidad de las personas⁹⁰³.

Conviene precisar que el uso de la preposición *por* [razón de su oficio o sus relaciones laborales] comporta que el secreto tiene que ser conocido en el ámbito de la relación laboral u oficio, pero no que tenga que ser necesariamente relacionado con este. Y dicho conocimiento, por ausencia de precisión del tipo, podrá ser directo, indirecto, fortuito o casual.

Por otro lado, al no tratarse de una norma penal en blanco, la condición de secreto no vendrá determinada por normativa extrapenal, sino por las propias circunstancias de cada caso, por lo que las normas sectoriales simplemente podrán ayudar a identificar si se trata de un secreto o no, en el sentido que nos dirán "qué aspectos, informaciones, datos o hechos constituyen secreto específico en la actividad laboral en que se esté desarrollando"⁹⁰⁴.

Así, por ejemplo, se consideraron secretos típicamente relevantes la documentación entregada por la secretaria de un despacho de abogados a la Inspección de Trabajos a los fines de documentar una denuncia y justificar la prestación de servicios por

⁹⁰³ Vid. DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 533.

⁹⁰⁴ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 195.

cuenta ajena sin contrato laboral y sin alta en la seguridad social⁹⁰⁵.

También la revelación por parte de una técnico de laboratorio que en una cena de compañeros de trabajo comentó a estos que un compañero al que identificó tenía SIDA (extremo que ella había conocido en el marco de puesto de trabajo) y no sabía cómo decírselo⁹⁰⁶. O la

⁹⁰⁵ SAP Ciudad Real 8 marzo 2012 (JUR 2012/128974): "Pero aún desde la consignación de los hechos, interpretados desde la óptica más favorables a la acusada, y partiendo de un eventual ánimo de comunicar a la autoridad laboral la infracción que entendía cometida, ha de entenderse desde luego atípica la mera denuncia o comunicación de los hechos, más no la entrega concreta de los documentos que tuvo conocimiento por razón de su relación laboral. Y ello en mayor medida en cuanto son gratuitos, es decir, van más allá de tal pretensión de acreditación del ilícito administrativo, que partiría de la distinción entre lo que es un letrado colaborador de un despacho, y lo que es una relación laboral, sino que suponen la transmisión de datos que no solo no justifican el ilícito que pretende, sino que revelan otros totalmente innecesarios a tal fin, especialmente las fotocopias del libro de facturas del año dos mil dos, en el que se revelan los cargos por trabajadores, préstamos, telecomunicaciones, bases de datos, revistas jurídicas, gastos de suministro, leasing, y un largo etcétera). Señala la defensa que los denunciados han hecho públicos sus datos con este proceso, pero a dicha consideración ha de añadirse que aquí se han incorporado a su denuncia, con su consentimiento y bajo su instancia, lo que no ha ocurrido en el expediente administrativo, que lo fueron bajo la exclusiva decisión de la acusada. Basta referir la especial rebeldía inicial de la Inspección de trabajo de facilitar testimonio de las copias de los documentos que le fueron entregados, para comprender la sensibilidad de los datos que correspondientes al despacho profesional reveló la denunciada. La inexistencia de una causa de justificación-denuncia de un ilícito administrativo real (se afirmaba una relación por cuenta ajena inexistente)- y lo gratuito de los documentos suministrados sin autorización de sus titulares, determina concluyamos la falta de acreditación de circunstancia de exoneración de la responsabilidad criminal (cumplimiento de un deber) que implique la procedencia de la absolución de la acusada".

⁹⁰⁶ SAP Zaragoza 27 julio 2011 (ARP 2011/969): "Así centrada la cuestión, conviene delimitar el concepto de secreto, por lo que es preciso distinguir si es necesario que

publicación del informe médico de una compañera de trabajo conocido por parte de un sargento de la Policía durante el desempeño de su actividad⁹⁰⁷.

ii. El secreto profesional

En términos generales es predicable lo inmediatamente expuesto⁹⁰⁸, sin embargo, es necesario

tales datos estén protegidos por norma reguladora de los secretos oficiales, o es bastante para tal consideración el hecho de que no deban ser conocidos por ajenos a los mismos, es decir personas distintas del titular o de los autorizados para tener acceso a ellos y en el ámbito de la autorización, bastando, por ello, con la protección legal extraña a la reguladora de datos o secretos oficiales. Entendemos que no es necesario que tales datos estén protegidos por la normativa vigente y relativa a secretos oficiales, puesto que, de ser así, delimitaría extraordinariamente el concepto y haría ilusoria la defensa de la intimidad. En definitiva secreto debe ser todo aquel dato o elemento referente a la intimidad cuyo titular no quiere que se conozca, y es evidente, atendido lo expuesto, que el ser portador del virus del V. I. H. en un dato relativo a la salud, conocible solo por aquellos destinatarios elegidos por el afectado. Partiendo de ello, es cierto que tal dato fue conocido por la recurrente en el uso de sus obligaciones laborales como técnico de laboratorio, viniendo obligada a la confidencialidad del mismo, confidencialidad que vulneró al propagarlo a terceros extraños al laboratorio, el hecho de que pudieran ser conocidos por los miembros del mismo, no suponen la imposibilidad de punición respecto de la hoy recurrente, pues propago el dato a terceros que no tenían por qué conocerlo”.

⁹⁰⁷ SAP Guadalajara 10 noviembre 2008 (ARP 2009/377).

⁹⁰⁸ Sobre que el secreto no debe necesariamente afectar al cliente, puede verse SAP Las Palmas 10 junio 2013 (ARP 2013/1102): “La ampliación de esta descripción, en función justamente del interés tutelado por la norma penal, determina que indudablemente tenga encuadre en esta figura la revelación de secretos realizada por el letrado en relación a los de su cliente -tal como refiere la STS 1/1999, de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3569) (citada por la defensa de la acusada)-, pero ello no implica que si el descubrimiento afecta a datos de terceros, ajenos pues a la relación letrado-cliente, el tratamiento penal deba ser diferente, pues si el legislador lo hubiere querido limitar a este ámbito, simplemente hubiere extraído del antiguo art. 360 la

detenerse en si el art. 199.2 CP vivifica su propio contenido o, por el contrario, la condición de secreto profesional viene amparada por una norma extrapenal.

La primera hipótesis no es dable por cuanto el precepto no está configurando un delito genérico de indiscreción, sino que ante el carácter necesario del servicio profesional, hecho que traslada el deber de sigilo de una obligación ética a una jurídica, se deduce la condición de confidente necesario. Y no en cualquier caso, sino cuando existe una norma legal que así lo imponga.

Se deduce consiguientemente que habrá entonces que acudir al ámbito normativo sectorial concreto para saber cuáles son los deberes específicos de sigilo y reserva.

Sobre esta idea ROMEO CASABONA ha distinguido entre el ilícito civil y penal afirmando que estaremos en el primer caso (art. 7.4 LO 1/1982) cuando haya revelación sin incumplir normativa alguna, mientras que la responsabilidad será criminal cuando se colme el plus de sigilo exigido por la normativa sectorial y para las materias, contenidos y comportamientos que en ella se indiquen⁹⁰⁹.

Sobre si la vulneración de la norma deontológica es suficiente para determinar la obligación de sigilo penalmente relevante, la respuesta ha de ser negativa.

parte de la conducta que afectaba a la intimidad y la hubiere plasmado en el actual art. 199.2, lo que no ha sido el caso”.

⁹⁰⁹ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 200.

Sostiene lacónicamente QUERALT que "la obligación de sigilo o reserva se establece en la Ley y/o en el código deontológico de la profesión colegiada"⁹¹⁰, sin embargo este no parece reparar en las graves consecuencias que para el principio de legalidad podría comportar que la normativa deontológica colegial sin ser elevada a rango de norma (por ejemplo el Estatuto General de la Abogacía Española se aprueba por el RD 658/2001, de 22 de junio) fuese apto para demarcar el ámbito de lo ilícito penal. Por ello el deber de sigilo debe venir instituido por normas legales y reglamentarias generales emanadas por el Estado⁹¹¹.

A la vista de este carácter *apertus* de la norma resulta imposible acotar un significado preciso de secreto profesional, pues habrá que acudir a cada profesión concreta, por lo que a efectos dialecticos se puede decir que el objeto de la acción será la intimidad de otra persona bien porque se la ha confiado directamente o bien se ha descubierto en el ejercicio de la actividad profesional, incluso aunque sea desconocida para el propio cliente⁹¹².

d. Sujeto activo

i. En la revelación del secreto laboral

⁹¹⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 318.

⁹¹¹ También en este sentido MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1497.

⁹¹² El concepto se toma de CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., pp. 797-798.

Se trata de un delito especial propio, sólo puede ser sujeto activo el que ha conocido los secretos por razón de su oficio o de sus relaciones laborales.

De manera que la revelación podrá ser cometida tanto por el empleador o empresario como el empleado o trabajador que lícitamente en el marco de la actividad conoce la intimidad de un tercero.

GONZÁLEZ CUSSAC sostiene que el sujeto activo será "un asalariado o trabajador dependiente o los trabajadores autónomos dentro del ejercicio de un oficio que no requiere titulación académica o título oficial"⁹¹³. Y en similar sentido QUERALT dirá que el sujeto activo es "el empleado de cualquier persona física o jurídica o el que presta sus servicios a un tercero, ya sea mediante arrendamiento de obra o de servicio"⁹¹⁴.

Sin embargo, no parece que la limitación del sujeto activo del tipo que efectúan los anteriores tenga encaje en la configuración del precepto, puesto que, el conocimiento del secreto ajeno por razón del oficio o de las relaciones laborales puede tener lugar tanto verticalmente en sentido ascendente (el trabajador que conoce un secreto del empleador) y descendente (el empresario que conoce un secreto del trabajador) como horizontalmente en sentido interno (el secreto afecta a una persona de la propia organización o empresa y es revelado por otro trabajador) y externo

⁹¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", op. cit., p. 258.

⁹¹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 318.

(el secreto afecte a la intimidad de un cliente que es revelado por el trabajador o empleador).

El sujeto activo, por tanto, simplemente ha de venir condicionado por el presupuesto típico de que la toma en conocimiento o acceso lícito a la intimidad del sujeto pasivo sea por razón del oficio o de la relación laboral, y en esta idea tienen encaje tanto el trabajador como el empresario.

La lógica de esta postura se extrae ya no sólo de la propia dicción del precepto, sino también del hecho que el legislador eluda utilizar expresión alguna como la que se contenía en el art. 498 ACP al aludir a "los secretos de su principal" acotando el ámbito de incardinación.

ii. En la divulgación del secreto profesional

Se trata de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el profesional⁹¹⁵.

Por profesional se ha entendido en la jurisprudencia a quien realiza una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada⁹¹⁶.

En la doctrina, huyendo de las concepciones decimonónicas y elitistas que atribuían la condición de profesional en función del prestigio social de la profesión, con ocasión del Proyecto al Código Penal de 1989, BAJO FERNÁNDEZ definió el concepto de profesional

⁹¹⁵ ATS 14 octubre 2008 (JUR 2008\351364).

⁹¹⁶ STS 4 abril 2001 (RJ 2001\2016).

como "toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados", derivando de tal definición los siguientes requisitos: 1) ejercicio de un empleo, facultad u oficio, 2) ejercicio público jurídicamente reglamentado (investidura pública) y 3) necesidad de requerir tales servicios (confidentes necesarios)⁹¹⁷.

Para ROMEO CASABONA profesional será la persona que: a) ejerce actos propios de su profesión, b) acreditada por un título académico u oficial, c) ya realice la prestación de sus servicios por cuenta propia o ajena, d) por lo general requiere darse de alta como colegiado en la organización profesional correspondiente y e) el ejercicio de su profesión le convierte en confidente necesario en relación con terceros, particularmente con sus clientes, que se ven compelidos a compartir con aquél aspectos relativos a su intimidad, con el fin de obtener de él sus servicios y prestaciones⁹¹⁸.

MUÑOZ CONDE sitúa los elementos definitorios de la condición de profesional en: a) profesiones reglamentadas cuyo ejercicio requiere un título académico u oficial y la respectiva colegiación, b) su carácter de confidente necesario basada en que la propia relación entre el profesional y el sujeto del titular del secreto obligue a éste a revelar sus

⁹¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", op. cit., p. 606.

⁹¹⁸ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 197.

secretos a aquél. Además, delimita el concepto de profesional confrontándolo con el intrusismo profesional, de manera que nunca podrá ser profesional a los efectos del art. 199.2 CP quien pueda ser sujeto activo del delito del art. 403 CP⁹¹⁹.

Insuficiente a todas luces, sin embargo, será la propuesta de QUERALT, para quien profesional será "un titulado que ejerce una profesión colegiada"⁹²⁰.

En atención a todo lo expuesto, dos son, por tanto, las notas concurrentes a la noción de profesional: la necesidad de su prestación y su regulación legal.

De manera que el concepto de profesional, a los efectos del art. 199.2 CP, será "toda persona que ejerza un empleo, facultad u oficio cuyo servicio pueda devenir necesario para un tercero y su obligación de reserva o sigilo venga impuesta por una norma estatal".

En atención a nuestra definición pueden citarse los siguientes ejemplos:

1) Los médicos: esta fuera de toda duda que los profesionales de la medicina prestan un servicio que deviene necesario para las personas. Y la obligación

⁹¹⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., loc. ult. cit.

⁹²⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 319.

No nos parece apropiada la vaguedad de lo expuesto por el autor por cuanto fija la esencia delimitadora en una noción puramente administrativa como es la determinación de ser o no una profesión colegiada.

jurídica de sigilo o reserva se deduce del art. 7.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según el cual "toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley"; y del art. 10.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que garantiza al paciente "la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público".

2) Los Abogados y procuradores: su carácter necesario viene fundado por el propio desarrollo de la administración de justicia, derivado incluso del art. 24 CE, y su deber de sigilo impuesto por la normativa estatal. Para los primeros el art. 542 LOPJ dice que "Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos", términos reproducidos por el art. 32 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Y respecto de los causídicos, el Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en su art. 2.2 dice que "los procuradores, de conformidad con la Ley, deberán guardar secreto de los hechos o noticias que conozcan por razón de su

actuación profesional” y el art. 39 e) dispone que deberán “guardar secreto sobre cuantos hechos, documentos y situaciones relacionados con sus clientes hubiese tenido conocimiento por razón del ejercicio de su profesión”.

3) Los detectives privados: según el art. 50 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, están “obligados a guardar reserva sobre las investigaciones que realicen, y no podrán facilitar datos o informaciones sobre éstas más que a las personas que se las encomendaron y a los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones” y “sólo mediante requerimiento judicial o solicitud policial relacionada con el ejercicio de sus funciones en el curso de una investigación criminal o de un procedimiento sancionador se podrá acceder al contenido de las investigaciones realizadas por los detectives privados”. La SAP Barcelona 10 marzo 2006⁹²¹, sobre si el ejercicio de la profesión legitima la intromisión legítima en la intimidad, con rotundidad ha afirmado que la norma reguladora de su profesión “no les otorga facultades diferentes a las que pueda tener cualquier otro ciudadano, desde luego no les permite lo que les veda a otros, ni pueden equipararse sus funciones a las que realizan los cuerpos y fuerzas de la Seguridad del Estado, ni mucho menos les autoriza a realizar conductas que han sido tipificadas como delito”.

Por extraño que pueda parecer desde un punto de vista político-criminal los eclesiásticos y ministros de culto no pueden ser incluidos en el ámbito de

⁹²¹ SAP Barcelona 10 marzo 2006 (ES:APB:2006:2140).

aplicación del art. 199.2 CP, pues estos no son profesionales. La normativa que regula el deber de sigilo es el Código de Derecho Canónico que en su canon 983.1 establece que "el sigilo sacramental es inviolable; por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo", y el canon 1388.1 impone al confesor que viola directamente el sigilo sacramental la excomunión *latae sententiae*, y en caso que la violación sea indirecta se le castigará en proporción.

En nuestro entorno cultural jurídico esta laguna es inexistente, no puede perderse de vista que los eclesiásticos y ministros de culto pueden ser consideradas personas que actúan investidas de estado, razón por la que el Código Penal italiano en su art. 622 al regular la *rivelazione di segreto professionale* habla de *per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte*. Y el StGB en el §203 relativo a la violación de secretos privados, sanciona genéricamente en el apartado primero a quien sin autorización revele un secreto ajeno, es decir, un secreto perteneciente al ámbito de la vida personal, o un secreto de empresa o negocio, que le haya sido encomendado a él.

Esta política criminal española de preterición es aún más sorprendente si tenemos en cuenta que la ley adjetiva criminal en su art. 417 establece que no tienen obligación de declarar como testigos "los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio".

e. Sujeto pasivo

i. En la revelación del secreto laboral

Por lo dicho en lo concerniente al sujeto activo, se desprende que sujeto pasivo será el titular de la intimidad, pudiendo serlo cualquiera: el empresario, el trabajador, un compañero de trabajo, o un tercero que sea cliente o tenga vínculo con la organización.

El tipo no exige vínculo o dependencia -directa o indirecta- entre sujeto activo y pasivo más allá de la evidentemente verificación del presupuesto típico consistente en que el conocimiento o acceso tenga origen en el desempeño laboral.

ii. En la divulgación del secreto profesional

El sujeto pasivo podrá serlo cualquier persona que sea titular del bien jurídico intimidad, pues el tipo alude a *los secretos de otra persona* sin mayor concreción.

f. Elemento subjetivo del tipo

Tanto en el delito de divulgación de secreto laboral como profesional se exige que en el sujeto activo concorra dolo en cualquiera de sus modalidades: *directus* de primer o segundo grado, o *eventualis*. Por lo tanto, se dará cuando el sujeto activo tenga conocimiento y voluntad de todas las circunstancias legales del tipo. Esto ocurrirá cuando (1) persiga lesionar la intimidad divulgando el secreto laboral o profesional, (2) asuma que dicha lesión se producirá

con seguridad aunque no la persiga directamente; (3) o aun ni persiguiendo ni previendo el resultado como seguro, asuma como posible la lesión de la intimidad integrando su causación en su voluntad.

Al no preverse expresamente no cabe la modalidad imprudente (art. 14 CP).

CAPÍTULO X

LA TUTELA PENAL DE LA IMAGEN-INTIMIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA HACIA EL NUEVO ART. 197.7 CP

1. OBTENCIÓN DE LA IMAGEN SIN CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR

Qué duda cabe que el precepto del Código Penal de 1995 que por antonomasia ha tutelado la captación ilícita de la imagen como manifestación de la intimidad ha sido el 197.1, pues tipifica el uso clandestino de aparatos técnicos para su transmisión, grabación o reproducción con la finalidad de descubrir los secretos o la intimidad de otro.

Lo cierto es que la captación subrepticia -sin connotación necesariamente criminal- de la imagen puede tener lugar, además del supuesto en que el sujeto activo es totalmente ajeno a la escena, tanto si quien la obtiene se encuentra participando en ella, como aquellos casos en los que un tercero es quien la capta con el consentimiento de unos de los participantes.

Lo determinante, por tanto, será delimitar cuando estamos ante un ilícito civil o penal.

Como punto de partida, y en términos generales, se puede decir que desde el punto de vista civil ha habido cada vez más una especial sensibilidad en la protección de la intimidad e imagen ante las intromisiones ilegítimas frente al uso de cámaras ocultas en el contexto del periodismo de investigación, declarando como ilícitas nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, la filmación de una naturista-fisioterapeuta que carecía

de título habilitante para el ejercicio de la profesión⁹²²; de un parapsicólogo experto en la erradicación de fenómenos paranormales⁹²³; las prácticas abusivas en el ámbito de la medicina estética⁹²⁴; o en contratación deportiva⁹²⁵.

Desde el punto de vista penal, sin embargo, la resolución de los casos es distinta, ya que la jurisprudencia ha venido exigiendo una efectiva lesión de la intimidad, y no de la imagen que en vía penal es el objeto del delito, para que los hechos cobren relevancia criminal.

Sobre la relevancia penal del abuso de la imagen tuvo ocasión de pronunciarse la STS 8 junio 2001⁹²⁶ a propósito de un reportaje de investigación con cámara oculta sobre los métodos que utilizaban las empresas dedicadas al cobro de morosos. El periodista se hizo pasar por un supuesto empresario que necesitaba cobrar una deuda de 15 millones de pesetas que le adeudaba un cliente y le expuso al cobrador que quería información sobre sus mecanismos para hacer efectiva la deuda. Finalmente el responsable de la empresa explicó al periodista la metodología a seguir. La conversación fue grabada por una cámara de video que habían preparado

⁹²² La STS 16 enero 2009 (ES:TS:2009:260), considera que tanto la conducta de captar como difundir imágenes grabadas por uno de los participantes de la conversación sin la oportuna autorización del contertulio constituyen intromisiones ilegítimas.

⁹²³ STS 30 junio 2009 (ES:TS:2009:4435).

⁹²⁴ STS 25 marzo 2010 (ES:TS:2010:1521).

⁹²⁵ STS 20 mayo 2010 (ES:TS:2010:2526).

⁹²⁶ STS 8 junio 2001 (ES:TS:2001:4854).

sigilosamente en un lugar oculto los realizadores del programa, emitiéndola posteriormente en televisión.

El Tribunal aplicó al caso la doctrina ya expuesta del secreto de las comunicaciones indicando que cuando se trata de la conversación mantenida por los propios interlocutores y no se trata de una conversación de personas ajenas, no cabe estimar una vulneración del art. 18.1 y 3 CE con incidencia en el ámbito penal.

La postura del TS (Sala 2ª) en definitiva no deja de ser la relativa a la teoría de la conducta compartida en virtud de la cual "cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente a los que escuchan, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico"⁹²⁷

Tal y como decíamos en el ámbito civil, la línea ha sido la de tutelar cada vez más los derechos de la personalidad, especialmente intimidad y propia imagen. Así el Pleno del TS (Sala 1ª) cambiando su criterio tradicional, consideró en la citada Sentencia de 16 enero 2009⁹²⁸, a propósito de otro reportaje de investigación (en este caso sobre las prácticas del naturalismo asociado a la fisioterapia), que la entrada de la periodista haciéndose pasar por cliente para así captar las imágenes de la naturista en el desempeño de su actividad supone una intromisión ilegítima en la

⁹²⁷ STS 29 septiembre 1999 (ES:TS:1999:5903).

⁹²⁸ STS 16 enero 2009 (ES:TS:2009:260).

intimidad porque "aunque su contenido no mereciera el estricto calificativo de secreto, se desarrolló en un ámbito indudablemente privado, pese a que las personas afectadas fueran dos, ya que cabe una privacidad compartida - así, la familiar -, con plural facultad de controlar de la reserva y, al fin, de excluir los instrumentos que permitan evitarla, aunque sean empleados por el otro copartícipe", y, además, el hecho de "desconocer la actora que estaba siendo filmada, no pudo consentirlo y que el que hubiera permitido a la reportera la entrada en su consulta no significó consentimiento al emplazamiento de la cámara ni a la posterior emisión del reportaje".

Por su parte, la Sentencia sienta un interesante razonamiento como es que la intimidad no está necesariamente condicionada por los elementos circunstanciales, como los relativos al lugar o espacio, sino que puede manifestarse también con un contenido estrictamente cualitativo⁹²⁹.

Ello llevó al Tribunal a considerar que si bien la grabación subrepticia por uno de los participantes excluye la eventual vulneración de las comunicaciones del afectado, no es esta razón suficiente para entender que no se atenta contra su intimidad cuando lo difundido afecta realmente a esta esfera⁹³⁰.

⁹²⁹ Por ello el TS valora que "por más que la grabación hubiera tenido lugar en la parte de la finca destinada a consulta por la actora, ésta fue colocada por el engaño de la reportera en una posición equívoca, en la que se mostró con una naturalidad o espontaneidad que no hubiera tenido de saber que estaba siendo filmada - lo que se da por cierto en la sentencia recurrida".

⁹³⁰ Posteriormente sobre el periodismo con cámaras ocultas se pronunció nuestro TC en su STC 30 enero 2012 (RTC

Señala MUÑOZ CONDE que "la grabación del sonido o de la imagen que vulnere la intimidad o descubra secretos de otro, aunque sea realizada por uno de los protagonistas o intervinientes en el acto de la intimidad, constituye el delito previsto en el art. 197.1 CP"⁹³¹. Sin perjuicio, de la eventual justificación de la conducta por parte del sujeto activo.

ROMEO CASABONA, sin embargo, se muestra crítico con esta postura, pues considera que no concurre el tipo porque el interlocutor es cotitular de la información reservada y está legitimado para hacer uso de ella, salvo que tenga una obligación de sigilo y entonces estaríamos ante un tipo delictivo diferente (art. 199 CP)⁹³².

Algunas diferencias con los anteriores casos, presentan aquellos en los que no es directamente el participante en la escena quien capta la imagen, sino que lo hace un tercero en connivencia con uno participantes en la escena.

2012, 12) que declaró la ilicitud del uso de cámara oculta por cuanto el efecto intrusivo incide directamente en los derechos de la personalidad, si bien en SSTC 27 febrero 2012 (RTC 2012, 24) y 16 abril 2012 (RTC 2012, 74), ha tenido oportunidad de matizar que mediante la distorsión de la imagen y el sonido, el derecho a la propia imagen no vencería sobre otros en liza de igual rango constitucional.

⁹³¹ MUÑOZ CONDE, F.: "Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal", *Direito*, 2007, núm. 4/5., pp. 53-54. A partir de la pp. 58 y ss. el autor analiza si excepcionalmente la conducta puede quedar amparada por una causa de justificación, que tratándose de particulares, puede ser el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho.

⁹³² ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., p. 98.

Un buen ejemplo de esto lo encontramos en la STS 10 diciembre 2004⁹³³, que resolvió el famoso caso del video sexual de Pedro J. Ramírez⁹³⁴. Los hechos fueron los siguientes: en el curso de una relación de pareja, ella le manifestó a él que tenía una relación de íntima amistad con el célebre periodista director de El Mundo. A la vista de ello, el varón de la pareja propuso a la mujer un negocio consistente en grabar subrepticamente una relación sexual entre ella y el periodista para venderla a quien pudiera interesarle su difusión y así obtener pingües beneficios. Finalmente, consiguieron obtener un video del periodista y la mujer manteniendo relaciones sexuales, que, posteriormente, fue vendido.

Los hechos fueron calificados por la Audiencia Provincial, respecto de los captadores, de un delito contra la intimidad del n° 6 del art. 197 en relación con los números 1,3, y 5 del Código Penal según redacción del texto original.

Una de las principales línea de defensa fue la atipicidad de los hechos por tratarse de un supuesto de intimidad compartida, de manera que en estos casos no existiría la vulneración del derecho a la intimidad en la medida que las partes aceptan compartir la intimidad.

⁹³³ STS 10 diciembre 2004 (ES:TS:2004:8004).

⁹³⁴ Los efectos de la sentencia no se hicieron esperar en los medios de comunicación nacionales con titulares como "Confirmada la sentencia por el vídeo sexual de Pedro J. Ramírez", vid. por ejemplo la noticia de 11 de diciembre de 2004 del periódico el País:
http://elpais.com/diario/2004/12/11/sociedad/1102719609_850215.html

Este argumento no prosperó, pues, como acertadamente señaló el TS, siguiendo la doctrina constitucional, "lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo".

JUANATEY DORADO y DOVAL PAIS, sin embargo, consideran que el razonamiento del TS en este punto es poco convincente porque la intimidad es un derecho personalísimo que puede compartirse. Y lo que ocurre realmente es que si bien hay consentimiento para la actividad personal de naturaleza sexual, no lo hay para la grabación y será, según sostienen los autores, dicha ausencia de consentimiento lo relevante desde el punto de vista de la licitud o ilicitud de la afectación de la intimidad⁹³⁵.

En estos supuestos, ROMEO CASABONA, a diferencia de lo que decía para cuándo quien capta es participante en la escena, sí que considera la conducta típica por cuanto que el consentimiento de uno de los interlocutores no excluye la tipicidad, puesto que el partícipe está involucrando a un tercero sin que esta circunstancia sea conocida por los demás, y pueda ser consentida implícitamente. En definitiva, señala, que "los partícipes captados no se encuentran en

⁹³⁵ JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A.: "Límites de protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes", op. cit., p. 158.

condiciones de poder asumir el riesgo de un comportamiento desleal por parte de alguno de ellos”⁹³⁶.

