

Protección penal de la intimidad y derecho a la información (*)

Prof. Dr. DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá de Henares

I

1. El derecho a la intimidad o esfera íntima, como manifestación del derecho de la personalidad, íntimamente ligado a la dignidad de la persona (y relacionado por ello con el honor), tradicionalmente ha tenido una protección penal muy limitada y fragmentaria: tanto en las legislaciones extranjeras como en la nuestra. En la legislación española la protección se ha circunscrito fundamentalmente a los siguientes aspectos:

— A la intimidad domiciliaria: en los tipos de registro o violación domiciliaria del artículo 191.1.º, y allanamiento de morada de los artículos 490 y ss.

— A la intimidad documental, profesional-laboral y empresarial: en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos documentales del artículo 497; registro de efectos del 191.2.º y 3.º, y violación de correspondencia del artículo 192; violación de secretos doméstico-laborales del artículo 498, y de secretos empresariales o industriales, con un matiz predominante de derechos económicos e industriales, del artículo 499; prevaricación de abogados (revelación de secretos profesionales de los mismos): artículo 360; y revelación de secretos por parte de funcionario, en el artículo 367 (revelación de los que tenga conocimiento por razón de su oficio con perjuicio para —entre otras modalidades— terceros), y en el artículo 368: revelación de secretos de un particular.

Aparte de ello, sólo existía una protección penal muy fragmentaria, tangencial e insuficiente de los hechos privados, o del carácter reservado de la imagen o de la palabra en la falta del artículo 566.2.º CP, que castiga con multa de 1.500 a 30.000 pesetas la divulgación por medio de la imprenta, litografía o medios de publicación de hechos relativos a la vida privada, que sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios o disgus-

(*) Texto ampliado de la ponencia presentada en las Jornadas en Homenaje a la memoria del Profesor Sainz Cantero, en la Universidad de Granada, 11-14 de marzo de 1987.

tos graves a la familia a la que la noticia se refiera. De este precepto, además de la levedad de la pena y de la vinculación al perjuicio y al ámbito familiar, más que al puramente personal, hay que destacar que se limita a la divulgación de la noticia y no a fases anteriores de averiguación o grabación clandestina de la misma, debido a la aplicación de la regla general de la impunidad de la tentativa y actos preparatorios en las faltas.

Por consiguiente, en nuestro ordenamiento faltaba una protección penal eficaz del carácter reservado de la palabra y de la imagen, de los actos privados, y de los datos privados frente a su obtención, almacenamiento y empleo o tratamiento ilegítimos.

2. Ello respondía, desde luego, a una concepción atrasada de los derechos de la personalidad, más bien preocupada por lo material y tangible, o por concepciones extremadamente tradicionales en el aspecto de la honra personal o familiar. Por otra parte, hay que reconocer ciertamente que los medios de ataque a la intimidad también eran antes menos en número y variedad, y más toscos y menos peligrosos cualitativamente.

Pero hoy debe reconocerse la intimidad como una condición imprescindible para el armónico ejercicio y desarrollo de la personalidad del individuo. Y, en cambio, frente a ello, con el aumento de las dimensiones y complejidad de las poblaciones y consiguiente dificultad para el contacto personal, pero correlativas ansias de noticias y conocimiento por amplias capas de la sociedad y con el aumento del deseo, interés o necesidad de información de grupos, empresas, prensa, Estado, etcétera, sobre los actos, hábitos, gustos, ideas o inclinaciones de los demás como fuente de poder político, social, ideológico, económico o profesional, así como con los constantes y progresivos avances de los medios técnicos de la electrónica e informática, crecen sin parar los motivos y las posibilidades materiales de atacar y perturbar desde los más diversos frentes los variados aspectos de la esfera privada del ciudadano, que se encuentra cada vez más indefenso y expuesto a manipulación, control o incluso amenazas ante tales abusos, a no ser que jurídicamente se les ponga coto de modo decidido y claro para garantizar ese reducto de paz, libertad, equilibrio psíquico, dignidad y autoestima que para el ser humano constituyen las diversas esferas de su intimidad.

Por tanto, el derecho a la intimidad en todas sus facetas es un bien jurídico importante y digno —y necesitado— de protección jurídica en general, y penal en particular.

II

En otros campos jurídicos la situación era similar, con un reconocimiento y protección incompletos, fragmentarios e inespecíficos, hasta el punto de que no había siquiera consagración legal del derecho a la inti-

midad como tal. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia civil sobre el derecho general de la personalidad, amparado en los artículos 29 y siguientes del Código civil, ya daba base para un concepto amplio de la esfera íntima o privada como parte de aquél, como derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

Pero el año 1978 es clave en el reconocimiento y tutela jurídica de la esfera íntima de la persona.

a) Ante todo, por la entrada en vigor de la Constitución Española, que en su artículo 18 reconoce, y muy ampliamente, la intimidad como un bien digno de protección. En el artículo 18.1 de la CE se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; mientras que en los apartados 2 a 4 de ese precepto se reconocen y protegen determinados aspectos específicos de la intimidad: la domiciliaria, la de las comunicaciones y la de los hechos y datos privados. Así, en el 18.2: el domicilio es inviolable; en el 18.3: se garantiza el secreto en las comunicaciones, y específicamente en las postales, telegráficas y telefónicas; y en el 18.4, la Ley limitará el uso de la informática, para garantizar el derecho al honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, la Constitución Española es plenamente consciente de la posibilidad de colisión de las variadas facetas de la intimidad con otros derechos, muy especialmente con la libertad de información en sus diversas manifestaciones. En su artículo 20.1 se reconocen y protegen, entre otros, los derechos: d) a comunicar y escribir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, etcétera. Y en el artículo 24 de la Constitución Española se dispone que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos recogidos en este título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

b) En segundo lugar, se aprueba la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En su artículo 1.2 originalmente sólo incluía (en esta materia) en su ámbito de protección la libertad y secreto de la correspondencia y la inviolabilidad del domicilio. Pero el Real Decreto legislativo 347/1979, de 20 de febrero, añade, entre otros derechos, la intimidad en sentido genérico —siempre vinculada al honor— y algunos aspectos de la misma, al disponer: «Quedan incorporados al ámbito de protección de la Ley... los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto en las comunicaciones telefónicas y telegráficas...». Ello marca el comienzo de la protección legal específica de estos derechos.

Ahora bien, en la Ley 62/1978 no se amplían las conductas delictivas ya existentes en el Código penal, y que vimos al principio, sino que se

concede protección jurisprudencial genérica y medios procesales penales más eficaces en ciertos delitos: de imprenta o de injurias.

c) Posteriormente se dicta un texto que completa el desarrollo del precepto constitucional —artículo 18.1 de la CE en el ámbito extrapenal: 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. La misma define ilícitos civiles (intromisiones ilegítimas, artículo 1.º, 1), establece causas de justificación (que afectarán en el futuro también a nuevos ilícitos penales), y prevé una protección civil especial de estos derechos (incluso cuando sea responsabilidad civil *ex delicto*: ver artículo 1.º, 2. De la importancia de esta Ley en su propio ámbito —el civil—, de su eficacia y de sus repercusiones en el terreno penal nos ocuparemos más adelante.

III

Evolución de la legislación penal

1. En los últimos años el legislador penal español, al igual que ha venido ocurriendo en otros países de nuestro ámbito cultural, parece haber comenzado a ser consciente de que la esfera íntima de los individuos, y no sólo sus tradicionales manifestaciones de la *intimidad domiciliaria*, documental o de la correspondencia o sus aspectos relacionados con el honor, la fama o la reputación, es un bien jurídico fundamental para el pleno y armónico desarrollo de la personalidad, y buena muestra de ello es que la Constitución lo incluya entre los derechos y libertades fundamentales; y de que, como ya hemos visto, no sólo se han multiplicado los intereses y motivos de personas, grupos, organizaciones o del propio Estado para entrometerse en la esfera privada de los demás, sino que los impresionantes avances de la electrónica, en el campo de lo audiovisual, para su captación, grabación, reproducción o transmisión mediante ingenios constantemente más potentes y eficaces, y de dimensiones cada vez más reducidas y, por tanto, de más fácil manejo, transporte y ocultación, al igual que los progresos, más espectaculares si cabe, de la informática constituyen medios de intromisión *especialmente peligrosos* para la intimidad, personal y familiar, del ciudadano, por poder hallarle totalmente desprevenido e indefenso, al burlar fácilmente las cautelas habituales para preservar la reserva de la palabra, la imagen o de los actos, y por poder provenir de múltiples direcciones y frentes las formas de intromisión. Circunstancias todas estas que no eran imaginables hace tan sólo una cuantas décadas y frente a las cuales, incluso aunque los ciudadanos vayan siendo conscientes de las mismas y de las posibilidades que implican de ataque a su paz, tranquilidad y libertad, y de control y manipulación por terceros, los sujetos tendrán muy pocas ocasiones, formas y medios de protegerse por sí mismos eficazmente. Por tanto, se cumplen los requisitos de los principios de *ultima ratio* y carácter frag-

mentario del Derecho penal, esto es, que éste sólo debe proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a las formas más graves y peligrosas de ataque a los mismos. Y de ello parece ir tomando conciencia paulatinamente nuestro legislador penal.

2. Así, en primer lugar y siguiendo las propuestas del Anteproyecto 1979, en el P 1980 aparte de otras modificaciones, de menor importancia a nuestros efectos, en las figuras delictivas ya existentes contra ciertos aspectos de la intimidad, se crea por primera vez, dentro del título II del libro II, un capítulo VI, sobre un descubrimiento y revelación de secretos y atentados contra la intimidad personal y familiar (artículos 196-199 P 1980), aunque ciertamente tal capítulo continuaba estando, al modo del CP vigente, dentro del Título de delitos contra la libertad y seguridad.

