

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 15. Septiembre 1989

Bacigalupo Zapater, Enrique

Catedrático de Derecho penal. Magistrado del Tribunal Supremo

«¿NECESITA EL DERECHO PENAL ESPAÑOL UN DELITO DE INDISCRECIÓN?»

Estudios

Serie: *Penal*

VOCES: DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA INFORMACION. MEDIOS DE COMUNICACION. DERECHO COMPARADO. DEMOCRACIA.

ÍNDICE

TEXTO

Algunos casos judiciales de notable trascendencia pública en los últimos tiempos han puesto en discusión en la sociedad española el problema de los límites entre los derechos a la intimidad y el honor y los derechos a la libertad de información y opinión. La cuestión se plantea no sólo en la prensa escrita, sino también y muy especialmente en relación a la televisión y la radio.

Por citar solamente dos de los casos más significativos (1) cabe mencionar en primer lugar el caso de la difusión televisiva de imágenes referentes a la agonía donde éste sufrió una cogida mortal (2). Asimismo el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) se pronunció recientemente en el caso de la revelación periodística de la identidad verdadera de la madre biológica de un niño adoptado por una famosa actriz y cantante, poniendo de manifiesto que aquélla trabaja en una barra americana en Alicante(3).

Aun cuando no hayan alcanzado estado judicial, hay otros hechos ocurridos en la televisión que también son indicio de una problemática similar. Entre ellos se puede destacar el siguiente:

En el mes de enero de 1989, pocos días antes del dictado de la última sentencia citada, el Director de RTVE destituyó al director del programa «Derecho a discrepar» por estimar que en la transmisión del 9 de enero se habían «transgredido las normas de respeto a la intimidad, obligada siempre, pero con mayor razón en un medio de comunicación público». «RTVE -agrega el comunicado- quiere mantener siempre perfectamente separados los aspectos públicos y privados de la vida de todos los ciudadanos, sea cual sea

su posición en la sociedad». En el mencionado programa algunos participantes habían hecho manifestaciones referentes a relaciones personales íntimas de personas conocidas por sus actividades en esferas políticas y financieras o por su aparición en la llamada «prensa del corazón».

Los medios informativos no han permanecido ajenos a esta situación y han tomado rápidamente posición respecto del problema. Ya en su edición del 20 de febrero de 1987 afirmaba ABC que «el derecho a la libertad (...) sufre en España el acoso creciente de quienes pretenden coartarlo con fines tan diversos como interesados». Entre otras perturbaciones el periódico señalaba «el celo excesivo de determinados Jueces» y «la voracidad de particulares que pretenden lucrarse de supuestas intromisiones en el honor personal al amparo de una ambigua legislación sobre la intimidad y la propia imagen» (pág. 52). A su vez El País de 25 de febrero de 1989 consideró, en su editorial titulado «La verdad y el honor», que la decisión del Tribunal Supremo de calificar la revelación de identidad de la verdadera madre como ilegítima intromisión en el honor y la intimidad del niño, importaba que este Tribunal «se ha decantado a favor de la protección al honor y a la intimidad frente al derecho de informar, pero haciéndolo en una línea jurisprudencial claramente preconstitucional».

La discusión denota la existencia de una cierta sensación de inseguridad entre los particulares famosos y de los propios medios de comunicación. Sensaciones de esta naturaleza determinan, por lo general, una búsqueda de mayor seguridad jurídica mediante el reclamo de una legislación más precisa que la vigente. Prueba de ello son las informaciones publicadas por La Vanguardia (de Barcelona) del 15 de marzo de 1989 sobre el debate que habría tenido lugar en el Grupo Parlamentario Socialista a propósito de la propuesta de elaboración de una «ley antilíbelo» y la oportunidad de ciertos límites a la libertad de información en los supuestos de «acusaciones o críticas infundadas, dice la noticia de la agencia Europa Press, pero, en cualquier caso, nunca sostenidas por pruebas o documentos que muestren de forma clara la veracidad de las afirmaciones».