2. OBTENCIÓN DE LA IMAGEN CON CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR

Completamente distintos a los anteriores supuestos, han sido tradicionalmente aquellos en los que las captaciones de las imágenes era consentida por todos los participantes de la escena; o en los que uno captaba su propia imagen y enviaba voluntariamente a un tercero y, posteriormente, uno los participantes o receptores consentidos las difundía sin consentimiento de los afectados.

Esta cuestión, por unidad expositiva, será abordada en el capítulo siguiente, ya que, como se verá, y hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, nuestro Código Penal en su artículo 197 CP únicamente atribuía consecuencias jurídico penales a la captación de imágenes o grabaciones audiovisuales de forma subrepticia sin el consentimiento de la víctima.

Hasta la vigencia del actual 197.7 CP, la jurisprudencia a la hora de dar respuesta al conflicto surgido de la difusión, revelación o cesión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima, en línea generales lo hacía bien mediante la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil

⁹³⁶ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., loc. ult. cit.

del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; bien por medio de la reconducción de la conducta a otras figuras delictivas como por ejemplo las injurias o la integridad moral.

3. EL CASO ALEMÁN: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL §201A STGB QUE EXPANDE EL ÁMBITO DE TUTELA DE LA INTIMIDAD (IMAGEN)

En 1987, RODRÍGUEZ DEVESA, sostuvo que el derecho penal español asistía a una *insana germanización* llegándose a *convertir en ininteligibles los problemas de nuestra disciplina*⁹³⁷. Lo cierto es que con independencia de si acertados o no los adjetivos usados por el profesor Rodríguez Devesa, el derecho germano tiene importante influencia en el nacional.

En 2004, en Alemania entró en vigor el §201A de su Código Penal, ubicado sistemáticamente en título relativo a los delitos que lesionan la esfera privada de la persona y el secreto, criminalizando la captación clandestina y el uso indiscreto de imágenes⁹³⁸, supliendo así la deficiente protección penal de la *privatsphäre* que hasta entonces había en Alemania. Concretamente en su redacción original, el §201 sancionaba a quienes de manera no autorizada tomasen o transmitieran imágenes de otra persona que se encontrara en una vivienda o un espacio protegido

⁹³⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1987, p. XXVII.

⁹³⁸ La rúbrica del precepto dice *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen*, que hemos traducido por Violación de la intimidad privada mediante la toma de imágenes.

especialmente contra las miradas ajenas violando de esta forma la intimidad de la persona fotografiada⁹³⁹.

De hecho la configuración original del tipo alemán casaba con los debates surgidos en torno al caso de la Princesa Carolina de Mónaco. Sin embargo, la tutela de la imagen -como bien jurídico penal autónomo, y de la misma manera que ocurría para dar respuesta punitiva a las conductas de nuestro actual 197.7 CP, era reconducida a otras categorías como pudieran serlo las injurias o la inviolabilidad domiciliaria⁹⁴⁰.

Observamos como el §201A ya en su redacción original contenía una importante precisión especial en orden a la relevancia penal de la lesión del bien jurídico⁹⁴¹, pues se exigía que la captación fuera en el domicilio o en *espacio protegido especialmente contra las miradas ajenas*.

La doctrina al estudiar y desarrollar dogmáticamente el §201A, rápidamente advirtió que el concepto de domicilio previsto en el tipo no podía ser el mismo que el contemplado en otros preceptos del StGB como por ejemplo, el de allanamiento de morada del §123 que se caracterizaba por la noción de permanencia y

⁹³⁹ §201^a: 1.von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,

⁹⁴⁰ Vid. BVerfGE 101, 361.

⁹⁴¹ Criterio que, precisamente, adopta el art. 197.7 CP: *en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*.

libertad de uso⁹⁴², pues el bien jurídico protegido en el §201A es la intimidad de anclaje constitucional en cuanto se halla conectada con la dignidad y el desarrollo de la propia persona. En definitiva, la conclusión que se puede extraer es la siguiente: el concepto de vivienda del §201 a.1 StGB, al incluirse las habitaciones/dependencias accesorias y los lugares de estancia de corta duración, debe definirse de forma tan amplia como en el allanamiento de morada. Sin embargo, a diferencia del concepto de vivienda del §123.1 StGB, sólo importa la protección fáctica que proporciona la vivienda, de modo que también queda protegido aquél que se encuentra sólo brevemente o sin título alguno en la vivienda⁹⁴³.

En este punto, el gran escollo jurídico se plantearía -y se sigue planteando- en torno a los lugares que han de considerarse merecedores de tener encaje en el tipo cuando este se refiere a aquellos espacios protegidos especialmente contra las miradas ajenas, lo que ha llevado a considerar que el tipo está refiriéndose a lugares como los vestuarios de una

⁹⁴² RAHMLow, M.: "Einzelne Probleme des Straftatbestands der "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen" (§201a StGB)", *HRRS-Ausgaben*, 2005, marzo, 3, p. 85.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 85: "als Ergebnis lässt sich festhalten: Der Begriff der Wohnung in § 201 a Abs. 1 StGB ist unter Einschluss von Nebenräumen und kurzzeitigen Aufenthaltsorten genau so weit zu definieren ist wie beim Hausfriedensbruch. Im Gegensatz zum Wohnungsbegriff des § 123 Abs. 1 StGB kommt es jedoch nur auf den durch die Wohnung bewirkten faktischen Schutz an, sodass auch derjenige geschützt ist, der sich nur kurz oder gar ohne Berechtigung in der Wohnung aufhält".

piscina, probadores de tiendas de ropa, baños públicos o consultas médicas⁹⁴⁴.

Señala RAHMLOW que para la calificación como espacios protegidos especialmente contra las miradas ajenas, más allá de la intención del sujeto, se puede determinar cumplida la exigencia típica tanto porque el espacio haya sido deliberadamente diseñado para la protección frente a indiscreciones ajenas (por ejemplo, una habitación), como por las barreras naturales inherentes al espacio físico (por ejemplo, una cueva)⁹⁴⁵.

En todo caso, el sujeto titular de su intimidad, deberá realizar un comportamiento diligente en su preservación, de lo contrario no se podrá proteger a quien no quiere ser protegido. En atención a lo anterior, se resolvió que la captación de la imagen de quien se muestra tras un amplio ventanal en una oficina no cumple la exigencia de espacio especialmente protegido⁹⁴⁶.

Decíamos que las conductas inicialmente típicas en la tutela penal de la *privacy* a través de la imagen personal se canalizó esencialmente en torno a su captación clandestina y transmisión, sin embargo, el apartado tercero del §201A, ya en su redacción original, introdujo la problemática sobre si se producía una extensión del ámbito de tutela de la

⁹⁴⁴ KÜHL, K, LACKNER, K (et. al): *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar*, Beck, Munchen, 2004, vid. §201A.

⁹⁴⁵ RAHMLOW, M.: "Einzelne Probleme des Straftatbestands der "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen" (§201a StGB)", op. cit., p. 87.

⁹⁴⁶ OLG Karlsruhe, 07 april 2006 - 14 U 134/05. Vid. también LG Mainz, 05 januar 2015- 5 O 170/14.

intimidad, pues a diferencia de los dos primeros (especialmente del segundo) este criminalizaba la puesta a disposición de terceros de la imagen que previamente había sido obtenida con consentimiento del retratado.

Este planteamiento político criminal del apartado tercero del §201a fue criticado por un sector doctrinal por entender que su ubicación sistemática era deficiente, por cuanto la tutela conferida en el Título XV, relativo a la *verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs*, presentaba ahora un tipo de ruptura de la confianza, pero que trascendía de los ya previstos (confidentes necesarios), dado que comportaba que cualquier sujeto que recibiera la imagen quedara obligado por especiales deberes de sigilo⁹⁴⁷.

El legislador consciente de las dificultades que esta regulación de nuevo cuño planteaba⁹⁴⁸, sometió a

⁹⁴⁷ RAHMLow, M.: "Einzelne Probleme des Straftatbestands der "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen" (§201a StGB)", op. cit. pp. 92-93.

Este planteamiento de la legislación germana se extrapoló al derecho español por parte de algunos autores, que ya hemos visto a la hora de distinguir entre la autorización a la toma de imagen y la distribución de la misma. Sin embargo, conviene recordar que en esta importación, obviaron, precisamente, las críticas que la propia doctrina alemana hizo al tipo como era la corrupción del bien jurídico intimidad.

⁹⁴⁸ El problema esencialmente fue el siguiente: dar interpretación al requisito típico de la puesta a disposición de una tercera persona de manera no autorizada.

La síntesis de esta cuestión la expone lúcidamente MEDINA SCHULZ, G.: "La captación no autorizada de imágenes en el derecho penal alemán: el §201A", *Estudios penales y criminológicos*, 2006, núm. 26, pp. 444-445: "Adicionalmente, la norma requiere que la puesta a disposición de terceros no autorizada, ocurra por parte del autor a sabiendas

profunda revisión el precepto, reformándolo y dotándolo de una redacción más prolija en la versión vigente que queda configurado de la siguiente forma⁹⁴⁹:

201a Violación de la intimidad privada mediante la toma de imágenes⁹⁵⁰

(1) Será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa quien:

1. de manera no autorizada, tome o transmita imágenes de otra persona, que se encuentre en una vivienda o en un espacio protegido especialmente contra las miradas ajenas, violando de esta forma la intimidad de la persona fotografiada,

2. de manera no autorizada tome o transmita imágenes de otra persona que pongan de manifiesto su desamparo/indefensión, violando de esta forma la intimidad de la persona fotografiada,

3. a quien utilice o ponga a disposición de una tercera persona una imagen producida por

(wissentlich). Esta exigencia se considera como el elemento fundamental que permite una restricción razonable del campo de aplicación de la disposición, pero cuyo significado es complejo de determinar, puesto que el legislador ha ocupado una fórmula casi ajena a la regulación existente. El sentido que debe darse a la exigencia «a sabiendas no autorizado», no quedó determinado en el proceso parlamentario. De acuerdo al proyecto respectivo, la función era clarificar el carácter del concepto «no autorizado» como elemento del tipo, y el «a sabiendas» estaba destinado a la exclusión del dolo eventual. Por ello, cuál es la extensión del dolo según la que ha de juzgarse la relevancia penal de la conducta resulta ser una cuestión discutible que puede plantearse en dos sentidos. Por una parte, puede entenderse que la exigencia de la norma es tal, que el autor en el caso del inciso tercero debía saber de manera segura que él no posee ninguna autorización para poner la imagen a disposición de terceros, por otra parte, que el autor debía saber que el titular de la imagen no había entregado ninguna autorización expresa”.

⁹⁴⁹ La traducción es nuestra.

⁹⁵⁰ §201a Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen.

un acto de los contemplados en los números 1 o 2, o

4. quien utilice o ponga a disposición de una tercera persona, a sabiendas y de manera no autorizada, una imagen de las previstas en los números 1 y 2 tomada de manera autorizada, violando de esta forma la intimidad de la persona fotografiada.⁹⁵¹

(2) Será castigado con la misma pena, quien, sin estar autorizado, ponga a disposición de un tercero una imagen de otra persona apta para dañar considerablemente la reputación de la persona fotografiada⁹⁵².

(3) Será castigado con pena de prisión de hasta dos años o con multa quien, haga lo siguiente con una fotografía que tenga por objeto la desnudez de otra persona menor de dieciocho años:

1. cree u ofrezca dicha fotografía, para proporcionársela a una tercera persona a cambio de un precio, o

⁹⁵¹ (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1.von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,

2.eine Bildaufnahme, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,

3.eine durch eine Tat nach den Nummern 1 oder 2 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht oder

4.eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nummern 1 oder 2 bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.

⁹⁵² (2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht.

2. consiga dicha fotografía para él o para un tercero a cambio de un precio⁹⁵³

(4) El párrafo 1 número 2, también en relación con los párrafos 1 - número 3 o número 4 -, 2 y 3 no son aplicables a actos que sean llevados a cabo en el ejercicio de intereses legítimos superiores, como el arte o la ciencia, la investigación o la enseñanza, la información sobre sucesos de actualidad, la historia, o con propósitos similares⁹⁵⁴.

(5) Los soportes y los aparatos de toma de imágenes u otros medios técnicos que el actor o partícipe haya utilizado, pueden ser confiscados. El artículo 74 es aplicable⁹⁵⁵.

Vemos, por tanto, como el legislador alemán de 2015⁹⁵⁶, introdujo definitivamente el delito de revelación ilícita a sabiendas y de manera no autorizada de imágenes de otra persona que se encuentre en una vivienda, espacio protegido frente a miradas ajenas o pongan de manifiesto su desamparo o

⁹⁵³ (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat,

1. herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen, oder

2. sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft.

⁹⁵⁴ (4) Absatz 1 Nummer 2, auch in Verbindung mit Absatz 1 Nummer 3 oder Nummer 4, Absatz 2 und 3 gelten nicht für Handlungen, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen, namentlich der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen.

⁹⁵⁵ (5) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

⁹⁵⁶ Vid. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2015 Teil I Nr. 2, ausgegeben zu Bonn am 26. Januar 2015.

indefensión, violando de esta forma la intimidad de la persona fotografiada.

CAPÍTULO XI

LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, COMO CAMBIO DE PARADIGMA EN LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD: EL NUEVO

ART. 197.7 CP

1. SU GESTACIÓN PARLAMENTARIA Y APORTACIONES DESDE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA DOCTRINA

En el Proyecto de Ley Orgánica (121/000065), presentado el 24 de septiembre de 2013, por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se leía en el punto XIV de su Exposición de motivos que: *"Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente artículo 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. 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."*⁹⁵⁷

⁹⁵⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados X Legislatura) de 4 de octubre de 2013.

A este respecto por el prelegislador se propuso la adición a nuestro texto punitivo del apartado 4 bis al art. 197, con el siguiente contenido: *"Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia"*⁹⁵⁸.

Por parte del Consejo Fiscal, en su Informe de 20 de diciembre de 2012 al Anteproyecto de reforma, se valoró, que si bien este tipo de conductas merece reproche penal a fin de proteger la intimidad ante ataques intolerables que se han iniciado con un consentimiento de la víctima y una expresa voluntad de que el mismo no se difunda, conforme la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado del delito contra la integridad moral, las conductas tuteladas por el nuevo precepto podrían tener cabida en este, por lo que no sería estrictamente necesaria su creación «ex novo», creación que por lo demás puede generar nuevos

⁹⁵⁸ Ibid. Como se puede apreciar el contenido idéntico al definitivamente aprobado. La única adición fue el párrafo segundo al añadir: "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."

problemas⁹⁵⁹. El principal era que el ámbito de aplicación del tipo resultaba exiguo, pues "tal cómo se describe la conducta, quedaría fuera de ella la del tercero ajeno al pacto que consigue el material y lo difunde", por ello, "si se entiende imprescindible tipificar expresamente tales conductas, debe aquilatarse la redacción del tipo para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo conductas de idéntica gravedad"⁹⁶⁰.

En cuanto al Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 16 de enero de 2013, convino con el prelegislador en que esa laguna de impunidad debía ser cubierta, para brindar "una mejor tutela al derecho a la intimidad y a la propia imagen, que hoy resulta insuficiente ante las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para atacar el aspecto de la intimidad personal, ante la difusión de grabaciones -

⁹⁵⁹ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 24 de Noviembre, del Código Penal, pp. 201 y ss. La Fiscalía entiende que el art. 173 "operaría como un tipo de recogida o tipo de arrastre (auffrangtatbestand en la terminología alemana), en el sentido de que viene a constituir una forma subsidiaria de todos los delitos en que existe como modalidad de comportamiento un ataque contra el mismo bien jurídico protegido, que entra en juego cuando la conducta enjuiciada no pueda subsumirse en otras figuras más específicas del Código Penal que impliquen también un atentado contra la dignidad moral de otros, de las que existen numerosos ejemplos en otros títulos del Código (SAP Sevilla, sec. 4ª n° 150/2004, de 4 de marzo)."

⁹⁶⁰ Vid. *Ibid.*, p. 205. Las otras dos observaciones son que en la descripción típica se usan "expresiones impropias de una norma legal, por demasiado coloquiales (en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros) y en otros casos se detecta una redacción simplemente descuidada (la intimidad personal de esa persona)".

subrepticias o no- en redes sociales o Internet”⁹⁶¹. Por ello calificó el proyecto de reforma en este punto como necesario y afortunado⁹⁶².

Como propuesta para enmienda, desde el CGPJ se aludió a la preterición de no prever una agravación cuando la víctima fuese “cónyuge o ex cónyuge del sujeto pasivo o persona que conviva o haya convivido con él o mantenga o haya mantenido una relación análoga”⁹⁶³.

Conviene señalar que esta petición no nos deja de causar asombro dado que el delito se introdujo precisamente como medida de protección en el ámbito de VIDO. Quizá hubiera que haber hecho precisamente lo contrario, esto es, acotarlo en los términos que el CGPJ pretendía agravarlo.

Por lo que respecta a la doctrina, en las ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal: “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, destacan en nuestra materia las de los

⁹⁶¹ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, p. 182. Así decían los jueces que “En el actual artículo 197 CP no encuentran protección penal los supuestos de difusión de imágenes en Internet, obtenidas con consentimiento de su titular. Solo si la captación o grabación reúne los elementos del art. 197.1 CP (ausencia del consentimiento) podrá ser considerado delito; sin perjuicio de que en algunos casos puede constituir un delito contra el honor o, en su caso, un ilícito civil de la Ley 1/1982”.

⁹⁶² *Ibíd.*, loc. ult. cit.

⁹⁶³ *Ibíd.*, p. 184.

profesores CARRASCO ANDRINO, MOYA FUENTE, OTERO GONZÁLEZ y MORALES PRATS⁹⁶⁴.

Las tres primeras valoraron "positivamente la incriminación de estas conductas de difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con anuencia de la víctima, pues cubre una laguna de punibilidad"⁹⁶⁵.

La razón, a juicio estas autoras, descansaba en "que las nuevas tecnologías de la comunicación y la información obligan a revisar el contenido del bien jurídico intimidad, vinculado tradicionalmente al concepto de secreto como libertad negativa de exclusión frente a terceros, ampliándolo ahora la derecho a controlar los datos íntimos"⁹⁶⁶.

En cuanto a la técnica legislativa, propusieron de *lege ferenda*:

En primer lugar, "sustituir la expresión imágenes o grabaciones audiovisuales «*que hubiera obtenido*» por la de imágenes o grabaciones audiovisuales «*realizadas por ella o con su anuencia*». De este modo, por si suscitaba dudas interpretativas, se da cabida expresa tanto a los supuestos en los que el sujeto que difunde es el mismo que ha realizado la grabación o captación

⁹⁶⁴ Para facilitar la exposición en este momento únicamente nos limitaremos a exponer sus pareceres jurídicos.

⁹⁶⁵ CARRASCO ANDRINO, M^a. M., MOYA FUENTES, M^a. M. y OTERO GONZÁLEZ, M^a. P.: "Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis CP", en AA. VV.: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (Dir: F. J. Álvarez García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 709.

⁹⁶⁶ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

de las imágenes, como aquellos en que es la propia víctima la que lleva a cabo dicha captación o grabación (supuestos de sexting)”⁹⁶⁷.

En segundo lugar, “sustituir la expresión «o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros» por la de «o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena», por tratarse de una expresión más precisa utilizada ya por nuestra Jurisprudencia constitucional (STC 12/2012, 30-01 y 74/2012, 16-04) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH 25/09/2001 y 28/01/2003) y que sirve para señalar la expectativa razonable de la persona que le resulta suficiente para asegurar la protección de su intimidad”⁹⁶⁸.

En tercer lugar, limitar el tipo a la lesión del núcleo duro de la intimidad: “ideología, religión, creencias, salud y vida sexual, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante un acceso lícito a este bien jurídico, siendo ilícita su posterior difusión, y por tanto, con un desvalor menor que cuando se trata de una captación subrepticia”⁹⁶⁹.

Por último, propusieron aumentar la penalidad, pues a su modo de ver “no parece que la existencia de consentimiento inicial en la captación de imagen o grabación deba suponer tanta rebaja de pena. El marco penológico en los distintos ataques a la intimidad recogidos en los arts. 197 y sigs. CP comienza en un

⁹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 710.

⁹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 711.

⁹⁶⁹ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

año de prisión, tanto cuando se parte de un acceso ilícito o no consentido (art. 197.1 CP: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) como de un acceso lícito o consentido pero grabado con un deber de reserva (art. 199 CP: prisión de uno a tres años y multa seis a doce meses o prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación profesional de dos a seis años). Si además se limita el tipo proyectado, como hemos propuesto, a los aspectos de la intimidad que tienen que ver con su núcleo duro (ideología, religión, creencias, salud y vida sexual) no parece descabellado imponer una pena de prisión de uno a dos años⁹⁷⁰.

Postura radicalmente distinta a las anteriores sería la de MORALES PRATS, que defendió la supresión del precepto, pues "con esta propuesta de reforma se altera el modelo sistemático de incriminación de las conductas ilícitas contra la intimidad por el que optó el Código penal de 1995". Con este cambio de paradigma de política criminal en materia de tutela penal de la intimidad se provoca "una superposición del código penal con los ilícitos civiles en la materia previstos en la LO 1/1982, de 5 de mayo, (LO de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)"⁹⁷¹.

En la presentación en el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley por parte del Ministro de Justicia,

⁹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 712.

⁹⁷¹ MORALES PRATS, F.: "Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis y 203.2-3", en AA. VV.: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (Dir: F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 714.

el sr. Ruiz-Gallardón Jiménez, la referencia al actual art. 197.7 CP fue testimonial e intrascendente, aludiendo lacónicamente a que: "tipificamos la difusión autorizada de imágenes íntimas facilitadas directamente por la persona afectada"⁹⁷².

En la fase de enmiendas al articulado, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, destacan las presentadas por los Grupos Socialista⁹⁷³ y Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC)⁹⁷⁴, proponiéndose en ellas la siguiente redacción⁹⁷⁵: "*Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la víctima, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla realizadas por ella o con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena, cuando*

⁹⁷² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria núm. 15 celebrada el jueves 12 de diciembre de 2013. Puede consultarse online en:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-165.PDF#page=21

Del documento, vid. p. 44.

Se detecta una errata, evidentemente lo que se tipifica es la difusión NO autorizada.

⁹⁷³ Enmienda núm. 678, vid. Boletín Oficial de las cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2014, pp. 444-445.

⁹⁷⁴ Enmienda núm. 202, vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), núm. 475, de 23 febrero de 2015, p. 203.

⁹⁷⁵ Por una cuestión de economía expositiva, pues en esencia ambas enmiendas son idénticas, tomamos la del Grupo Socialista a efectos dialécticos.

la divulgación menoscabe gravemente la intimidad a la que se refiere el párrafo anterior.”⁹⁷⁶

Las principales diferencias pretendidas con el Proyecto eran:

1) Sustituir la expresión original “persona afectada” por la de “víctima”.

2) Concretar que las imágenes o grabaciones audiovisuales de la víctima hayan sido realizadas *por ella o con su anuencia*.

3) En el aspecto circunstancial, matizar la redacción original “(...) o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”, por la siguiente: “o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena”.

La motivación de las enmiendas de ambos grupos descansaba en que *“las nuevas tecnologías obligan a una revisión del contenido del bien jurídico intimidad ampliándolo al derecho a controlar los datos íntimos, incriminando el atentado a la misma en una fase posterior de ataque al bien jurídico: la difusión no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales, aun cuando la captación o grabación se haya realizado con el consentimiento de la víctima.”*

Las anteriores enmiendas tenían especial trascendencia en la diferencia segunda, siendo la

⁹⁷⁶ Ibid., p. 445, para la del Grupo Socialista; y p. 203, para la del Grupo Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC).

primera y la tercera superfluas⁹⁷⁷; pues el debate se intensificaba en torno a la interpretación de la expresión típica actual "de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia". En primer lugar, en el sentido de si se está refiriendo a la preposición "de" en su acepción primera de la RAE en cuanto "denota posesión o pertenencia", es decir, grabaciones de posesión o pertenencia de la víctima; o más generalmente se alude a grabaciones o imágenes sobre ella. Y, en segundo lugar, clarificar los posibles problemas interpretativos que se planteaban en torno a la obtención.

En definitiva, ambos grupos parlamentarios se inclinaban por una concepción del bien jurídico basada en el control de flujo de la información del sujeto,

⁹⁷⁷ La primera es superflua, pues víctima es la persona que sufre los efectos del delito. La víctima no es solo el sujeto pasivo o titular del bien jurídico, que es la víctima más directa, sino también otros perjudicados materiales o morales, directos o indirectos, como familiares, herederos, la empresa, sus integrantes y acreedores, etc.

La persona afectada coincide con el perjudicado por el delito según las previsiones del art. 109 y 110 LECrim, por lo que se está refiriendo al sujeto pasivo del delito o de sus consecuencias perjudiciales. Puede coincidir, por tanto, con el ofendido por el delito o no ser así cuando no sea la víctima del mismo sino quien se ve dañado por circunstancias que acompañan o derivan de su comisión.

Al ser un delito que protege un derecho de la personalidad, considero que toda conducta que no cree un perjuicio al titular del derecho a la intimidad difícilmente podrá colmar el requisito típico de afectar gravemente a la intimidad.

Las definiciones de "víctima" y "perjudicado por el delito" se toman de la primera edición del Diccionario del Español Jurídico, elaborado gracias a un convenio entre el CGPJ y la RAE, cuya consulta puede hacerse online en: <http://dej.rae.es/>.

La tercera es una cuestión de mera estética lingüística.

criminalizando, precisamente, esa pérdida de poder de control de la persona que ve como su "intimidad" se difunde sin su consentimiento. Sin embargo, y a pesar del loable esfuerzo, pocos empeños destinaron a analizar la idoneidad del precepto a enmendar teniendo en cuenta la existencia de la LO 1/1982 y la poca comunión de esta nueva orientación político criminal con los principios penales de *ultima ratio*, mínima intervención penal y taxatividad.

La siguiente enmienda fue la número 823, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, que propuso añadir al texto del proyecto el especial desvalor de la conducta y su agravación punitiva no sólo cuando los hechos se cometan por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, sino también a los casos en que "*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*"⁹⁷⁸.

La enmienda del Partido Popular sería finalmente propuesta a la Comisión para su aceptación, no en cambio las del GPSOE y GPEPC⁹⁷⁹.

El texto definitivo de reforma del Código Penal, como no podía ser de otro modo dada la mayoría del Partido Popular, sería el íntegramente propuesto por este, de manera que en lo sucesivo en España ex art. 197.7 CP se pasó a castigar con una pena de prisión de

⁹⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 535-536.

⁹⁷⁹ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de enero de 2015.

tres meses a un año o multa de seis a doce meses a "el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o 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"⁹⁸⁰.

En cuanto a la comparecencia de autoridades y funcionarios en Comisión durante la tramitación de la reforma del Código Penal son de destacar a nuestro objeto de estudio varias intervenciones.

La del Señor Director de Justicia del Gobierno Vasco, don Manuel Valin López quien sostuvo que "sobre los delitos concretos –por los que se me había preguntado– de acoso, matrimonio forzado, difusión de imágenes no queridas, no estoy tan seguro de que sea necesario, porque el acoso igual podía haberse reconducido a las amenazas, porque en el fondo así lo son. El matrimonio forzoso yo creo que tenía casi cabida en las coacciones, tampoco igual era necesario. Y la difusión de las imágenes habría que tratarla de

⁹⁸⁰ Vid. BOE de 31 de marzo de 2015, en el que se publica la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

otra manera, dado que el delito está pensado para la difusión de imágenes obtenidas con consentimiento, pero insisto en que no he hecho un examen a fondo de la parte especial, y no sé si está perfectamente perfilado el delito"⁹⁸¹.

Por su parte, se muestra partidaria sin mayores consideraciones la Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Sevilla, doña María José Segarra Crespo, al sostener que "me parece bien que se tipifique y se llame la atención sobre determinadas conductas de acoso, la difusión de imágenes relativas a la intimidad. Se está saliendo al paso de una realidad criminológica existente y evidentemente hay muchas cosas interesantes, pero mi idea era que si de algo valía mi presencia aquí era para poner de manifiesto algún aspecto que me parecía necesario retocar o reformar y la ilusión de poder participar en ese proceso"⁹⁸².

Doña María Josep Feliu Morell, secretaria de Relaciones con la Administración de Justicia de la Generalitat de Catalunya y magistrada en servicios especiales, a diferencia de la anterior se mostraría totalmente contraria a su tipificación al sostener que "Se introducen nuevos delitos, como sería el matrimonio forzado, el acecho y hostigamiento, la divulgación no autorizada de grabaciones e imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, que creo que deberían quedar en el ámbito civil, puesto que para eso

⁹⁸¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 542, p. 38.

