

LA PROTECCION PENAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

José Manuel Gómez Benítez*

1. Sobre la intimidad como bien jurídico digno de protección penal

Desde hace tiempo está consolidada la idea en la doctrina penal de que la Constitución, o, más precisamente, los derechos y principios constitucionales son la fuente positiva de los bienes jurídicos dignos de protección penal. En realidad, al remitir la teoría de los bienes jurídicos al ámbito positivo de la Constitución, la doctrina ha pretendido dar una respuesta concreta a la difícil cuestión del criterio de selección de los bienes jurídicos dignos de protección penal. Pero esta respuesta no ha conseguido explicar el proceso primario de criminalización de conductas. Las insuficiencias de esta respuesta tienen que ver con la necesidad de delimitar el ámbito del interés penal, que es mucho menor que el de los derechos y principios constitucionales. En este sentido, parece convincente la consideración de que no puede existir un bien jurídico digno de protección penal que no tenga su reflejo en una norma constitucional, pero, no obstante, queda inexplicada la razón del ámbito específicamente penal de protección de los derechos y principios constitucionales, lo que es tanto como decir que queda inexplicada la razón de la selección de determinados bienes jurídicos, de entre los derechos y principios constitucionales.

Esta teoría constitucional sobre la fuente legitimadora de la criminalización primaria de conductas, ha conducido a que algunas opiniones doctrinales insistan superficialmente, a mi entender, en que, por ejemplo, los derechos fundamentales tienen que constituir, a la vez, bienes jurídicos dignos de protección penal, es decir, que no existen derechos fundamentales que no sean objeto de protección penal. Esta

* Universidad Carlos III de Madrid.

conclusión es errónea, porque el Derecho Penal protege, también, derechos no fundamentales e, incluso, bienes jurídicos que se deducen de simples principios constitucionales. En estos casos, la protección penal es demostrativa de que el proceso de criminalización se rige por principios político criminales ajenos al rango constitucional de los derechos. Además, esa argumentación doctrinal es valorativamente distorsionadora, porque induce la idea de que todos los derechos fundamentales encuentran su lugar en un tipo penal, como bien jurídico objeto de su protección. Pero esto no es así. En realidad, los derechos fundamentales cumplen funciones muy diversas en el ámbito del Derecho Penal: unas veces se comportan como auténticos bienes jurídicos; otras como criterios interpretativos para la solución de conflictos y, por tanto, para la interpretación de las situaciones de justificación; incluso, en ocasiones, se comportan como fundamento de la culpabilidad o inculpabilidad de las personas, sin olvidar que también se manifiestan en el Derecho Penal a través de la teoría de la pena.

Si, por tanto, es cierto que no existen bienes jurídicos dignos de protección penal ajenos a la Constitución, no lo es menos que la norma fundamental no es capaz de explicar los concretos criterios de selección de los bienes jurídicos que son objeto de protección a través de las normas penales. La referencia a la Constitución permite ciertamente una necesaria delimitación de los intereses penales; delimitación que, por naturaleza, es abstracta y aproximativa, aunque imprescindible.

Estas consideraciones vienen al caso, porque no puede olvidarse que la teoría de los bienes jurídicos necesita en Derecho Penal ser desarrollada a través de los principios de subsidiariedad e intervención mínima. No se trata, a mi entender, por tanto, de meros principios interpretativos, sino de una parte misma de la propia teoría de los bienes jurídicos.

2. Sobre la protección penal de la intimidad

El concepto de intimidad en sentido amplio, es decir, como derecho comprensivo de otros más específicos, entre los que destacarían los relativos al honor, a la imagen, a la inviolabilidad del domicilio, incluso a la dignidad o a la libertad ideológica y religiosa, es escasamente operativo en Derecho Penal. La conocida tensión o complejidad interna del artículo 18 de la Constitución se manifiesta de forma muy velada en el ámbito del Derecho Penal, o, al menos, en el ámbito específico de la tipificación de conductas. Nada impediría, en efecto, interpretar los tipos penales que se refieren a ese contenido amplio del derecho a la intimidad, como normas de prohibición de atentar contra la intimidad, pero este punto de vista serviría poco a los efectos pretendidos con la teoría de los bienes jurídicos, cuya utilidad es que éstos se comporten como límites al *ius puniendi*. Desde este punto de vista utilitario y liberal, en muchos otros aspectos poco convincente, el derecho amplio a la intimidad es escasamente operativo en Derecho Penal. De hecho, nuestro