El director del semanario inglés The Economist, Rupert Pennant-Rea, ha caracterizado la situación en el Reino Unido, en un artículo publicado en Madrid recientemente, en términos que son perfectamente aplicables al caso de España. «Actualmente, dice, en el Reino Unido la discusión sobre la libertad de prensa se centra en la cuestión de hasta qué punto los periodistas pueden informar sobre la vida privada de las personas públicas.» El artículo concluye con estas palabras: «Para los periodistas de la prensa británica responsable este debate plantea varias cuestiones delicadas. La legislación es poco atractiva porque no existe seguridad respecto a dónde conducirá, pero está clara que la reputación y la integridad de todo el periodismo se resentirá si un grupo de personas insisten en demostrar que no desean cumplir un código no escrito de respeto a la verdad, a la meticulosidad y a la responsabilidad. Quizás fuese preferible contar con una legislación diseñada para proteger la intimidad personal, que mantener una legislación general que dificulte la continuación del verdadero periodismo investigador».(4)

Estas palabras sugieren que, acaso, sería conveniente considerar la posibilidad de dar intervención al derecho penal para asegurar un más claro campo de acción a la libertad de información y expresión en los medios de información y, a la vez, una mayor protección a la intimidad de la vida privada.

II

La legislación española vigente dispensa a la intimidad una protección penal fraccionada, limitada a aspectos puntuales, y no siempre actualizados en relación a las posibilidades técnicas de lesión del bien jurídico. Dentro de un esquema tradicional se protege en primer término el domicilio como ámbito físico de la intimidad personal (art. 490 CP), así como el secreto de la correspondencia y las comunicaciones telefó-

nicas (arts. 192 bis, 249 y 497 bis CP), el descubrimiento y la revelación de secretos documentales o confiados a un abogado o un procurador o a administradores o dependientes (arts. 497 y 360 CP). La forma dispersa en la que se encuentran estas disposiciones, agrupadas bajo títulos que aluden a bienes jurídicos tan diversos como «el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes», los «desórdenes públicos», «la libertad y la seguridad», dificulta la interpretación y la elaboración dogmática de un bien jurídico que permita establecer con una precisión adecuada a qué lesiones se refieren estos tipos penales.

Una protección del ámbito domiciliario frente a intromisiones de medios de comunicación y difusión a través de medios electrónicos (por ejemplo, mediante filmación con teleobjetivos o medios de reproducción sonora, etc.) no está prevista en la ley penal de una manera expresa.

Fuera de estas figuras, que se pueden considerar específicas, la intimidad recibe, se podría decir que *de facto*, una protección indirecta por medio del delito de injurias del artículo 457 CP, cuando la injuria se comete mediante afirmaciones referentes a la vida privada que afectan de alguna forma al honor. Tal aplicación del tipo de delito de injurias se ve favorecida por la imprecisa distinción de los bienes jurídicos honor e intimidad, que suele orientar las decisiones en muchos casos(5) y por la configuración muy restringida de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias (art. 461 CP).

En la actualidad la protección penal de la intimidad y el honor ha pasado a segundo plano. Mucho más amplia, y, al parecer, más efectiva que la protección penal, es la que dispensa el derecho civil mediante la LO 1/82, de 5 de mayo de 1982, sancionada para dar protección a los derechos fundamentales del artículo 18 CE. En esta ley, se puede decir, predomina la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen y, sobre todo, en relación a los medios de comunicación, especialmente los audiovisuales.