⁹⁸² *Ibíd.*, pp. 13-14.

está el proceso civil de protección del honor y la intimidad”⁹⁸³.

Especialmente significativa y de interés sería la intervención de la Dra. García Arán, catedrática de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, quien reflexionaría sobre el precepto en los siguientes términos: “parece ser que esto se incluye a raíz del caso de aquella concejala que difundió unas imágenes de contenido sexual a un tercero, y ese tercero las difundió a nuevos terceros distintos del destinatario. Es un comportamiento absolutamente reprobable, pero considerarlo delito con esta ligereza me parece exagerado (...) rompe la sistemática tradicional de los delitos contra la intimidad en el código, que es que dejamos para la Ley de Protección Civil los atentados a la intimidad en general, adonde podrían ir estos comportamientos, y entramos en el Código Penal cuando hay un acceso ilícito a la intimidad o el conocimiento de ese acceso ilícito a la intimidad. Se olvida la protección civil de la imagen y se olvida otra cuestión —esta es una percepción muy personal y reconozco que muy discutible— y es que los ciudadanos adultos deben ser responsables también de asumir los riesgos de la difusión de imágenes propias”⁹⁸⁴

Observamos, pues, que salvo las excepciones aludidas, prácticamente nulo fue el proceso de reflexión en torno a esta nueva orientación político-criminal en materia de protección de la intimidad.

⁹⁸³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 516, p. 6.

⁹⁸⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 503, p. 38.

Este hecho a nuestro juicio descansa esencialmente en dos factores.

En primer lugar, no puede olvidarse que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto una revisión profunda de nuestro texto punitivo modificando cuestiones de orden diario en nuestra práctica forense como es la suspensión-sustitución de las penas, introduciendo nuevos institutos no exentos de polémica como la prisión permanente revisable, o recalibrando importantes delitos como el de apropiación indebida o administración desleal; de forma que el grueso de los debates ha girado en torno a estos extremos. Poco interés había en abordar la cuestión del art. 197.7 CP porque, además de lo que se dirá inmediatamente, cuantitativamente hablando son testimoniales.

En segundo lugar, se introducen nuevas formas delictivas que sacian el ansia punitiva de la sociedad como el delito de *stalking* (art. 172 ter CP) o el de revelación ilícita de imágenes o videos obtenidos con la anuencia de la víctima (197.7 CP), por lo que hay una especie de simpatía generalizada por la criminalización de estas conductas. Lo que responde a la creencia secular de que sólo el derecho penal protege intereses jurídicos y que la pena es el único mecanismo represivo eficaz y eficiente para corregir conductas desordenadas. Porque más allá de los prolijos debates en torno a los fines de la pena, las masas exigen represión penal. Por tanto, asumir políticamente una postura de rechazo a estos nuevos preceptos, no brindaba ningún rédito político.

2. EL CASO OLVIDO HORMIGOS COMO REVULSIVO SOCIAL

En las líneas anteriores hemos visto la gestación parlamentaria del nuevo delito contra la intimidad, sin embargo, el derecho, especialmente el derecho penal, no descansa en una alumbración mística que lleva al legislador a la creación de nuevas figuras delictivas, sino que su existencia está inexorablemente vinculada a la realidad social y a la visión político criminal de quienes hacen las normas⁹⁸⁵.

A finales del verano de 2012, un pueblo de Toledo, los Yébenes, se convertiría en el epicentro del fenómeno sísmico provocado por la difusión in consentida del video erótico de la edil socialista de la Corporación Local, doña Olvido Hormigos.

Los hechos que desataron toda esta polémica consistieron en que a partir del 8 de agosto de 2012, a través de Whatsapp, se comenzó a difundir masivamente un video protagonizado por Olvido Hormigos en el que aparecía semidesnuda masturbándose⁹⁸⁶.

La singularidad del caso era que se trataba de un video por ella misma grabado y voluntariamente enviado al jugador de fútbol del equipo local con el que mantenía una relación⁹⁸⁷, y este posteriormente lo

⁹⁸⁵ Por una cuestión de orden práctica nos referimos únicamente a las democracias occidentales.

⁹⁸⁶ Vid. Redacción: "Olvido Hormigos, concejal de los Yébenes: «Después de los apoyos estoy pensando en no dimitir»", ABC, 6 de septiembre de 2012.

⁹⁸⁷ PÉREZ HERRERA, A.: "Un futbolista que mantenía con la edil una «amistad íntima», acusado de filtrar el video", ABC, 6 de septiembre de 2012.

difundiría sin contar con el consentimiento de la edil⁹⁸⁸.

Las reacciones sociales ante los hechos, que fueron recogidos por la mayoría de los medios de comunicación y objeto de tertulias televisivas y radiofónicas, no se hicieron esperar y el jueves 6 de septiembre de 2012, cuando la concejala socialista se dirigía al pleno municipal, fue recibida en las inmediaciones del Ayuntamiento entre abucheos e insultos⁹⁸⁹ por parte de numerosos vecinos que la esperaban allí para increparla por su conducta y solicitarle que abandonara su acta de concejal⁹⁹⁰.

A pesar de las voces críticas, tanto en el propio municipio como en el plano nacional en general, no faltaron las muestras de apoyo a la concejala a través de Twitter, bajo el hashtag "#olvidonodimitas".

Entre los personajes públicos que manifestaron su apoyo a la edil, encontramos, por ejemplo, a la Vicesecretaria General del PSOE, Elena Valenciano, que publicó en su cuenta Twitter: "No dimitas por eso, Olvido. Ni se te ocurra. Yo apoyo a Olvido Hormigos"; el Secretario General del Grupo Socialista en el Congreso, Eduardo Madina, que señalaría: "Basta ya de

⁹⁸⁸ Redactor, "La concejala Hormigo le mandó el vídeo a su amante", Catalunyapress, 10 de septiembre de 2012.

⁹⁸⁹ Simón, P.: "La concejal del vídeo erótico recibida con gritos de 'puta' y 'zorra' en el pleno", El Mundo, 7 de septiembre de 2012. Puede consultarse en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/06/espana/1346957296.html>.

⁹⁹⁰ Redactor, "Olvido Hormigos, recibida con insultos en el Ayuntamiento de Los Yébenes", Ecodiario, 7 de septiembre de 2012.

esa España de Bernarda Alba, por favor"; el PSOE de Castilla-La Mancha pidió en señal de apoyo "respeto para la concejala de Los Yébenes por una cuestión que entra dentro del más estricto ámbito de su privacidad"; o la Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, escribiría en la red social: "En defensa de tu intimidad. #Olvidonodimitas"⁹⁹¹.

Otros *hashtags* en apoyo de la concejal se sucedieron a lo largo de los días, por ejemplo, el de "#YoTambienMeMasturbo". Y también mensajes como: "para que quede claro #yotambienmemasturbo", por parte de la diputada socialista Patricia Hernández; o "Yo también soy cargo público y #yotambienmemasturbo #OlvidoNoDimitas", publicaría la edil de las Rozas, Cristina Gonzalez⁹⁹².

Incluso también hubo campañas populares masivas de apoyo a la edil a través de plataformas como la de *Change.org* iniciadas por ciudadanos sin relevancia mediática⁹⁹³.

En el plano judicial se incoaron las oportunas diligencias previas para investigar los hechos denunciados por la concejala contra el jugador y el Alcalde de los Yébenes, a quien también denunció por

⁹⁹¹ Prades, J.: "Un Patio de vecindario virtual", El País, de 6 de septiembre de 2012.

⁹⁹² Redactor: "Aluvión de muestras de solidaridad con Olvido", El Mundo, 6 de septiembre de 2012. Puede verse en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/06/espana/1346913889.html>.

⁹⁹³ Por ejemplo: vid. <https://www.change.org/p/no-dimitas-olvido> y <https://www.change.org/p/apoyo-a-olvido>.

dar difusión del vídeo desde el móvil y correo de la Alcaldía.

El Juzgado de Instrucción 1 de Orgaz (Toledo), sin embargo, una vez practicadas las diligencias esenciales dirigidas a la determinación de los hechos y sus autores, mediante auto de 15 de marzo de 2013, acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones por un aparente delito contra la intimidad de Olvido, por considerar que el Código Penal no tipificaba la difusión inconsentida de imágenes o videos obtenidos con el consentimiento de su titular.

Razonaría la juzgadora que sólo si el jugador de futbol hubiera accedido al teléfono móvil de la denunciante sin autorización se podría hablar de un delito contra la intimidad. Y en el caso del alcalde, apuntaría que más allá de un mero reproche ético y social sobre el no le corresponde pronunciarse, aunque lo hubiera hecho no habría incurrido en un delito, pues el vídeo no fue obtenido sin autorización.

En definitiva, siguiendo los tradicionales principios rectores en materia de protección penal de la intimidad, se lee en el auto que "este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad".

Dicha resolución, además de descansar en un sentido común jurídico que exige una interpretación cabal de los tipos penales vigentes al tiempo de los

hechos, era una manifestación del principio de legalidad, ya que el entonces vigente art. 197 CP contemplaba como delito a este respecto, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima, y, por el otro, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada⁹⁹⁴.

Las masas, sin embargo, no daban crédito como el derecho penal podía desproteger a las mujeres que eran víctimas de conductas como la sufrida por la concejala Olvido Hormigos. Y este sentir popular sería recogido por numerosos programas de tertulia televisada y radiofónica que machaconamente se dedicaron a censurar la política criminal del país tachándola de blanda o misógina. De hecho, tampoco faltaron los políticos españoles que al calor de la tensión popular vigente llegaron a hacer declaraciones públicas calificando como "sexista" la protección que el Código Penal realizaba de la intimidad.

⁹⁹⁴ En la doctrina este parecer era unánime, por ejemplo, vid. VALEIJE ÁLVAREZ, I.: "Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento", en AA.VV.: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (coord. por J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, E. ORTS BERENQUER Y M. LUISA CUERDA ARNAU), Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1865 y ss; o MARTÍNEZ OTERO, J.M.: "El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento", *Diario la Ley*, 2014, N° 8234: "la persona que recibe el sexting del protagonista y procede a reenviarlo sin su permiso, no realiza la conducta típica. Por su parte, quien, sin ser el primer difusor, lleva a cabo ulteriores divulgaciones del sexting, tampoco tiene responsabilidad penal alguna".

Todo este bullicio político-criminal desencadenó que desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se propusiera al Ministerio de Justicia la previsión en nuestro código penal de un delito de difusión in consentida de imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima.

3. LA DIFUSIÓN INCONSENTIDA DE IMÁGENES Y VIDEOS CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2015: LA BÚSQUEDA DE UNA RESPUESTA PUNITIVA DESDE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR, INTEGRIDAD MORAL Y LESIONES PSÍQUICAS

A pesar de la trascendencia social alcanzada a propósito del caso Olvido Hormigos, como acertadamente pone de relieve PAZ LLORIA, la general difusión in consentida de imágenes "no es un fenómeno novedoso, y los tribunales se han visto enfrentados a situaciones de difusión de imágenes que no han podido ser castigadas por la vía del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197, precisamente porque cuando la toma de imágenes es consentida lleva a la atipicidad de la conducta, al ser la falta de autorización un elemento esencial del tipo y la intimidad un bien jurídico disponible"⁹⁹⁵, lo que no significa, sin embargo, que por parte de nuestros tribunales dichas conductas no hayan sido sancionadas si han menoscabado bienes jurídicos protegidos por otros tipos que el legislador si ha considerado ser merecedores de regulación penal. Y, en todo caso,

⁹⁹⁵ LLORIA GARCÍA, P.: "La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013", Elderecho.com, 11 de octubre de 2013.

resarcidas civilmente por una vulneración de la intimidad o propia imagen al amparo de la LO 1/1982.

Una de las resoluciones más significativas en este ámbito fue la dictada por la Audiencia Provincial de Lleida el 25 de febrero de 2004⁹⁹⁶, cuyos hechos en esencia fueron los siguientes: Una pareja decide grabarse manteniendo relaciones sexuales, y posteriormente un partenaire sin el consentimiento del otro divulga el video.

Sobre este sustrato material el Juzgador en primera instancia se vio obligado a no apreciar el acomodo típico de la conducta en el art. 197.1 CP, pues las conductas previstas en este artículo eran las de apoderamiento, interceptación y uso, por lo que en este caso el acceso lícito y difusión ilícita suponía una conducta ajena al derecho penal y que por mandato del art. 4 CP impedía dictar sentencia condenatoria.

Por parte de la acusación particular se interesó en apelación la aplicación del art. 197.3° CP, sin embargo, la pretensión decaería por las mismas razones, pues "tal falta de consentimiento respecto de la difusión de las imágenes tampoco puede fundamentar la aplicación del subtipo penal previsto en el art. 197.3° del Código penal en que se castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores del mismo precepto; por tanto, el presupuesto de la aplicación de dicho subtipo agravado es la comisión de los delitos cometidos en los tipos penales básicos del pfo. 1° o del pfo. 2° del citado precepto, es decir, en cuanto a

⁹⁹⁶ SAP Lleida 20 febrero 2004 (TOL 361.094).

lo que aquí concierne, sería preciso que las imágenes difundidas a terceros a través de la cinta de video hubieran sido grabadas sin el consentimiento de la querellante, a diferencia de lo sucedido, y por el mismo motivo tampoco procede la aplicación del subtipo previsto en el pfo. 5º del citado precepto”.

Ante esta realidad jurídica, la Audiencia únicamente podía recriminar en el plano moral la conducta del acusado (“pesar de lo reprobable de la conducta del acusado la difusión de la cinta de vídeo por el mismo”), pues por lo que respectaba a la posible comisión de un delito contra la intimidad, la conducta debía quedar impune.

Diferente suerte alcanzaría la pretensión punitiva subsidiaria de la acusación que interesó la condena por un delito de injurias graves con publicidad, pues razonaría la AP que “si ésta nunca hubiera salido del ámbito de intimidad de las dos personas que participaron en el acto sexual grabado no existiría delito; y precisamente, el acusado pudo conseguir sacar de ese ámbito privado la cinta de vídeo y darle publicidad aprovechándose de la relación de confianza con su ex compañera sentimental, quien por esa especial relación le permitió que se quedara con la cinta de video después de grabada, sin duda porque confiaba en que el acusado no la difundiría, no siendo de esperar partiendo de la relación sentimental entre ambos acto de tal vileza en que el acusado defraudó dicha confianza propia de esa relación propagando la cinta y emitiendo comentarios ofensivos tales como «vols veure un video porno amb la porca de la meva ex»”.

La calificación jurídica de los hechos por parte de la Audiencia Provincial fue acertada porque la expresión "la porca de la meva ex" (la cerda de mi ex) es manifiestamente injuriosa en el contexto en que se usó.

El problema es que de no haber utilizado el sujeto activo esa expresión, a mi juicio, la conducta del acusado no habría sido constitutiva de un delito de injurias, pues el hecho de difundir grabaciones manteniendo relaciones sexuales en un contexto de normalidad ha de ser criminalmente irrelevante desde el punto de vista de la tutela penal del honor, pudiendo, por supuesto, recabar la oportuna protección civil.

En este sentido, no existirá lesión del honor de la persona afectada siempre que no aparezcan prácticas que conforme a la realidad social del momento hagan desmerecer su propia estima. Siendo que, además de la propia apreciación subjetiva de la persona afectada, el derecho penal exige un parámetro de objetividad elemental respecto de la ofensividad que necesariamente habrá de venir marcado por el estándar de la realidad y contexto histórico del momento⁹⁹⁷, así el art. 208 CP dice que "solamente serán constitutivas de delito las

⁹⁹⁷ El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su artículo 18.1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegido por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión (STC 185/1989, de 13 de noviembre (RTC 1989, 185; 170/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 170)).

injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves". Sin perjuicio, de no superar el plus de gravedad típicamente exigido, de la posible comisión de un delito de injurias en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 173.4 CP.

Imaginemos que en el vídeo apareciera la práctica de parafilias socialmente censuradas o desaprobadas, como pudiera ser la zoofilia. Resultaría evidente según las normas, valores e ideas sociales vigentes que dichas conductas, de ser difundidas, afectarían negativamente a su reputación y buen nombre.

Otro supuesto penalmente relevante respecto de la tutela del honor sería aquel en que la difusión del vídeo tuviera como finalidad la avergonzar a una persona ante la revelación de una determinada característica física que conforme a los cánones exigidos pudiera causar sonrojo o vergüenza.

Así las cosas, no parece entonces que la simple difusión de una imagen o vídeo erótico de suyo suponga la lesión grave del bien jurídico exigida por la norma penal.

Un caso con ciertas similitudes al anterior es el que resolvió el TS en su Sentencia 474/2011 de 23 de mayo de 2011⁹⁹⁸, en el que "el acusado remitió a una amiga y compañera de clase de la víctima unas fotos en

⁹⁹⁸ STS 20 febrero 2004 (TOL 361.094).

la que esta aparecía desnuda⁹⁹⁹. Sin embargo, tal conducta, según se expresa en la narración fáctica, la perpetró el acusado con el propósito de desprestigiarla y de perjudicarla ante terceras personas próximas, según se desprende del texto que acompañaba las fotos ("para que veas lo guarra y puta que es"). No se trataba, pues, de ejecutar una conducta humillante o envilecedora sobre el propio cuerpo de la víctima degradándola en su dignidad como persona. Sino que pretendía dar a conocer que era una persona que hacía o se dejaba hacer fotos de esa naturaleza (sobre las zonas íntimas de su cuerpo), descubriendo así el acusado una parte íntima de su personalidad que podía menoscabar su reputación o su buena fama ante sus amistades y conocidos. Se considera, por tanto, que el acusado no atentó de forma directa con actos de humillación o envilecimiento contra la persona de la acusada menoscabando de forma grave su integridad moral, pues no puede afirmarse que la redujera con su conducta a la categoría de cosa privándola severamente de su dignidad. Más bien se valió de una vía indirecta y menos intensa, cual es la de desprestigiarla ante terceras personas vilipendiando su buena fama o reputación, circunstancias que llevan a subsumir la conducta del acusado en el tipo penal de las injurias, tal como ha decidido certeramente la Sala de instancia".

Si bien es cierto que en el último caso concurre la especial circunstancia de que estábamos ante una menor de dieciséis años de edad, el debate se planteó,

⁹⁹⁹ Las imágenes, según los hechos probados, se las hizo llegar la víctima sin mediar ningún tipo de presión, coacción o acceso ilícito.

según se ha podido leer, en torno a si la conducta era constitutiva o no de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP. Petición que no prosperaría por cuanto la conducta "no se produjo directamente sobre el cuerpo de la persona de la víctima sino a través de terceros ante los que trata de desprestigiarla, dado el desprestigio social que supone exhibir unas fotos que, al aparecer desnuda Emilia, pueden comprometerla ante sus amistades y familiares. Por lo cual, ha de verse en tal conducta un propósito tendencial infamatorio que pretende atentar contra la estimación que sobre Emilia pudieran tener otras personas, circunstancia que llevan a la Sala a subsumir la conducta en el tipo penal de las injurias graves sin publicidad, en lugar del tipo penal de trato degradante".

Por nuestra parte, coincidimos en el fallo de nuestro Alto Tribunal, aunque con matices que merecen ser explicitados.

Vaya por delante que, en primer lugar, las expresiones "para que veas lo guarra y puta que es" que profesa el condenado en el envío de la fotografía de la víctima desnuda, contiene lo que la jurisprudencia ha calificado como *expresiones intrínsecamente injuriosas*, y a la vez demostrativas del *animus injuriandi* tendente a lesionar la propia estima del afectado¹⁰⁰⁰. Y, en segundo lugar, que la víctima es menor de edad por lo que la mera y simple exhibición de su cuerpo desnudo sí

¹⁰⁰⁰ Así, por ejemplo, la STS 28 mayo 1999 (ES:TS:1999:3726) consideró que es intrínsecamente injuriosa la expresión: "eres un hijo de puta, me cago en todos tus muertos, socialista de mierda, llevas todos los números pues no sabes quién soy".

que podría llegar a ser constitutivo *per se* de un delito de injurias dado que, según el común sentir actual, respecto de un menor su mera exhibición desnudo sí que comportaría un menoscabo de su propia estima susceptible de ser penalmente relevante.

Ahora bien, no así ocurrirá para el caso de que la víctima sea mayor de edad y la conducta sea la mera exhibición de una fotografía desnuda en circunstancias ordinarias. En el caso concreto, precisamente, resulta correcta la acomodación típica (prescindiendo ahora del hecho de ser menor de edad) por la expresión contenida en el mensaje de envío de la fotografía, y no por esta en sí.

Otras veces se ha intentado también dar respuesta punitiva a la difusión ilícita de imágenes íntimas acudiendo a las lesiones psíquicas. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la SAP Oviedo 22 junio 2017¹⁰⁰¹, cuyos hechos objeto de enjuiciamiento consistieron en que un exfutbolista del Real Avilés difundió un video erótico de su pareja que acabó circulando masivamente a través de redes sociales y *Whatsapp*. La víctima al tener conocimiento de la divulgación, sufrió padecimientos psicológicos que desencadenaron cuadro de ansiedad con baja laboral y la necesidad de terapia para la curación del trastorno derivado de la situación estresante por la difusión del video. Extremos estos que fueron probados en el plenario a través de los partes de asistencia cínica y el informe pericial ratificado por el forense.

¹⁰⁰¹ SAP Oviedo 22 junio 2017 (ES:APO:2017:1750).

Ante estos hechos la Audiencia Provincial entendió que la difusión no podía tener otra finalidad que la burla y el propósito de hacer daño a la coparticipante de las escenas, determinando la existencia de nexo de causalidad entre la difusión del vídeo y los padecimientos de la perjudicada de los que era responsable el exfutbolista, por lo que se le condenó a la pena de 1 año de prisión por un delito de lesiones psíquicas.

4. EL DELITO CONTRA LA INTIMIDAD COMETIDO A TRAVÉS DE LA DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN A TERCEROS DE IMÁGENES O GRABACIONES AUDIOVISUALES OBTENIDAS LÍCITAMENTE DE LA VÍCTIMA (ART. 197.7 CP)

a. Algunas precisiones introductorias sobre el ámbito de incriminación y el objeto formal

De manera reiterada se ha dicho por muchos que el nuevo art. 197.7 CP criminaliza el *sexting*. Esta afirmación exige ser matizada.

El término *sexting*, morfológicamente, viene de la contracción de las palabras anglosajonas *sex* y *texting*, y es definido como *las comunicaciones de contenido sexual que incluyen tanto mensajes de texto como imágenes que son transmitidas empleando teléfonos móviles y otros medios electrónicos*¹⁰⁰².

¹⁰⁰² La definición que se toma es la ofrecida en el trabajo de VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Sexting: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España", *Revista General de Derecho Penal*, 2016, núm. 25, p. 2. En él, la autora efectúa un prolijo análisis del fenómeno del *sexting*.

A su vez, dentro del *sexting* como conducta, se distingue entre el primario y el secundario.

El *sexting* primario se refiere a la producción o autoproducción de la imagen, mientras que el secundario a su difusión¹⁰⁰³.

En consecuencia, referirse al delito de *sexting* es un *boutade* y altamente impreciso porque el art. 197.7 CP se construye genéricamente sobre la revelación in consentida de imágenes o videos obtenidos con la anuencia de la víctima.

El *sexting* es una conducta inocua según el derecho vigente¹⁰⁰⁴, pues ninguna nocividad social (*schädlichkeit*) hay en el hecho que personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar, desarrollen su sexualidad a través del envío de mensajes o imágenes eróticas.

Si el Derecho penal ha de aspirar a proteger bienes jurídicos en la medida que son lesionados, no parece que según los valores nacionales el *sexting* como fenómeno general pueda ser delito. Y así lo ha entendido el legislador. En consecuencia, no puede hablarse de un delito de *sexting*. Cuestión distinta es que en su práctica aparezcan pragmas conflictivos que puedan llegar a ser constitutivos de un delito del art. 197.7 CP.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, loc. ult. cit. Como señala la autora también se puede distinguir entre *sexting* experimental y agravado, pero que a efectos discursivos nuestros no introducimos la cuestión porque sería desviarnos del tema.

¹⁰⁰⁴ Obviamos cualquier debate moral sobre la cuestión porque sería desviarnos del tema.

Aludir a los fenómenos susceptibles de tener reconocimiento en el tipo para así bautizar al delito es una tarea ociosa, pues lo importante a este respecto no es si el sexting, revengeporn, sextorsión, etc., han sido autónomamente criminalizados, sino que el 197.7 CP prevé un injusto concreto que puede ocurrir en el marco de indefinidos ámbitos, y uno de ellos, posiblemente el más significativo en términos cuantitativos y cualitativos, es el sexting.

En todo caso, nos encontramos ante un tipo que presenta la misma estructura que la prevista para el delito de revelación de secreto profesional/laboral: acceso lícito y difusión ilícita. Se trata, por tanto, de un delito de indiscreción basado en la idea de conocimiento lícito de la intimidad de un tercero que *facilita*¹⁰⁰⁵ voluntariamente una imagen suya.

Con esta nueva orientación político criminal el legislador ha mutado el tradicional criterio orientador de los delitos de infracción de los deberes de reserva y sigilo, hasta ahora comprendidos desde la esfera de la confidencialidad o *vertrauensphäre*, para poder elevar al estatus de confidente penalmente obligado al sigilo a cualquier ciudadano que de un acto libre y voluntario de un tercero, obtiene una imagen de las típicamente relevantes.

Se puede afirmar entonces que con la entrada en vigor de este nuevo precepto, todos somos potenciales confidentes penalmente obligados al sigilo, ya que la

¹⁰⁰⁵ Utilizamos el verbo facilitar que es el mismo que utilizó el Sr. Ministro de Justicia en la defensa del anteproyecto legislativo.

norma no exige que en el sujeto activo deba concurrir una determinada característica o condición más allá de la lícita obtención de la imagen típica.

Respecto de esta extraordinaria expansión de los deberes penales de sigilo, lo que podría haber sido un mecanismo de acotamiento delictual para paliar la expansión punitiva -me refiero a la relación entre sujeto activo y pasivo-, es utilizado para configurar el tipo agravado. Así el párrafo segundo del art. 197.7 CP establece que se impondrá la pena del tipo básico (párrafo primero) en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o 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.

En cuanto al ámbito de incriminación del tipo, existe una corriente interpretativa que considerara que este queda restringido a los casos en que el sujeto pasivo permite la captación de la imagen por el sujeto activo en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Es decir, que es el sujeto activo quien capta la imagen, de manera que sería atípica la divulgación cuando la imagen es captada por la propia víctima (por ejemplo, *un selfie*).

Según esta postura, que el tenor del tipo exprese "hubiera obtenido con su anuencia", supone el consentimiento del sujeto pasivo. Y consentir significa permitir algo, de forma tal que el delito solo podría cometerlo quien ha obtenido imágenes o grabaciones audiovisuales porque la víctima así lo ha consentido.

En consecuencia, según los defensores de esta tesis, el caso Olvido Hormigos seguiría siendo atípico porque se trataría de un video erótico grabado por ella misma sin mediar en su captación anuencia o consentimiento alguno¹⁰⁰⁶.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, señala que, además de lo anterior, hay otra razón más para acoger este criterio y es que "si se incluyera en la interpretación del término la recepción, no tendría sentido hacer

¹⁰⁰⁶ En esta línea interpretativa puede verse la SAP Barcelona 24 abril 2017 (JUR 2017\151220), que sigue los razonamientos expuestos.

En la doctrina vid:

CASTELLÓ NICÁS, N.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor", en AA.VV.: *Estudios sobre el Código Penal reformado* (dir. por. L. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2015, p. 503.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: "El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos", *Derecho y Proceso penal*, 2014, núm. 35, quien señala la paradoja que provoca que la reforma surja con ocasión del Caso Olvido Hormigos y, sin embargo, la conducta siga siendo atípica.

Aunque admite esta postura, se muestra crítica GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2015, núm. 13, pp. 69-70.

Aunque no está claro el posicionamiento de MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 222, parece que finalmente se inclina por esta línea interpretativa, pues dice: "cuando se trata de la grabación de un acto de la intimidad realizado individualmente, pero transmitido posteriormente a otra persona para que sea sólo ésta la que tenga acceso a la misma (por ej. la autograbación con un móvil de una masturbación mandada luego al amante que la divulgó entre sus amistades), de la actual redacción del apartado 7 no se deduce de un modo claro que este hecho entre dentro de su ámbito, pues parece referirse sólo a casos en los que el que difunde la grabación ha participado también en la misma".

referencia a un lugar, pues un mensaje se puede recibir en cualquier sitio, y no es preciso un determinado ambiente. Si se admitiera la misma, se daría el caso de que la conducta divulgadora de quien recibe las imágenes sería típica o no dependiendo de si el mensaje lo ha recibido en un lugar privado o en la calle, lo que no sólo no parece muy razonable, sino que supondría una interpretación extensiva que vulneraría el principio de legalidad¹⁰⁰⁷.