En los delitos comunes (cometidos por cualquier persona) se distinguía según que hubiera o no la finalidad de descubrir secretos o la intimidad ajena. Sin concurrir ese elemento subjetivo de lo injusto ya se castigaba (artículo 198) la escucha artificial o grabación ilegales de conversaciones, mientras que si concurría dicha finalidad, el artículo 196 castigaba con una pena ligeramente superior, no sólo el apoderamiento documental, sino, equiparada al mismo, la utilización de aparatos técnicos de *escucha* o *grabación del sonido*, pero *también* de la *imagen* (sin paralelismo en la figura del artículo 198). Así, en el artículo 196.1 P 1980 se castigaba con arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses al que, «para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento, se apoderare de sus papeles o cartas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen», imponiendo el párrafo 2.º las penas superiores en grado si se revelaren los secretos descubiertos. En el artículo 198 se preveía que el que, fuera de los casos permitidos por la Ley, utilizando aparatos o artificios técnicos, *escuchare* o *grabare* las *conversaciones* privadas de otro sería castigado con arresto de sólo siete a catorce fines de semana y multa de seis a doce meses, y con la superior en grado si *divulgare* lo escuchado o grabado. En estos preceptos faltaban todavía las conductas de transmisión o reproducción del sonido (o, en su caso, de la imagen), y en el tipo del 198, no cualificado por aquella finalidad específica, las modalidades de intromisión referentes a la imagen. Por tanto, la protección penal de la imagen, a diferencia de la del sonido, se hacía depender de la concurrencia de la finalidad específica: «para descubrir los secretos o la intimidad de otro»; y, como veremos, el mismo sistema se seguía para los delitos de funcionario. Por cierto, que con dicha redacción resulta muy discutible si sólo se está exigiendo para el tipo más grave dolo directo de primer grado, entendiendo que, aunque la finalidad de descubrir secretos es más específica, la alternativa de ánimo de descubrir la intimidad se daría siempre que

el dolo directo de primer grado se refiera precisamente a escuchar o grabar el sonido o la imagen de otro; o si, por el contrario, se está exigiendo un elemento subjetivo específico distinto del dolo (incluso directo), porque se maneje un concepto más restringido de «ánimo de descubrir la intimidad». Ahora bien, en cualquier caso, y como examinaremos al estudiar el empleo de dicha fórmula en el nuevo artículo 497 bis CP, introducido por LO 8/1984, dado que el término «sonido» es mucho más amplio que «conversaciones privadas», la utilización del elemento subjetivo finalidad de descubrir secretos o intimidad sirve para restringir la conducta típica al ámbito de la esfera privada (y lo mismo ocurre con la grabación de imágenes).

Por otra parte, el artículo 196.3.º P 1980, al margen de la correspondiente figura de prevaricación de Abogado o Procurador que revelara secretos del cliente —que mantenía en su artículo 504, igual que existe en el CP vigente—, proponía, lo que supondría una importante novedad en nuestro Derecho, el castigo de modo general de la revelación del secreto profesional, aunque sólo con penas de suspensión profesional de dos a cuatro años. En el artículo 197 se castigaba la revelación del secreto laboral-profesional, mientras que la de secretos industriales se sacaba de ese Título para llevarla al de delitos contra el orden socioeconómico. Y en el artículo 199 P 1980 se sancionaba por primera vez la conducta del que, faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la *informática*, grabare *datos* relativos al honor o la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente procesada, y con la pena superior en grado si divulgare la información.

Esta protección, bastante amplia, de las diversas facetas de la intimidad, se completaba manteniendo entre las faltas del libro III una figura similar a la del actual artículo 566.2.º CP, conectada con el honor y los disgustos o perjuicios familiares, y añadiéndole otra figura de divulgación no autorizada de hechos íntimos. Así, en el capítulo I del título IV, libro III del Proyecto 1980, que mantenía la denominación actual de «faltas en el ejercicio de la libertad de expresión», el artículo 672 sancionaba con multa de uno a tres meses, salvo que el hecho fuera una infracción más grave, en el número 2.º la divulgación maliciosa por imprenta o medios de difusión de «hechos relativos a la vida privada de una persona que puedan producir perjuicios graves o disgusto a él o a su familia», pero en el número 1.º introducía como nueva figura la de quienes, sirviéndose de los citados medios, «publicaren imágenes o divulgaran hechos relativos a la intimidad personal o familiar de cualquier persona, sin su autorización», fórmula esta que posteriormente reproduce el artículo 601 AP 1983.

Al mantenerse en los Proyectos el sistema de nuestros diversos Códigos de regular dentro de los delitos contra la seguridad interior

del Estado los cometidos por funcionarios contra derechos y libertades cívicos, se regulan en el Proyecto 1980 dentro del Título correspondiente, en los artículos 469 y 470, las modalidades típicas cometidas por funcionario correlativas a los artículos 196.1.º y 2.º, y 198. Por lo demás, al igual que en los delitos comunes, la tipificación de estas conductas variaba en cuanto a requisitos y a gravedad de la sanción, según que en el funcionario concurra o no el elemento subjetivo de lo injusto de la finalidad de descubrir los secretos o la intimidad.

Así, el artículo 469 P 1980 disponía que el funcionario público que, con abuso de su cargo y para descubrir los secretos o la intimidad de alguna persona, se apoderare de sus papeles o cartas o utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen, sería castigado con prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de seis a doce años, y si lo divulgare, con penas adicionales, Y, en cambio, para los casos en que no concurra el indicado ánimo de atentar contra la intimidad, prescindiendo entonces de los atentados al derecho a la imagen o intimidad visual, el artículo 470 P 1980, sancionaba al funcionario público que, fuera de los casos que la Ley lo autorice, utilizando instrumentos o artificios técnicos, escuchare o grabare las conversaciones privadas de cualquier persona, con arresto de doce a veinticuatro fines de semana, multa de doce a veinticuatro meses y suspensión de dos a cuatro años, y si divulgare lo escuchado o grabado con otras penas adicionales.

3. Aquí se ha inspirado la reforma introducida en el vigente Código penal, que, por primera vez, tipifica de modo específico los atentados graves a la intimidad de la palabra o de la comunicación oral, y que curiosamente no fue efectuada por la Ley Orgánica 7/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y urgente del Código Penal, sino por la LO 8/1984, de 15 de octubre. Es llamativo que no se incluyera tal innovación en la reforma de 25 de junio de 1983, dada la amplitud de la misma y su declarada finalidad de anticipar, de los Proyectos de nuevo CP, aquellas modificaciones que se consideraran inaplazables; y era sorprendente y casi increíble que en los años ochenta de este siglo un Código que sancionaba la violación de correspondencia o de secretos documentales (artículos 191.2º, 192, 497) no castigara, en cambio, las escuchas telefónicas ilegales. Esta laguna era tan inverosímil que, habiéndose producido en esos años entre nosotros notorios casos de espionaje telefónico realizado por servicios de información o por particulares, pese a todo se llegaron a iniciar actuaciones judiciales por si era posible determinar alguna forma de responsabilidad penal. Y, en cualquier caso, ello motivó que el legislador tomara conciencia de que existía tal laguna legal y que se aprobara la LO 8/1984 para colmarla.

Esta Ley ha introducido en el CP las figuras de atentados a la intimidad oral o telefónica, sancionados en el artículo 497 bis (los cometidos por particulares) con arresto mayor y multa, agravándose la pena en caso de divulgación, y en el 192 bis los cometidos por funcionarios con arresto mayor en grado máximo e inhabilitación absoluta, agravándose también las penas en caso de divulgación (1). Pero no recoge la captación o grabación de la imagen, ni en el delito de particulares, a diferencia del P 1980 y del AP 1983 (de cuyos textos el primero la regulaba de modo distinto y el segundo igual a la captación y grabación de la palabra o del sonido), ni tampoco en el delito de funcionarios, en que esa modalidad se incluía ya para ciertos casos por el P 1980 y por el AP 1983. La preocupación concreta por las escuchas ilegales, telefónicas o en otro tipo de espionaje, que motivó la LO 8/1984, explica, aunque no justifica, que no se introdujera esa protección penal del derecho a la imagen, como que tampoco se haya tomado la figura del P 1980 relativa a la grabación ilegal de datos privados mediante la informática.

Ahora bien, en cambio se han añadido, tomándolo del AP 1983, en los artículos 192 bis y 497 bis CP, junto a la escucha o grabación, las modalidades de *transmisión* o *reproducción* del sonido, ampliación plausible, pues también se puede, mediante aparatos o sistemas técnicos, transmitir a otro punto el sonido de una conversación privada sin escuchar o grabar, o reproducir sin autorización una grabación —o transmisión— privada sin previamente haber intervenido en la grabación. Por lo demás, en los nuevos artículos 192 bis y 497 bis CP se destaca específicamente y en primer lugar la interceptación de comunicaciones telefónicas, pese a que ya encaja dentro del concepto genérico de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido. Y, por otra parte, y a diferencia del modelo del P 1980, en el que, como hemos visto, era tanto en el delito común como en el delito de funcionarios donde se distinguía según que fuera con o sin ánimo de descubrir secretos o la intimidad ajena, en cambio, tal fina-

(1) Los citados preceptos dicen literalmente: Artículo 192 bis: «La autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta. Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la prevista en el párrafo anterior». Artículo 497 bis: «El que 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 será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 600.000 pesetas».

lidad se exige en el artículo 497 bis del CP para el delito de particular siempre —seguramente para buscar el paralelismo con el artículo 497—, pero no la requiere el artículo 192 bis para el delito de funcionario.

En cuanto a las dudas sobre el alcance de tal elemento subjetivo del tipo, me remito a lo dicho respecto de su utilización en los artículos 196 y 469 P 1980 y, sobre todo, a la solución que, como expondré detenidamente en relación con el AP 1983, cabe proponer ante una regulación, en la que se ha inspirado la actual, y que no distingue dos tipos de delito común, con o sin ánimo de descubrir la intimidad, sino sólo de un delito que requiere siempre ese ánimo (y cuya génesis histórica examinaremos); esa solución, consistente en entender que se requiere dolo directo, pero sin una finalidad ulterior, es a mi juicio aplicable al actual artículo 497 bis CP. Pero, dado que, a diferencia de los artículos 198 y 470 P 1980, que hablaban de escucha o grabación de «conversaciones privadas», en los artículos 192 bis y 497 bis CP se habla de escucha, grabación, etcétera, del «sonido» (inspirándose nuevamente en el modelo del AP 1983: artículos 187.1 y 547, y de los otros artículos del P 1980), la exigencia en el artículo 497 bis de finalidad de descubrir los secretos o la intimidad ajenos sirve para restringir la conducta igualmente al ámbito de las conversaciones u otras manifestaciones privadas y excluir de la tipicidad, por ejemplo, la grabación no autorizada de una conferencia, lección o coloquio (que en todo caso y más bien afectaría a los derechos de autor: ver el artículo 10.1.a de la nueva Ley de Propiedad Intelectual, 22/1987, de 11 de noviembre, que incluye entre las obras objeto de propiedad intelectual los discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses o explicaciones de cátedra; pero la grabación no es todavía reproducción o comunicación pública del nuevo artículo 534 bis a CP, introducido por LO 6/1987, de 11 de noviembre); mientras que en el delito de funcionario del 192 bis, al no exigirse ese ánimo, tal restricción es, al menos, dudosa (salvo que se deduzca del contexto del precepto y del párrafo 2.º, que habla de divulgar o *revelar* la información).