Código Penal regula de manera muy dispersa la protección de estas pretendidas manifestaciones particularizadas del derecho a la intimidad, hasta tal punto que si prescindimos de estos tipos penales referidos a la protección de la inviolabilidad del domicilio, del honor, o de otras manifestaciones contenidas en el artículo 18 de la Constitución, accedemos a un concepto muy estricto de intimidad, como bien jurídico objeto de protección directa en algunos tipos penales. Desde este punto de vista, la intimidad aparece directamente en algunos tipos de los artículos 192 bis, 367, 497 y 497 bis del Código Penal. De la lectura de estos tipos se deduce una muy insuficiente y primitiva protección penal de la intimidad, que se concentra fundamentalmente en la protección de determinados papeles o cartas, de las comunicaciones, de los secretos y, tal vez, de datos que no deban ser divulgados.

2.1. Intromisiones físicas.

El conocido informe de la Comisión Calcutt sobre la intimidad y cuestiones afines, presentado ante el Parlamento Británico en Junio de 1990, consideró, por ejemplo, que las formas más graves de intromisión física en la intimidad deberían estar tipificadas en todo caso como infracciones de carácter penal. Entre estas formas más graves de intromisión física, la citada Comisión señalaba las siguientes: entrar en una propiedad privada con el propósito de obtener una información personal con vistas a su publicación y colocar artificios técnicos ocultos en una propiedad privada con el mismo propósito, así como fotografiar a personas o grabar sus voces cuando se encuentran en una propiedad privada con idéntico propósito. En concreto, recomendaba dicha Comisión que constituyeran infracciones de carácter penal las siguientes:

a) Entrar en una propiedad privada, sin el consentimiento de su legítimo ocupante, con el propósito de obtener información personal con vistas a su publicación;

b) colocar un dispositivo de vigilancia en una propiedad privada sin el consentimiento de su legítimo ocupante, con el propósito de obtener información personal con vistas a su publicación, y;

c) hacer una fotografía o grabar la voz de un individuo que se encuentre en una propiedad privada, sin su consentimiento, con vistas a su publicación y con el propósito de que dicho individuo resulte identificable.

La Comisión Calcutt especificó, incluso, el contenido de los conceptos que utilizó en la anterior recomendación. Así, por ejemplo, definía la propiedad privada como cualquier domicilio privado, junto con su terreno inmediato (jardín y dependencias externas), pero excluyendo cualquier campo adyacente o pradera. Asimismo, incluía dentro del concepto los dormitorios de un hotel (pero no otras

zonas del mismo) y aquellas zonas de un hospital o clínica particular en las que se atiende o se aloja a los pacientes. Además, en cuanto a la infracción propuesta en el epígrafe c), la Comisión especificó que en tal caso no sería necesario que el ofensor entrara en una propiedad privada. Es especialmente interesante en relación a estas infracciones, la discusión que en el seno de la citada Comisión se mantuvo sobre la conveniencia de complementar las anteriores infracciones con otra consistente en publicar cualquier fotografía, grabación o información que se haya obtenido por cualquiera de los medios descritos anteriormente, sabiendo o teniendo razones para creer que se había obtenido así. La Comisión consideraba conveniente que esta infracción pudiese ser cometida por el director de un periódico y el editor, además del periodista. Sin embargo, mantenía dudas sobre la conveniencia de proponer la creación de una infracción penal relativa a la publicación de material en un periódico en el que la cuestión radicase en cómo se obtuvo, más que en su contenido. En este contexto, la Comisión tuvo en cuenta que en circunstancias adecuadas podría procesarse a un Editor o Director en relación a las infracciones anteriormente descritas por complicidad, y, en consecuencia, renunciaron a proponer en su informe la creación de una infracción adicional, consistente en publicar el material obtenido a través de los medios descritos en las infracciones penales que recomendaban. Sin embargo, consideraron intolerable que una víctima de cualquiera de las infracciones anteriormente señaladas, pudiese no obtener una reparación por parte de quienes publicasen cualquier material que se hubiese obtenido así. En consecuencia, recomendaron que se introdujera la posibilidad de que cualquier persona con el suficiente interés instase una acción de responsabilidad, que pudiera incluir la pretensión de obtener un mandamiento judicial que impidiese la publicación, o, en el caso de que dicho material ya se hubiera publicado, la solicitud de una indemnización por daños o perjuicios, o una cantidad de dinero igual a los beneficios ilegalmente obtenidos.