Esta postura delimitadora del ámbito de incriminación, en último término -señalan- se vería reforzada porque durante la tramitación parlamentaria la enmienda del PSOE que hacía referencia expresa a las imágenes o grabaciones realizadas directamente por la persona afectada, fue rechazada. Y de este rechazo, sumado a las razones apuntadas, concluyen que el tipo rechaza incriminar los supuestos en que la víctima entrega la imagen.

A pesar de la razonabilidad de los argumentos anteriores, no parece que el precepto pueda ser interpretado de tal forma que queden excluidos los casos en que las imágenes son captadas y enviadas voluntariamente por el propio titular del bien jurídico al sujeto activo, pues dicha interpretación sería contraria a la *mens legis* comportando una total y absoluta desnaturalización de la *ratio essendi* del precepto.

¹⁰⁰⁷ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: "El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos", op. cit.

En primer lugar, que el Partido Popular, con mayoría absoluta entonces, rechazara la enmienda del Partido Socialista Obrero Español no responde a un proceso de reflexión, diálogo o debate jurídico en torno a diferentes interpretaciones del tipo, sino a un acto de exhibición de fuerza política.

La enmienda del grupo socialista -y de Entesa pel Progrés de Catalunya- se rechazó porque estaba planteada por un rival político, no porque modificara el ámbito de incriminación del precepto. Es más, el propio Ministro de Justicia, el Sr. Ruiz Gallardón, tal y como hemos visto, en la defensa del texto propuesto dijo expresamente "tipificamos la difusión no autorizada de imágenes íntimas facilitadas directamente por la persona afectada". Y facilitar -el verbo utilizado por el Ministro- es precisamente proporcionar o entregar.

De hecho, la enmienda socialista no buscaba alterar la *ratio essendi* del precepto o modificar el ámbito de incriminación del precepto -que estaba meridianamente claro en cuanto respondía a lo que la sociedad española en masa buscaba-, sino simplemente facilitar su comprensión para evitar debates innecesarios, pues todo el Congreso de los Diputados era consciente que el nuevo precepto estaba dirigido a criminalizar las lagunas punitivas de la difusión in consentida de sexting, es decir, dar respuesta jurídico penal a los casos como el de Olvido Hormigos.

En segundo lugar, desde la perspectiva del desvalor del acto, el foco de ilicitud arranca en los verbos típicos de *difundir*, *revelar* o *ceder* que son los

que realmente conducen a la producción de un resultado desvalorado o desaprobado, y, por consiguiente, como señala MORALES PRATS, la obtención con anuencia de las imágenes o grabaciones no queda limitada en el tipo y puede haberse realizado previa entrega o envío por parte del titular de las mismas¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁸ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit. p. 1469.

A favor de esta postura también:

COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal* (dir. POR J.L. GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 638.: "El legislador ha limitado el círculo de posibles autores a aquel o aquellos que efectivamente hayan captado o recibido la imagen directamente de la víctima, bien porque directamente el sujeto pasivo haya realizado la captura de la fotografía o la grabación audiovisual, bien porque haya sido la propia víctima la que le haya proporcionado una u otra".

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: "Aspectos sustantivos y procesales del nuevo delito contra la intimidad del art. 197.7 del Código Penal", *Práctica penal: cuaderno jurídico*, 2016, núm. 85: "El sujeto activo ha de tener un acceso legítimo a la imágenes; bien porque las haya captado con el consentimiento o anuencia del sujeto pasivo; bien porque este se las haya cedido".

DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 529.

A favor de esta postura puede verse la SAP Valencia 25 noviembre 2016 (ARP 2016\1467). Los hechos objeto de interés del caso son "Vigente la relación, Graciela remitió varias fotografías íntimas al acusado, el cual, una vez finalizada la relación, envió a la madre de Graciela una fotografía en la que aparecía desnuda", y sobre estos razona la Audiencia que con el nuevo precepto, vigente al tiempo de los hechos, "Se tipifica el hecho de 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. Que no es más que lo que ocurrió cuando el acusado envió la foto de Graciela desnuda a su madre, hecho reconocido por él".

En tercer lugar, se puede objetar al argumento de Olmo Fernández-Delgado, que, precisamente, la restricción en el ámbito espacial se refiriere en todo caso a la imagen en sí y no al lugar en que se recibe. La alusión a *cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*, es demostrativa que se quiere tutelar la expectativa de intimidad del sujeto pasivo que es buscada desde el mismo momento que la imagen típica está contextualizada espacialmente en el domicilio o en un lugar ajeno a la mirada de terceros¹⁰⁰⁹.

En cuarto lugar, quienes efectúan la interpretación del tenor del art. 197.7 CP de forma tan limitada, no advierten que el verbo típico obtener (*hubiera obtenido*) en modo alguno comporta grabar o fotografiar¹⁰¹⁰, pues este significa *alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende*¹⁰¹¹.

A efectos dialécticos expondré unos hechos hipotéticos que aun teniendo encaje en el tipo según la concepción restrictiva del precepto, los seguidores de esta se verían obligados a rechazar por sus propios términos, y, en consecuencia, por reducción al absurdo comporta tener que descartar su postura.

¹⁰⁰⁹ Vid. epígrafe la intimidad como expectativa: STC 7/2014, de 27 enero.

¹⁰¹⁰ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: "El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos", op. cit.: "el sujeto ha de obtener las imágenes por sí mismo, es decir, ha de estar presente en la captación de las mismas, grabando o fotografiando, pues el artículo parece exigir su presencia física en ese lugar privado, consiguiendo él las imágenes con consentimiento para después divulgarlas sin el mismo".

¹⁰¹¹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

El caso sería el siguiente: X se fotografía a sí mismo masturbándose en el dormitorio de su domicilio. X decide imprimir dichas imágenes en papel y almacenarlas en un álbum fotográfico. X inicia una relación de afectividad con Z. Vigente la relación, un día X exhibe las imágenes eróticas a Z, y este, al verlas, le solicita a X guardarse una de ellas para aumentar su lívido en momentos de soledad. Tras la ruptura, Z decide escanear la imagen y darle difusión a través de redes sociales.

De este supuesto de hecho ficticio se evidencia, por un lado, que el sujeto activo ha obtenido la imagen con la anuencia del sujeto pasivo, y, por el otro, que la captación de la imagen fue efectuada por el propio sujeto pasivo en un momento anterior y que este mismo con su anuencia ha permitido obtener al sujeto activo la imagen.

Todo lo dicho son razones suficientes que nos llevan a concluir que el ámbito de incriminación del precepto abarca tanto los supuestos en que el sujeto activo obtiene la imagen porque la capta directamente del sujeto pasivo, como aquellos en los que el sujeto pasivo se la entrega al sujeto activo.

Respecto del bien jurídico protegido, podría pensarse que dada la estructura del tipo, además del derecho a la intimidad del sujeto pasivo, también se estaría tutelado la confianza depositada en el receptor de la imagen¹⁰¹².

¹⁰¹² KÜHL, K.: "Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen", AfP, 2004, núm. 3, p. 185. También puede verse KÜHL, K, LACKNER, K (et. al): *Strafgesetzbuch: StGB*,

La respuesta, sin embargo, ha de ser negativa. En primer lugar, porque la expresión "*sin autorización de la persona afectada*" en relación con la exigencia del resultado típico "*cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal*", evidencia que lo que el legislador quiere proteger es la faceta positiva de la intimidad, esto es, el poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado del sujeto pasivo y su familia. Y, en segundo lugar, porque desde el momento en que el tipo convierte en potencial confidente obligado al sigilo a cualquier persona con independencia de la relación previa que le una con el sujeto pasivo, la confianza carece de significado propio como para reconocerla como objeto formal. Difícilmente podrá hablarse de confianza, por ejemplo, entre dos personas totalmente desconocidas cuya única vinculación empieza y termina en un encuentro sexual asilado en el que tiene lugar la cesión de la imagen.

Kommentar, op. cit. Rn 8. La solución a la que llegaría la doctrina alemana es que el bien jurídico tutelado es la vida privada, y no la confianza, en cuanto el titular de la imagen posee el derecho a excluir a tercer de su conocimiento, lo se ve reforzado por la exigencia típica "no autorizado".

También puede verse el trabajo de ANDRADE, M.C: "A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal (esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo", *Revista Jurídica*, 2012, núm. 15, pp. 173-181, sobre las imbricaciones con la propia imagen. No obstante, en el caso español -o alemán-, a diferencia del portugués (vid. art. 199.2º del CP luso e ibíd. p. 181), el legislador descarta que la propia imagen sea el bien jurídico protegido, pues las imágenes únicamente constituye el objeto material apto para lesionar la intimidad del sujeto pasivo.

b. Escisión y estructura del tipo

El art. 197.7 CP está organizado en torno a dos párrafos. El primero prevé el tipo básico de *infracción genérica de los deberes de discreción respecto de imágenes o grabaciones audiovisuales*¹⁰¹³, o de *difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento de la víctima*¹⁰¹⁴. Y el segundo, su agravación por razones del sujeto pasivo o finalidad del sujeto activo.

Sin embargo, causa perplejidad el planteamiento de QUERALT, quien, más allá de la sorprendente denominación utilizada (*divulgación de secreto consentido*), sostiene que el art. 197.7 CP es un tipo atenuado que incorpora en su párrafo primero el tipo básico y en el segundo el tipo agravado¹⁰¹⁵.

Lo cierto es que no alcanzamos a comprender que quiere significar el autor cuando indica que el art. 197.7 CP es un *tipo atenuado*. Tampoco él lo aclara. En un esfuerzo interpretativo, quizá hable de tipo

¹⁰¹³ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1467.

¹⁰¹⁴ COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)", op. cit., p. 635.

¹⁰¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 312.

No podemos estar de acuerdo en la denominación que hace del delito: "divulgación de secreto consentido". Y ello porque la noción de secreto, además de inveterada y superada por la comprensión garantista de la *privacy*, es un elemento instrumental vacío de contenido. Incluso admitiendo que el delito no está dirigido a tutelar más secretos que los personales, resultaría superfluo dado que todo secreto personal está bajo el abrigo de la intimidad personal.

atenuado porque la lesión del bien jurídico intimidad (especialmente en el desvalor de la conducta) es menor que en otros casos, pues en el Capítulo de su obra que analiza los delitos contra la intimidad de las personas, dedica el epígrafe 7 al "tipo atenuado en razón a la peligrosidad de la violación del secreto (art. 197.4 A 6.)", y el epígrafe 8 al "tipo atenuado: divulgación de secreto consentido (art. 197.7)". Es más, su reflexión sobre el precepto: *"las dudas sobre la legitimidad de este castigo, debido únicamente a un caso aireado mediáticamente -caso Hormigos- las manifiesta el propio legislador al castigarlo con una pena de poco relieve. Parece una muestra de punitivismo oportunista, derivado de noticias difundidas en televisión"*, podría reforzar la idea de que el autor quiere significar que estamos ante un tipo más atenuado desde el punto de vista de la punición de las agresiones a la intimidad personal, lo cual es cierto.

Sea como fuere, asumiendo nosotros un planteamiento más ortodoxo y reconociendo autonomía y sustantividad propia al delito previsto en el art. 197.7 CP, puede decirse que el primer párrafo prevé el tipo básico castigando alternativamente las conductas de difusión, revelación o cesión no autorizada a terceros de las imágenes que hubiera obtenido el sujeto activo con anuencia del sujeto pasivo en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. Siendo su conminación punitiva también alternativa, pues las penas a imponer son prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses.

El tipo básico es, por tanto, mixto alternativo. Y se estructura en torno a un pragmata cuyos elementos quedan engarzados componiendo la ontología del injusto. En primer lugar, el sujeto pasivo obtiene consentidamente del sujeto activo una imagen (típica). En segundo lugar, el sujeto activo la difunde, revela o cede in consentidamente a terceros. Y, en tercer lugar, la divulgación menoscaba gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo¹⁰¹⁶.

El segundo párrafo prevé, por un lado, una agravación por razón de la persona, concretamente cuando: (1) los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; (2) la víctima fuera menor de edad, o (3) una persona con discapacidad. Y, por el otro, cuando (4) los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

c. Conducta típica

Si dividimos el tipo en los momentos en que tienen lugar los elementos engarzados, el primero estaría significado por la conducta de obtención¹⁰¹⁷, y, el segundo, por la difusión, revelación o cesión¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁶ A pesar del componente axiológico que encierra el requisito resultadístico de menoscabar gravemente la intimidad, lo cierto es que aunque tenga que ser así declarado por el juzgador, exige necesariamente su existencia real para la consumación del injusto.

¹⁰¹⁷ Vid., respecto de la obtención, lo expuesto al analizar el ámbito de incriminación del precepto.

¹⁰¹⁸ Vid. respecto del delito contra la intimidad cometido a través de la difusión, revelación o cesión a terceros de información ilícitamente obtenida por un tercero,

Todas las conductas ya han sido analizadas, por lo que abordarlas ahora sería totalmente ocioso, especialmente las de difusión, revelación y cesión que son las también previstas para el delito del art. 197.3.II CP.

En todo caso, difundir, revelar o ceder es equiparable a divulgar. Y esto ha de ser así porque precisamente la última etapa del iter del precepto explícita "cuando la divulgación...", lo que evidencia que el legislador equipara, o simplemente refunde las tres acciones y efectos de dichos verbos transitivos, en una solo: divulgación¹⁰¹⁹. Lo cual es lógico si se tiene en cuenta que el denominador común de los verbos difundir, revelar y ceder es la divulgación, entendida esta como la comunicación de la imagen a una o más personas¹⁰²⁰.

d. Objeto material del delito

i. Configuración

El objeto material son las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas lícitamente de la persona

el epígrafe relativo a las conductas típicas, en él se analizan todas ellas.

¹⁰¹⁹ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit. Divulgación es la acción o efecto de divulgar. Y divulgar supone publicar, extender, poner al alcance del público algo.

¹⁰²⁰ Vid. sobre esta idea LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 224.

afectada en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

Por tanto, el objeto material como ente real estará vinculado a la verificación de dos notas adjetivas. Que sea una imagen o grabación audiovisual, obtenida (1) lícitamente de su titular, (2) y en un espacio físico fuera del alcance de la mirada de terceros.

ii. Imagen o grabación audiovisual

Por imagen hemos de entender una representación reconocible de la persona titular. Más concretamente, una expresión corporal del individuo que queda reservada a la libre disponibilidad de su titular¹⁰²¹.

Lo cierto es que si bien el objeto formal tutelado es la intimidad, para la recta comprensión del objeto material hay que partir del derecho a la propia imagen que, desde el punto de vista civil y constitucional, es la figura humana como atributo de la personalidad.

Históricamente se ha dado la circunstancia que desde la categoría de imagen se ha pretendido integrar la voz bajo el razonamiento de que la imagen posee una doble vertiente, visual y sonora.

¹⁰²¹ LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., loc. ult. cit. Para no ser reiterativos, más extensamente vid. objeto material del delito previsto en el pasaje primero del art. 197.1 CP.

Hoy en día, sin embargo, está superada la cuestión, y la voz constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen¹⁰²², por lo que aquella debe quedar ajena al ámbito de aplicación del precepto.

DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, además del criterio gramatical para excluir la voz, sostienen que es lógico que las grabaciones acústicas queden al margen porque poseen una menor aptitud para afectar a la intimidad¹⁰²³.

El planteamiento de los dos anteriores resulta prudente como criterio político-criminal, en la medida que es del todo asumible el coste de excluir del precepto una grabación de voz obtenida lícitamente.

La Fiscalía General del Estado, sin embargo, en su Circular 3/2017 de 21 de septiembre¹⁰²⁴, entiende que el precepto abarca tanto "los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan

¹⁰²² Vid. la exposición a este respecto de HUET-WEILLET, D.: "La protection juridique de la voie humaine", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, pp. 512-513. En Alemania vid. HUBMANN, H. y REHBINDER, M.: *Urheber- und Verlagsrecht rehbinder*, Beck C.H., München, 1995, pp. 306-397.

En la doctrina española puede verse a DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", op. cit. p. 163; y a BLASCO GASCÓ, F.: "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

¹⁰²³ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 530.

¹⁰²⁴ Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, p. 11.

conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El Legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión inconsentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado”.

Lo cierto es que en puridad a través de la voz -sonido- se puede afectar la intimidad como evidenció la la Sentencia de la Corte de Apelación de Paris, de 25 de noviembre de 1992¹⁰²⁵, sin embargo su tutela penal supondría expandir exponencialmente el ámbito de judicialización del precepto, con el consiguiente perjuicio para el ciudadano que podría verse sometido a un proceso penal, que si bien ya de entrada estaría perdido para la acusación particular o Fiscalía por la falta de gravedad de la agresión al bien jurídico, habría de soportar hasta la sentencia absolutoria, pues en puridad es en la fase de juicio oral cuando se tiene que determinar si ha habido afectación grave de la intimidad o no, siendo prácticamente inconcebible que mediante la voz se pueda causar la lesión del bien jurídico con la gravedad que exige el derecho penal.

En todo caso, la representación humana de la persona no necesariamente ha de ser a través de la fotografía, puede serlo por cualquier medio apto. No cabe duda que una pintura hiperrealista o superrealista, como pudiera ser un cuadro pintado por Antonio López, es igual de idóneo para representar

¹⁰²⁵ Vid. el caso francés de la Sentencia de la Corte de Apelación de Paris, de 25 de noviembre de 1992 (JCP 1992-023710).

reconociblemente sin género de duda al retratado como lo hace una foto al fotografiado¹⁰²⁶.

El único límite es que la imagen represente al sujeto pasivo de tal forma que la mayoría de personas puedan reconocerlo sin atisbo de dudas, ya que si su reconocimiento es dudoso o difícil no podrá colmarse la exigencia de afectar gravemente a la intimidad, al menos desde la perspectiva penal.

La mención a grabaciones audiovisuales es del todo ociosa por reiterativa¹⁰²⁷, ya que estas están compuestas por la secuencia de imágenes, o sucesión de fotogramas, acompañadas por audio (sonido). Podría objetarse que una grabación visual no sería una audiovisual, sin embargo, este razonamiento no es dable porque, como

¹⁰²⁶ A favor, RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: "Aspectos sustantivos y procesales del nuevo delito contra la intimidad del art. 197.7 del Código Penal", op. cit., loc. ult. cit.

En contra, DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., loc. ult. cit. El argumento es el siguiente: "es cuestionable que los dibujos o las reproducciones pictóricas -aunque sean hiperrealistas- queden abarcadas por las referencias típicas a los objetos de la conducta, tanto por razones criminológicas que subyacen al precepto como porque la exigencia legal de que hayan sido "obtenidas" lo dificulta".

Se puede objetar que el hecho de que sea difícilmente concebible, no significa que deba quedar excluido del tipo. Un ejemplo típico sería aquel en que la víctima posara para ser retratada desnuda por su pareja, un habilidoso pintor, cuya única finalidad, así acordada por ambos, es el deleite exclusivo de la pareja. Sin embargo, una vez cesa la relación el pintor para perjudicar la intimidad de su pareja decide divulgarlo. Cuestión distinta, y que quedaría ajena al tipo, es si -tomando el ejemplo anterior- el pintor decide retratar a su partenaire únicamente haciendo uso de su memoria visual.

¹⁰²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., loc. ult. cit.

hemos dicho, las grabaciones audiovisuales son imágenes concatenadas con audio.

iii. Obtenida con la anuencia de la persona afectada

La primera exigencia anudada a la configuración del objeto material, es que la imagen se haya obtenido lícitamente del sujeto pasivo, bien porque consiente que la capte el sujeto activo, bien porque se la entrega a este.

No se desconoce que el tipo alude a que la imagen se *hubiera obtenido con la anuencia* del sujeto pasivo. Sin embargo, reiteramos lo ya dicho cuando tratábamos el ámbito de incriminación del precepto, el recorte del tipo se efectúa *ex post* a la acción típica de difundir, revelar o ceder, lo que unido al *telos* del precepto, hace que la *ratio essendi* de este requisito sea que la imagen la tiene el sujeto activo porque el sujeto pasivo así lo ha consentido, querido o tolerado, sin ser lo relevante, por tanto, quien la capta, sino su tenencia en los términos dichos.

iv. En un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros

La segunda exigencia es que la imagen haya sido tomada *en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*. De manera que el legislador español, igual que el alemán, ha decidido limitar espacialmente el ámbito de protección.

Desde luego que la noción de domicilio no es extraña en nuestro texto punitivo, pues su referencia la encontramos, por citar algunos ejemplos: el art. 37.1 CP respecto de la localización permanente, señala que su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio; el art. 48.2 CP establece la prohibición de aproximación al domicilio de la víctima; en los arts. 153, 171, 172, 173 CP como agravación de los delitos cometidos en el seno familiar; en los delitos de allanamiento de morada del art. 203 CP; en el de inducción a abandono del domicilio del art. 224 CP; o la invasión u ocupación del domicilio en materia de desórdenes públicos del art. 557 ter. CP.

La pregunta, igual que se hiciera en su día la doctrina alemana respecto de su §201a StGB¹⁰²⁸, es si el concepto de domicilio previsto en el art. 197.7 CP es el mismo que el usado en otros preceptos del código, y, en su caso, el alcance del mismo.

El más próximo en nuestro Código Penal, sino coincidente, es el de domicilio y morada previstos en los arts. 202 y 203 CP, por cuanto estos suponen el espacio en que se desarrollan las raíces del individuo,

¹⁰²⁸ Vid. EISELE, J.: "Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen:-Zur Einführung eines §201a in das Strafgesetzbuch-", *Juristische Rundschau*, 2005, núm. 1, p. 8. RAHMLow, M.: "Einzelne Probleme des Straftatbestands der "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen" (§201a StGB)", op. cit., pp. 85 y ss. La conclusión a la que llega la doctrina alemana es que en materia de protección de la intimidad el concepto de domicilio ha de ser más amplio que el utilizado en otros preceptos, incluso el de morada previsto para el allanamiento. No sólo porque en el §201a se esté tutelando la expectativa de intimidad, sino porque el propio tipo al contemplar la expresión "en un espacio protegido especialmente contra las miradas ajenas" está extendiendo el ámbito de aplicación.

donde se salvaguarda su intimidad y el libre desarrollo de su personalidad, de forma tal que tiene un valor instrumental al servicio de la intimidad personal.

Así ha entendido nuestro Tribunal Supremo que el concepto de domicilio o morada, en su faceta constitucional y vinculado al derecho a la intimidad, y en consecuencia tutelado por el derecho penal, es más extenso que el que nos proporciona el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el art. 554.2 (edificio o lugar cerrado o la parte de él), debiéndose interpretar como todo espacio cerrado en el que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias¹⁰²⁹.

El domicilio a los efectos del art. 197.7 CP, y siguiendo la anterior doctrina, se puede definir como todo lugar cerrado en el que una persona desarrolla alguna faceta de su vida privada resguardada del conocimiento ajeno no deseado.

En puridad ocurre como en el caso alemán, al prever el tipo la expresión en *el domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*, se está queriendo dar al domicilio el concepto más amplio posible cuyo único límite es que sea un espacio cerrado reservado al conocimiento ajeno no deseado (de lo contrario de desnaturaliza su esencia).

¹⁰²⁹ Vid. STS 12 noviembre 1998 (ES:TS:1998:6684).

Sobre el concepto de morada a los efectos del art. 202 CP pueden verse, por ejemplo: STS 19 junio 2012 (Tol 2586680) y STC 10/2002, de 17 de enero (RTC 2002, 10). Para el de domicilio del art. 203 CP: vid. STS 11 diciembre 2014 (Tol 4633486).

A propósito de lo anterior, se dan en la actualidad dos fenómenos que merecen nuestra atención. Me refiero, por un lado, a la proliferación de los llamados *adult webcams sites*, y, por el otro, a aquellos que ponen en contacto a dos personas extrañas entre sí para mantener una conversación, la cual, en ocasiones, termina adoptando un cariz lúbrico mediante la exhibición de los cuerpos desnudos o envío de fotografías eróticas.

La dinámica del primero de los supuestos consiste en que el llamado *webcamer* emite a través del sitio web y estando físicamente en su domicilio, un show pornográfico al que los usuarios pueden conectarse bien libremente bien abonando un precio¹⁰³⁰.

En estos casos aunque desde el punto de vista físico se cumpliría el requisito domiciliario, no sería admisible por cuanto el *webcamer* con su conducta ha desnaturalizado su telos, pues espiritualmente el domicilio ya no es cerrado o de limitado acceso¹⁰³¹.

En el segundo supuesto, sin embargo, la solución es distinta por cuanto la esencia del domicilio a los efectos del precepto sigue incólume, pues en este caso, con independencia de la significación moral que es irrelevante al derecho penal, el que se exhibe busca en principio quedar bajo el abrigo de la intimidad, ya que la conducta se realiza ante un sujeto concreto y

¹⁰³⁰ No nos referimos a los casos en los que hay una restricción previa a los sujetos concretos que pueden acceder al show.

¹⁰³¹ Por otro lado, difícilmente se cumpliría el requisito de afectar gravemente a la intimidad.

acotado sin que nadie más tenga acceso al encuentro virtual.

Con la expresión "*en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*", el legislador indudablemente está asumiendo la idea de *expectativa de intimidad*.

Para determinar cuándo a efectos típicos un lugar cumple dicha exigencia puede seguirse tanto un criterio subjetivo como uno objetivo. Según el primero, lo será todo lugar por el hecho de que el sujeto así lo quiera. Este criterio, sin embargo, no es dable, puesto que las cosas no son lo que uno subjetivamente quiere que sean, sino lo que realmente son, por lo habrá que buscar elementos objetivos que determinen que el lugar está dentro del ámbito de aplicación de la norma, como puede ser, por ejemplo, la existencia de barreras naturales que dificulten o impidan la mirada de terceros (el caso de un bosque latifoliado especialmente frondoso o el interior de una cueva de difícil acceso); o atendidas las circunstancias del caso concreto, especialmente las derivadas del tiempo y lugar, se determine la existencia una expectativa razonable de intimidad (una playa en una isla desierta).

RODRÍGUEZ LAINZ acertadamente señala que este requisito debe comprenderse desde la idea de búsqueda de intimidad como lo es la demostración de que "el sujeto pasivo está ejerciendo su poder de exclusión frente a la posible injerencia de terceras personas sobre ámbitos de su privacidad, y en concreto de su derecho a la propia imagen en su vertiente de intimidad

corporal"¹⁰³², e indica a título de ejemplo que quien está "dentro de su domicilio o en una ubicación que aparentemente garantiza la absoluta discreción, el sujeto pasivo está amparándose en su expectativa razonable de privacidad, y con ello está demostrando a quien capta las imágenes o las recibe de la víctima que sólo a él le está permitiendo su posesión y conocimiento"¹⁰³³.

En la doctrina alemana, algunos autores como TRÖNDLE/FISCHER, han introducido la posibilidad de que el requisito del tipo del §201a StGB (*espacio protegido especialmente contra las miradas ajenas*) sea interpretado de acuerdo con un criterio funcionalista asociado al bien jurídico. De forma que habría de entenderse comprendidos en el tipo aquellos espacios físicos que cuentan con medios de protección que impiden el acceso visual directo y sin obstáculos a escenas que se desarrollan dentro del ámbito personalísimo. El problema de esta perspectiva funcionalista, tal y como objeta con acierto MEDINA SCHULZ, es que obligaría a precisar que ha de entenderse por ámbito personalísimo de la vida privada¹⁰³⁴, lo que, además, supondría un solapamiento con el recorte posterior del tipo.

¹⁰³² RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: "Aspectos sustantivos y procesales del nuevo delito contra la intimidad del art. 197.7 del Código Penal", op. cit.

¹⁰³³ Ibid. También sobre la *expectativa razonable de privacidad* vid. DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 531.

¹⁰³⁴ MEDINA SCHULZ, G.: "La captación no autorizada de imágenes en el derecho penal alemán: el §201A", op. cit. pp.