Por otra parte, el término «sonido» es evidentemente mucho más amplio que «palabras» o «conversaciones», pero la conexión con la finalidad de descubrir la intimidad (o con la posibilidad de revelar la información) indica 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 el jadeo o la respiración, u otro tipo de sonidos provocados por su actividad o por hacer funcionar aparatos, hasta, por último, la música

que está oyendo o los programas de radio, televisión, video, etcétera, que está sintonizando.

4. En el AP 1983, por fin, se preveía una protección penal muy completa de la intimidad y bajo la perspectiva de una regulación global y agrupada sistemáticamente de modo conjunto, y procurando evitar duplicidades, de los delitos contra la mayoría de las facetas de la esfera íntima.

a) Así, en primer lugar, aparte de mantener los delitos de revelación de secretos de funcionarios o de abogado o procurador, por primera vez el AP 1983 prevé en el Libro II un Título VII, distinto del de los delitos contra la libertad, bajo la rúbrica: «Delitos contra la intimidad». Este, a su vez, contiene dos capítulos, dedicado el Cap. I a los «delitos contra la intimidad personal y familiar», que contiene un amplio catálogo de figuras, de las que, al igual que en el P 1980, se ha segregado la revelación de secretos industriales para llevarla a los delitos socio-económicos, y el Cap. II a los delitos contra la «intimidad domiciliaria»; configuración esta del allanamiento de morada como atentado a la esfera privada que se acentúa aún más al tipificarse separadamente en el artículo 214 AP 1983, entre los delitos patrimoniales como forma de usurpación, la ocupación o entrada ilegal en vivienda, habitáculo o edificio ajeno. La regulación de las infracciones contra la esfera íntima se completa al mantenerse entre las faltas una figura similar a la del actual artículo 566.2.º CP, pero destacándose en el AP 1983 ya claramente que se trata de atentados leves contra la intimidad, sin necesidad de aptitud para producir disgustos ni conexión con el honor familiar (a diferencia del artículo 672 P 1980, que mantenía la duplicidad). En efecto, aunque en el AP 1983 el Capítulo I del Título IV del Libro II se denomine «De las faltas en el ejercicio de la libertad de expresión», aludiendo a la forma de ejecución y no al bien jurídico —por paralelismo con la rúbrica «De las faltas de imprenta» del Capítulo I, Título I, Libro III del vigente CP, pero con la diferencia de que en éste dicha rúbrica señala el común denominador a infracciones contra diversos bienes jurídicos, lo que no es el caso del Anteproyecto 1983—, su único precepto, el artículo 601 dispone que incurren en multa de uno a tres meses, «salvo que el hecho constituyere infracción más grave, los que por cualquier medio de difusión mecánico publicaren imágenes o divulgaren hechos relativos a la intimidad personal o familiar de cualquier persona, sin su autorización». A diferencia del precedente de esta falta en el P 1980, donde se la concebía como perseguible de oficio, en concordancia, por lo demás, con los restantes delitos contra la intimidad, que son delitos públicos, en cambio, el AP 1983 la configura, por cierto, —lo que es mucho más discutible— como infracción perseguible a instancia de parte (al añadir: «siempre que

lo denunciare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la responsabilidad criminal»).

Por otra parte, dentro del título de delitos contra la intimidad del Anteproyecto 1983 se prevén, no sólo la protección del secreto documental (artículo 187), castigándose el apoderamiento con arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses (artículo 187.1) y la revelación con las penas superiores (artículo 187.2), y del secreto laboral-profesional, cuya divulgación se castiga en el artículo 188 con las mismas penas del 187.1, sino también en el 187.3, según el modelo del P 1980, el castigo de modo general de la revelación del secreto profesional —lo que supondría una novedad en nuestro Derecho— con las penas del 187.1 y la de inhabilitación profesional de dos a cuatro años —y no sólo con esta última, como ocurría en el artículo 196.3, P 1980—, y una protección muy amplia de la intimidad de la palabra y de la imagen (también en el 187.1 y 2) y de los datos y hechos privados frente al uso ilegal de la informática en el artículo 189 (en este último reproduciendo de modo casi textual el artículo 199 P 1980).

b) En cuanto a la intimidad oral —o auditiva— y visual se las protege en el artículo 187.1 contra su violación por medios artificiales (ampliándose su enumeración frente a la del P 1980) y se las equipara totalmente al secreto documental frente al apoderamiento de papeles o cartas, exigiéndose en ambos casos en el artículo 187.1 finalidad de descubrir los secretos o la intimidad de otro (2), y sancionándose en el 187.2 con las penas superiores en grado si hay revelación de los secretos —documentales, orales (o audibles) o visuales— descubiertos (fórmula problemática y discutible si se considera que «secreto» es un concepto más restringido que «intimidad», pues entonces no habría cualificación para la divulgación de la intimidad descubierta, pero que no llegara a ser secreto). Pero a diferencia del P 1980 aquí no se da la duplicidad de figuras de atentados a la intimidad de la palabra o el sonido, pues no se tipifica una ingerencia técnica en la misma sin la finalidad de descubrir la intimidad, sino, al igual que en los otros ataques a la intimidad visual o del secreto documental, sólo si concurre precisamente esa finalidad; por tanto, la intimidad auditiva y la de la imagen quedan equiparadas en trato.

Como ya ha planteado al ocuparme del elemento subjetivo del tipo en el artículo 196.1 P 1980 (y en el actual artículo 497 bis CP),

(2) Concretamente, el artículo 187.1 del AP 1983 dispone: «El que, para descubrir los secretos o la intimidad de otro se apoderare de sus papeles o cartas, o los reproducere, o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, será castigado con la pena de arresto de 12 a 24 fines de semana y multa de 6 a 12 meses».

podría sostenerse que la finalidad de «descubrir la intimidad» es algo más que el dolo directo precisamente de descubrir (captar, grabar, transmitir, etcétera) el sonido o la imagen pertenecientes al ámbito de lo privado, es decir, que requeriría el ánimo de descubrir por ese medio otros datos o hechos pertenecientes al reducto de lo íntimo. Si esto fuera así, entonces se habría producido en el AP 1983 una equiparación de la protección penal de la intimidad oral o visual, pero considerablemente a la baja; es decir, reduciendo notablemente el ámbito de lo penalmente protegido frente a intromisiones de particulares. Pues, para que hubiera ilícito penal, no bastaría según eso con que, utilizando un aparato o artificio técnico, una persona consiguiera interceptar o grabar una conversación privada o una comunicación telefónica o filmar a otro clandestinamente, sin consentimiento ni autorización, a no ser que tuviera la ulterior finalidad de descubrir con ello otros datos o hechos ocultos —reservados o secretos— que las palabras o las imágenes pondrían de manifiesto. Mientras que, conforme a esta interpretación de «descubrir la intimidad», en la figura ligeramente menos grave del artículo 198 P 1980 al menos se podía castigar, ya que no en relación con la intimidad de la imagen, sí con la intimidad oral, la conducta de quien clandestinamente y mediante instrumentos técnicos, escuchara o grabara unas palabras privadas con la simple finalidad de oír las o conservarlas, pero sin ulterior propósito de descubrir otros datos íntimos que tales palabras pudieran revelar.

Sin embargo, no me parece esa la interpretación más plausible de la exigencia de tal elemento subjetivo. De entrada, no fue esa la voluntad del «legislador» al redactarse el artículo 187.1 del AP 1983 y suprimirse la figura del artículo 198 P 1980. Dicha supresión se debe a que el AP 1983 aceptó dos enmiendas solicitando la supresión de tal precepto, la número 1.412, de Martínez Villaseñor, por entender que las conductas del artículo 198 ya quedaban comprendidas en el 196 del P 1980, y la número 1.020, del Grupo Comunista, por entender que el contenido del 198 era sustancialmente igual que el del 196, con la sola diferencia de no exigir móvil de descubrimiento de secretos, lo que no justifica un precepto distinto (aparte de otra diferencia constituida por la referencia a la extralimitación en la autorización legal, que según tal enmienda era perturbadora de los delitos de particulares). Desde luego, no es exacto que los artículos 196.1.º y 198 del P 1980 fueran iguales, pues, como mínimo en el artículo 196 se requería dolo directo de atentar contra la intimidad, mientras que en el 198 no era preciso que fuera esa justamente la finalidad que guiaba al autor, cabiendo incluso el dolo eventual. Pero lo que sí está claro es que las enmiendas pensaban que eran preceptos coincidentes o sustancialmente coincidentes, y que el sentido de las mismas y el de su aceptación por el AP 1983 no era, en ningún caso, de considerar excesivamente amplia la protección penal de la intimidad

oral o en general auditiva frente a las intromisiones técnicas con simple dolo de captar o grabar conversaciones privadas, ni de restringir los delitos sólo a los casos en que la invasión de la intimidad oral, visual o documental tenga el propósito de descubrir ulteriores datos o hechos íntimos. Todo indica, por el contrario, que se pensó exclusivamente en evitar duplicidades, eliminando una figura innecesaria, y en equiparar los atentados a la intimidad del sonido o de la imagen con la redacción de los dirigidos contra el secreto o la intimidad (3) documental, del mismo modo que posteriormente se procedió en la reforma de 1984 al introducir el artículo 497 bis CP.