En las hipótesis que la ley contempla (art. 7) como intromisiones ilegítimas en su ámbito de protección (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) la definición de lo que se debe entender por «íntimo» o por «datos privados» o «vida privada» queda abierta a la interpretación de los Tribunales, lo mismo que el carácter de los límites de los supuestos de hecho lesivos del bien jurídico, dado que el Tribunal Supremo entiende que el artículo 7 de la Ley 1/82 tiene carácter meramente ejemplificador (6). En la práctica la ley civil no ha favorecido una delimitación clara de lo que corresponde proteger como ámbito de privacidad y de aquello que es materia del honor en sentido estricto. La jurisprudencia generada por esta ley es muy significativa tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. En la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988 (la Ley 1988-2, 640) se sostuvo que «se estima razonable admitir que, en lo no previsto (por las leyes), la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y el uso de la imagen, está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento».

La consecuencia jurídica de las lesiones previstas en la LO 1/82 es la indemnización del perjuicio, que se debe extender, dice el artículo 9.3, al «daño moral». Este, según lo dispone el artículo 9.3, «se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También agrega la disposición citada, se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

La ley civil contiene dos disposiciones específicas referentes a la exclusión de la responsabilidad. En los artículos 2 y 3 acuerda relevancia al consentimiento, en forma general. En el artículo 8.1 contempla los supuestos en los que las intromisiones resultan justificadas por una autorización legal acordada a la autoridad o a causa del predominio de «Un interés histórico, científico o cultural relevante», mientras en el artículo 8.2 se prevén situaciones en las que el derecho a la propia imagen queda neutralizado por lo que se podría considerar como la «adecuación social» de la injerencia (personajes públicos; caricatura; informa-

ción gráfica sobre un suceso cuando la persona sea «meramente accesoria»). La Ley 1/82 no contiene, por último, cláusulas que especifiquen cómo se deben entender los límites entre el derecho a la información y a la libertad de expresión y los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen. Esta problemática, precisamente, tiene una relevancia especial en la situación de inseguridad generada.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha solucionado de una manera uniforme, común al derecho civil y al penal, la cuestión del conflicto de estos derechos fundamentales.

Por un lado, la *Sala de lo Civil del Tribunal Supremo* ha excluido, por regla general, la posibilidad de justificar una lesión del honor, de la intimidad y del derecho a la propia imagen, a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información. Así ha sostenido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el caso de una conversación radiofónica, en la que el demandado puso en tela de juicio la veracidad de los hechos atribuidos al demandante, pero calificándolo de todos modos de «paniaguado, figurón, pelota deportivo, manipulador y mentiroso», que tales expresiones «no pueden justificarse por el derecho a la libertad de expresión, que sólo es protegible, en cuanto permite emitir juicios de reprochabilidad, cuando se producen sin deteriorar la dignidad ajena»(7). En otras sentencias la Sala primera había declarado que «carece de base constitucional el que, como pretende el recurrente, los derechos del artículo 20 CE deban prevalecer sobre el del honor» (8). Cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo ha admitido la preponderancia del derecho a la libertad de expresión, ha señalado como fundamento, precisamente, que ello era posible por no haber sido afectado el honor de las personas, individualmente consideradas, sino únicamente la dignidad prestigio de un colectivo, «no identificable con el honor y objeto de un nivel más débil de protección frente a la libertad de expresión»(9). En este mismo sentido, cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo ha considerado que «los límites del derecho de información (...) han de interpretarse siempre restrictivamente», ha entendido a la vez que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, «Ofrecen suficiente entidad para que, precisamente a tenor del artículo 20.4 CE, tales derechos vengan a constituir verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión recogida en el propio texto constitucional».