Por su parte, MARTÍNEZ OTERO se muestra especialmente crítico con la acotación del lugar en el que han sido captadas las imágenes. En primer lugar, indica que es superfluo porque "no parece necesario especificar los lugares en los que pueden realizarse grabaciones que afecten gravemente a la intimidad de las personas", y, en segundo lugar, que presenta una redacción alambicada en la medida que se recurre a "un concepto netamente jurídico, como es el de domicilio, junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso, cual es el de lugares fuera del alcance de la mirada de terceros". A su juicio hubiera resultado mucho más sencillo hablar de "lugares privados", en contraposición con los "lugares públicos" que la LO 1/1982 emplea para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas públicas¹⁰³⁵.

Efectivamente, es razonable apuntar que la limitación física de la captación pueda llegar a ser ociosa en medida que hay un recorte típico concretado en que la divulgación *menoscabe gravemente la intimidad*, pues dudoso menoscabo puede haber quien se muestra en un lugar abierto al público frente a la mirada de terceros. Sin embargo, pretender que el tipo refiera a "lugares privados", plantea el inconveniente de valorar qué sucede con los lugares públicos ajenos a la mirada de terceros o en los que se genera una expectativa razonable de intimidad, como por ejemplo, una playa desierta o un sendero rústico inhóspito. Así

435-436., este autor ya recoge la referencia expresa y cita a Tröndle y Fischer en los comentarios que estos hacen al StGB.

¹⁰³⁵ MARTÍNEZ OTERO, J.M.: "La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico", *Nueva Época*, 2013, núm. 12.

por ejemplo la STS 13 noviembre 2008, entendió la producción de una intromisión ilegítima, como consecuencia de las fotografías tomadas con cámaras de infrarrojos de una pareja manteniendo relaciones sexuales en el interior de un vehículo en la vía pública, pues estos se habían asegurado "de estacionarlo en un lugar de la vía pública que a esas horas era prácticamente ajeno al tránsito de peatones, de visibilidad nula o muy reducida, que sólo en la manera en que procedió el fotógrafo (acercándose hasta la altura de una de las ventanillas del coche), y con los medios técnicos que empleó (una cámara con infrarrojos) daría lugar a que pudieran ser descubiertos)¹⁰³⁶".

En todo caso, tal y como advierten DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, la expresión *obtenidas fuera del alcance de la mirada de terceros*, presenta "una notable carga social y normativa, que probablemente permita el paso a estándares anglosajones, como la doctrina de «la expectativa razonable de privacidad», no solo para fundamentar el ámbito de protección jurídica, sino también para delimitarlo en cada caso", por esta razón "no se requiere que el lugar sea privado y cerrado, sino que la escena captada pueda haber tenido ocasión en cualquier lugar espacio en el que, por sus circunstancias, fuera razonable tener una expectativa de privacidad semejante a la que ofrece un domicilio u otro lugar cerrado"¹⁰³⁷.

¹⁰³⁶ STS 13 noviembre 2008 (RAJ 2009, 40).

¹⁰³⁷ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 531.

e. Sujeto activo

Respecto del sujeto activo, la genérica expresión inicial del tipo "el que", parece sugerir que se trata de un delito de sujeto activo indiferenciado. Ahora bien, tal y como hemos visto, la estructura y el ámbito de incriminación acotan el espectro de posibles sujetos activos a quienes han obtenido previa y directamente la imagen del sujeto pasivo. Por esta razón estamos ante un delito especial¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ Hay autores que señalan que no es un delito especial, por ejemplo, vid. DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 529, no obstante, sí que señala que "la configuración estructural y teleológica del tipo condiciona el círculo de posibles sujetos pasivos".

Quizá sería ahora excesivo ahondar en un debate dogmático sobre la configuración de los delitos especiales, pero sí que conviene ofrecer alguna puntualización. Asumimos que los delitos especiales son configurados como aquellos que solamente pueden ser cometidos a título de autor por aquellos sujetos en los que concurre una determinada cualidad, o en términos de Roxin, hay una cualificación de autor. La literalidad del tenor del art. 197.7 CP es confusa al aludir a "el que...", porque inmediatamente de la redacción de la conducta típica se advierte que el dominio del riesgo no descansa en cualquier persona, sino en quien ha obtenido la imagen del sujeto pasivo, de manera que -como es inherente a los delitos especiales o de infracción del deber- se produce *ope legis* ya no sólo una auténtica limitación de los potenciales autores, sino también que se restringe a quienes reciben de la víctima la imagen. Y hablamos de delito especial *propio* porque está vinculado al tipo básico.

GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras", op. cit., p. 69, señala que es un delito especial de propia mano. No estoy, sin embargo, de acuerdo con que sea un delito de propia mano, si estos son identificados como aquellos en que los que el autor debe ejecutar la acción típica a través de su propia persona. Por ejemplo, el delito de falso testimonio sería un delito de propia mano porque no cabe ejecutar la acción típica a través de otro sujeto, entonces, no alcanzamos a imaginar las razones que hay para que en el delito del art. 197.7 CP la acción típica no pueda ser cometida en autoría

En todo caso, si el sujeto activo es el cónyuge o cualquier persona que esté o haya estado unida al sujeto pasivo por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, se aplicará el tipo agravado del párrafo segundo del art. 197.7 CP.

f. Sujeto pasivo

Podrá ser sujeto pasivo cualquier persona que sea titular del derecho a la intimidad personal, en consecuencia, quien aparezca representado en la imagen.

g. Elemento subjetivo del tipo

El precepto exige que el sujeto activo tenga la inteligencia de saber y la voluntad de querer llevar a cabo la conducta típica de, sin autorización de la persona afectada, *difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

El dolo puede ser en cualquiera de sus modalidades: *directus* de primer o segundo grado, o

mediata, entendiéndose por autor mediato a quien comete el delito sirviéndose de otro como instrumento (con independencia de la responsabilidad que haya que atribuir al autor inmediato). Es perfectamente imaginable respecto del delito del art. 197.7 CP que el receptor de la imagen la comprima en un archivo *winrar*, este se lo entregue a un tercero (que no ve la imagen, solo un archivo comprimido en formato *.rar* o *.zip*), y al que solicita (por ejemplo mediante engaño acerca del contenido real del archivo comprimido, o coacción) que suba el archivo a una web de alojamiento (por ejemplo, *mega.co.nz*) para que una vez generado el link de descarga, lo difunda en cualquier foro de internet.

eventualis. Por lo tanto, se dará cuando el sujeto activo tenga conocimiento y voluntad de todas las circunstancias legales del tipo. Esto ocurrirá cuando (1) persiga lesionar la intimidad divulgando la imagen típica, (2) asuma que dicha lesión se producirá con seguridad aunque no la persiga directamente; (3) o aun ni persiguiendo ni previendo el resultado como seguro, asuma como posible la lesión de la intimidad integrando su causación en su voluntad¹⁰³⁹.

Al no preverse expresamente no cabe la modalidad imprudente (art. 14 CP).

h. La expresión típica "sin autorización de la persona afectada"

i. En general

Todas las acciones típicas descritas en el art. 197.7 CP exigen que el sujeto activo actúe sin autorización de la persona afectada.

La fórmula típica "sin autorización de la persona afectada", introduce el debate de si la autorización del sujeto pasivo opera como una exclusión de la tipicidad o, por el contrario, es causa de justificación. Optar por una u otra postura comporta consecuencias significativas de orden práctico en materia de error, pues en función de si excluye el tipo

¹⁰³⁹ Un ejemplo de dolo eventual, sería el caso de que el sujeto pasivo únicamente con el ánimo de regodearse o presumir ante semejantes de la exuberancia física de su pareja decide enviar las imágenes (típicas) de esta al grupo de whatsapp, asumiendo el riesgo de que estas puedan acabar circulando por la red y afectando gravemente la intimidad de la pareja.

o justifica la conducta, estaremos ante un error de tipo o de prohibición.

Según la configuración del precepto, para nosotros, la autorización opera como causa de exclusión de la tipicidad. Pues, si bien es cierto que en el art. 197.7 CP se tutela un bien jurídico irrenunciable, inalienable e imprescriptible, en el ámbito del derecho a la intimidad, el consentimiento (en este caso el tipo habla de autorización) de su titular, como genuina manifestación de la libre autonomía de la voluntad, puede legitimar una intromisión de manera que en ningún caso podrá hablarse de ilicitud de la misma.

Admitir que la autorización opera en sede de antijuridicidad comportaría tener que calificar la conducta típica como justa o injusta, lo cual sería a todas luces innecesario, ya que el derecho a la intimidad comporta de suyo que su titular pueda decidir ya no sólo quién, qué, cuándo y cómo conoce su vida privada, sino también que pueda controlar que quien la haya conocido la divulgue.

A modo de principio puede decirse que la autorización tendrá que prestarse por el sujeto pasivo de manera libre y voluntaria sin la concurrencia de error, violencia o intimidación.

Si autorizar es *dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo*¹⁰⁴⁰, y el elemento normativo del tipo es "*sin autorización de la persona afectada*", se plantea el problema en torno a si esta ha de ser

¹⁰⁴⁰ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

expresa o, por el contrario, puede deducirse de hechos (tácita)¹⁰⁴¹.

La respuesta, como inmediatamente se verá, es que la autorización puede prestarse expresamente o deducirse de *facta concludentia*.

Como punto de partida conviene recordar que el art. 2.2 de la LO 1/1982, determina que el consentimiento a la intromisión deberá ser expreso. Sin embargo, no debe entenderse que el término "expreso" utilizado en la Ley de protección de los derechos de la personalidad deba referirse a la forma de manifestar el consentimiento, pues como señala la jurisprudencia, "no es necesario que se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas"¹⁰⁴². Por ello, la autorización se referirá al uso expreso y no a la forma, lo que "implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino de la fotografía, por haber mediado información previa suficiente"¹⁰⁴³.

Debe apuntarse que en todo caso la autorización para captar la imagen no significa autorización para

¹⁰⁴¹ El consentimiento tácito era una posibilidad admitida ya desde antiguo por la doctrina italiana. Así a principios del siglo XX, RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla Capacità a disporre dell'immagine", *Riv. Dir. Comm.*, 1904, pp. 441-447, sostenía que la voluntad a consentir la intromisión es la misma sea expresa que tacita, siempre que esta última se deduzca de un hecho que se interprete en idéntico sentido a la que hubiera sido la manifestación de voluntad expresa. DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, op. cit., pp. 113-114, matizaría que, a pesar de su admisibilidad, requiere especial cautela.

¹⁰⁴² Vid. STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002\10274).

¹⁰⁴³ STS 24 diciembre 2003 (Tol 340987).

divulgarla, pues "el consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión"¹⁰⁴⁴. Así la STS 16 mayo 2002, entendió que la autorización a que el cirujano estético capte una imagen de la paciente, no puede significar que también esté autorizando a darle difusión y revelar un dato privado¹⁰⁴⁵.

Según la doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo, se pueden extraer las siguientes notas relativas a la autorización a divulgar una imagen:

En primer lugar, el hecho de que una fotografía, por ejemplo, proceda de una agencia no exime a quien la publique de la obligación de verificar que existe autorización del titular para ello. Este es el caso de la STS 9 julio 2004, que tuvo lugar con ocasión de la publicación de una fotografía en el interior de un local donde al fondo de la barra podía verse al demandante, y que junto con otras imágenes en las que no aparecían personas identificables, ilustraban un reportaje titulado "Prostitución/Temor a la trata de Blancas, "El Gobierno prepara una ley para despenalizar la figura del proxeneta". La demandada pretendió la exención de toda responsabilidad por proceder la fotografía de una agencia y ser presumible entonces el consentimiento del afectado tanto para su captación como para su difusión. Sin embargo, el Tribunal rechazó

¹⁰⁴⁴ Vid. STS 22 de febrero de 2006 (ES:TS:2006:769). Doctrina que se consolida en SSTs 13 noviembre 2008 (ES:TS:2008:6267), 3 diciembre 2008 (ES:TS:2008:6656), 17 febrero 2009 (ES:TS:2009:458), 30 diciembre 2010 (ES:TS:2010:7737), 4 abril 2011 (ES:TS:2011:3390), 19 abril 2012 (ES:TS:2012:2631), 24 septiembre 2014 (ES:TS:2014:3544).

¹⁰⁴⁵ STS 16 mayo 2002 (ES:TS:2002:3447).

el argumento, ya que "además de haberse razonado ya que puede ser ilícita por sí misma la publicación de una fotografía aun tomada con el consentimiento del afectado, es evidente la responsabilidad propia y autónoma de los medios tanto gráficos como audiovisuales al difundir imágenes captadas por sus propios colaboradores o empleados o adquiridas a otros, sean agencias, profesionales libres e incluso particulares".

En segundo lugar, que la autorización para que la imagen se publique en un ámbito o sentido concreto no implica autorización para que se publique en otro distinto, de esta manera "el consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio"¹⁰⁴⁶. Así "el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía"¹⁰⁴⁷.

Y, en tercer lugar, la autorización a difundir la imagen con una finalidad concreta no puede significar que se esté dando para otras distintas. Sobre esta cuestión es relevante la STS 18 octubre 2004¹⁰⁴⁸, que resolvió el caso de una modelo que vio como su imagen consentidamente captada y utilizada para un reportaje sobre el divorcio, fue tres años después

¹⁰⁴⁶ STS 24 abril 2000 (ES:TS:2000:3424) y STS 15 junio 2011 (ES:TS:2011:4049).

¹⁰⁴⁷ SSTS 18 julio 1998 (ES:TS:1998:4851), 24 abril 2000 (ES:TS:2000:3424) y 3 diciembre 2008 (ES:TS:2008:6656).

¹⁰⁴⁸ STS 18 octubre 2004 (ES:TS:2004:6567).

inconsentidamente usada en otro reportaje. El Tribunal Supremo entendió que el consentimiento "quedaba limitado no sólo en el tiempo sino, esencialmente en su objeto, al estar destinadas exclusivamente a ilustrar un reportaje sobre el divorcio y la ruptura de parejas, (...) sin que los términos del concierto ni los usos en el ámbito donde se desarrolla la actividad profesional de la modelo demandante permitan considerar prestado un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de las fotografías".

Esta anterior doctrina se concreta en sede penal en que existirá autorización -o consentimiento¹⁰⁴⁹- como elemento configurador del tipo negativo cuando el sujeto pasivo de forma expresa o tácita autorice al sujeto activo la divulgación de la imagen típica.

No existirá autorización en forma tácita porque el sujeto haya consentido la captación de la imagen. Tampoco la habrá porque esta haya sido captada por un tercero. Y, en todo caso, la autorización a que se divulgue de una determinada manera no implica que se autorice para que se haga de otra distinta.

En todo caso, cuando el sujeto activo tenga la errónea convicción de contar con la autorización del sujeto pasivo, expresa o tácita, para divulgar la imagen típica, incurrirá en un error de tipo (art. 14.1 CP). Y, en caso de ser vencible, la conducta será penalmente irrelevante por no preverse su modalidad imprudente. De hecho, la errónea creencia del sujeto activo de contar con la autorización del sujeto pasivo

¹⁰⁴⁹ Autorización y consentimiento son expresiones sinónimas.

para divulgar su imagen (típica) supone que aquel realice la conducta sin el dolo exigido en el tipo.

A pesar de ello, y dado que el bien jurídico tutelado es la intimidad y no la propia imagen, nada obsta a que las circunstancias configuradoras de la autorización sean tenidas en cuenta a la hora de determinar si la divulgación es apta o no para causar un grave menoscabo de la intimidad de su titular.

ii. En particular: caso de menores e incapacitados

Como punto de partida el art. 3.1 LO 1/1982, dispone que "el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil". Y el art. 162.1 CC excepciona la representación legal de los padres que ostenten la patria potestad respecto de los hijos menores no emancipados, en materia de "actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo".

Este concepto de madurez, sería el mismo que el exigido en el art. 183 quarter CP, introducido también en la reforma de 2015, y en el que se establece una presunción *iuris tantum* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años, pudiendo esta ser enervada acreditando, entre otros extremos, la madurez del menor.

Al no preverse en materia de actos relativos a los derechos de la personalidad un criterio cronológico

basado en la edad de su titular, habrá que estar a criterios biopsicosociales que permitan deducir que la víctima está en posesión de la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias del acto que autoriza.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, ante la inexistencia de una *communis opinio pacífica* en la materia, abordó el concepto de madurez, señalando "la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate".

Señala la Fiscalía General en su Instrucción 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quarter del Código penal que este precepto aunque no define franjas concretas de edad, no obstante, es posible "fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes)".

De lo dicho, se puede afirmar respecto del art. 197.7 CP que en todo caso los menores de 13 años no podrán en ningún caso por sí mismos autorizar que el sujeto activo divulgue su imagen. El resto de casos, será esencialmente a través de pericia forense emitida por técnicos adscritos al juzgado los que permitan

determinar si el sujeto pasivo podía o no autorizar en los términos indicados.

Respecto del posible error vid. ut supra.

i. El recorte del tipo: cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo

Cuando abordábamos el ámbito de incriminación del delito, señalábamos que con su aprobación se ha modificado el tradicional modelo configurador de los delitos contra la *privacy* en el que las intromisiones lícitas quedaban ajenas al derecho penal, con la excepción de los delitos del art. 199 y 197.3.II CP.

Con esta nueva orientación política criminal, el equilibrio entre la normativa civil y penal, con el consiguiente reparto de conductas a tutelar por una u otra jurisdicción, se descompensa en favor de la segunda que pasa a convertir a todos los ciudadanos en potenciales confidentes obligados al sigilo.

En el precepto, sin embargo, aparece una *cláusula de salvaguardia*¹⁰⁵⁰ que recorta el amplísimo tipo penal: la exigencia de que la divulgación no autorizada de la imagen típica *menoscabe gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo*.

Advierte con acierto MORALES PRATS que "esta expresión constituye un concepto jurídico indeterminado

¹⁰⁵⁰ La expresión es de MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1470.

que quedará al albur de oscilaciones interpretativas, y de los prejuicios y concepciones subjetivas de las cosas y la vida que tenga cada juzgador”¹⁰⁵¹.

Por ello, vamos a intentar en las sucesivas líneas exponer las manifestaciones que la *communis opinio* efectúa al respecto y las posiciones jurisprudenciales, con el objetivo de encontrar pautas que permitan interpretar dicha cláusula de salvaguardia.

CARRASCO ANDRINO, MOYA FUENTES y OTERO GONZÁLEZ, ante la fórmula utilizada por el legislador, consideran necesario limitar el tipo a imágenes que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual. Debe, por tanto, según su parecer, modificarse el tipo y limitarse la incriminación penal a la lesión del núcleo duro de la intimidad, “pues no debe olvidarse que nos encontramos ante un acceso lícito a este bien jurídico, siendo ilícita su posterior difusión, y por tanto, con un desvalor menor que cuando se trata de una captación subrepticia. Debe, pues, restringirse la incriminación, conforme al principio de fragmentariedad, a los ataques más graves y que afectan, en este caso, al núcleo duro de la intimidad”¹⁰⁵².

Para las anteriores, el riesgo de no asumir lo anterior, supondría que “el ámbito de aplicación de la

¹⁰⁵¹ MORALES PRATS, F.: “La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del «Caso Hormigos»”, *Revista de derecho y proceso penal*, 2013, núm. 31, p. 13.

¹⁰⁵² CARRASCO ANDRINO, M^a. M., MOYA FUENTES, M^a. M. y OTERO GONZÁLEZ, M^a. P.: “Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis CP”, *op. cit.*, p. 711.

conducta abarcaría cualquier menoscabo de la intimidad (por ejemplo, la difusión de imágenes cenando en el domicilio), pues bastaría con probar que este menoscabo ha sido grave (pudiendo tomarse para ello como referencia exclusivamente la percepción subjetiva de la víctima) y, por otro lado, al no especificarse nada más, se dudaría si la interpretación del adverbio gravemente se refiere al modo de lesionarla o a la faceta en concreto de la intimidad que se ha vulnerado¹⁰⁵³.

Para COLÁS TURÉGANO la gravedad de la conducta "será determinada por el juez de acuerdo con criterios objetivos y teniendo en cuenta el parámetro del hombre medio"¹⁰⁵⁴. Además, apunta que "es criticable que el tipo no limite las conductas a aquellas que afecten al «núcleo duro de la intimidad», no obstante una interpretación respetuosa con el principio de intervención mínima debería circunscribir las conductas punibles a aquellas que difunden imágenes sensibles". En este sentido, sugiere una interpretación estricta del precepto, como ocurre con el tipo básico del art. 197.1 CP en relación a la captación de imágenes "respecto a las que ya se venía exigiendo ese ámbito de privacidad, puesto que solo tienen trascendencia penal

¹⁰⁵³ *Ibid.*, loc. ult. cit.

¹⁰⁵⁴ COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal* (dir. POR J.L. GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 640.

En idéntica opinión GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras", op. cit., pp. 68-69.

por afectar al núcleo duro de la intimidad, la captación de imágenes en lugar privados y cerrados”¹⁰⁵⁵.

QUERALT razona que “de nuevo nos encontramos la indefinición de qué haya que entender gravemente la intimidad de una persona y de qué es intimidad. Sobre la segunda cuestión parece que está sobrentendido actividad sexual de la víctima en cualquiera de sus formas; quizás otros actos íntimos no sexuales como los de higiene personal o anodinos como dormir, por ejemplo. no (sic)¹⁰⁵⁶ deberían excluirse. Siendo esta indeterminación relevante, es aún más censurable, que, pese a la frecuente aparición en nuestras leyes y pese a la querencia que le manifiesta el legislador, parece desconocer que significa, dado que ningún criterio para apreciar por el juez ofrece”¹⁰⁵⁷.

BOLEA BARDÓN lacónicamente sostiene que “el tipo no limita las conductas a aquellas que afectan al núcleo duro de la intimidad, y solo introduce como limite al castigo la exigencia de que el menoscabo de la intimidad sea grave”¹⁰⁵⁸.

OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO evidencia que el concepto jurídico indeterminado “grave” no es ajeno a nuestro

¹⁰⁵⁵ *Ibíd.*, loc. ult. cit.

¹⁰⁵⁶ Parece que hay una errata tipográfica y quiere decirse “por ejemplo no, deberían excluirse”.

¹⁰⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, op. cit., p. 312.

¹⁰⁵⁸ BOLEA BARDÓN, C.: “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 731.

código penal, sin embargo en nuestro precepto -y a diferencia de otros- señala que el legislador no introduce "ningún criterio que pueda ayudar a su clarificación. Esto unido a la relatividad del concepto intimidad (...) hacen muy difícil una interpretación válida que ofrezca una cierta seguridad jurídica", a pesar de ello parece que el autor se muestra positivo, pues indica que "puede entenderse que un ámbito valorativo tan sutil como el de la intimidad individual, en el que se conjugan muy diversos factores de adecuación social y de sentimientos objetivos, se haga aconsejable conceder un margen amplio de arbitrio judicial".

Propone un criterio cuantitativo y otro cualitativo para ayudar a su comprensión. Según el primero: "podría entenderse que se ha menoscabado gravemente la intimidad personal si una divulgación se ha extendido entre un número importante de personas, lo que se produce cuando un video se convierte en viral". Según el segundo: "puede considerarse que se produce el menoscabo aludido, cuando se revelen imágenes que pertenezcan a lo que se ha dado en llamado núcleo duro de la privacy"¹⁰⁵⁹.

DOVAL PAIS Y ANARTE BORRALLA, indican que aunque el tipo no lo requiere, generalmente, "la gravedad del menoscabo procederá de la naturaleza sensible de la escena, a la que se ha propuesto que se limite la

¹⁰⁵⁹ OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: "El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos", op. cit.

intervención penal"¹⁰⁶⁰. Y apuntan que "este requisito (de nuevo, muy claro, pero de estilo mejorable) en el que cristaliza el desvalor del resultado, es llamativo, sobre todo, si se confronta con el criterio doctrinal y jurisprudencial dominante, que desconsidera dicho desvalor en los delitos contra la intimidad o propia imagen"¹⁰⁶¹.

CASTELLÓ NICÁS, quizá con excesiva confianza, es del parecer que "habrá consenso general, dentro de la racionalidad, en la interpretación del «menoscabo grave de la intimidad», pues los mismos problemas interpretativos podrían predicarse de otros tipos delictivos, como, por ejemplo, los atentados a la integridad moral (...) apelando al criterio ecuánime y razonable del juez, que en todo caso las conductas que habrán de punirse a través de este precepto (penal, no lo olvidemos), habrán de ser comportamientos verdaderamente graves como para ser castigados en esta vía, y, en consecuencia, atinentes a dichos ámbitos especialmente reservados y protegidos de la intimidad de las personas", pues no debe olvidarse que "la razón de ser del mismo radica, precisamente, en una conducta que afecta al a vida sexual de determinado personaje de la vida pública, y además, lo que se castiga es el menoscabo grave de la intimidad personal"¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLA, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., loc. ult. cit.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, loc. ult. cit.

¹⁰⁶² CASTELLÓ NICÁS, N.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor", op. cit. p. 502.

En cuanto a la jurisprudencia que es escasa¹⁰⁶³, pueden relacionarse los siguientes casos que sintetizamos a continuación a los efectos de valorar como los tribunales están determinando la concurrencia de la afectación grave de la intimidad exigida por el tipo¹⁰⁶⁴:

- SAP Barcelona 24 abril 2017¹⁰⁶⁵:

Imágenes: Unas, se tomaron en lugares públicos (al parecer, pues no se distingue con claridad, un bar o similar); en otras, aparecen el apelante y la denunciante dándose un beso o simplemente mirando a la cámara mientras sonríen; otra, la capta la propia denunciante, fotografiándose con el bikini que (según reconoció en el plenario), le había regalado el recurrente, motivo por el que se hizo la foto y se la mandó a aquél; en otra, la denunciante está vestida y tumbada sobre una cama; en otra, la denunciante aparece sosteniendo una copa de cerveza en la mano.

Divulgación: Al cuñado de la víctima, quien no conocía la relación.

Conclusión: No menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima.

Razonamiento: Como hemos dicho, el bien jurídico protegido es la intimidad individual, más circunscrito que el secreto. Y el medio a través del que se lesiona es la difusión de imágenes o grabaciones, que han de menoscabarla gravemente. En el caso que nos ocupa no es la difusión de las

¹⁰⁶³ Tan escasa es que hemos recogido la totalidad de los pronunciamientos que a fecha de agosto de 2017 se pueden contrar en las diferentes bases de datos nacionales.

¹⁰⁶⁴ Por concisión, todos los casos corresponden a hechos relativos al 197.7 CP, por lo que estos siguen la estructura: acceso lícito-difusión ilícita.

¹⁰⁶⁵ SAP Barcelona 24 abril 2017 (ARP 2017\700).

imágenes lo que perturba a la denunciante, sino la revelación de un secreto. Pero quien mantiene una relación sentimental con otra persona no puede tener la expectativa de que la existencia de esa relación no será revelada a terceros por el otro miembro de la pareja. O, más correctamente, no puede pretender que el derecho penal proteja una expectativa de esa naturaleza, cuando el hecho revelado afecta del mismo modo a ambos, por encontrarse en idéntica situación. En otro caso, estaríamos acotando penalmente el ámbito de autonomía y libertad individual de quien, siendo componente de la pareja, pretende dar a conocer a terceros su cualidad de tal. Pero es que, además, en el presente supuesto, los implicados habían mantenido una relación de pareja de unos 3 años, durante parte de la cual habían convivido en el mismo domicilio, en la misma población en la que residían algunos familiares próximos de la afectada. En este contexto no puede afirmarse, siquiera, que amparase a la denunciante una expectativa razonable de privacidad sobre la existencia de la relación.

- AAP Huesca 31 enero 2017¹⁰⁶⁶:

Imágenes: En ella se ven los rostros de dos niños, quizá preadolescentes, uno de ellos, Cipriano, con gafas de sol junto, al parecer, su medio hermano. También se observa la parte superior de los torsos de ambos, pero totalmente cubiertos por ropa de vestir, a tal punto que ni siquiera se aprecian los cuellos de ninguno de los menores. Aparentemente, sus labios están pintados y sus mejillas tienen alguna marca de besos con carmín (la definición de la fotografía no es buena, puesto que únicamente disponemos de una fotocopia). Asimismo, Cipriano aparece con la boca abierta en forma de "O".

Divulgación: Colgada en Facebook.

¹⁰⁶⁶ AAP Huesca 31 enero 2017 (JUR 2017\77175).

Conclusión: No menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima.