Al margen de la opinión del legislador, es cierto que técnicamente es discutible que la exigencia de dicha finalidad sea el procedimiento más adecuado para indicar el carácter de atentados a la esfera íntima de las correspondientes conductas. Pues ni siquiera en el apoderamiento de documentos, que al fin y al cabo podría tener otro sentido o connotación —por ejemplo, de atentado patrimonial lucrativo o con ánimo de venganza—, es imprescindible exigir aquella finalidad (aunque es más explicable que se haya recurrido a tal requisito para aclarar el sentido del apoderamiento), sino que bastaría con indicar que ha de ser apoderamiento de documentos de carácter privado o contenido reservado o secreto para denotar que (dando por sobreentendido el dolo) se trata de un atentado a la esfera íntima; con tanta más razón podía haberse dado ese carácter a la captación, grabación, etcétera, del sonido o la imagen sólo con indicar que han de ser pertenecientes a la vida o actividad privada de la persona, sin necesidad de exigir la finalidad de descubrir la intimidad. Y en cualquier caso, lo que se han creado son unos tipos de consumación anticipada, en que basta con el apoderamiento de papeles o la utilización de artificios técnicos de escucha, grabación, etcétera, del sonido o la imagen con la citada finalidad, para que el delito esté consumado, aunque por cualquier obstáculo o impedimento no se llegue a descubrir las conversaciones o imágenes privadas o el contenido de los documentos. Pero no hay datos concluyentes en la redacción legal (ni del artículo 187.1 AP 1983, ni de los artículos 497 y 497 bis CP, en estos últimos sin comprender los atentados a la intimidad de la imagen) para entender que su sentido inequívoco —o sea, la *voluntas legis* objetiva— sea el de exigir un elemento subjetivo de lo injusto distinto del dolo directo y consistente en el móvil o finalidad precisamente de descubrir ulteriores secretos o datos o hechos íntimos distintos de las propias palabras, sonidos o imágenes privadas, o distintos del propio documento reservado (de su existencia misma o de sus términos), y, consiguientemente, de excluir de la tipificación penal las invasiones

(3) Intimidad documental y no sólo secreto de los documentos, pues con la redacción del 187.1 AP 1983 se comprende el apoderamiento documental tanto para descubrir los secretos como la intimidad de otro.

por medios técnicos de la intimidad documental, auditiva o visual, incluso directamente dolosas, pero sin ese móvil o finalidad ulterior. Además, al exigirse por igual a todas las modalidades finalidad de descubrir la intimidad y, a diferencia del P 1980, no preocuparse la Ley de tipificar también un caso de atentado a la intimidad (la oral) sin esa concreta finalidad, realmente desaparece algo que podía dar pie a interpretar que si la Ley había querido excepcionalmente castigar una intromisión técnica, ya que no en otras facetas de la esfera íntima, sí en las conversaciones personales o telefónicas sin necesidad de que tuviera la finalidad de descubrir la intimidad, es porque se pensará que ahí encajaban, no ya y únicamente los casos de dolo eventual o imprudencia, sino los supuestos mucho más verosímiles y frecuentes y claramente reprobables de escuchas técnicas o grabaciones de conversaciones privadas con dolo directo, pero sin finalidad adicional de descubrir otros datos íntimos o secretos, supuestos que, en cambio, no estarían abarcados por los tipos que requieren ánimo de descubrir la intimidad. Es más, políticocriminalmente esa sería una interpretación de los textos del AP 1983 y del CP vigente de resultados sumamente indeseables, pues produciría una amplia laguna de punibilidad en conductas claramente atentatorias y peligrosas para las facetas mencionadas de la intimidad, dolosas pero sin esa finalidad ulterior, que, además, sería muy difícil de probar. Por tanto, ante una cuestión dudosa, por no ser inequívocos los términos legales, debe desecharse la interpretación políticocriminalmente indeseable y optar por la que conduzca a resultados más convenientes: en este caso, la de considerar que esos preceptos exigen dolo directo, desde luego incluyendo el de primer grado, pero —aunque sea más discutible— incluso cabe sostener que para la finalidad o ánimo de descubrir la intimidad basta el dolo directo de segundo grado, cuando el sujeto sabe que la utilización de aparatos o sistemas técnicos va a conducir directa y necesariamente a descubrir o grabar sonidos, conversaciones o imágenes privadas (o, si bien ese supuesto será más raro, que el apoderamiento del documento necesaria y directamente le va a mostrar el contenido o la existencia misma de un documento reservado), aunque ese no sea su móvil o propósito principal.

En consecuencia, considero que el artículo 187.1 AP 1983, al igual que los artículos 497 y 497 bis del vigente CP (en este caso sin incluir la imagen), requieren para los correspondientes delitos dolo directo de descubrir esos ámbitos de la intimidad —cuya mención en el elemento subjetivo indica, como ya hemos visto, que también en el tipo objetivo se sobreentiende que el sonido, la imagen o los documentos van referidos al ámbito de lo secreto o, al menos, de lo privado—, y que, por ello, no basta el dolo eventual, por ejemplo, de grabar una conversación ajena o filmar o fotografiar a alguien sin estar plenamente seguro de si se contaba con autorización a alguien sin estar plenamente seguro de si se contaba con autorización de los afectados.

o de dejar funcionando una grabadora ante los participantes en un coloquio público antes de su comienzo y sin que éstos lo noten, aceptando el riesgo de que se grabe una conversación reservada antes de las intervenciones públicas, etcétera, y que, por último, estará excluida la comisión imprudente. Y que, con ello, se ha querido equiparar los atentados a la intimidad oral o visual con el descubrimiento de secretos documentales y se han creado delitos de consumación anticipada. Pero no se requiere, en absoluto, para la punibilidad que el sujeto tenga una específica finalidad de descubrir la «intimidad» ajena, no en el sentido de descubrir las propias palabras o imágenes privadas o reservadas, sino de descubrir ulteriores datos o hechos íntimos del tercero revelados por sus palabras o sus imágenes.

c) Como ya he indicado, en el artículo 187.1, AP 1983, por primera vez se añaden a las modalidades de escucha o grabación las de transmisión o reproducción del sonido o de la imagen —ampliación plausible, como vimos—, en una enumeración de acciones típicas, que luego ha pasado en 1984 al artículo 497 bis CP (respecto del sonido solamente).

Si se observa, las formas ejecutivas de grabación, transmisión o reproducción son comunes al sonido y a la imagen, pero, en cambio, la utilización de aparatos técnicos de escucha, es decir, de captación del sonido, no cuenta con una modalidad paralela de aparatos o procedimientos artificiales de captación de la imagen. Habiéndose planteado tal posibilidad en la ponencia redactora del P 1983, se rechazó por entenderse que en la simple captación técnica de la imagen quedarían incluidas conductas, como la utilización de prismáticos, catalejos o teleobjetivos meramente para ver a largas distancias, y que político-criminalmente no son conductas lo suficientemente graves como para tipificarlas plenamente.

Se trataría de la misma idea que exponen autores como *Rehberg* o *Stratenwerth* al interpretar, restrictivamente, una de las modalidades del artículo 179 quater del Código Penal suizo, relativa a la observación con un aparato receptor, captador o de toma («Aufnahmeggerät» en la versión alemana, «appareil de prise de vues» en la francesa, o «apparechio da presa» en la italiana) de hechos de la esfera secreta o privada, en el sentido de que no basta que sean aparatos que se limiten a reforzar la capacidad natural de visión del ojo, sino que han de sustituirla por otra. La idea me parece político-criminalmente correcta, porque la notoriedad de la existencia, en el caso de algunos aparatos desde hace incluso siglos, de ingenios de acercamiento de imágenes lejanas hace que los individuos estén suficiente y habitualmente sobre aviso de tal posibilidad, y que, por tanto, no estén indefensos y desprevenidos frente a dichos aparatos, ya que saben que la distancia no es suficiente barrera o protección de

su intimidad y que, en consecuencia, si quieren preservarla normalmente de modo suficiente, deben acudir a otros obstáculos o barreras visuales. Ahora bien, por eso mismo creo, aunque no lo hiciera el artículo 187.1 A 1983, que debería incluirse en la tipificación penal la utilización de aquellos medios técnicos de captación de la imagen —aunque no haya grabación, reproducción o transmisión de la misma— que no se limitan a acercar más lo lejano, pero visible, sino que burlan las barreras visuales normales. Así se podría añadir a los aparatos o sistemas técnicos de grabación, reproducción o transmisión de la imagen, los de captación de imágenes protegidas frente a la observación, o una fórmula similar; en ella encajaría, por ejemplo, la utilización de aparatos de espejos, cámaras ocultas u otros sistemas de observación clandestinos (v. gr. espejos translúcidos), rayos infrarrojos, láser u otros que permitan la visión a través de cuerpos sólidos o en la total oscuridad, etc., e incluso, aunque esto ya es más dudoso, puede considerarse que se abarcaría también el espionaje desde el aire o el espacio a tierra, mediante utilización de teleobjetivos o sistemas telescópicos en aeronaves o satélites (aunque no hubiera fotografiado, filmación o transmisión a otro punto), por entender que así se violan las cautelas, medios de protección o barreras visuales normales de los ciudadanos. De lo contrario, la mayoría de estas conductas probablemente se consideraría que no encajan en la modalidad típica «transmisión» de imágenes, pues puede entenderse que tal transmisión se refiere a los casos en que la imagen —por ejemplo, mediante televisión— es trasladada desde un emisor a un receptor situado en otro lugar, y no cuando el mecanismo captador permite observarla *in situ*.

d) En los delitos cometidos por funcionarios, por último, aparte de los registros ilegales y la violación de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (artículos 545 y 546), los artículos 547 y 548 A 1983, reproducen con ligerísimas variaciones (añadiendo la «autoridad» al funcionario, e incluyendo el concepto de transmisión —aunque, curiosamente, no el de reproducción— a los de escucha o grabación) el sistema de los artículos 469 y 470 P 1980 y, por tanto, distinguen el atentado a la reserva del sonido o la imagen si hay ánimo de descubrir los secretos o la intimidad (artículo 547) y, si no hay tal finalidad, sólo la violación de conversaciones privadas. Pese a tal duplicidad de tipos, considero también aplicable a estos casos la interpretación antes propuesta respecto del ánimo de descubrir la intimidad.

5. En Derecho comparado, desde los años sesenta se comienza a tipificar penalmente en una serie de países europeos atentados por procedimientos técnicos a la intimidad de la palabra y en algunos casos también a la de la imagen. Un breve examen de algunos modelos significativos puede resultar útil para acabar de valorar la situa-

ción actual de la regulación española y formular propuestas sobre lo político-criminalmente deseable para el futuro.