En materia penal, por el contrario, la *Sala de lo Penal del Tribunal Supremo* ha dado un giro en la interpretación de las relaciones sobre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor en el marco del delito de injurias, en su caso de desacato, a partir de la STS de 21 de enero de 1988 (Rec. núm. 322/87) (10). En ella se sostuvo que el artículo 20.1.d) CE se podía invocar por la vía del artículo 8 núm. 11 CP como causa de justificación y, más concretamente, que «el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor de la persona perjudicada por aquélla no puede resolverse dando preferencia al segundo, sino que se impone una adecuada ponderación, sin olvidar que el derecho a la información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición absolutamente necesaria para el ejercicio de todos los demás derechos en los que se funda el sistema político democrático». Esta línea fue continuada en la STS de 3 de junio de 1988 (Rec. núm. 1798/85) en la que se fijaron pautas para la comprobación de la veracidad de la información difundida. En este sentido el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, afirmó que «el derecho constitucional de informar depende, en su ejercicio, de la veracidad que se pueda establecer *ex-ante*, en el momento de obrar, para lo que se ha de exigir una comprobación seria y a conciencia, realizada por el autor, de las circunstancias que permiten formar un juicio adecuado sobre la veracidad de la información en el momento de la realización de la acción». En la STS de 22 de febrero de 1989 (Rec. núm. 3844/85) la Sala Segunda del Tribunal Supremo sostuvo nuevamente que el conflicto entre los derechos protegidos por el artículo 18 CE, al honor y la intimidad, y el derecho establecido en el artículo 20 CE no está expresamente regulado y que se debe «resolver por el principio de la ponderación de bienes». Pero agregó que «ningún ordenamiento jurídico puede tutelar ni cobijar bajo el pretexto de ejercicio de una libertad pública, agresiones ilimitadas al derecho

al honor», aunque se reconozca que «los límites de la crítica admisibles son más anchos respecto de un hombre político» (...), pues éste «se expone, inevitable y conscientemente, a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por la masa de los ciudadanos». En particular esta importante sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo reiteró la exigencia de veracidad entendiendo que no se requiere «acreditar (...) la total exactitud de la noticia, sino la prueba de que la búsqueda de la información se haya realizado de modo diligente para verificar la autenticidad; que el medio informativo tratase de hallar con razonable diligencia la veracidad de aquella».(10) bis

Por su parte el *Tribunal Constitucional* ha señalado, a partir de su sentencia 104/86, que el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor es preciso partir del significado institucional del derecho a la libertad de expresión e información, Este, como ya lo había sostenido la STC 6/81, «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática». Asimismo la sentencia comentada afirmó que «cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber actuado en el ejercicio legítimo de su derecho (art. 8.11 CP), lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico». Por ello los Tribunales en tales casos deben ponderar los bienes en conflicto para determinar en la situación concreta cuál debe prevalecer. En la STC 159/86 el Tribunal sostuvo que «cuando la libertad de información entre en conflicto con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados, como ocurre en el presente caso, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto se puedan derivar deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado». De aquí dedujo el Tribunal Constitucional que no es correcto interpretar «la ley penal como un límite absoluto del derecho a informar (...) supeditando dicho derecho fundamental a cualquier interés que pueda inspirar al legislador penal».

Poco después el Tribunal Constitucional precisó en la STC 165/87 que el alcance justificante del derecho a la libertad de información debe ceder, en primer lugar, «cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública», y además cuando «la información no se refiere a personalidades públicas» «pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el artículo 20 CE». En dichos casos, agrega el Tribunal Constitucional, es preciso distinguir «entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la formación de la opinión pública».

Por otra parte en la STC 6/88 se puntualizó que el derecho a la libertad de expresión «tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor», mientras que el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (...) sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables». En cuanto a la veracidad de la información no priva de protección «a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio». Este requisito, por el contrario, impone un «deber de diligencia sobre el informador», a quien se le puede y debe exigir que dé a publicidad noticias previamente contrastadas con datos objetivos.

El Tribunal Constitucional no aclaró, de todos modos, qué significado se debe atribuir al requisito de que el hecho informado pueda ser considerado «noticiable», requisito que ya había sido señalado en la STC 105/83. En la STC 107/88 el Tribunal extrajo consecuencias de la distinción entre hechos y juicios de valor, sosteniendo respecto de éstos que «al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona la legitimidad constitucional del derecho a infor-

mar».

Por último, en la reciente STC 51/89 el Tribunal Constitucional ha reiterado que «el valor preponderante de las libertades del artículo 20 CE (en relación al derecho al honor) sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que sean de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al honor».