Razonamiento: ninguna de tales circunstancias implican un menoscabo de la integridad personal, ni muchos menos de carácter grave, como exige el tipo delictivo, sino que todo da a entender, según lo declarado por el padre de los menores, a una broma que hicieron las primas -también menores- de los propios niños, a modo de diversión, pero totalmente consentida y sin ninguna connotación sexual más allá de la una situación jocosa, por mucho que todo ello no sea del agrado de la madre al aludir infundadamente a la "actitud femenina y provocativa" y a la "alta carga sexual" de la fotografía. Como destaca la doctrina científica, la conducta típica debe afectar al núcleo duro de la intimidad, puesto que la divulgación debe ser grave, lo que no podemos decir de la fotografía en cuestión. Además, el padre de Cipriano consintió la publicación de la fotografía en la creencia de estar obrando legítimamente, lo cual no sería compatible con el elemento subjetivo del delito, con independencia de que las diferencias entre los progenitores sobre la difusión de la fotografía puedan ser resueltas en la vía civil.

- SAP Valencia 25 noviembre 2016¹⁰⁶⁷

Imágenes: La víctima aparece desnuda.

Divulgación: A la madre de la víctima.

Conclusión: Si menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima. Se impone una responsabilidad civil de 1.500€.

Razonamiento: Se tipifica el hecho de 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

¹⁰⁶⁷ SAP Valencia 25 noviembre 2016 (ARP 2016\1467).

se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad. Que no es más que lo que ocurrió cuando el acusado envió la foto de Graciela desnuda a su madre, hecho reconocido por él.

- SAP Burgos 8 noviembre 2016¹⁰⁶⁸:

Imágenes: De naturaleza erótica.

Divulgación: Al marido de la víctima y dos vecinos de la localidad donde vive la víctima vía Whatsapp.

Conclusión: Si menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima.

Razonamiento: Partiendo de los hechos que se han declarado probados en el "factum" de la sentencia objeto de recurso, los cuales se mantienen en esta segunda instancia, se considera que concurren todos los presupuestos del referido tipo penal, puesto que se trata de imágenes íntimas de la denunciante, las cuales fueron divulgadas mediante remisión telefónica de archivos, mediante la aplicación denominada Whatsapp, por el acusado sin su autorización y con una clara finalidad de perjudicar su reputación.

- SJM Jaén 7 noviembre 2016¹⁰⁶⁹:

Imágenes: Exhibición de genitales en foto y vídeo.

Divulgación: A terceras personas.

Conclusión: Si menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima. Se impone una

¹⁰⁶⁸ SAP Burgos 8 noviembre 2016 (JUR 2016 \261358).

¹⁰⁶⁹ SJM Jaén 7 noviembre 2016 (ARP 2017\267). La víctima es de 16 años de edad con un 33% de minusvalía.

responsabilidad civil de 5000,00€ por daños morales, y 750,00€ por la curación de los daños.

Razonamiento: Concurren pues los elementos del tipo del delito del artículo 173.1 del Código Penal y también los del tipo del artículo 197.7 del mismo cuerpo legal al haber procedido a mostrar (menor 1) a terceros, como ha quedado grabado, el contenido de los vídeos.

- SAP Valladolid 27 septiembre 2016¹⁰⁷⁰:

Imágenes: Varias fotos de Isidora que ésta le había enviado al sujeto pasivo, Hernan, privadamente y en las que se observa a Isidora desnuda, posando en actitud inequívocamente sexual, así como fotografías que se habían tomado durante los encuentros que tuvieron ambos, con el consentimiento de ella, en las que se la observa nítidamente el rostro practicando escenas de sexo.

Divulgación: A una amiga de la víctima.

Conclusión: Si menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima.

Razonamiento: No consta porque no es recurrida la condena por este delito.

- SAP Barcelona 20 septiembre 2016¹⁰⁷¹

Imágenes: Vídeo de contenido sexual.

Divulgación: A dos amigas de la víctima, y fue también publicado en red social.

¹⁰⁷⁰ SAP Valladolid 27 septiembre 2016 (JUR 2016\229021).

¹⁰⁷¹ SAP Barcelona 20 septiembre 2016 (JUR 2017\29584).

Conclusión: Si menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima. No consta imposición de Responsabilidad civil.

Razonamiento: la difusión fue a dos personas que eran amigos de la pareja, y por tanto, dicha conducta tenía entidad suficiente para atentar contra el derecho a la intimidad de la víctima, y desplegó toda su eficacia al ser publicado en una red social a la que pueden acceder una pluralidad de personas, no solo aquellos a quienes les fue enviado sino a todos aquellos que compartían las redes sociales antedichas, con los receptores del video, por lo que entendemos que la selección de la pena es adecuada a la acción sancionada.

- SAP Madrid 29 junio 2016¹⁰⁷²:

Imágenes: fotos artísticas realizadas a la víctima (pareja del sujeto activo) quien posó voluntariamente como modelo.

Divulgación: a terceros con fines publicitarios.

Conclusión: No menoscaba gravemente la intimidad personal de la víctima.

Razonamiento: la divulgación de las mismas ha sido realizada con exquisito cuidado sin divulgar, ni el rostro ni la zona íntima de la modelo y, con la única finalidad de publicitarse como fotógrafo profesional.

A la vista de la doctrina expuesta y la jurisprudencia analizada, podemos concluir respecto del requisito de que la divulgación *menoscabe gravemente la intimidad* de la víctima que:

¹⁰⁷² SAP Madrid 29 junio 2016 (ES:APM:2016:8352)

En primer lugar, la imagen típica no queda circunscrita al núcleo duro de la intimidad, sino a cualquier faceta de esta.

En segundo lugar, cuando las imágenes divulgadas revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual del sujeto pasivo, existirá una mayor idoneidad para que puedan afectar gravemente la intimidad del sujeto pasivo. Y ello porque estas representan genuinas e inequívocas manifestaciones de la propia dignidad y personalidad humana y que sólo a su titular compete decidir con quien compartirlas.

En tercer lugar, cuando las imágenes divulgadas sean de naturaleza erótica o pornográfica y aparezca la víctima desnuda, existirá una predisposición a entender que estas afectan gravemente a su intimidad personal dado que según los valores sociales actuales se refieren un ámbito que evoca recato y pudor.

En cuarto lugar, y según lo dicho hasta aquí, la imagen, en cuanto reveladora de facetas de la intimidad de la víctima, deberá superar un doble control: objetivo y subjetivo. En el primero verificar que las imágenes muestran una auténtica faceta de la intimidad según los parámetros del hombre medio (por ejemplo, una imagen de la víctima desnuda). Y, en el segundo, una vez superado el filtro objetivo, deberá confrontarse el contenido de las imágenes con la idiosincrasia del sujeto pasivo de manera que éstas sean aptas para revelar su intimidad personal.

En quinto lugar, el número de personas que tengan conocimiento de la imagen típica divulgada no es un

factor tan determinante a la hora de valorar el grado de afectación de la intimidad, como puede ser la relación de la víctima con aquellas (por ejemplo, familiares, amigos, compañeros de trabajo).

En sexto lugar, la divulgación pública de la imagen típica a través de la red social (o cualquier otro foro público de análoga significación) de la víctima supone además de ser una difusión masiva, una mayor onerosidad por cuanto implica a su círculo social próximo (amigos, seguidores, correligionarios, etc.). En estos casos si la imagen supera el doble control, la predisposición a entender que la víctima ha sufrido un menoscabo grave de su intimidad es elevada.

En séptimo lugar, el menoscabo grave de la intimidad personal no se presume¹⁰⁷³ (ni siquiera cuando las imágenes sean eróticas o pornográficas) sino que este tendrá que ser probado a través de cualquiera de las formas admitidas en derecho.

En octavo lugar, la forma más idónea para acreditar la efectiva lesión grave de la intimidad es por medio del informe emitido por el psicólogo o psiquiatra forense adscrito al juzgado. Ello sin perjuicio de su acreditación por otros medios probatorios como la testifical de personas socialmente próximas a la víctima; o documental concretada en informes de primera asistencia coetáneos al momento en que la víctima tiene conocimiento de la divulgación (me refiero, por ejemplo, al habitual informe de urgencias

¹⁰⁷³ De ahí que hayamos utilizado el término *predisposición* -del juicio-.

en que la víctima es asistida por un cuadro de ansiedad).

En todo caso la gravedad no debe confundirse con la mera molestia inherente a cualquier divulgación incontestada de la intimidad.

5. ESTUDIO CRÍTICO DEL DELITO DESDE UN PRISMA GARANTISTA

En 1975, QUINTERO OLIVARES, en su significativo opúsculo *Represión penal y Estado de Derecho*¹⁰⁷⁴, expuso lúcidamente como debían ser las instituciones penales en un Estado de Derecho social y democrático¹⁰⁷⁵, asumiendo, en todo caso, que el derecho penal es la expresión del nivel cultural de una determinada sociedad en un tiempo y lugar dados, lo que se evidencia en "el hecho indiscutible de que todo cambio de régimen político en un país se ve acompañado inmediatamente de una reforma de leyes penales del régimen anterior, evidenciando así que la ley penal es la expresión más terminante de las ideologías vigentes"¹⁰⁷⁶. Y trató de bosquejar los límites del *ius puniendi* y apuntalar las garantías del ciudadano frente a la potestad punitiva del Estado.

A nuestro interés dialéctico cobra especial trascendencia su análisis del principio de legalidad en el derecho positivo español, señalando que uno de los

¹⁰⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y Estado de Derecho*, Dirosa, Barcelona, 1976.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 21.

primeros objetivos que con este se quiso lograr fue que las leyes, especialmente las penales, fueran concisas, claras y terminantes, como reacción a las oscuras y confusas que daban pie a arbitrarias aplicaciones del derecho¹⁰⁷⁷.

Tras el análisis de la realidad jurídico-positiva penal entonces vigente, arribaría a la conclusión de que algunas de sus normas no presentaban los atributos de claridad y exactitud exigidos en un Estado de Derecho¹⁰⁷⁸.

Tomaré, por lo que luego se dirá, dos de los ejemplos de los que se hacía eco: los arts. 172.1 y 431 CP/1973.

En el primero de los preceptos se consideraban asociaciones ilícitas "las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública".

Su contenido evidentemente exigía ser cambiado, pues en el ámbito jurídico penal no puede quedar vinculada la posibilidad de la pena a una idea de tan impreciso contenido como era la noción de *moral pública*¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y Estado de Derecho*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 54.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 56.

El apartado primero del art. 172 fue posteriormente suprimido por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación, precisamente para superar el déficit de precisión que era fuente de inseguridad jurídica tal y como advirtieron los

El segundo, en clamorosa desatención de las exigencias más elementales del principio de legalidad, previa el delito de escándalo público que era cometido por *el que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia*¹⁰⁸⁰.

Sobre estos dos preceptos aludidos, destacaría el Prof. Quintero que los conceptos: *moral* y *buenas costumbres* "son perfectamente opinables y no es lícito imponer un estilo de pensar y vivir, pues contraría un derecho a mi juicio inviolable: la libertad de conciencia y el derecho a la intimidad. (...) Más por si todo esto fuera poco, nuestra ley positiva dice que el hecho ha de ser «de grave escándalo o trascendencia», con lo que en principio, parece renunciar a intervenir en la vida privada de cada ciudadano. Mas la realidad muestra lo equivocado de semejante apreciación, pues los Tribunales españoles han discurrido que la palabra «trascendencia» tanto se refiere a hechos de cuya comisión tienen noticia terceras personas -sentido correcto de la trascendencia- como aquellos otros que, aun no habiendo sido conocidos públicamente, pueden «per se» ser calificados de «trascendentes»,

Grupos Socialistas y Comunistas con sus enmiendas 14 y 26, respectivamente.

¹⁰⁸⁰ Desde la doctrina se decía que "hacer depender la existencia o inexistencia del delito de la mayor o menor sensibilidad pudorosa de una persona estaría en contra del principio de legalidad y dejaría al arbitrio del sujeto pasivo la punibilidad de la conducta", por lo que se entendía que había de hablarse de pudor público identificado con las buenas costumbres, por lo que se comprendían un amplio catálogo de conductas como el nudismo, el exhibicionismo, la homosexualidad, la sodomía o la fecundación artificial. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pp. 201-203.

acogiéndose a uno de los significados que a esta palabra da el Diccionario de la Lengua Española, y, naturalmente, realizando una interpretación extensiva en contra del reo”¹⁰⁸¹.

Lo que le llevó a concluir la existencia en el derecho penal vigente entonces de amplias puertas para la arbitrariedad, contrariamente a lo que sería de esperar del principio de legalidad. Por ello, dicha realidad jurídico-penal sería contraria a la seguridad jurídica, y, por eso mismo, opuesta a las exigencias de un Estado de Derecho¹⁰⁸².

No podemos perder de vista que derecho penal es represión, puro castigo. Y no de cualquier conducta, sino de las elegidas por el legislador. Lo cual no es baladí porque simultáneamente recrudece y vivifica la tensión entre política criminal y dogmática penal.

Sentado lo anterior, en una digresión discursiva, debemos recordar que en Italia encontraríamos con FERRAJOLI la idea del modelo de *Derecho penal mínimo* perfilada esencialmente a través de sus obras: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989) y *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007).

Este garantismo, en primer lugar, designaría un modelo normativo de derecho basado en la estricta legalidad propia de un Estado de Derecho que en el plano epistemológico se caracterizaría como un sistema

¹⁰⁸¹ QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y Estado de Derecho*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁸² *Ibid.*, loc. ult. cit.

cognoscitivo o de poder mínimo; en el político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad; y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos¹⁰⁸³.

En segundo lugar, una aproximación teórica que separaría el ser y el deber ser en el derecho, proponiendo como cuestión central la divergencia entre modelos normativos tendencialmente garantistas y prácticas operativas tendencialmente antigarantistas, lo que "dista de ser lo habitual en la ciencia y en la práctica jurídica, en las que un malentendido positivismo jurídico suele dar aliento a actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas frente al derecho positivo y sugiere al jurista la tarea de cubrir o hacer cuadrar sus antinomias en vez de hacerlas explícitas y denunciarlas. Y lo es más aún en la cultura política y en el sentido común, donde habitualmente prevalece el obsequio al derecho vigente cualquiera que sea y a sus modos incluso ilegales de funcionamiento práctico"¹⁰⁸⁴.

Y, en tercer lugar, el garantismo designaría una filosofía política que impone al derecho positivo y al Estado "la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina

¹⁰⁸³ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. por AA.VV), Trotta, Madrid, 1995, p. 851.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, pp. 852-853.

laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre «ser» y «deber ser» del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado”¹⁰⁸⁵.

Cuándo y qué castigar son las preguntas esenciales en la configuración de un programa garantista de derecho penal mínimo. Me refiero, en primer lugar, cuándo debe añadirse un nuevo bien jurídico protegido al catálogo criminal. Y, en segundo lugar, qué tipo de agresiones a dicho bien exigen previsión típica.

El legislador de 2015 decidió acometer una trascendente reforma de la tutela penal de la intimidad a partir de la imposición de deberes de sigilo respecto de imágenes obtenidas con el consentimiento del titular. De esta manera, por imperativo de una norma penal todos los ciudadanos que hubieran tomado o recibido dichas imágenes pasarían a ser confidentes necesarios.

Desde luego que la reflexión legislativa en torno a qué castigar fue inexistente, simplemente daba rédito político. Y esto bastaba. Hasta tal extremo que si el populismo es definido como la “tendencia política que pretende atraerse a las clases populares”¹⁰⁸⁶, no habría mayor ejemplo de populismo punitivo que la inclusión de

¹⁰⁸⁵ *Ibíd.*, p. 853.

¹⁰⁸⁶ Real Academia Española.: *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

este nuevo delito creado *ad hoc* para satisfacer a la ciudadanía que bramaba frente a un Código Penal que no daba protección a Olvido Hormigos.

Asistimos hoy a un extraño fenómeno que podríamos calificar de *síndrome de Estocolmo jurídico-penal*. Este provoca que las masas, por un lado, reclamen más derechos y mayores libertades frente a un Estado que califican como opresor, y, por el otro, exijan el engrosamiento del catálogo punitivo en limitación de su propia libertad. Y no conforme con esta realidad, el escarnio intelectual se recrudece, pues lejos de considerarse a sí mismos y su libertad como un *príus* y un *maius*, desean que el Estado adopte un rol paternalista que supla las deficientes decisiones que libere y voluntariamente toman. No puede obviarse que es imposible la comisión del delito previsto en el art. 197.7 CP si el sujeto activo no obtiene las imágenes con el consentimiento del sujeto pasivo, lo que supone que el obrar responsable y diligente de la víctima imposibilita la comisión de este delito. Es por ello que con toda crudeza se puede decir que en nuestro ámbito se está recurriendo al Derecho Penal para proteger los comportamientos irresponsables de las víctimas.

Y ahora, efectuada la digresión, volvamos al *cómo se ha regulado*. Me refiero, básicamente, a si la configuración del delito desde la técnica jurídica exigible en un Estado de Derecho es apta o no.

La respuesta ha de ser negativa. Las razones son evidentes. Las mismas que apuntaba el profesor Quintero Olivares cuando evidenciaba los déficits garantistas de

los delitos de asociación ilícita y escándalo público del Código Penal de 1973. Y es que no puede dejar de resaltarse que la cláusula de limitación del tipo del art. 197.7 CP: *menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*, es prácticamente idéntica a la del art. 431 CP/1973: *con hechos de grave escándalo o trascendencia*.

El actual art. 197.7 CP se construye sobre la más absoluta inseguridad jurídica, pues el tipo no está pensando sólo en imágenes eróticas, sino en cualquiera apta para mostrar recodos de la intimidad (reveladoras de creencias políticas o religiosas, de salud, etc.), de manera que su afectación grave, y, por consiguiente, la declaración de los hechos como constitutivos de delito o no, va a depender de los prejuicios sociales y morales del juzgador.

Parece olvidar nuestro legislador que este criterio tan contrario a las garantías es el mismo que en la época franquista -y bien entrada la democracia- era utilizado para castigar a través del delito de escándalo público las manifestaciones públicas de la homosexualidad, pues buena parte de la alta magistratura consideraba que estas podían ofender el pudor o las buenas costumbres por ser hechos de grave escándalo o trascendencia. Sin embargo, la historia parece demostrarnos una vez más que "lo que antes ser muy mal, permanecer todo igual, hoy resultar excelente"¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁷ Estrofa de la canción "Cuervo igenuo", de Javier Krahe.

El resultado que arroja este nuevo precepto es desalentador para la represión punitiva en un Estado de Derecho, pues no sólo el Derecho Penal en materia de tutela de la intimidad deja de ser *ultima ratio* -que ahora lo será el derecho civil- para convertirse en *prima ratio*, sino que, además, el único elemento de recorte de la esfera de incriminación de precepto descansa sobre un concepto jurídico indeterminado que su significado dependerá de valores morales e ideológicos.

A principios del siglo XX señalaría MAYER, que el Derecho Penal no puede quedar aislado o ajeno a la evolución histórica y al progreso social porque la cultura y el derecho se caracterizan por su permanente interacción e dependencia¹⁰⁸⁸, sin embargo, dicha dependencia entre el Derecho penal de la cultura, del cambio social y, por tanto, también del cambio técnico-económico y moral, no significa, siguiendo a HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que tenga sin más que reflejar ese cambio, sino que el Derecho penal debe elaborar el cambio social con sus propios principios e instrumentos. Obviamente no se busca un Derecho penal atávico alejado del desarrollo cultural y social. Pero sí que se enfrente a esta evolución "desde un punto de vista crítico y, en la medida de sus posibilidades instrumentales, productivamente. Debe rechazar, por tanto, cualquier tipo de funcionalización política y social, oponiéndole sus propios principios valorativos, como los de la responsabilidad por el hecho y subsidiariedad, presunción de inocencia, protección de

¹⁰⁸⁸ MAYER, M.E.: *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903, *passim*.

bienes jurídicos, dañosidad social y proporcionalidad de sus consecuencias”¹⁰⁸⁹.

Los clásicos postulados de VON LISZT que configuraban el Derecho penal como la barrera infranqueable de la Política criminal¹⁰⁹⁰, hoy han dejado de estar vigentes. La función preventiva de la pena y el Derecho penal como herramienta para la consecución de fines políticos es evidente. Asistimos a la continua burocratización o administrativización del derecho penal, que en una destilación del principio de ofensividad material, introduce los delitos de peligro abstracto. Y a la convicción de que el Derecho penal es medicina apta para curar todos los problemas sociales, lo que desemboca en la creencia que lo que no es objeto de represión penal está permitido.

Cada vez más nos encontramos ante un proceder legislativo declarativo-formal cuya pretensión es simplemente plasmar en la norma penal del modo más fiel y contundente las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, evitando cualquier reflexión en torno a si la norma puede colaborar o no a la solución del problema¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁹ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 173-174.

¹⁰⁹⁰ VON LISZT, F.: “Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893)”, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Band 2 1892 bis 1904)*, De Gruyter, Barlin, 2011, pp. 75-93.

¹⁰⁹¹ DIÉZ RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, núm. 103, p. 66.

La utilidad de este nuevo ideario alejado de los postulados ilustrados es evidente. Mediante un Derecho penal funcionalizado por la Política criminal, la clase política encuentra un sólido mecanismo de justificación utilitaria de la represión ante la opinión pública, y que se puede adaptar armónicamente a los demás instrumentos políticos que buscan solucionar problemas¹⁰⁹².

Esta deconstrucción del ideario garantista comporta que el Derecho penal no pueda limitar los fines de la política. Basta imaginar el descrédito político que hubiera sufrido el partido político que se hubiera opuesto a incriminar la difusión ilícita de imágenes obtenidas con el consentimiento su titular, cuando la sociedad en tropel exigía su represión penal.

La defensa del derecho penal garantista con la actual comprensión de la política comportaría un coste electoral inasumible, pues los principios limitadores de la intervención penal serían un estorbo para legislar al son de los hechos corrientes, de los sí... pero no.

En este debilitamiento garantista apreciamos indeclinablemente una huida del legislador hacia las leyes indeterminadas, que, en opinión de HASSEMER y MUÑOZ CONDE se produce a través de: (1) *Un creciente aumento del empleo de conceptos vagos y de cláusulas generales en los preceptos legales.* (2) *Dejando en la penumbra los límites entre criminalización y*

¹⁰⁹² HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, op. cit., p. 173.

descriminalización en algunos ámbitos de comportamientos ilícitos. (3) Dejando que sea el propio juez quien decida, ofreciéndole conceptos que dejan un amplio margen a su discrecionalidad¹⁰⁹³.

Ante el expansionismo del derecho penal, en 1995, MORALES PRATS, junto con otros autores, señalaría que esto no tenía por qué ser una consecuencia inexorable del Estado social de Derecho, sino de una crisis coyuntural¹⁰⁹⁴. Sin embargo, en 2015, dos décadas después, señalaría que tanto él como el resto de los herederos de un modelo utópico basado en la mayor realización de los derechos y libertades del individuo, erraron en el diagnóstico basado en la irrupción de planteamientos neoliberales, que, al oponerse al intervencionismo, habían vuelto a suscitar el viejo "Estado guardián" por medio del derecho penal¹⁰⁹⁵.

La perspectiva histórica -dirá- demuestra que se trataba de un proceso inexorable, producto de los tiempos modernos que han sumido el Derecho penal en la funcionalización, comenzando así a perder paulatinamente las señas de identidad, de singularidad, en cuanto que instrumento excepcional, por primitivo, represivo y estigmatizante¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ *Ibíd.*, p. 175.

¹⁰⁹⁴ MORALES PRATS, F.: "Funciones del derecho penal y sociedad civil", *Il Diritto Penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Stefano Canestrari, Torino, 1998, pp. 61 y ss.

¹⁰⁹⁵ MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., pp. 122-123.

¹⁰⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 124-125.

Como decía más arriba, hoy nos encontramos ante un significativo hecho socialmente relevante para el estudio del Derecho penal, y es que el imaginario colectivo concibe que todo aquello que no es objeto de represión penal está permitido.

Este fenómeno que provoca y justifica el uso del derecho penal como instrumento político denota la tendencia a una nueva *Edad Media* donde el garantismo deja de ser una realidad para convertirse en utopía¹⁰⁹⁷.

El nuevo artículo 197.7 CP es reflejo de esta cultura de fagocitosis que pone en jaque la concepción del derecho penal como *ultima ratio*. Nos encontramos ante un precepto que responde a la funcionalización de aquel y que está concebido desde un ideal que desconoce los principios valorativos y limitadores de la represión penal propios de un Estado de Derecho, pues crea un delito de infracción genérica del deber de sigilo replanteando el modelo de incriminación en los delitos contra la intimidad en clave de expansión punitiva¹⁰⁹⁸.

Y por si esto no fuera suficiente, en el único elemento de recorte de la esfera de incriminación del tipo (exige que *la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal*), además de mezclar las fronteras entre el ilícito civil y penal, efectúa una *laudatio* a la inseguridad jurídica en la medida que traslada a los Jueces el deber de acotar los márgenes de criminalización del precepto, y que, como ya se ha

¹⁰⁹⁷ *Ibíd.*, p. 125.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, *ibíd.*, p. 112.

dicho, dependerá de los de los prejuicios morales e ideológicos de estos.

Hasta aquí las razones de por qué no debe incriminarse esta conducta y los déficits que plantea el tipo desde el paradigma garantista que sitúa al individuo y la libertad como un *prius* y un *maius*.

El porqué de su precipitada incriminación es bien simple: porque la sociedad propuso y el Legislador dispuso. No extrañará entonces que hoy algún autor hable de la *utopía garantista del Derecho penal en la nueva Edad Media*¹⁰⁹⁹.

6. EL TIPO AGRAVADO (ART. 197.7.II CP)

El párrafo segundo del art. 197.7 prevé que la pena se impondrá en su mitad superior cuando:

1) los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad¹¹⁰⁰, aun sin convivencia.

2) La víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

¹⁰⁹⁹ MORALES PRATS, F: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media*, op. cit., loc. ult. cit.

¹¹⁰⁰ El excónyuge si bien terminológicamente preterido, estaría comprendido *en persona que haya estado unida a él por análoga relación de afectividad*.

3) Los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Respecto del primer supuesto, esta agravación, según se ha visto, no estaba en el Anteproyecto y fue introducida a sugerencia de un CGPJ que *echaba de menos* un mayor rigurosismo punitivo cuando entre sujeto activo y pasivo mediara, o hubiera mediado, una relación de afectividad conyugal o análoga a esta. A este planteamiento, objeta COLÁS TURÉGANO diciendo que si bien es verdad que en estos casos puede haber un quebranto de la confianza en quien ha obtenido las imágenes, dicho mayor desvalor hubiera podido quedar cubierto al aplicar la agravante de parentesco¹¹⁰¹.

En todo caso, señala GONZÁLEZ COLLANTES que esta agravación, en términos de injusto, responde "a las mayores posibilidades de comisión del delito por parte de aquellos sujetos, por lo fácil que les resulta o les puede resultar acceder a fotografías y videos íntimos de quien es o ha sido su pareja y que han sido realizados en común". Asimismo indica que también podría haber razones de prevención general, pues "no puede pasarse por alto, además, que la tipificada es una conducta que se desata cada vez con mayor frecuencia en el seno de rupturas sentimentales abruptas, las cuales crean un terreno propicio para traicionar la expectativa de intimidad de la otra parte"¹¹⁰².

¹¹⁰¹ COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter), op. cit., p. 640.

¹¹⁰² GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2015, núm. 13, p. 71.

Las consideraciones anteriores de la autora si bien del todo acertadas, ponen de manifiesto una tendencia del legislador que mal se compece con el uso prudente que la clase política debería hacer del derecho penal. Lejos de tratar de dar solución a un problema social¹¹⁰³, persigue no sólo el engrosamiento del catálogo punitivo a través de la inclusión de nuevos delitos, sino también la agravación de los vigentes.

Esta irreflexiva huida al derecho penal que se evidencia en el tipo básico del párrafo primero del art. 197.7 CP, se concreta definitivamente en el tipo agravado de su párrafo segundo, pues lo que hubiera podido ser un mecanismo de limitación de la expansión del obligado al sigilo, es decir, una atemperación del recurso punitivo, es todo lo contrario: exasperación.

A lo largo de los epígrafes anteriores ya se ha puesto de manifiesto que la sociología que subyace a la política criminal que incrimina este nuevo delito y configura sus agravantes son las vicisitudes traumáticas en el contexto de una relación afectiva y/o lúbrica. De hecho, transcurridos dos años de la entrada en vigor del precepto no hay ninguna sentencia condenatoria por este delito ajena a esta indicada realidad. Por ello, y a pesar de nuestro planteamiento crítico con la inclusión de este nuevo delito, quizá un buen mecanismo para evitar convertir en potenciales obligados al sigilo a todos los ciudadanos era -y es-

¹¹⁰³ Sobre esta cuestión vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *El Problema penal. La tensión entre teoría y praxis en el derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 15-35.

restringir el delito a la agresión de la intimidad del partenaire.