En Austria se introdujeron ya en 1965 en su antiguo Código Penal (StG) de 1945, aparte de una serie de preceptos sobre revelaciones de secretos industriales, comerciales o militares (§ 310 a-c), un § 310 sobre ingenierías técnicas en la intimidad oral. El nuevo StGB austríaco de 1974 reúne tales disposiciones (salvo las relativas a secretos militares o de Estado) junto con otras en el Capítulo 5.º de la Parte Especial sobre «Violaciones de la esfera privada y de ciertos secretos profesionales», que castiga como delitos perseguibles sólo a instancia de parte: la violación de correspondencia y de secretos documentales (§ 118), la de secretos de las telecomunicaciones (§ 119); la utilización abusiva de aparatos de grabación magnetofónica o de escucha para tomar conocimiento (o procurárselo a otro) de alguna manifestación no pronunciada públicamente ni destinada a su conocimiento, o la revelación no consentida de lo grabado, conductas castigadas con pena de hasta un año de prisión o multa por el § 120; la violación de secretos profesionales (§ 121), la violación y revelación de secretos comerciales o industriales (§§ 122-123), y, como delito perseguible de oficio, la revelación de secretos comerciales o industriales a favor del extranjero (§ 124). Además, la Ley de protección de datos personales, de 18 de octubre de 1978, contiene en sus artículos 48 y ss. normas penales al respecto. Pero, en cambio, el StGB austríaco no ha incluido los ataques a la intimidad visual.

Tampoco los prevé el StGB alemán (federal) —salvo en lo relativo a secretos plasmados en fotografías o grabados—, pero se ocupa de ellos una Ley especial. En efecto, tras la EGStGB (Ley de introducción al StGB) de 2 de marzo de 1974, que suprimió los §§ 298 y ss. del StGB (que ya desde 1969 castigaban las intromisiones técnicas en la intimidad de la palabra), trasladándolos a los §§ 201-205, éstos forman el Cap. 15 de la PE sobre «violación del ámbito secreto y de la vida personal». En el mismo se castigan, a instancia de parte (§ 205) —salvo los delitos de funcionario público contra la intimidad oral, del § 201.3, la violación del carácter confidencial de la palabra mediante aparatos técnicos de grabación o escucha (§ 201: prisión de hasta tres años —o hasta cinco años para el funcionario— o multa), la violación del secreto de la correspondencia, de documentos o de fotografías o imágenes reproducidas («Abbildungen») en el § 202, el espionaje de datos almacenados o transmitidos mediante procedimientos electrónicos, magnéticos o similares en el § 202 a, y el descubrimiento y revelación de secretos profesionales, de funcionarios, laborales, comerciales o industriales en los §§ 203 y 204. En cuanto a la intimidad de la imagen, aparte de la violación de secretos de reproducciones de imágenes del § 202 StGB, el § 33 de la KunstUrhG (Ley sobre los derechos de autor sobre obras de las artes gráficas y de la foto-

grafía) de 9 de enero de 1907, redactado conforme el artículo 145.1 de la EGS_tGB de 1974, castiga a instancia de parte con pena de hasta un año de prisión o multa la difusión o exposición, no autorizada ni justificada por los §§ 22 y 23 de la KunstUrhG, de una fotografía, retrato o filmación («Bildnis»); como se ve, aquí no se sanciona todavía la toma o grabación ilegal de imágenes, y que es más que dudoso que ello constituyera ya tentativa —cuya punición, por lo demás, no se prevé en dicho § 22—. Por otra parte, la protección penal de datos frente a la informática se contiene en otra Ley especial, concretamente en el artículo 41 de la Ley Federal sobre protección de datos (DSG) de 27 de enero de 1977.

En cambio, el § 146 del Proyecto Alternativo alemán (Parte Especial, Delitos contra las personas, II, 1971) considera equiparable —y así lo justifica expresamente en su exposición de motivos— la utilización ilegítima de aparatos de escucha o grabación de la palabra o de grabación o transmisión de la imagen de otro en lugares privados, o de los lugares privados, o de la persona fuera de los mismos pero en el ámbito de la vida estrictamente personal (o sea, en actitudes o hechos íntimos), castigando esas conductas y las de revelación, a instancia de parte —excepto que haya interés público—, con multa o prisión de hasta un año (aparte de castigar en los §§ 145 y 148-150 otros atentados a la esfera íntima o secreta).

También en otros Códigos se castiga por igual la utilización ilegal de sistemas técnicos de captación o grabación de la palabra o de la imagen. Así ocurre, por ejemplo, en los de Suiza, Portugal, Italia o Francia. Así, en la parte 2 (delitos contra la esfera secreta o privada) del Tít. 3 del Libro 2 del Código Penal suizo, junto al artículo 179, sobre descubrimiento de escritos o envíos, se introdujeron por Ley de 20 de diciembre de 1968 los artículos 179 bis a 179 quinquies sobre escuchas y grabaciones ilegales de conversaciones o imágenes, y posteriormente por Ley de 23 de marzo de 1979 los artículos 179 septies y octies, sobre abusos y molestias mediante el teléfono y sobre vigilancia oficial. De ellos merecere destacarse el castigo, a instancia de parte, con pena de prisión o multa, tanto de la escucha mediante aparatos técnicos o grabación sin consentimiento de una conversación ajena no pública (art. 179 bis) o de la grabación no consentida de una conversación no pública en la que se participa (artículo 179 ter), como (en el artículo 179 quater) del hecho de observar con un aparato de toma, percepción, captación o recepción (Aufnahmegerät, appareil de prise de vues), o de grabar o fijar en un portaimágenes, sin consentimiento, un hecho de la esfera secreta ajena o un hecho, no asequible sin más a cualquiera, de la esfera privada ajena —fórmula esta última de compromiso, pero que, según destaca la doctrina, suscita muchas dudas por su imprecisión—; añadiéndose en todos los casos vistos el castigo de las conductas de

revelación o conservación de lo grabado. Y, por cierto, las dudas se extienden a la modalidad típica de observación mediante aparatos de toma, captación, percepción o recepción: pues, mientras que en las versiones alemana e italiana del texto definitivo se suprimió la referencia a la toma o recepción de «vistas o imágenes», con lo que la doctrina suiza plantea si cabe la utilización de aparatos de percepción sensorial, por ejemplo, térmica, que delatan la ubicación de una persona, aunque no transmitan su imagen, en cambio, en la versión francesa del artículo 179 quater se habla de «prise de vues».

En el reciente CP portugués, aprobado por DL 400/1982, de 23 de septiembre, se contiene un Capítulo VI en el Título I del Libro II, sobre «delitos contra la reserva de la vida privada», siendo la mayoría perseguibles sólo a instancia de parte. En el mismo se castigan el allanamiento de morada y de lugares velados al público (artículos 176 y s.), la divulgación de hechos íntimos de la vida privada (artículo 178), grabaciones y fotografías ilícitas e intromisiones en la vida privada (artículos 179 y s.), utilización indebida y manipulación de datos mediante la informática (artículo 181), violación de correspondencia y telecomunicaciones (artículo 182), determinadas agravaciones en el artículo 183, y violación del secreto profesional (artículos 184 y s.). En concreto, el artículo 179 castiga con prisión de hasta un año y multa de hasta sesenta días, a quien sin consentimiento ni justa causa grabe palabras ajenas no destinadas al público, incluso aunque le fueran dirigidas a él, o fotografíe, filme o registre aspectos de la vida particular ajena, aun habiendo participado en ella, y también a quien utilice o deje utilizar tales grabaciones o filmes; y el artículo 180 castiga con la misma pena (con una amplitud inusual en la tipificación, pues en algunos casos no exige uso de aparatos técnicos), siempre que haya propósito de invadir la intimidad de la vida privada ajena y que no haya consentimiento, la interceptación, escucha, registro o divulgación de conversación o comunicación particular, la captación, registro o divulgación de la imagen de una persona, e incluso la observación a escondidas de personas que se encuentren en un lugar privado.

Los Códigos italiano y francés se caracterizan porque castigan estas intromisiones técnicas en la intimidad, pero a diferencia de los sistemas alemán, austríaco, suizo o portugués, sólo cuando se desarrolla en lugares privados (salvo que se trate del secreto de las comunicaciones). En el Código penal italiano, la Ley número 98, de 8 de abril de 1974, introdujo en la Sección IV (delitos contra la inviolabilidad del domicilio) del Capítulo III, Título XII del Libro II un artículo 615 bis sobre «interferencias ilícitas en la vida privada», que castiga con prisión de seis meses a cuatro años, previa querrela —salvo que el delito lo cometa un funcionario, un encargado de servicio público o un detective privado—, a quien, mediante instrumentos de

recepción o toma («ripresa») visual o sonora, se procure indebidamente noticias o imágenes referentes a la vida privada desarrollada en el domicilio u otros lugares privados, castigando con la misma pena la revelación o difusión. Y en la Sección V del citado Capítulo III, relativa a los delitos contra la inviolabilidad de los secretos (artículos 616-623 bis), que castiga, también previa querrela, la violación de correspondencia, de comunicaciones telegráficas o telefónicas, o de secretos documentales, profesionales, científicos o industriales, la citada Ley de 1974, aparte de dar nueva redacción al artículo 617, sobre intromisiones en comunicaciones telegráficas o telefónicas, y de tipificar la instalación de aparatos aptos para interceptarlas o impedir las en el artículo 617 bis y su falsificación o alteración en el 617 ter, equipara en el 623 bis la transmisión de sonidos, imágenes u otros datos mediante hilos conductores u ondas a las comunicaciones telegráficas o telefónicas.

En cuanto al Código penal francés, fue modificado en esta materia (artículos 368-372 sobre «ofensas a la vida privada») por la Ley de 17 de julio de 1970, que también reconoce en el campo civil el derecho al respeto de la vida privada. En los delitos, que son perseguibles a instancia de parte (artículo 372), el artículo 368 castiga con prisión de dos meses a un año y multa, o con una de esas penas, la violación voluntaria de la intimidad ajena, utilizando cualquier aparato sin consentimiento y, de ese modo, escuchando, registrando o transmitiendo palabras pronunciadas en lugar privado o fijando o transmitiendo la imagen de una persona en un lugar privado; el artículo 369 castiga la conservación o revelación de lo grabado; el artículo 370 el montaje de imágenes o palabras, figura distinta a las de otros Códigos; y el 372 equipara la instalación de los aparatos —tentativa— a su utilización. Por último, la Ley de 6 de enero de 1978, sobre informática, ficheros y libertades prevé en sus artículos 41-44 una serie de normas penales respecto de la utilización o adquisición abusiva de datos informatizados.