III

El repaso realizado en la situación legal y de la jurisprudencia reciente sobre los problemas a que se refiere la presente investigación permite señalar por lo menos cuatro factores de inseguridad:

- a) El carácter abierto de los supuestos de lesión de la intimidad, el honor y el derecho a la propia imagen que regula la LO 1/82 (confr. SSTs, Sala Primera, de 28 de octubre y 4 de noviembre de 1986).
- b) La poca claridad respecto de lo que se debe entender por intimidad y de las relaciones y diferencias de ésta con el honor.
- c) Las diferencias con que los tribunales entienden los límites del derecho a la libertad de expresión e información frente al derecho al honor y a la intimidad.
- d) La falta de concreción de las consecuencias jurídico-civiles que prevé el artículo 9 LO 1/82.

Como es claro, es posible que estas circunstancias determinen una mayor inseguridad en los medios de comunicación y en los profesionales de la información que en las personas que puedan resultar individualmente afectadas. Aquéllos deben desempeñar su tarea sin poder prever con claridad si su comportamiento puede ser lesivo de la intimidad o el honor, dado que estas entidades tienen contornos imprecisos, y tampoco pueden calcular las consecuencias jurídicas (concretamente la indemnización que deberán pagar) si un tribunal estima luego que se han entrometido en la vida privada. Vista la cuestión desde esta perspectiva, parece que la situación actual se encuentra desequilibrada en favor de los particulares, es decir, que el sistema legal y Jurisprudencial vigente da preferencia al derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen sobre el ejercicio de la libertad de información y expresión.

¿Es este desequilibrio deseable?

Los medios de comunicación, como hemos visto, opinan que no. ABC ha señalado la «voracidad de los particulares» y que la actual situación no favorece a la «profesión periodística, necesitada, para desempeñar su cometido social, de un clima de libertad sin el cual se asfixiaría»(11). *El País*, por su parte, ha hecho clara referencia al mismo problema, diciendo que «en el juego de hipocresías concertadas entre protagonistas y medios destacan los lamentos de gentes que suelen ser pugnaces en la venta a plazos de su propia intimidad». Ambos puntos de vista hacen referencia a *cierto inmerecimiento ético de protección* de los intereses de los perjudicados, que con su accionar no perseguirán la reparación de la lesión de su intimidad o de su honor, sino un beneficio económico.

La opinión de los particulares no se puede documentar en la misma forma. Pero, se puede suponer que el argumento principal en favor del mantenimiento de la situación actual se apoya en el inmenso poder que tienen los medios de comunicación y en la *práctica irreparabilidad* de una lesión de la intimidad o del honor causada por la televisión, la radio o la prensa: el desequilibrio, por tanto, sería sólo aparente.

En esta discusión, sin embargo, habría que tener en cuenta que ambas partes tienen algo de razón y que los intereses respectivos deberían encontrar un punto adecuado de protección.

Para la búsqueda de este punto es preciso tener en cuenta en primer lugar que muy probablemente las indemnizaciones civiles contenidas en la LO 1/82 van más allá de lo previsto en el artículo 1.902 CC y tienen, en realidad, un fuerte componente sancionatorio, razón por la cual es sumamente cuestionable que se prescindiera en este ámbito de las garantías de determinación de los presupuestos de hecho y de las consecuencias Jurídicas que la Constitución establece para todo derecho sancionatorio (art. 25.1 CE). En este sentido, la «indemnización» prevista en el artículo 9 no se encuentra quizás tan lejos de los *punitive damages* del derecho angloamericano como últimamente se ha sostenido (12). En la práctica el sistema creado por la Ley 1/82 se basa en el efecto preventivo general de la inseguridad de las indemnizaciones sancionatorias que prevé como consecuencia jurídica. Dicho rápidamente: se trata de un sistema de presunción general apoyado en los principios del derecho civil.