La existencia de esta agravación, por tanto, pone de manifiesto que el tipo básico se refiere a otros casos distintos a los que media una relación conyugal o de análoga afectividad, de manera que refuerza la tesis de que este no está basado en una especial relación de confianza, y mucho menos necesaria, generadora de la obligación al sigilo.

Respecto de la segunda agravación relativa al caso de que el titular del bien jurídico sea un *menor de edad* o una *persona con discapacidad necesitada de especial protección*, responde a las recomendaciones efectuadas por la doctrina con respecto a la necesidad de redoblar la tutela de la intimidad de estos frente a las nuevas manifestaciones tecnológicas¹¹⁰⁴.

La definición de *persona con discapacidad necesitada de especial protección* se encuentra en el párrafo segundo del art. 25 CP, según el cual lo será toda persona "que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente".

¹¹⁰⁴ LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit. p. 222.

Esta agravante, en todo caso, debe conectarse con el delito del art. 183 ter.2 CP, también introducido en 2015, que incrimina los actos de embaucos para obtener imágenes eróticas de un menor de dieciséis años o le muestre a estas imágenes pornográficas en las que represente o aparezca un menor. Y con los delitos previstos en los arts. 189.1.a) y b) CP relativos a la pornografía infantil y de personas discapacitadas de especial protección.

Por lo que respecta al tercer motivo de agravación, *que los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa*, debe comprenderse desde el ánimo de lucro previsto para los delitos patrimoniales, es decir, una finalidad de enriquecimiento económico propio o ajeno¹¹⁰⁵. Esta, en todo caso, habrá de concurrir en el acto de divulgación, sin que pueda ser sobrevenida.

Una valoración crítica merece que esta agravación se construya sobre un elemento finalista (*finalidad lucrativa*), pues su verificación real en sede judicial comporta graves problemas de practicabilidad, pues no puede perderse de vista que un elemento subjetivo, salvo que medie confesión, sólo puede ser perceptible mediante juicio inductivo o deductivo a partir de los hechos probados. Mayor acierto, por tanto, hubiera comportado buscar parámetros objetivadores del mayor injusto derivado de la finalidad lucrativa, tales como la condición de traficante del sujeto activo o la comercialización de las imágenes.

¹¹⁰⁵ Vid., en este sentido, la STS 10 diciembre 2004 (Tol 526535).

EPÍLOGO

OTRAS APORTACIONES DE LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO, A LOS DELITOS RELATIVOS AL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

1. EL ACCESO ILÍCITO A LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS (ART. 197 BIS.1 CP), LA INTERCEPTACIÓN DE TRANSMISIONES NO PÚBLICAS DE DATOS INFORMÁTICOS (ART. 197 BIS.2 CP) Y LOS ACTOS PREPARATORIOS ELEVADOS A DELITO AUTÓNOMO (ART. 197 TER): SU RAZÓN Y SENTIDO

a. Introducción

Con carácter preliminar resulta estrictamente necesario en aras de una recta comprensión discursiva exponer las razones que nos han llevado a separar el acceso ilícito a los sistemas informáticos (art. 197 bis.1 CP), la interceptación de transmisiones de datos informáticos que no fueran públicas (art. 197 bis.2 CP) y los actos preparatorios elevados a delito autónomo (art. 197 ter CP), de los restantes delitos contra la intimidad ya analizados en capítulos anteriores.

La idea que subyace a este planteamiento es que los delitos de los arts. 197 bis y ter deberían configurar, si no un Título distinto al X, en todo caso un capítulo independiente desgajado del Capítulo I, y relativo a la seguridad informática, dada cuenta que estos responden a la intervención del Derecho penal frente a la criminalidad informática en general, y no exclusivamente a la protección de la intimidad.

Y además de la razón sustancial expuesta, hay otra accidental. Las modificaciones operadas en el Capítulo I del Título X del Libro II, proceden de dos momentos

distintos durante la tramitación parlamentaria de la reforma del Código Penal de 2015.

El primero coincide con el del anteproyecto que se limitaba a la incorporación, en el apartado 4 bis del art. 197, del delito de infracción genérica de los deberes de discreción de imágenes o grabaciones audiovisuales.

El segundo con la publicación de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, cuyo plazo de transposición vencía el 4 de septiembre de 2015. Y que, como a su entrada en vigor el anteproyecto de reforma del Código Penal ya había sido aprobado por el Gobierno y era inminente su aprobación como Proyecto de Ley, para dar respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la norma europea, se presentaron por el Partido Popular las enmiendas 824, 825, 826 y 827, que se materializaron en la aprobación de los arts. 197 bis, ter, quarter y quinquies. Pudiendo leerse a este respecto en el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 que:

“La reforma lleva a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal.

Las modificaciones propuestas pretenden superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea.

De acuerdo con el planteamiento recogido en la Directiva, se introduce una separación nítida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. Por ello, se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos.

Con el mismo planteamiento, y de acuerdo con las exigencias de la Directiva, se incluye la tipificación de la interceptación de transmisiones entre sistemas, cuando no se trata de transmisiones personales: la interceptación de comunicaciones personales ya estaba tipificada en el Código Penal; ahora se trata de tipificar las transmisiones automáticas -no personales- entre equipos.

Se tipifica la facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos.

Se regulan separadamente, de un modo que permite ofrecer diferentes niveles de respuesta a la diferente gravedad de los hechos, los supuestos de daños informáticos y las interferencias en los sistemas de información”.

En consecuencia, el tratamiento separado que hacemos de los delitos de los art. 197 bis y ter, responde en definitiva a que han distorsionado el

tradicional tratamiento de los delitos contra la intimidad¹¹⁰⁶, debiendo ser desgranados aquellos de estos, pues, como inmediatamente se dirá, las razones político-criminales que inspiran estos nuevos delitos no obedecen de manera exclusiva y excluyente a la protección del bien jurídico intimidad.

b. El bien jurídico protegido

La reforma del Código Penal de 2010 ya incorporó a nuestro catálogo punitivo el delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos (art. 197.3 CP según la LO 5/2010¹¹⁰⁷) como consecuencia de los compromisos

¹¹⁰⁶ Vid., en este sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Artículo 197 bis", en AA.VV.: *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II* (dir. por M. GÓMEZ TOMILLO), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 675.

¹¹⁰⁷ Art. 197.3 CP según redacción del precepto dada por el art. único.53 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: "El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

La redacción actual del art. 197 bis1 CP, es la siguiente: "El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la

internacionales contraídos por España derivados de la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 23 febrero 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información; y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa (Budapest 23 noviembre 2001), que fue ratificado por España el 3 de junio de 2010.

Con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2010, las conductas de accesos ilícitos a sistemas información, intrusismo informático o *hacking* no era objeto de incriminación autónoma por lo que sólo podían constituir delito si venían acompañadas de otras infracciones como la estafa informática, daños informáticos, apoderamiento de secretos de empresa o, en nuestro ámbito particular, el apoderamiento de datos personales.

La inclusión del delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos en el ámbito de los delitos contra la intimidad, sin embargo, comportó múltiples problemas interpretativos, ya que creó una distorsión en la hermenéutica de un precepto que genuinamente había buscado tutelar la intimidad o privacidad de las personas¹¹⁰⁸.

Se dijo desde la doctrina que suponía un "adelantamiento de las barreras de protección de la intimidad que parte de la consideración de que la mera intromisión informática pone en peligro la privacidad

voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años".

¹¹⁰⁸ Vid., MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1476.

del titular del sistema"¹¹⁰⁹, y más concretamente, "una barrera de protección penal previa de la *privacy*, plasmada en datos personales informatizados"¹¹¹⁰.

Y aunque es cierto lo anterior, no puede obviarse que el delito de acceso ilícito a los sistemas de información también constituye como señala MORALES PRATS, una barrera de protección previa para otros bienes jurídicos distintos de la intimidad, como el secreto de empresa o el patrimonio, siempre que estos se proyecten sobre objetos materiales informáticos¹¹¹¹.

La reforma del Código Penal de 2015, si bien no aclara la cuestión acerca del auténtico bien jurídico protegido por el delito de acceso ilícito previsto en el art. 197 bis.1 CP¹¹¹² (intimidad, seguridad informática o seguridad informática en el contexto de la *privacy*), la citada Directiva sí que nos sitúa en la pista de que el objeto formal tutelado debe ser la seguridad informática *per se*, pues sus objetivos son

¹¹⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.: "Artículo 197", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (dir. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 465.

¹¹¹⁰ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., loc. ult. cit.

¹¹¹¹ Vid., ibíd., loc. ult. cit.

¹¹¹² La reforma introduce las siguientes novedades: por un lado, se prevé como conducta típica junto con el acceso a un sistema informático ajeno, la conducta de facilitar a otra persona ese mismo acceso, en idénticas condiciones. Y, por el otro, el objeto de la conducta típica se concreta en el conjunto o una parte de un sistema de información, de manera que se suprime la referencia originaria a los datos o programas informáticos contenidos en el sistema al que se accede.

aproximar las normas de Derecho penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los sistemas de información, en la medida que los ataques contra estos y, en particular, los ataques vinculados a la delincuencia organizada, "son una amenaza creciente en la Unión y en el resto del mundo, y cada vez preocupa más la posibilidad de ataques terroristas o de naturaleza política contra los sistemas de información que forman parte de las infraestructuras críticas de los Estados miembros y de la Unión. Esta situación pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia y exige, por tanto, una respuesta por parte de la Unión, así como una cooperación y coordinación reforzadas a escala internacional". Y más concretamente alude la Directiva a la amenaza que supone el riesgo de ataques informáticos de naturaleza terrorista o política contra las infraestructuras críticas de los Estados miembros y de la Unión, cuya perturbación o destrucción comportarían repercusiones transfronterizas importantes, y de su protección se deriva que las medidas de protección técnicas deban complementarse con penas estrictas que reflejen la gravedad de tales ataques. Además, esta tendencia coincide con el desarrollo de sofisticados métodos, como la creación y utilización de redes infectadas (*botnets*).

En este contexto digital, por tanto, la Directiva reclama de los Estados la ampliación de los catálogos punitivos para tipificar conductas no contempladas en la Decisión Marco 2005/222/JAI, tales como la interceptación ilegal de transmisiones no públicas de datos informáticos o la producción intencional, venta,

adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos aptos para cometer este tipo de infracciones con la intención de que sean utilizados con esa finalidad.

Todas estas razones, nos llevarían (desde el punto de vista político-criminal) a coincidir con el planteamiento de CARRASCO ANDRINO que sostiene que el precepto "trata de preservar la indemnidad (integridad, confidencialidad, disponibilidad) de los sistemas informáticos como contenedores de información sensible para la intimidad, el honor, el patrimonio, etc. y de los que dependen, además, las infraestructuras y los servicios electrónicos en la nueva Sociedad de la Información"¹¹¹³.

Más radical es la postura de DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO, para quienes es evidente que tanto en la fundamentación oficial de las normas comunitarias, como en las reformas del Código penal de 2010 y 2015, se descarta la intimidad como bien jurídico protegido¹¹¹⁴.

Con todo, y a pesar de las razones político-criminales que parecen inspirar el precepto, no puede obviarse que el art. 197 bis se ubica en el título relativo a los delitos contra la intimidad, razón por la que algún sector doctrinal había vinculado esta modalidad delictiva, específicamente el art. 197.3

¹¹¹³ CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 783.

¹¹¹⁴ DOVAL PAIS, A. y ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", op. cit., p. 511.

(antes de la reforma de 2015) con la idea de la tutela penal de la inviolabilidad del domicilio informático simili modo al art. 615 ter del Código Penal italiano, de manera que este podría llegar a ser el bien jurídico protegido. Así, el domicilio informático vendría a suponer el lugar donde se encuentran los datos pertenecientes a una persona y que quedan protegidos frente a intromisiones indeseadas¹¹¹⁵.

Esta configuración del bien jurídico, sin embargo, como señala MORALES PRATS no es dable por dos motivos.

En primer lugar, porque el tenor del nuevo art. 197 bis, después de la reforma de 2015, mal se compadece con la idea de que este se refiera únicamente a los datos personales o programas informáticos, pues alude al acceso ilícito a un sistema de información o a una parte del mismo; suprimiéndose cualquier mención a los datos que obran en el sistema.

En segundo lugar, porque la inviolabilidad del domicilio informático es un concepto, y bien jurídico, mucho más restringido que la seguridad de las redes y de los sistemas de información a la vista de los instrumentos internacionales antes citados.

En consecuencia, propone acertadamente el autor que "deberá interpretarse que el acceso ilícito o la permanencia ilícita en los sistemas que tipifica el artículo 197 bis, deberá quedar proyectada a aquellas conductas que potencialmente puedan llegar a afectar a

¹¹¹⁵ Vid., MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1478.

la intimidad de las personas tan sólo por el mero dato de la ubicación sistemática del precepto. Esto significa que los sistemas informáticos a los que alude el referido tipo penal deben albergar potencialmente datos personales de algún modo”¹¹¹⁶.

De no interpretarse que el delito previsto en el art. 197 bis CP busca proteger en último término la intimidad informática de las personas, supondría ignorar -no sin antes advertir la frustración que genera el desprecio a la sistemática legal que hace gala nuestro legislador-, la voluntad y deseo de nuestro legislador que ha decidido ubicar este precepto en el título relativo a los delitos que tutelan la intimidad.

Esta limitación del alcance del precepto, en definitiva, no es sino “el precio interpretativo por abordar una reforma legal sin un entendimiento sistemático previo de las cosas”, pues “no puede pretenderse que el artículo 197 bis, pase a asumir funciones de protección que no le son propias desde un punto de vista teleológico, a la vista de su ubicación sistemática”¹¹¹⁷.

Esta misma realidad en torno al bien jurídico puede predicarse de los hasta ahora desconocidos delitos previstos en los artículos 197 bis.2 y 197 ter CP, que, respectivamente prevén la interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos; y la producción, adquisición o facilitación de instrumentos

¹¹¹⁶ *Ibíd.*, pp. 1478-1479.

¹¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 1480.

para la comisión de los delitos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 197 y del art. 197 bis CP.

Respecto del art. 197 bis.2 CP, supone la transposición del art. 6 de la Directiva 2013/40/UE, que, subtulado como interceptación ilegal, establece que: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la interceptación, por medios técnicos, de transmisiones no públicas de datos informáticos hacia, desde o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de un sistema de información que contenga dichos datos informáticos, intencionalmente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad".

Con anterioridad a la reforma, la interceptación de comunicaciones personales, salvo en los supuestos legalmente autorizados, ya estaba prevista en el art. 197.1 CP, de manera que este precepto recorta el ámbito de incriminación del nuevo art. 197 bis.2 CP, que queda restringido a la interceptación no autorizada de cualquier otra transmisión de datos que no tenga la consideración de pública. De esta manera, constituye el objeto de protección de este nuevo precepto, no sólo los datos informáticos excluidos del conocimiento ajeno que se transmiten entre los distintos dispositivos de un sistema, o entre dos o más sistemas; sino también los datos informáticos que pueden obtenerse a partir de las transmisiones electromagnéticas de un sistema de información, a este respecto, expone la FGE en su Circular 3/2017, "todos los dispositivos electrónicos, aun estando apagados, emiten continuamente radiaciones a través del aire o de los propios conductores, como lo

son los cables que permiten establecer la conexión entre los mismos. La corriente que circula por un conductor genera un campo electromagnético alrededor de éste que es capaz de inducir esta misma señal a otros conductores que estén situados en las proximidades dentro de ese mismo campo. Por ello, si se cuenta con los equipos apropiados, es posible captar estas emisiones y reproducir, a partir de las mismas, información acerca, por ejemplo, de las transmisiones que se están llevando a efecto desde el dispositivo espionado o también de las imágenes que aparecen en la pantalla o de las pulsaciones de su teclado”.

En consecuencia, la intimidad no es un valor exclusivo y excluyente del tipo, pues no necesariamente las conductas típicas han de afectarla, por lo que el precepto se encamina a la protección de la seguridad y preservación de la confidencialidad de las transmisiones de datos informáticos, siempre que, como apunta MORALES PRATS, “la interceptación de la transmisión no pública se verifique, como exigencia implícita una potencial puesta en peligro de la privacy, por mor del encaje sistemático del precepto”¹¹¹⁸.

Y en cuanto al art. 197 ter CP, el precepto supone la transposición del art. 7 de la Directiva 2013/40/UE que insta a los Estados miembros a adoptar “las medidas necesarias para garantizar que la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de los siguientes instrumentos, sin

¹¹¹⁸ MORALES PRATS, F.: “Comentarios al Título X”, op. cit., p. 1484.

autorización y con la intención de que sean utilizados con el fin de cometer cualquiera de las infracciones mencionadas en los artículos 3 a 6, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer una infracción de las mencionadas en los artículos 3 a 6; b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”.

El legislador, asumiendo el compromiso comunitario, introduce a nuestro catálogo criminal el art. 197 ter CP que castiga la producción, adquisición o facilitación de instrumentos para la comisión de los delitos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 197 y del art. 197 bis CP.

E igual que en los anteriores delitos, nos encontramos ante un adelanto de la intervención penal, y que si tenemos presente que la estructura típica viene presidida por un elemento subjetivo cifrado en la intención concreta de facilitar la comisión de los delitos de los arts. 197.1 y 2, y 197 bis CP, advertimos como la intimidad como genuino bien jurídico protegido es aún más difuso.

2. EL TIPO AGRAVADO DEL ART. 197 QUARTER: LA COMISIÓN DEL DELITO EN EL SENO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL

Establece el art. 197 quarter CP que “si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido

en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

Se trata de un tipo agravado que no es desconocido en nuestra historia punitiva, pues fue introducido por la reforma del Código Penal de 2010 en el apartado 8 del art. 197 CP, como agravación de los hechos descritos en sus apartados precedentes. Sin embargo, tras la reforma de 2015, además de otorgarle nueva ubicación sistemática, este ha pasado a prever su aplicación a todos los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos del Capítulo I del Título X del Libro II del CP.

Esta agravación, o hiperagravación en algunos casos, es demostrativa del rigurosismo punitivo que preside las últimas reformas de nuestro texto punitivo, y, particularmente, el de los delitos contra la intimidad que por mor de la aplicación de la doble agravación del art. 197.6 en relación con el art. 197 quarter CP, el marco penológico abstracto puede llegar a contemplar penas de prisión de 7 años a 10 años y 6 meses.

Ahora bien, el rigor punitivo de nuestro legislador, como advierte TOMÁS-VALIENTE LANUZA, ha ido más allá del alcance de sus obligaciones internacionales derivadas en su momento del art. 7 de la Decisión Marco 2005/222/JAI respecto de los delitos de intrusismo informático, y ahora del art. 9.4 de la Directiva de 2013 que impone esta agravación únicamente a los delitos de interferencia ilegal en los sistemas de información y los daños informáticos; pues en la

actualidad la agravación se hace aplicable a cualquiera de los delitos del capítulo, esto es, tanto a los que afectan a la seguridad de los sistemas que alude la Directiva, como a los delitos relativos a la intimidad¹¹¹⁹.

Además, se trata de una agravación que político-criminalmente carece de sentido que pueda proyectarse al artículo 197.7 CP que trae causa en un paquete de medidas penales destinadas a combatir la violencia de género, y dar respuesta punitiva al caso de Olvido Hormigos, o con los delitos relativos a la violación del secreto profesional y laboral del art. 199 CP¹¹²⁰.

En cuanto a su fundamento, siguiendo a MORALES PRATS, se halla tanto en el incremento del desvalor de la acción por la mayor peligrosidad ex ante, como del resultado por su mayor afectación del bien jurídico ex post¹¹²¹.

¹¹¹⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Artículo 197 bis", en AA.VV.: *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, op. cit, p. 681.

¹¹²⁰ Vid., en este sentido, MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1487. También a CASTELLÓ NICÁS, N.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor", op. cit., p. 509.

¹¹²¹ MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", op. cit., p. 1488.

3. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO SUJETOS ACTIVOS DE LOS DELITOS RELATIVOS AL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS (ART. 197 QUINQUIES)

Dispone el art. 197 quinquies CP que "cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33".

Las razones aducidas por el legislador para la inclusión de este precepto son inexistentes, previéndose en la exposición de motivos de la LO 1/2015, una lacónica referencia con el siguiente tenor: "finalmente, en estos delitos se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas".

Lo cierto es que no es un precepto total y absolutamente desconocido, pues la LO 5/2010 ya introdujo respecto del intrusismo informático la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 197.3 CP, según redacción dada por la referida LO¹¹²²).

¹¹²² Art. 197.3 CP, según LO 5/2010: "El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de

En este sentido, la reforma de 2015, lo que hace es extender la responsabilidad de la persona jurídica del delito contra el intrusismo informático a la totalidad de los delitos previstos en los artículo 197, 197 bis y 197 ter CP. Lo cual, como sugiere TOMÁS-VALIENTE LANUZA, es poco necesario a la luz de la realidad criminológica, pues un examen de la jurisprudencia recaída en los últimos años evidencia que los vínculos de las personas jurídicas con este ámbito criminógeno es prácticamente nulo¹¹²³.

A pesar de ello, no nos sorprende esta elección político criminal de proyectar el art. 31 bis a este grupo de delitos contra la *privacy*, pues la simple observancia del catálogo de delitos por los que puede condenarse a una persona jurídica denota que el capricho es su atributo más significativo, hasta el punto que es del todo inexplicable que el delito contra los derecho de los trabajadores no pueda cometerlo una persona jurídica¹¹²⁴, y, en cambio, sí uno del art. 197.7 CP.

La inmadurez punitiva del legislador en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, que alcanza a su propio fundamento, comporta unos riesgos nada desdeñables, pues, de cumplirse los requisitos del art. 66 bis CP, las penas potenciales aparejadas, de

multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

¹¹²³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “Artículo 197 bis”, en AA.VV.: *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II*, op. cit, p. 683.

¹¹²⁴ Sobre esta crítica puede verse la STS 23 febrero 2017 (ES:TS:2017:737).

conformidad con el art. 33.7 CP, pueden ser además de la multa, la disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades; clausura de sus locales y establecimientos; prohibición de actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido el ilícito; inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; e intervención judicial de la empresa.

CONCLUSIONES

Rectamente comprendido el significado dialéctico de conclusión, lo que la ortodoxia califica como «conclusiones», no es tal cosa la mayoría de las veces, sino un compendio o recapitulación de lo más sustancial que ya ha sido expuesto latamente.

En el ámbito de las humanidades, en términos generales, las conclusiones se suceden a lo largo de los distintos capítulos, epígrafes y subepígrafes en los que se dividen los tratados que las estudian. Concretamente, es tras la exposición del estado de la cuestión de cada punto, cuando se presenta la conclusión a ese respecto. Y al ser este nuestro caso, reiterar lo expuesto a lo largo de este trabajo, sería ocioso e impertinente, en tanto nada nuevo puede decirse ahora que no haya sido ya dicho.

Sentado lo anterior, podemos afirmar a modo de conclusiones generales que:

1.- El derecho penal es un instrumento que sirve a la política criminal.

1.1.- Por relación de especie a género, el derecho penal sirve a la política general de los Estados.

1.2.- En consecuencia, el derecho penal es un instrumento político.

1.2.1.- El derecho penal puede operar, pues, como un instrumento político al servicio de la obtención de rédito electoral.

2.- La intimidad es un valor que merece protección por la Ley de los Estados.

2.1.- La protección de la intimidad puede brindarse desde las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

2.2.- Que la intimidad sea protegida por una u otra rama del ordenamiento jurídico es una decisión política.

2.2.1.- Toda decisión político-criminal se compadecerá mejor o peor con los principios garantistas del derecho penal.

2.2.1.1.- Dichos principios a este respecto son el de subsidiariedad o última ratio y de fragmentariedad.

3.- El Estado español protege la intimidad a través de normas derecho público y privado.

3.1. La tutela civil de la intimidad se canaliza a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

3.2.- La tutela penal de la intimidad personal se canaliza a través del Capítulo I del Título X del

Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

3.2.1.- El legislador de 1995 asumió como principio; proteger penalmente la intimidad personal desde el Capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal, sin perjuicio de otros preceptos que, dispersos a lo largo del texto punitivo, puedan protegerla.

3.3.- En el caso de que haya superposición de conductas proscritas entre la norma civil y penal, el titular del bien jurídico afectado podrá optar por acudir a una u otra jurisdicción (artículo primero.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo).

4.- El catálogo de delitos previstos en el Capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal de 1995, se ha ido incrementado con las sucesivas reformas.

4.1.- Su engrosamiento punitivo obedece a la creencia secular de que sólo el derecho penal protege intereses jurídicos; y que la pena es el mecanismo más eficaz y eficiente para corregir conductas socialmente desaprobadas.

4.2.- El Código Penal de 1995 en su redacción original preveía:

- Los delitos de apoderamiento, interceptación o uso de artificios técnicos para vulnerar la intimidad (art. 197.1 CP).

- Los delitos contra la intimidad a través de los abusos sobre datos personales registrados (art. 197.2 CP).

- El delito contra la intimidad cometido a través de la difusión, revelación o cesión a terceros de información obtenida ilícitamente por un tercero (art. 197.3.II CP).

- Los delitos contra la intimidad a través de la revelación y divulgación de secretos conocidos lícitamente a través de la prestación de servicios profesionales o laborales (art. 199 CP).

4.3.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo el delito de acceso ilícito a los sistemas informáticos (ahora el art. 197 bis.1 CP).

4.4.- La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, amplió el catálogo punitivo con:

- El delito contra la intimidad cometido a través de la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas lícitamente de la víctima (art. 197.7 CP).

- El delito de interceptación de transmisiones de datos informáticos que no fueran públicas (art. 197 bis.2 CP).

- El delito de producción, adquisición o facilitación de instrumentos para la comisión de los delitos previstos en los apartados 1 y 2 del art. 197 y del art. 197 bis CP (art. 197 ter).

5.- El Capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal, tras las reformas operadas por la mencionadas Leyes, exige revisión por su desprecio a la sistemática legal.

5.1.- La heterogeneidad de los delitos desnaturalizan el *telos* del Capítulo donde se encuentran ubicados.

5.2.- Los arts. 197 bis y ter deben configurar, si no un Título distinto al X, en todo caso, un capítulo independiente desgajado del Capítulo I, y relativo a la seguridad informática.

5.2.1.- Los delitos de los arts. 197 bis y ter responden a la intervención del derecho penal frente a la criminalidad informática en general, y no exclusivamente a la protección de la intimidad.

6.- El artículo 197.7 CP muta el tradicional criterio orientador de los delitos de infracción de los deberes de reserva y sigilo, ya que eleva el estatus de confidente penalmente obligado al sigilo a cualquier ciudadano que de un acto libre y voluntario del sujeto pasivo obtiene una imagen de las típicamente relevantes.

6.1.- Una fórmula para acotar la expansión de los deberes de sigilo, es la exigencia de una relación previa entre sujeto activo y pasivo, sin embargo, esta circunstancia opera como tipo agravado.

6.2.- El precepto no puede ser interpretado de tal forma que queden excluidos los casos en que las imágenes son captadas y enviadas voluntariamente por el titular del bien jurídico al sujeto activo.

6.2.1- La *ratio essendi* que subyace a la exigencia típica de obtener la imagen con la anuencia de la persona afectada, supone que lo relevante no es quien la capta, sino que el sujeto activo la obtiene porque el sujeto pasivo consiente su captación, o simplemente la entrega.

6.3.- Con la expresión "en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros", el legislador asume la idea de expectativa de intimidad.

6.4.- La expresión típica "sin autorización de la persona afectada", opera como causa de exclusión de la tipicidad.

6.4.1.- El consentimiento del titular, como genuina manifestación de la libre autonomía de la voluntad, legitima la intromisión, por lo que en ningún caso podrá hablarse de ilicitud de la misma.

6.4.2.- De admitir que la autorización opera en sede de antijuridicidad, habría que calificar la conducta típica como justa o injusta, lo que sería contrario a las facultades que otorga el derecho a la intimidad.

6.5.- El tipo exige que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del sujeto pasivo.

6.5.1.- La imagen típica no queda circunscrita al núcleo de la intimidad, sino a cualquier faceta de esta.