IV

1. En la actualidad, por consiguiente, el CP español está a mitad de camino de lo que puede ser una protección penal completa de los diversos aspectos de la intimidad, según el modelo más extendido en las modernas legislaciones europeas. Se protege, con mayor o menor amplitud, el secreto documental, de la correspondencia o las telecomunicaciones, el laboral e incluso el industrial, la intimidad domiciliaria y la oral-auditiva. Pero falta 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 artículo 18.4 CE

—siendo posibles al respecto, cada una con sus ventajas e inconvenientes, la regulación, detallada o en blanco, en el propio CP o la técnica de la regulación en una ley penal especial, más precisa, pero con los inconvenientes simbólicos y técnico-jurídicos del Derecho penal accesorio—, y, sobre todo, falta una tipificación penal suficiente de los atentados técnicos a la intimidad visual y al derecho a la propia imagen, y, por último, al de los atentados graves al normal desenvolvimiento de las actividades de la vida particular.

2. Actualmente la mayoría de las intromisiones por medios técnicos en la reserva de la imagen constituyen sólo un ilícito civil, aunque, eso sí, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sanciona con medios reparadores propios del Derecho privado, como la indemnización de daños y perjuicios, pero de modo que puede ser bastante eficaz e incluso disuasorio por las elevadas cuantías de las reparaciones, las intromisiones ilegítimas, no consentidas ni autorizadas, en las diversas facetas de la intimidad (cuyo ámbito de protección, intromisiones, reglas sobre el consentimiento y otras excepciones son definidas en los artículos 1 y 2 y ss. 7, 8 y ss. de la LO 1/1982). Salvo que, por las particulares circunstancias en que se produzca (o por regla general, lo que es más discutible), la filmación o la fotografía no consentida pueda encajar en un tipo marginal, no específicamente previsto para tales atentados, como es el de la falta del artículo 585.5.º CP: coacción o vejación injusta de carácter leve; o también salvo que, tras haberse grabado la imagen, por efectuarse ya los actos para su divulgación, es decir, por haber concluido la fase ejecutiva (frustración —si se considera una falta contra las personas del 566.2.º— o incluso consumación, dado que en las faltas son impunes, no sólo los actos preparatorios, sino incluso, según el artículo 5, la tentativa, salvo la frustración de las faltas contra las personas o la propiedad), sea punible el atentado a la intimidad de la imagen mediante imprenta o medios de difusión conforme a la falta del artículo 566.2.º CP: divulgación en publicaciones de hechos de la vida privada que puedan perjudicar o disgustar gravemente a la familia a la que se refiere la noticia.

Frente a la opinión de algunos autores, como *Bajo* o *García Pablos*, que entiende que, al existir ya una importante protección civil específica del derecho a la propia imagen y a la intimidad visual en la específica del derecho a la propia imagen y a la intimidad visual en la LO 1/1982, en virtud del principio de subsidiariedad no es necesaria la intervención del Derecho penal, considero con la mayoría de los modelos del Derecho comparado europeo moderno y con los propios proyectos españoles de CP que la protección penal debe extenderse también a este ámbito: por la importancia que hoy cabe atribuir a ese bien jurídico para el libre y pacífico desenvolvimiento de la

personalidad, por la creciente indefensión de tal bien jurídico frente a los medios técnicos de intromisión en el mismo, y por la necesidad que por ello hay de recurrir al valor simbólico de esa importancia que supone la sanción penal. Pues también los ataques graves a otros bienes jurídicos personales importantes, por ejemplo, la libertad de actuación o ambulatoria, la salud e integridad personal, física o psíquica, o incluso los contemplados también en la citada LO 1/1982, como el honor o los otros aspectos de la intimidad, son objeto asimismo de protección civil, sin que ello obvie la necesidad de una adecuada protección penal de los mismos. Como dice la Fundamentación del Proyecto Alternativo alemán, justificando su postura en ese sentido frente a la del Proyecto oficial de 1962, que no tipificaba los ataques a la intimidad de la imagen, «la agresión (scil. que supone la grabación clandestina de la imagen) es valorativamente equivalente en forma y gravedad a la de la escucha ilegal; y la circunstancia de que para ella se utilice un medio técnico distinto —aquí, por ejemplo, una cámara de televisión oculta—, no justifica, contra lo que opina el Proyecto 1962 (Fundamentación, p. 327), dejar esa regulación en manos del Derecho civil o del Derecho penal accesorio, máxime cuando en la era de la técnica precisamente esa ingerencia en la esfera íntima también supone una grave y peligrosa amenaza para la esfera de libertad del ciudadano, frente a la que ha de ser protegido con los medios más extremos de que dispone el Derecho». Y en las observaciones generales al Título de delitos contra la esfera íntima destaca asimismo certeramente, la Fundamentación del Proyecto Alternativo que, al igual que en parte de las injurias, se plantea aquí también la cuestión de si la existencia de sanciones civiles hace que se pueda prescindir de la reacción con los medios del Derecho penal, y expone: «En efecto, la jurisprudencia reciente de los Tribunales civiles ha mezclado precisamente en este campo los límites entre el Derecho civil y el penal, en cuanto que, en parte por razones preventivo-generales, en parte por razones de satisfacción al ofendido, se ha reconocido una indemnización de perjuicios morales de carácter punitivo («Schmerzensgeld»), que va más allá de la estricta reparación o resarcimiento de daños materiales e inmateriales. Pero esa evolución no demuestra que se pueda prescindir de normas jurídicopenales, sino que precisamente prueba su necesidad».

En todo caso, lo que ya puede ser más discutible es la amplitud de la tipificación penal de los atentados a la reserva de la imagen; esto es, si sólo se deben incluir las intromisiones técnicas en la imagen ajena en lugares privados (sistema italiano o francés) o también en lugares públicos, pero sólo frente a hechos íntimos o que por su carácter deban considerarse privados no asequibles sin más a cualquiera, como, por ejemplo, efusiones amorosas en un parque o manifestaciones de dolor ante la muerte (ejemplos que plantea la doctrina en el sistema suizo), o también la recepción o grabación técnica de

la imagen ajena, aunque sea en público, con tal de que sea en manifestaciones de la vida particular o privada (así el sistema portugués o, a mi juicio, también el de los Proyectos españoles de CP), es decir, que no muestren expresa o tácitamente una voluntad de comparecencia o exhibición pública, como podría ser el tomar el sol, pasear o charlar con otra persona —aunque en infinidad de casos la no oposición de la persona que nota que es fotografiada o filmada denota su consentimiento tácito, y en otros muchos puede haber consentimiento presunto, aparte de lo que luego veremos sobre la causa de justificación del artículo 8.2.c) de la LO 1/1982—. No obstante, alguna opinión, como la de *García Vitoria*, se ha manifestado en el sentido de que la mera grabación ilegal de la imagen, sin divulgación podría ser una simple falta. A mi juicio, esa puede resultar la solución político-criminalmente más adecuada cuando haya solamente una grabación no consentida de la imagen relativa a la vida privada o particular, aunque sea en lugares públicos, con tal de que no haya circunstancias que agraven la significación —peligrosidad o desvalor— del ataque, como el empleo de cámaras ocultas, o que la grabación, etc., recaiga sobre actos o circunstancias esencialmente íntimas o secretas, en cuyo caso parece más idónea la sanción como delito.

3. En cambio, me parece muy discutible la necesidad, dentro de los delitos contra la intimidad, de una figura como la del artículo 370 del Código penal francés, sobre el montaje de imágenes o palabras, propugnada entre nosotros por *Morales Prats*; pues, o bien supone una grabación o reproducción en definitiva no autorizada de imágenes o palabras privadas, y entonces encajaría ya en los tipos genéricos de los delitos contra la intimidad, o bien se considera relevante junto a esto, o lo más relevante, el atentado a la fe pública en la veracidad de documentos gráficos o sonoros que a veces resultará, y ello pertenece más bien al ámbito de las falsedades, con independencia de si hay o no problemas de encaje en la conducta típica de la falsedad documental material o ideológica.

4. Por otra parte, y aunque sea la tónica dominante en el Derecho comparado, también me parece sumamente discutible la conveniencia de tipificar estas infracciones como perseguibles, no de oficio, sino solamente a instancia de parte; pues en general guardo grandes reservas frente a esa figura, y considero que tendría que demostrarse contundentemente en cada caso que es ineludible el recurso a la misma, sin que se pudiera solucionar con otros medios los problemas que planteara la persecución de oficio. Por ello, en principio me parece más recomendable este último sistema, por el que han optado el P 1980 y el AP 1983.

5. Por último, considero que otra posible laguna de protección de los actos de la vida privada, y no sólo del sistema español, sino

de la mayoría de las legislaciones, es la no tipificación penal del espionaje o sometimiento a vigilancia o incluso seguimiento de una persona por otra, cuando tenga un mínimo de persistencia y, sobre todo, cuando sea reiterado o prolongado. Una excepción la constituye el nuevo Código penal portugués de 1982 que, aunque no prevé especialmente tal espionaje o vigilancia, sí que castiga genéricamente, en su artículo 180.1 c), el observar a escondidas a personas que se encuentren en un lugar privado para descubrir su intimidad. Y naturalmente que, si por las circunstancias se llega a crear intranquilidad o temor en la persona vigilada o seguida, el hecho podrá considerarse como amenazas o coacciones, siquiera leves (en cuyo caso serían una falta del artículo 585.5.º del Código penal). Pero la tipificación expresa pondría de relieve la desaprobación penal de la conducta en todo caso, al margen de la posible amenaza o coacción, como atentado a la vida privada en sus actos o hechos, trascendentes o intrascendentes, íntimos o simplemente no públicos, con la consiguiente repercusión en la paz, tranquilidad y libertad del individuo, frente a la perturbación o incluso acoso que puede suponer su vigilancia o seguimiento. Para ello se podría tipificar tal conducta como falta, y en casos de espionaje o seguimiento reiterado y continuo, o amenazador por las circunstancias, como delito.

De entrada cabría pensar como objeción inmediata a tal propuesta, que la misma supondría criminalizar una serie de conductas de vigilancia u observación perfectamente legítimas o necesarias, o al menos totalmente habituales. Pero para solucionar adecuadamente esos casos están las causas de justificación y las causas de atipicidad. Lo cual supone las ventajas de la relación regla-excepción: no en sentido cuantitativo, pues no importaría que fueran tan o más numerosos los casos justificados que los prohibidos, sino en el aspecto cualitativo de que la regla es la protección de la esfera privada y del máximo de libertad no perturbada del ciudadano y la consiguiente prohibición de las intromisiones en aquélla, y que las excepciones que supongan las causas de justificación tienen que estar debidamente fundamentadas y sin que haya excesos ni abusos en las mismas.