Las recomendaciones de la Comisión Calcutt cobran todavía más significación si se tiene en cuenta que el Derecho Penal en Inglaterra y Gales, ya que el de Escocia presenta numerosas especificidades, contempla figuras típicas como el hostigamiento, en el que se puede incluir el hecho de seguir a alguien reiteradamente, vigilar o rodear su domicilio, negocio o lugar de trabajo o el acceso a los mismos, o dificultar injustamente y de modo ilegal que una persona haga uso de su propiedad, con vistas a obligarle a hacer algo que no desea hacer. En teoría esta infracción de hostigamiento podrían cometerla también aquellos periodistas que sigan a alguien o rodeen su casa. Sin embargo, la propia Comisión Calcutt señaló que es improbable que esa infracción se invoque contra la prensa y, con cierto desánimo, concluye que la policía suele limitarse en estos casos a apartar a la prensa a fin de que la persona pueda acceder al inmueble.

Para comprender el significado de las propuestas antes referidas sobre intromisión física a la intimidad de la Comisión Calcutt, es igualmente conveniente

saber que, en virtud de la ley sobre la interceptación de las comunicaciones de 1985, no se pueden interceptar legítimamente llamadas telefónicas o correspondencia sin el correspondiente consentimiento o autorización. También es conveniente saber que el allanamiento criminal tiene, también, una peculiar regulación en Inglaterra y Gales, hasta tal punto que los expertos concluyen en que existe poca protección con respecto al mero allanamiento en propiedades privadas, ya que las infracciones penales se refieren a la entrada con violencia, y a la ocupación de un domicilio seguida de la negativa a abandonarlo, pero no específicamente al mero hecho de la entrada no consentida, que está tipificada en nuestro artículo 490 del Código Penal.

2.2. Difamación

Además de las intromisiones físicas, preocupan especialmente en derecho comparado las conductas atentatorias contra la intimidad por difamación.

El proyecto de 1993 del Código Penal español pretendía introducir importantes novedades en el ámbito de la protección de los derechos al honor y la intimidad. Fueron especialmente relevantes sus propuestas respecto a las conductas difamatorias. En concreto, el Proyecto contenía normas tendentes a proteger a las personas frente a la divulgación de noticias o informaciones que pudieran perjudicarles, tanto en su honor como en su intimidad, con una especial consideración de la tensión con el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, la legitimidad de la divulgación de una información estaba condicionada no sólo a su veracidad, sino también al interés público, considerándose ilegítimas, en todo caso, las informaciones difamatorias que afectan a la intimidad de las personas, incluso si estas tienen una dimensión pública y la información es veraz.

Las intromisiones más perjudiciales en la intimidad de una persona son con frecuencia las que se producen por publicación de información falsa o simplemente difamatoria sobre su vida privada. Sin embargo no es frecuente que estas intromisiones en la intimidad constituyan infracciones penales, con independencia de las calumniosas, que se contemplan entre los delitos contra el honor. En realidad, la difamación existe en los distintos ordenamientos jurídicos con el fin de proteger el honor antes que la intimidad de las personas. Es, sin embargo, evidente que el ejercicio de acciones penales por intromisión en el honor, provoca también efectos protectores de la intimidad, si es que la información en cuestión tiene por objeto la vida privada o familiar o, en general, afecta a la intimidad de la persona. Desde este punto de vista, son razonables las críticas que se hicieron contra el proyecto de Código Penal de 1993, que resaltaban la inconveniencia de mantener o introducir tipos penales para conductas de publicación de información verdadera, aunque perjudicial para el honor de las personas. La pretensión del Proyecto de Código Penal de 1993 era que cualquier intromisión difamatoria en la intimidad de las personas fuera constitutiva de delito. A mi entender, no es evidente que el ámbito

legal más adecuado para el tratamiento de las conductas difamatorias sea, exclusivamente, el civil. Sin embargo, el hecho de publicar algo verdadero debe excluir cualquier ilicitud, si se demuestra que la publicación se hizo en interés público. En este sentido, el libelo delictivo debe mantenerse en los mismos supuestos de los que existen en Inglaterra, es decir, quedando excluido el hecho típico cuando existe interés público en la información que pudiera considerarse difamatoria. Sin embargo, la propuesta del proyecto de Código Penal español de 1993, iba mucho más allá, ya que pretendía que constituyese infracción penal la difamación, incluso verdadera, que afectase a la intimidad. No es preciso recordar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que, al igual que en otros países, delimita o limita los derechos fundamentales en conflicto, y muy concretamente los derechos al honor y la intimidad y a la libertad de transmitir información veraz, atendiendo, entre otras condiciones, a la dimensión pública de la persona y al interés público de la información. De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, que ha llegado a consolidar el valor prevalente del derecho a la libertad de información sobre los derechos al honor y la intimidad, no parecen caber dudas sobre la más que discutible constitucionalidad de la propuesta a la que nos estamos refiriendo.