6.5.2.- Cuando las imágenes afecten al núcleo duro de la intimidad existirá una mayor idoneidad para que puedan afectar gravemente a la intimidad del sujeto pasivo.

6.5.3.- Si en las imágenes divulgadas aparece el sujeto pasivo desnudo, existirá una predisposición a entender que estas afectan gravemente a su intimidad.

6.5.4.- La imagen, en todo caso, deberá mostrar objetivamente una faceta de la intimidad. Y, además, deberá valorarse las circunstancias subjetivas del sujeto pasivo para determinar que la imagen es apta para revelar su intimidad.

6.5.5.- El número de personas que tienen conocimiento de la imagen típica no es un

factor tan determinante como puede ser la relación entre el sujeto activo y pasivo.

6.5.6.- La divulgación pública de la imagen a través de la red social de la víctima supone que, además de ser una difusión masiva, una mayor onerosidad por cuanto implica a su círculo social más próximo.

6.5.7.- El menoscabo de la intimidad no se presume, sino que tendrá que ser probado a través de cualquiera de las formas admitidas en derecho.

6.5.7.1.- La forma probatoria más idónea será el informe forense emitido por el psicólogo o psiquiatra adscrito al juzgado.

6.5.8.- En todo caso, no debe confundirse la gravedad con la mera molestia inherente a cualquier divulgación in consentida de la intimidad.

7.- El artículo 197.7 CP ha de ser derogado del Código Penal.

7.1.- La conducta prohibida está suficientemente tutelada por la norma civil.

7.2.- El desvalor de la conducta prohibida no justifica la introducción de deberes penales de sigilo a toda la población.

7.3.- La conducta prohibida, de generar un desvalor significativo para otros valores distintos a la intimidad, encuentra respuesta punitiva en los delitos de lesiones (psíquicas), contra la integridad moral y honor.

7.4.- Se trata de un delito de imposible comisión si el sujeto pasivo no realiza la conducta de ceder su imagen al sujeto activo.

7.4.1.- El derecho penal no debe proteger a quienes son incautos a la hora de velar por su intimidad.

7.5.- La cláusula de salvaguardia del tipo no cumple las exigencias de taxatividad penal.

7.5.1.- La exigencia de que la revelación de las imágenes menoscabe gravemente la intimidad es un concepto jurídico indeterminado.

7.5.1.1.- Los conceptos jurídicos indeterminados, al estar necesitados de tasación jurídica, dependen de los prejuicios y concepciones ideológicas de cada juzgador.

7.5.1.2.- La cláusula traslada a los jueces el deber de acotar los márgenes de criminalización del precepto, lo que dependerá, por tanto, de los prejuicios morales e ideológicos de estos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil I: introducción y parte general* (Tomo I, Vol II), Bosch, Barcelona, 1977.

- ALCARAZ, H.: "El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información: «Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!»" (Trad. Patricia Fernández Ostolaza y Pepa Fernández Ostolaza), *Araucaria-Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2007, núm. 18.

- ALEJANDRE, J.A.: "Estudio histórico del delito de falsedad documental", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1972.

- ATIENZA NAVARRO, M.L.: "Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen" en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

- ANDRADE, M.C: "A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal (esboço comparatístico, em busca de um novo paradigma normativo)", *Revista Jurídica*, 2012, núm. 15.

- BADINTER, R. : "Le droit au respect de la vie privée", *J.C.P.*, 1968, I-2136.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", *Anuario de Derecho Penal*, 1980.

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989.

- BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2000.

- BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007.

- BARBERO SANTOS, M.: *Política y derecho penal en España*, Tucar Ediciones, Madrid, 1977.

- BATLLE SALES, G.: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Valencia, 1972.

- BECK, U.: *La sociedad del riesgo global* (Traducción de Jesús Albores Rey), Siglo XXI, Madrid, 2002.

- BEJAR, H.: "La génesis de la privacidad en el pensamiento liberal", *Sistema: Revista de ciencias sociales*, 1987, núm. 76.

- BÉJAR, H.: *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid, 1990.

- BELING, E.: *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1903.

- BENDA, E.: "Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil", en AA.VV.: *Festschrift für Willi Geiger* (coord. por Leibholz, G. et. al.), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972.

- BENDA, E.: "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional* (trad. Antonio López Pina), Marcial Pons, Madrid, 2001.

- WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "El derecho a la intimidad" (trad. por B. PENDÁS Y P. BASELGA), Civitas, Madrid, 1995.

- BESSONE, M. y GIACOBBE, G.: *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia: due esperienze a confronto*, CEDAM, Padova, 1988.

- BIANCA, C.M.: "Note introduttive", en BIANCA, C.M., y BUSNELLI, F.D.: *La protezione dei dati personali: Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, CEDAM, Padova, 2007.

- BLASCO GASCÓ, F.: "Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Bienes de la personalidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

- BLOUSTEIN, E.J.: "Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean PROSSER", *New York University Law Review*, vol. 39, 1964.

- BOIX REIG, F.J., JAREÑO LEAL, A., y DOVAL PAIS, A.: "Protección penal de la intimidad y derecho de defensa en causas matrimoniales", *Abogados de Familia*, núm. 26, 2003.

- BOLEA BARDÓN, C.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- BONESANA, C.: *Dei delitti e della pene*, Heliasta, Brasil, 1993.

- BRICOLA, F.: "Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", *Revista trimestrale di diritto e procedura penale*, 1967.

- CALDIROLA, D.: *Il diritto alla riservatezza*, CEDAM, Padova, 2006.

- CARBONNIER, J.: *Droit civil (tomo I)*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989.

- CARNELUTTI, F.: "Diritto alla vita privata -contributo alla teoría della libertà di stampa", *Revista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 1955.

- CARNELUTTI F.: "A propósito della libertà di pensiero", *Foro it.*, 1957, IV.

- CARRASCO ANDRINO, M^a. M.: "Lección 23^a. Descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Derecho penal español. Parte especial (I)* (dir. por. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- CARRASCO ANDRINO, M^a. M.; MOYA FUENTES, M^a. M.; Y OTERO GONZÁLEZ, M^a. P.: "Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis CP", en AA. VV.: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. por F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral* (T. 1, Vol. 2), Reus S.A., Madrid, 1984.

- CASTELLÓ NICÁS, N.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor", en AA.VV.: *Estudios sobre el Código Penal reformado* (dir. por. L. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2015.

- CHAVANNE, A.: "La violation du secret professionnel", *Juris-classeur pénal*, 6, 1957

- CHOZA ARMENTA, J.: *La supresión del pudor, signo de nuestro tiempo y otros ensayos*, EUNSA, Pamplona, 1990.

- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.: "Capítulo VII: Delitos contra el honor", en AA.VV.: *Manual de derecho penal: parte especial I (adaptado a los programas de las oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal)* (dir. por J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), Akal, Madrid, 1994.

- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- COBO DEL ROSAL, M.: "Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro: (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 1971, núm. 3.

- COLÁS TURÉGANO, A.: "El derecho a la propia imagen como objeto de protección por el Derecho Penal", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- COLÁS TURÉGANO, A.: "Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (arts. 197; 197 bis; 197 ter)", en AA.VV.: *Comentarios a la reforma del Código Penal* (dir. POR J.L. GONZÁLEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- CONSTANT., B.: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" (discurso

- pronunciado en el Ateneo de Paris en 1819), *Revista de Estudios Públicos*, 1995, núm. 59.
- CONSTANT, B.: *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Katz Editores, Buenos Aires, 2010.
 - CORCOY BIDASOLO, M., y MIR PUIG, S.: "Artículo 197", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (dir. M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - CORTÉS BECHIARELLI, E.: "Sobre la pluriofensividad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad (artículo 534 a 536 del Código penal español", en AA.VV.: *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (coord. por M.A NÚÑEZ PAZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
 - CRESPI, A.: *La tutela penale del segreto*, Priulla, Palermo, 1952.
 - CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte especial* (t. II), Bosch, Barcelona, 1975, p. 815.
 - DE COSSÍO CORRAL, A.: *Instituciones de derecho civil*, (revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez y José León-Castro Alonso), Cívitas, Madrid, 1991.
 - DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950.

- DE CUPIS, A.: "Il diritto alla riservatezza esiste", *Foro it.*, 1954, IV.

- DE CUPIS, A.: "Sconfitta in Cassazione, del diritto alla riservatezza", *Foro it.*, 1957, I.

- DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità (Vol I. Teoria generale, diritto alla vita e all'integrità fisica, diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere, diritto alla libertà, diritto all'onore e alla riservatezza)*, Giuffrè, Milano, 1959.

- DE LA MATA BARRANCO, N.J. y BARINAS UBIÑAS, D.: "La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo socia: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?" *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, núm. 12.

- DE LAS HERAS VIVES, L.: "La Protección civil del honor en el ordenamiento norteamericano", en AA.VV.: *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- DE LAS HERAS VIVES, L.: "Reflexiones sobre el bien jurídico intimidad a propósito de la intimidad de las víctimas del delito. Comentario a la STS núm. 66/2016, de 10 de noviembre", *Revista Boliviana de Derecho*, 2017, núm. 24.

- DE MATTIA, A.: *Il diritto alla riservatezza*, Giuffè, Milano, 1963.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "El derecho a la propia imagen", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.: *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

- DE VERDA y BEAMONTE, J.R.: "Resarcimiento de daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge", en AA.VV.: *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2012.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Rev. Boliv. De Derecho*, 2017, núm. 23.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales?", *Derecho Privado y Constitución*, 2015.

- DESANTES GUANTER, J.M.: "Intimidad e información, derechos excluyentes", *Nuestro tiempo*, 1972, núm. 213.

- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: "Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, núm. 4º, pp. 1190-1993.

- DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil* (Vol. 1), Tecnos, Madrid, 2005.

- DIÉZ RIPOLLÉS, J.L.: "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, núm. 103

- DORADO, P.: *Bases para un nuevo derecho penal*, Manuel Soler-editor, Barcelona, 1905.

- D'ORS, A.: "Contribuciones a la historia del crimen falsi", *Studi in onore di edoardo Volterra* (vol II), Giuffrè, Milano, 1969.

- DOVAL PAIS, A, ANARTE BORRALLO, E.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I (dir. J. BOIX REIG), Iustel, Madrid, 2016.

- DUBY, G.: "La vida privada en las familias aristocráticas de la Francia Feuda: convivialidad" en

- AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. PETER BROWN et. al.), Taurus Ediciones, Madrid, 1987.
- DUBY, G.: "Prefacio", en AA.VV.: *Historia de la vida privada* (coord. Peter Brown et. al.), Taurus Ediciones, Madrid, 1987.
 - DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología*, Comares, Granada 2016.
 - DURKHEIM, E.: *La división del trabajo social*, Ediciones LEA, Buenos Aires, 2013.
 - EDITOR.: "La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad", *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 31, 1967.
 - EISELE, J.: "Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen: - Zur Einführung eines § 201 a in das Strafgesetzbuch -", *Juristische Rundschau*, 2005, núm. 1.
 - FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983.
 - FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. por AA.VV), Trotta, Madrid, 1995.
 - FLORIAN, E.: *Elementos de Derecho Procesal Penal* (traducción y referencias al Derecho Español por Leonardo Prieto Castro y Ferrándiz), Librería Bosch, Barcelona, 1934

- FRANCESCHELLI, B.: *Il diritto alla riservatezza*, Jovene, Napoli, 1960.

- FRIED, C: "Privacy", *Yale Law Journal*, vol 77, núm. 3, 1968.

- FROMM, E.: "Afterword" en ORWELL, G.: *1984*, Signet, New York, 1961.

- FROSINI, V.: *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981.

- GAJDA, A.: "What If Samuel D. Warren Hadn't Married a Senator's Daughter?: Uncovering The Press Coverage That Led To The Right To Privacy", *Michigan State Law Review*, 2007.

- GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.

- GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la constitución de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983.

- GARÇON, E. : *Code Pénal annoté t. II (nouvelle édition refounde et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel)*, Librairise Sirey, Paris, 1956

- GARZÓN VALDÉS, E.: "Lo íntimo, lo privado y lo público", *Claves de razón práctica*, 2003.

- GIAMPICCOLO, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civil.*, 1958, núm. 2.
- GOFFMAN, E.: *The Presentarion of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York, 1959.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: "La protección de datos personales en el código penal español", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, núm. 16.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección de los datos personales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015: luces y sombras", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2015, núm. 13
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Intromisión en la intimidad y servicios de inteligencia", en AA.VV.: *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (coord. M.A Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Derecho penal parte especial* (coord. por J.L. González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- GONZÁLEZ GAITIANO, N.: *El deber de respeto a la intimidad*, EUNSA, Barañáin-Pamplona, 1990.
- GREENAWALT, K.: "Privacy and Its Legal Protections", *The Hastings Center Studies*, vol 2, núm. 3, 1974.
- GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado por D. (Alejandro) Groizard y Gómez de la Serna (vol. 5)*, Imprenta de Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870-1899.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HEGEL, F.: *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, Libertarias Prodhufi, 1993.
- HERRERÁN ORTIZ, A.I.: "El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información" *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 2003, núm. 26.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Colex, Madrid, 1994.
- HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.
- HOBBS, T.: *Leviatan* (dir. por J.J. VALENCIA), Skla, Bogotá, 1982.

- HUBER, E.R.: "Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht" *DÖV*, 1956, 97-102.
- HUBMANN, H.: "Der Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion", *JuristenZeitung*, 1957, núm. 17.
- HUBMANN, H. y REHBINDER, M.: *Urheber- und Verlagsrecht rehbinder*, Beck C.H., München, 1995.
- HUET-WEILLET, D.: "La protection juridique de la voie humaine", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982.
- HENKEL, H.: "Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion" (Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag) en *Verhandlungen des Zweiundvierzigste Deutschen Juristentages*, 1957, Dusseldorf, Mohr., 1959.
- IGLESIAS CUBRÍA, I.: *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970.
- JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Iustel, Madrid, 2008.
- JORGE BARREIRO, A.: "Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español", *Revista de Derecho Público*, 1982, núm. 87.
- JORGE BARREIRO, A.: "El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2002, núm. 6.

- JUANATEY DORADO, C. y DOVAL PAIS, A.: "Límites de protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes", en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (dir. por J. BOIX REIG y coord. por A. JAREÑO LEAL), Iustel, Madrid, 2010.

- KANT, I.: *Principios metafísicos del derecho* (trad. G. Lizarraga), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.

- KOSTORIS, S.: *Il segreto come oggetto della tutela penale*, CEDAM, Padova, 1964.

- KÜHL, K, LACKNER, K (et. al): *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar*, Beck, Munchen, 2004.

- KÜHL, K.: "Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen", AfP, 2004, núm. 3

- LINDON, R.: "La presse et la vie privée", *J.C.P*, 1965, I-1887.

- LLORIA GARCÍA, P.: "La difusión in consentida de imágenes íntimas (sextign) en el proyecto de Código Penal de 2013", *Elderecho.com*, 11 de octubre de 2013.

- LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1981.

- LOCKE, J.: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil* (trad. por. C. MELLIZO), Tecnos, Madrid, 2006.

- LOEWENSTEIN K.: "Roma y la teoría general del estado", *Revista de Estudios Políticos*, 1970, núm. 174.

- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador; comentario al texto y al debate parlamentario*, Diego López, Madrid, 1996.

- LOSSANO, M.G.: "La privacy nelle legislazioni europee", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981.

- LOZANO MIRALLES, J.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, vol. II, (coord. por M. Bajo Fernández), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1998.

- LUZÓN PEÑA, D.M.: "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, núm. 1.

- MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

- MAQUIAVELO, N.: *El príncipe*, Biblioteca Virtual Antorcha, 2006.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: "El artículo 497 del Código penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, año 1978, núm. 2.

- MANZINI, V.: *Tratatto di diritto penale italiano* (vol. VIII), Utet, Torino, 1937.

- MATTEUCCI, N.: "Pubblico e privato", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coord. por N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981.

- MARAVALL, J.A: *Estado moderno y mentalidad social*, Revista de Occidente, Madrid, 1972, Vol. I.

- MARTI, M.A: "Antropología de la intimidad: una utopía viable", *Aula Abierta*, 1983, núm. 39.

- MARTIN, L.: "Le secret de la vie privée", *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1959, núm. 2.

- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004.

- MARTÍNEZ OTERO, J.M.: "La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico", *Nueva Época*, 2013, núm. 12.

- MARTÍNEZ OTERO, J.M.: "El nuevo tipo delictivo del art. 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes

- íntimas obtenidas con consentimiento", *Diario la Ley*, 2014, N° 8234.
- MARTÍNEZ VAL, J.M.: *Abogacía y Abogados*, Bosch, Barcelona, 1993.
 - MARTY, G.: "La protection de l' intimité de la vie privée par le droit pénal et le droit privé", *Cours de la Faculté Internationale pour l' enseignement du droit comparé*, 1969.
 - MARX, K.: *Manuscritos de economía y filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.
 - MAYER, M.E.: *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, Breslau, 1903.
 - MEDINA SCHULZ, G.: "La captación no autorizada de imágenes en el derecho penal alemán: el §201A", *Estudios penales y criminológicos*, 2006, núm. 26.
 - MELCHIONNA, S.: "Principi generali", en ACCIAI R. (a cura di) *Il diritto alla protezione dei dati personali (La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice)*, Maggioli Editore, Rimini.
 - MILL, J.: *Ensayo sobre la libertad* (trad. por FRANCESC LL. CARDONA), Brontes S.L., Menorca, 2011.
 - MILLÁN PUELLES, A.: *Fundamentos de Filosofía*, Rialp, Madrid, 2009.
 - MONTEJANO, B.: "El fin del estado: el bien común", *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las*

Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, 1976, núm. 3.

- MONTÉS PENADÉS, V.L.: Los derechos fundamentales, en AA.VV.: *Derecho civil. Parte General* (coord. por A. LÓPEZ LÓPEZ y V. L. MONTÉS PENADÉS), Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MORALES PRATS, F.: "Reflexiones político criminales sobre los límites de la intervención penal en los delitos contra la privacy: la reforma del CP de 2015 (LO 1/2015)" en AA.VV.: *Homenaje al profesor Miguel Bajo* (coord. por S. BACIGALUPO SAGGESE, B.J. FEIJOO SÁNCHEZ y J.I. ECHANO BASALDUA), Madrid, 2016.
- MORALES PRATS, F.: "Comentarios al Título X", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal, t. I* (dir. por G. QUINTERO OLIVARES y coord. por F. MORALES PRATS), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- MORALES PRATS, F.: *La utopía garantista del Derecho Penal en la Nueva Edad Media* (discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 5 de noviembre de 2015), Ediciones Gráficas Rey, Barcelona, 2015.
- MORALES PRATS, F.: "La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del «Caso Hormigos»", *Revista de derecho y proceso penal*, 2013, núm. 31.
- MORALES PRATS, F.: "Delitos contra la intimidad: Art. 197.4 bis y 203.2-3", en AA. VV.: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir.

- por F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MORALES PRATS, F.: "Funciones del derecho penal y sociedad civil", *Il Diritto Penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Stefano Canestrari, Torino, 1998.
 - MORALES PRATS, F.: "Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales", *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial))*, 1996, núm. 2.
 - MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984.
 - MORENO CATENA, V.: *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980
 - MORÓN LERMA, E.: "Intención del agresor y ataque a la intimidad", en AA.VV.: *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñoz (coord. por F. MORALES PRATS y G. QUINTERO OLIVARES)*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1626.
 - MORSILLO, G.: *La tutela penale del diritto alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 1966.

- MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- MUÑOZ CONDE, F.: "Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal", *Direito*, 2007, núm. 4/5. pp. 53-54.

- MUÑOZ CONDE, F.: "El derecho penal en tiempos de cólera", en AA.VV.: Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (coord. M.A NÚÑEZ PAZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: "El derecho a la intimidad" en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

- NIZER, L.: "The Right of Privacy: A Half Century's Developments", *Michigan Law Review*, 1941, vol. 39, núm. 4.

- NERSON, R.: "La protection de l' intimité", *Journal (belge) des tribunaux*, 1959.

- NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979.

- O'BRIEN, D.: "The Right of privacy", *Columbia Law Review*, vol 2, 1902.

- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: "El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el caso Olvido Hormigos", *Derecho y Proceso penal*, 2014, núm. 35.

- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1º del Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2009.

- ORTEGA Y GASSET, J.: "Socialización del hombre", en GARAGORRI HERRANZ, P.: *Obras completas de José Ortega y Gasset*, Revista de Occidente, Madrid, 1966.

- ORTS BERENGUER E., y ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- PACHECO, J.F: *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta y fundición de Manuel Tello (impresores de cámara de S.M.), Madrid, 1881.

- PÉREZ LUÑO, A.: "La protección de la intimidad frente a la informática en la constitución española de 1978" *Revista de estudios políticos*, núm. 9, 1979.

- PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995.

- PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014.

- PERRAUD-CHARMANTIER, A.: *Le secret professionnel: ses limites, ses abus*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1926.

- PFEFFER URQUIAGA, E.: *Manual de Derecho Constitucional* (vol. I), Ediar Conosur Ltda., Santiago, 1986.

- PINTÓ RUIZ, J.J.: "Contestación al discurso de ingreso del Académico de número D. Elías Campo Villegas", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, núm. 1.

- PIÑAR MAÑAS, J.L.: "Protección de datos: origen, situación actual y retos del futuro", en MURILLO DE LA CUEVA, P.L., y PIÑAR MAÑAS, J.L.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

- POLAINO NAVARRETE, M.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Descubrimiento y revelación de secretos", en AA.VV.: *Derecho Penal español. Parte especial* (coord. por. M. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1996.

- POUND, R: "Interests of personality", *Harvard Law Review*, 1915.

- PROSSER, W.: "Privacy" *California Law Review*, 1960, núm. 48 (3).

- PUGLIESE, G.: "Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche", *Foro it.*, 1954, I.
- PUIG PEÑA, F.: "Descubrimiento y revelación de secretos, *NEJ*, t. vii, 1955, p. 241.
- PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte especial (t. IV)*, Revista de Derecho Privado, Barcelona, 1960, pp. 169 y ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (Tomo I, vol II.)*, Ederesa, Madrid, 1972
- QUINTERO OLIVARES, G.: *El Problema penal. La tensión entre teoría y praxis en el derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Represión penal y Estado de Derecho*, Dirosa, Barcelona, 1976.
- RACHELS, J.: "Why Privacy is Important", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975.
- RAHMLOW, M.: "Einzelne Probleme des Straftatbestands der "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen" (§201a StGB)", *HRRS-Ausgaben*, 2005, marzo, 3.

- REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.

- REBOLLO VARGAS, R.: "Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal: Parte Especial. Tomo I* (dir. por J. CÓRDOBA RODA y M. GARCÍA ARÁN), Marcial Pons, Madrid, 2004.

- REIMAN, J.: "Privacy, Intimacy, and Personhood", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976.

- RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla Capacità a disporre dell'immagine", *Riv. Dir. Comm.*, 1904.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Identificación de la persona" en LACRUZ BERDEJO, J.L, y otros: *Parte general del Derecho civil*, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1992.

- RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.A.: *Digesto teorico-practico ó recopilación de los derechos comun, real y canonico por los libros y títulos del digesto* (Tomo XVII), Imprenta Real, Madrid, 1791.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Autor-Editor, Madrid, 1980.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1987.

- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: "Aspectos sustantivos y procesales del nuevo delito contra la intimidad del

- art. 197.7 del Código Penal”, *Práctica penal: cuaderno jurídico*, 2016, núm. 85.
- ROMEO CASABONA, C.M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función de tutelar el derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1988.
 - ROMEO CASABONA, C.M.: “Tendencias actuales sobre las formas de protección ante las nuevas tecnologías”, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993.
 - ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000.
 - ROYER-COLLARD, P.: *De la liberté de la Presse*, Librairie de Médicis, París, 1949.
 - ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
 - RUEDA MARTÍN, M^a. A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Atelier, Barcelona, 2004.
 - RUIZ-GIMÉNEZ, J.: “El derecho a la intimidad”, *Cuadernos para el diálogo*, núm. 66, 1969.

- RUIZ MARCO, F.: "El artículo 197" en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal* (dir. por M. COBO DEL ROSAL), T. VII, Edersa, Madrid, 1999.

- RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Delimitación de las libertades informativas (fijación de criterios para resolución de conflictos en sede jurisdiccional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- SANTANIELLO, G.: *I fattori evolutivi della codificazione concernente la protezione dei dati personali*, Interlex, 2004.

- SARTORETTI, C.: *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

- SAN AGUSTÍN DE HIPONA: *De la verdadera Religión* (Traducción de P. Victorino Capánaga OAR), Agustinus, 2016.

- SÁNCHEZ AGESTA, L: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1989.

- SALDAÑA DÍAZ, M^a. N.: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis", *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85.

- SCANLON, T.: "Thomson on Privacy" *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975

- SCHMIDT, G.: "Zur Problematik des Indiskretionsdelikte", ZStW, 1979.

- SEIDEL, U.: *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, O Schmidt, Köln, 1972.

- SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al artículo 18", en AAVV.: *Comentarios a las Leyes políticas. La Constitución de 1978* (dir. ALZAGA VILLAMARIN, O.) Tomo II, EDERESA, Madrid, 1984.

- SEGRELLES DE ARENAZA, I.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV: *Compendio De Derecho penal español (Parte especial)* (dir. por. M. COBO DEL ROSAL), Marcial Pons, Madrid, 2000.

- SERRANO ALBERCA, J.M.: "Comentario al artículo 18.1 de la Constitución Español", AA.VV.: *Comentarios a la Constitución* (dir. por F. GARRIDO FALLA), Civitas, Madrid, 1985.

- SOLDADO GUTIÉRREZ, J.: "El secreto profesional del abogado", *Revista Jurídica de Andalucía*, 1995, núm. 17.

- SWINDLER, W.F.: *Problems of Law in Journalism*, Macmillan, Wisconsin-Madison, 1955

- TALAVERA FERNANDEZ, P.A.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006.

- TERUEL CARRALERO, D.: "Delitos contra la inviolabilidad de correspondencia", *NEJ Seix*, 1954, vol. vi.

- THOMSON, J.: *The Media and Modernity: a Social Theory of the Media*, Stanford University Press, Stanford, 1995.

- TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America* (vol 1), Liberty Fund, Indianapolis, 2010.

- TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America* (vol 2), Liberty Fund, Indianapolis, 2010.

- TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America* (vol 3), Liberty Fund, Indianapolis, 2010.

- TOCQUEVILLE, A.: *Democracy in America* (vol 4), Liberty Fund, Indianapolis, 2010.

- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Artículo 197 bis", en AA.VV.: *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II* (dir. por M. GÓMEZ TOMILLO), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

- TOMMASINI, R.: "Osservazioni in tema di diritto alla privacy", *Scritti in on. Di S. Pugliatti*, vol. I, T. II, Giuffrè, Milano, 1978.

- TONNIES, F.: *Hobbes. Vida y doctrina*, Alianza, Madrid, 1988.

- TRONOCOSO REIGADA, A.: La protección de datos personales. En busca del equilibrio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Información Jurídica*, núm. 318, 1973.

- TRUYOL Y SERRA, A. y VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R.: "Derecho a la intimidad e informática", *Informatica e Dirittos*, núm. 1, 1975.

- URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, Pamplona, 1977.

- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: "Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento", en AA.VV.: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (coord. por J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, E. ORTS BERENGUER Y M. LUISA CUERDA ARNAU), Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- VELU, J.: "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communication", en *Vie privée et droits de l'home*, Bruselas, 1973.

- VELU, J.: *Le Droit au Respect de la Vie Privee* (Conférences donées à la Faculté de Droit de Namur), Presses Universitaires de Namur, 1974.

- VIDAL MARTÍNEZ, J.: "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", *Revista General de Derecho*, 1980, núm. 433-434.

- VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.

- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Sexting: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España", *Revista General de Derecho Penal*, 2016, núm. 25.

- VIZMANOS, T.M., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código penal por Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez (vol.2)*, Estab. Tip. de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

- VON LISZT, F.: "Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893)", *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Band 2 1892 bis 1904)*, De Gruyter, Barlin, 2011.

- WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5

- WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

- WINFIELD, P.: "Privacy", *Law quarterly review*, 1931, vol. 47

- WITTGENSTEIN, L.: *Philosophische Untersuchungen* (traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines), Altaya, Barcelona, 1999.

- YEPES, R.: "Persona: intimidad, don y libertad nativa. Hacia una antropología de los transcendentales personales", *Anuario Filosófico*, 1996, núm. 29.