Ya antes de la justificación, en los supuestos de causas (supralegales) de atipicidad, podrían operar el principio de insignificancia, o el de tolerancia social, cuando no se llegue a la auténtica adecuación social (cuya naturaleza de causa de justificación de atipicidad es discutida); en tales principios podría basarse, por ejemplo, la impunidad de breves observaciones furtivas de la intimidad —si es que ya el tipo no requiriera expresamente una cierta prolongación del espionaje— o conductas usuales, como las de los jóvenes que siguen a muchachas para averiguar su dirección o ver qué hacen, etc. Por otra parte, el consentimiento, expreso, tácito o (más raramente) presunto, de la per-

sona vigilada o seguida excluye asimismo la responsabilidad por justificar la conducta: piénsese sólo en casos en que el sujeto encargue a guardaespaldas o detectives que le vigilen o protejan, o en supuestos en que la persona acepta gustosa y conscientemente la observación de un «voyeur». Otras causas de justificación, para que no haya exceso y concurren como eximentes completas, habrán de estar sometidas, según los casos, a los principios de necesidad, proporcionalidad, subsidiariedad, etc., aparte de a los correspondientes requisitos legales específicos. Así ocurrirá para que el cumplimiento del deber, la obediencia debida o el ejercicio legítimo del cargo justifique un seguimiento o vigilancia policial, por ejemplo, de presuntos delincuentes, o actividades de espionaje de agentes de servicios de información del Estado; o, para que las correspondientes actividades de las agencias de detectives puedan incidir en el derecho a la intimidad de los ciudadanos, tendrá que haber autorización estatal expresa (tras una ponderación de intereses), por lo que el ejercicio legítimo del derecho o, más exactamente, de la profesión tendrá que atenerse escrupulosamente a los presupuestos y límites de la correspondiente regulación legal o reglamentaria —limitaciones estrictas que me parecen muy saludables en beneficio de la intimidad y libertad de los ciudadanos, que, hoy por hoy, son objeto frecuentemente de intolerables seguimientos y controles en su vida privada—; y, por último, en el caso de que sean los particulares quienes lleven a cabo tales actividades, para que estén legitimados, tendrán que darse, por ejemplo, las circunstancias o requisitos de la legítima defensa o el estado de necesidad.

V

1. Para terminar, vamos a ocuparnos de los límites que puede suponer para las diversas facetas de la intimidad, especialmente para la intimidad visual y el derecho a la propia imagen, así como para la intimidad de los actos y datos de la vida privada, el derecho a la información como causa de justificación de las intromisiones en aquellos bienes jurídicos y, a la inversa, del límite que éstos representan para el derecho a la información. En principio, el conflicto puede plantearse por parte del derecho a la información con cualquier faceta de la intimidad, pero en la práctica resulta menos verosímil o frecuente con la intimidad de la conversación oral o telefónica, porque su carácter reservado y excluido a terceros es mucho más fácilmente delimitable, practicable y defendible frente a esos terceros; normalmente basta con no dirigir las palabras al público o a otros o con bajar el tono de voz, volver la cabeza o hacer un aparte, etc., para proteger la reserva de la palabra frente a los demás, incluso aunque sea en un lugar público, a no ser que se trate de intromisiones por medios técnicos o audiciones clandestinas, o por capacidades especia-

les, como la lectura del movimiento de los labios, es decir, mediante procedimientos totalmente inusuales o excepcionales, de claro significado, si no ilícito (porque podría haber alguna causa de justificación, por ejemplo, por intereses de la seguridad del Estado), cuando menos furtivo y clandestino frente a lo inequívocamente reservado. Por ello será más infrecuente que periodistas o informadores recurran a tales procedimientos técnicos para la captación o grabación de la palabra reservada, y, si se produce, el carácter más inequívocamente íntimo de la conversación o comunicación privada —en comparación con la reserva del derecho a la propia imagen— y la consecuente oposición o falta de respeto más frontal a la voluntad excluyente de quien habla en privado hace que sea más difícil sostener y fundamentar que, en caso de colisión de intereses, el derecho a la información activa y pasiva sea un interés preponderante sobre la intimidad oral. De todos modos, los supuestos más frecuentes de colisión con el derecho a la información se darán respecto de la intimidad visual o reserva del derecho a la imagen, puesto que, a diferencia de la palabra, en que hemos visto que es fácil patentizar claramente la voluntad de exclusión de terceros como receptores, la parte más identificativa de la persona, el rostro, normalmente se lleva descubierta, y, por tanto, visualmente asequible a los demás —y lo mismo ocurre, si no con cada parte del cuerpo, sí con la figura en su conjunto, su talla, estatura, complexión, etc.—, y ello en lugares más o menos públicos o de una cierta reserva, pero no totalmente cerrados, e incluso en ciertos lugares y ocasiones se lleva descubierta la mayor parte del cuerpo; con la peculiaridad de que ya no es ostensible una voluntad expresa en contra (y la presunta podría ser contraria o favorable) a que la imagen sea grabada, transmitida o reproducida. Y algo similar ocurre con la mayor facilidad de obtención de información sobre datos de la identidad, circunstancias y actividades, por ejemplo, profesionales o particulares, de las personas, y con la posibilidad de divulgar tales datos o hechos, sin que tampoco haya una voluntad patente e inequívoca en contra de su conocimiento y divulgación.

Pues bien, aunque el artículo 24 CE plantea los términos de la cuestión en el sentido de que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entre otros, constituyen precisamente el límite de las libertades de expresión o información, sin embargo, como reconocen la doctrina y jurisprudencia modernas, la cuestión es más compleja, pues se trata de un problema de límites recíprocos, ya que, a su vez, los derechos al honor o a la intimidad pueden verse limitados en determinados casos y circunstancias por la libertad de expresión o de información. Por consiguiente, puede plantearse en muchas ocasiones un problema de auténtica colisión de derechos, en el que lo más difícil será determinar cuál es el interés preponderante según los casos, cuáles son los límites de lo estrictamente imprescindible en el menoscabo de un derecho para la salvaguardia del otro, si y

cuándo comenzará el exceso o abuso del derecho, etc. Por ello, para evitar las dificultades de precisión de límites y de valoración de los términos de la colisión de intereses, que son inevitables si se intenta resolver la cuestión mediante la interpretación doctrinal y jurisprudencial de las causas de justificación de estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho o salvaguardia de intereses legítimos, parece preferible la solución de que sea la propia ley la que haga la ponderación de intereses y marque con precisión los límites o excepciones a la prevalencia de un derecho sobre otros. Y éste es el sistema por el han optado, por ejemplo, la legislación alemana o la española en la LO 1/1982.

Tales causas de justificación, legalmente reguladas, no sólo operan frente al ilícito civil —por ejemplo: intromisiones ilegítimas, pero no delictivas, en el derecho a la propia imagen—, sino también frente aquellas conductas de obtención o divulgación de fotografías o filmaciones o de hechos o datos en publicaciones que actualmente puedan constituir ilícitos penales: de la falta del artículo 566.2.º o de la coacción o vejación leve del 585.3.º o de injurias leves del 586.1.º CP. Pero también operarían como causas de justificación en los delitos contra la intimidad visual y de la imagen que, siguiendo el modelo del Derecho comparado o las propuestas de nuestros Proyectos de CP, pudieran crearse en el futuro. Como también operarían como causas de justificación las autorizaciones que previsiblemente se regularían expresamente en una ley de protección de datos en el ámbito de la informática que contuviera una regulación penal o la incluyera en el Código.

2. En la regulación legal de la amplitud y límites de la protección penal y civil de la intimidad visual, del derecho a la propia imagen y de la intimidad de los actos, circunstancias o hechos privados caben varios sistemas. Por ejemplo, puede seguirse un sistema como el francés o el italiano, en que la protección penal se limita a la imagen de la persona en actos que se desarrollan en lugares privados, con lo que cabe entender que en lugares públicos se ha dado prioridad al derecho a la información (obtenerla, transmitirla o recibirla), o que, en todo caso, éste entraría en colisión de intereses que sólo tendría que justificar posibles ilícitos civiles; y de todos modos cabe plantear si dentro de lugares privados el derecho a la información podría excepcionalmente justificar algún caso de intromisión a la intimidad. También puede optarse por un sistema intermedio, como por ejemplo el suizo o el del Proyecto Alternativo alemán, de extender la protección penal de la reserva de la imagen o de los hechos privados no sólo a los lugares privados, sino también a los lugares públicos, pero fijando un límite por las circunstancias de la imagen o los hechos; según eso, la protección penal en lugares no privados sólo abarca el ámbito de la vida estrictamente personal (Proyecto Alterna-

tivo alemán), o el del secreto o la esfera privada no asequible sin más a cualquiera (CP suizo). Ello parece significar que en una ponderación legal de intereses se ha dado prioridad total a las imágenes o hechos del ámbito de lo secreto, o de lo por su naturaleza muy estrictamente privado o íntimo frente al derecho a la información, y que, en cambio, en los demás casos prevalece el derecho a la información. Pero también puede suceder que éste entre en conflicto con un interés, no penalmente, pero sí civilmente protegido, a la reserva de la imagen; y, en cualquier caso, ya es bastante problemática e imprecisa la determinación del límite de lo «estrictamente personal o privado» como frontera frente a los intereses ajenos en la intromisión en ese campo.