En cualquier caso, esta relativización del derecho a la intimidad de las personas con dimensión pública o de las informaciones de interés público, requiere, a su vez, una interpretación, que permita seguir manteniendo que también en estos casos existe un derecho a la intimidad. Al respecto, es importante la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 abril 1979, en el caso *The Sunday Times vs. United Kingdom*. Dicha sentencia trató sobre la posible violación por el Reino Unido del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, concerniente a la libertad de expresión, con motivo de determinadas informaciones publicadas o que pretendían publicarse sobre el caso de la Talidomida. Lo que interesa destacar en este momento fue que el Tribunal subrayó que no afrontaba "una elección entre dos principios opuestos", en relación a los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión, "sino el principio de la libertad de expresión, que está sujeto a ciertas excepciones que han de ser interpretadas de modo riguroso". Es esta referencia a que las excepciones o, si se prefiere, condiciones de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión deben ser interpretadas de modo riguroso, lo que consideramos digno de ser resaltado. Así, por ejemplo, el concepto de interés público, en el contexto de la intromisión en la intimidad de una persona, parece ser tratado en muchas ocasiones como referencia a lo que resulta interesante al público, en vez de aquello de lo que se le debe informar, de acuerdo con la función de colaborar en la formación de opinión pública. La antes mencionada Comisión Calcutt resaltaba la existencia de sentencias muy instructivas en este sentido, pero también el duro contraste jurisprudencial existente con otras y con la realidad. Por eso, esta misma Comisión puso el énfasis en el hecho de que es importante diferenciar el interés público del propio interés del medio de comunicación social en cuestión. Y proseguía, con razón, "que puede que haya que aceptar que no todas las personas

tienen derecho a pretender el mismo grado de intimidad y que, en consecuencia, es posible que haya que crear una distinción entre lo que está justificado publicar en relación con personas de relevancia pública y lo que lo está en relación con las demás". Pero este reconocimiento no impidió que la citada Comisión dijera en su informe que una persona de relevancia pública no debería verse obligada a renunciar a su derecho a la intimidad con respecto a cualquier aspecto de su vida en cuanto accede a un cargo, o cuando tiene una profesión que atrae la atención del público. Por eso, ese informe abordó un intento de delimitar el concepto de interés público que pudiera tener valor práctico para limitar el derecho a la libertad de información, siempre que afecte a la intimidad de las personas. De acuerdo con ello, el Informe de la Comisión Calcutt señaló que las revelaciones sobre la vida de una persona de relevancia pública sólo deberían estar justificadas "si se realizan para denunciar un delito o una conducta gravemente antisocial, para proteger la salud o la seguridad públicas, o si el comportamiento de dicha persona le impide realizar de un modo satisfactorio sus deberes públicos, o si resulta tan hipócrita que es probable que se esté engañando gravemente a la gente". Con independencia de estos supuestos, sólo un interés general en datos de la vida privada de las personas, que puedan influir en el comportamiento de los ciudadanos, por ejemplo, en lo que podrían votar en unas elecciones, justificaría la revelación de datos privados, de la misma manera que lo justificaría cuando la información resulte necesaria para hacer comprensible una noticia que por sí misma atrae la atención pública. Probablemente ninguna definición del interés público acierte a resolver el difícil equilibrio entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad, pero no por su dificultad debe dejar de afrontarse el intento de delimitar el concepto de interés público o interés general que puede justificar intromisiones en la intimidad. Lo contrario nos llevaría hacia una situación similar a la que se reconoce en los Estados Unidos de América. La mayor parte de sus Estados contienen infracciones, incluso penales, que se refieren a la intromisión en la vida privada de las personas; en la mayoría de ellos, incluso, se contienen infracciones por la publicación de asuntos privados que atenten contra las normas comunes del decoro o que den una imagen falsa de una persona. Sin embargo, esas infracciones o agravios deben analizarse en el contexto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, referida al derecho a las libertades de expresión y de prensa. Como consecuencia de ello, se reconoce que la prensa puede publicar cualquier información verdadera sobre personas de relevancia pública, con el argumento de que cualquier actividad revela el carácter de la persona que la realiza. Por otro lado, el derecho relativo al libelo reconoce la distinción entre personas de relevancia pública y personas particulares, pero, como señaló la propia Comisión Calcutt, los distintos tribunales han ampliado la definición de persona de relevancia pública hasta el punto de considerar que esta característica concurre en toda aquella que tiene un papel significativo en cualquier asunto público.