Por último, se puede optar, como en la legislación alemana y en la nuestra, por trazar el límite a la protección penal y civil de la intimidad en la condición personal del sujeto pasivo. Este sistema, que a mi juicio es el que más claridad produce, considera que la protección jurídica de la intimidad personal y visual y del derecho a la propia imagen concluye cuando en la persona que sufre la intromisión concurre la condición de *notoriedad*, bien por determinadas circunstancias, bien por su profesión o cargo, a no ser que se trate de su esfera estrictamente íntima; lo cual significa que la ley considera prevalente en el caso de las personas notorias el derecho a la información pública (salvo algunos reductos últimos de intimidad), pero que en los demás casos de personas particulares la decisión legal en cuanto a la ponderación de intereses en conflicto se ha tomado a favor de la intimidad personal y visual en sentido amplio y del derecho a la imagen incluso en lugares no privados, frente a otros pretendidos derechos de los demás a la información o simplemente a satisfacer la curiosidad. Aparte de la condición personal del sujeto pasivo como principal excepción, ambas legislaciones prevén otros supuestos o circunstancias concretas como intereses prevalentes frente al derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Así, en la Ley alemana de los derechos de autor sobre obras de las artes gráficas y fotografía (de 9 de enero de 1907) se castiga en el § 33 la difusión o exposición pública de una fotografía, retrato o filmación contra lo dispuesto en los §§ 22 y 23 de la Ley. En el § 22 sobre el «derecho a la propia imagen» se dispone que sólo se pueden difundir o exponer fotografías, retratos o imágenes (no dice si tomadas en público o en lugar privado) con consentimiento del sujeto, o de los parientes hasta 10 años tras su muerte. Y el § 23 establece las siguientes excepciones: 1) Imágenes o fotos del ámbito de la historia actual (aquí entran las personas que, por su condición o circunstancias cobran notoriedad actual). 2) Si las personas aparecen accesoriamente en un paisaje o escena. 3) Imágenes de manifestaciones o reuniones, en las que tomen parte las personas fotografa-

das. 4) Fotos no encargadas, pero cuya exposición sirva para un interés artístico elevado. A ello añade el § 24 excepciones por intereses públicos (de la Justicia o de la seguridad pública).

En España, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en sus artículos 1 y ss. tutela estos derechos frente a las intromisiones ilegítimas, y según el artículo 7, párrafo 5.º, no sólo en los lugares privados, sino también en los públicos, por una serie de medios procesales, cautelares y civiles regulados en el artículo 9. En su artículo 2.2.º exceptúa de las intromisiones ilegítimas las expresamente autorizadas por la Ley o las consentidas por el titular del derecho, y tras una modificación introducida en ese artículo 2 por Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, también las opiniones manifestadas por Diputados y Senadores en el ejercicio de sus funciones (añadiendo la nueva redacción en todo caso la exigencia de previa autorización de las Cámaras para la procedibilidad civil frente a los parlamentarios); en el artículo 2.3.º se establecen reglas sobre la revocabilidad del consentimiento, y en el artículo 3 reglas sobre el consentimiento prestado por menores e incapaces. Y, a los efectos que aquí interesan, en el artículo 8 se establecen excepciones a las reglas generales sobre intromisiones ilegítimas. En el artículo 8.1 se establece en general que son actuaciones que no se consideran intromisiones ilegítimas, en general, las autorizadas o acordadas legalmente por la Autoridad competente, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Y en el apartado 2 especifica, en relación con actuaciones que afecten al derecho a la propia imagen, que tampoco se considerarán ilegítimas: a) cuando se trate de la captación, reproducción o publicación de la imagen «de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público». Por consiguiente, la Ley española ha optado por limitar el derecho a la imagen en atención al derecho ajeno a la información sobre personas notorias, pero por razón de su cargo o profesión, es decir, por algo que voluntariamente se ha elegido o aceptado y cuyas cargas, molestias o riesgos, por tanto, también se han asumido voluntariamente; pero no se ha incluido la notoriedad o fama que involuntariamente se pueda adquirir por las circunstancias, por ejemplo, por haberle tocado la lotería: no hay derecho (más bien curiosidad) a conocer su imagen (o incluso identidad). Menos aún (como decía en una ocasión así el editorial de un conocido diario) hay un interés público en que quede claro que enriquecerse puede suponer perjuicios y riesgos para el agraciado o afortunado. E incluso para las personas públicas o famosas por razón de su cargo o profesión, les queda un ámbito privado dentro de los lugares privados (a no ser que, invocando el «interés histórico, cultural o científico relevante» del artículo 8.1, se quiera justificar en algún caso excepcional la intromisión incluso

dentro de hechos de la vida privada de tales personas, lo que es muy discutible, y personalmente considero inaceptable).

Tampoco es intromisión ilegítima, conforme al artículo 8.2.b) la utilización de la caricatura, conforme al uso social, de dichas personas. Por otra parte, el párrafo último del artículo 8.2 establece que no son aplicables las excepciones de las letras a) y b) respecto de las autoridades y personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten anonimato.

La última excepción a lo que se consideran intromisiones ilegítimas se establece en el artículo 8.2.c): Cuando la persona aparezca como meramente accesoria en una información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público (excepción que se ha inspirado en el § 23.2 de la Ley alemana de 1907).

3. Para concluir, conviene aludir brevemente a dos cuestiones especialmente debatidas en la práctica periodística cuando surgen conflictos, reales o aparentes, entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen y a su reserva: la de la oposición aparente del sujeto a la grabación de su imagen, y la de la publicación, no autorizada por su titular, de imágenes cuya toma o grabación, en cambio, sí que fue consentida en su momento.

La primera cuestión realmente no plantea dificultad alguna: debe negarse la existencia de una intromisión ilegítima en la intimidad o reserva de la imagen, porque la verdad es que hay consentimiento, cuando es fingida la oposición, ya que el sujeto sabe que le están fotografiando o filmando y no lo evita (a veces incluso lo ha provocado, o aun pedido expresamente que le fotografíen con la apariencia por su parte de no ser consciente y ser una grabación clandestina), y es posteriormente cuando, tras haber obtenido la publicidad que deseaba —casos relativamente frecuentes en personas que por su profesión o cargo necesitan la notoriedad o les beneficia—, finge no haber consentido nunca en la grabación ni en la publicación de su imagen, con finalidad claramente abusiva, y hasta posiblemente defraudatoria, de obtener una indemnización en vía civil.

En cuanto a la publicación no autorizada de imágenes que en su momento fueron grabadas con autorización de su titular, pero para una ocasión concreta o con un motivo o finalidad distintos —y lo propio sucede si se trata de la reproducción no autorizada de una conversación, entrevista, palabras o declaraciones, cuya inicial grabación sí fue consentida—, en principio ya no hay un atentado a la intimidad de la imagen, puesto que el consentimiento inicial le privó de ese carácter de intimidad y, por tanto, ya no hay por ese concepto responsabilidad penal en los sistemas que tipifican ese tipo de intromisiones en la intimidad visual. A no ser que se consintiera en una grabación, pero destinada exclusivamente a conocimiento de otra per-

sona o a un círculo muy reducido y, en cambio, se difunda públicamente, en cuyo caso sí que hay un atentado a la intimidad visual. Pero incluso cuando éste falte, habrá un ilícito civil en un doble sentido: Como intromisión ilegítima en el derecho a la disposición (no a la intimidad) de la propia imagen conforme al artículo 7.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, lo que dará lugar a responsabilidad civil en las formas previstas en la LO 1/1982, fundamentalmente a la indemnización por perjuicios morales. Y como ilícito civil de carácter patrimonial, también reconocido específicamente en el artículo 7.6 LO 1/1982, por el no reconocimiento al titular de la imagen del valor económico que la utilización de la misma puede suponer, y por el enriquecimiento a su costa (4). Ello —no sólo en este caso, sino de modo general en Derecho privado— genera para el afectado una acción o pretensión de resarcimiento (dentro de la categoría de *condictiones sine causa*, o *acciones in rem verso*) por el enriquecimiento sin causa de otros a su costa; lo que se admite por doctrina y jurisprudencia también cuando el enriquecimiento ajeno consiste en un *lucrum emergens* y el perjuicio propio en un *lucrum cessans*, aunque no haya *damnum emergens*.

Pero incluso el aspecto patrimonial-económico es totalmente prevalente en muchas ocasiones. Así se mantiene a veces por los medios de comunicación que se puedan publicar fotos, filmaciones, etc., de un famoso (por su condición personal) sin o al margen de su consentimiento; lo cual no es cierto, como vimos, si se trata de hechos o imágenes en lugares privados, pero sí lo es —desde el prisma del derecho a la intimidad y a la propia imagen— si están tomadas en lugares o actos públicos. Pero la cuestión es que incluso aunque no haya intromisión ilícita contra la intimidad visual y el derecho a la imagen por darse esa circunstancia o porque en su momento las fotos o imágenes (o entrevista) hubieran sido tomadas con consentimiento, y no clandestinamente, lo cierto es que, si luego se reproduce o publica sin autorización o incluso contra su expreso desacuerdo y prohibición (piénsese, por ejemplo, en un reportaje gráfico sobre el concierto en un gran auditorio de un cantante excepcionalmente famoso), ello puede tener una repercusión económica, a veces enorme: mayor tirada de una publicación, mayor audiencia de un programa, y por eso el titular tiene derecho a la valoración de su propia imagen, y a autori-

(4) Destacan, asimismo, la doble caracterización del derecho a la imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial en la LO 1/1982, *Salvador/Castañeira/et al.*, ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo, 1987, pp. 91 y ss. Entre las intromisiones ilegítimas del artículo 7 de la LO 1/1982, su apartado 5 enumera 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 8.2; y el apartado 6 del artículo 7 añade la «utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

zar o no, imponer condiciones para la publicación, etc. Por tanto, si no se le respeta, tendrá una acción de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa.

En conclusión, en estos casos habrá sólo ilícito civil de carácter patrimonial, en ocasiones unido al ataque al derecho de disposición de la propia imagen (con carácter predominantemente moral), a no ser que constituya un delito de infracción intencionada de los derechos de autor. Lo cual es hoy dudoso, dado que en el nuevo artículo 534 bis a CP se castiga la reproducción o comunicación pública intencionada de una obra artística o de una interpretación o ejecución artística (imponiendo el artículo 534 bis b penas superiores si hay ánimo de lucro y la cantidad es de especial trascendencia económica), y que en el artículo 10.1.d) y h) de la nueva Ley de propiedad intelectual (Ley 22/1987, de 11 de noviembre) se incluyen entre las creaciones artísticas objeto de propiedad las obras cinematográficas y cualquiera otras obras audiovisuales, y las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; y si se considera que las fotos o reportajes gráficos de personajes famosos son «obras» fotográficas y, por tanto, artísticas, podría considerarse que no sólo es autor el fotógrafo o cámara, sino el modelo o personaje cuya imagen se graba, sobre todo si ha colaborado activamente en que el resultado sea lo más satisfactorio posible, y en tal caso sería coautor de la obra conforme al artículo 7 de la Ley, correspondiendo a los coautores los derechos sobre tal obra como resultado unitario de la colaboración de todos, y requiriéndose el consentimiento de todos los coautores para su divulgación. Pero incluso en el supuesto de que se estime que concurre también responsabilidad penal en este sentido, se tratará de un delito de carácter patrimonial y no contra la esfera íntima de la persona.