En segundo lugar, no se debe soslayar que a través de las cláusulas del consentimiento y, de la indemnización de los artículos 3 y 9, LO 1/82 se ha establecido una regulación que, detrás de las buenas palabras, no puede ocultar una sospechosa similitud de la compraventa de la intimidad. Ello parece desmentir rotundamente lo que dice el artículo 1.3 de dicha Ley, pues, en verdad, ni la intimidad, ni el honor, ni la propia imagen serían *inalienables*. Un régimen legal de estas características puede favorecer comportamientos poco escrupulosos. Ciertamente, la ley no ha querido que esto ocurra y ha introducido elementos como el de «los propios actos» (art. 2.3, LO 1/82) que están orientados a impedir resultados inaceptables. El *criterio de los «propios actos»*, sin embargo, no parece brindar a los Tribunales un instrumento idóneo para ello, dado que acaso no tenga suficiente precisión. En casos límite, por ejemplo, no ha impedido que una personalidad famosa divulgue hechos sobre el origen de su hijo adoptivo, pero luego reclame cuando un medio de comunicación informa sobre el mismo asunto. Naturalmente, la decisión de casos como éste es extremadamente difícil y no cabe duda de que pueden no faltar buenas razones que sostengan el pronunciamiento de los tribunales en favor del particular. Pero soluciones tan discutibles dejan una clara insatisfacción en las partes y en la opinión pública. El que obtiene la indemnización queda, de todos modos, a merced de los medios de comunicación que, por medio de la crítica del sistema legal, no dejan de enjuiciar éticamente el comportamiento de la supuesta víctima.

El equilibrio adecuado, por tanto debería proporcionar seguridad sobre los hechos no permitidos y sus consecuencias jurídicas para no establecer una amenaza poco previsible sobre el ejercicio de la libertad de información y expresión, y a la vez posibilitar una clara distinción entre la reparación de la lesión y la fijación de un precio *ex-post-facto* por el uso indebido de la intimidad ajena.

Sí estos fines se admiten como correctos, es probablemente más fácil alcanzarlos por medio del Derecho penal, que a través del Derecho civil, toda vez que el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) obligaría, hasta donde ello sea posible, a eliminar ambigüedades e indefiniciones en la determinación de las previsiones legales. Asimismo, al quedar, en principio, excluido que la sanción pueda servir al enriquecimiento de la víctima, se reduciría fuertemente el riesgo de la protección de motivaciones poco aprobables.

Se debe advertir, de todos modos, que el derecho penal no puede lograr una seguridad absoluta sobre la base del principio de legalidad, y podría tener dificultades para evitar de una manera totalmente segura y adecuada a una sociedad libre la «venta» de la acción penal por parte de particulares que persigan fines puramente crematísticos.

La finalidad perseguida mediante la protección penal de la intimidad, en realidad, vendría a coincidir en parte con la postulada en los Estados Unidos mediante una reforma que elimine la indemnización como consecuencia jurídica y la reemplace por una «*declaración de verdad o falsedad de la información*» (13). Si bien aquí no es posible un estudio detenido de esta propuesta, lo cierto es que, a primera vista, con ella se reduciría de una manera drástica la prevención general, dado que no se debe excluir la fuerza del estímulo económico que en la prensa inescrupulosa tendría este tipo de ilícito ante consecuencias jurídicas meramente declarativas. Más aún: la levedad de las consecuencias no resulta proporcionada a la gravedad que

la lesión pueda tener para el individuo que sufrió la lesión.

IV

La sustitución de la prevención general en el ámbito de la protección de la intimidad, basada en los principios del Derecho civil, por la prevención general del Derecho penal requiere, en todo caso, un estudio de diferentes modelos posibles que ofrece el derecho comparado. En el presente estudio no se cuestiona, como es claro, la necesidad en España de una protección especial de estos bienes jurídicos, sea por la vía penal, sea por la vía civil. La problemática, sin embargo, puede ser diversa en otros países, donde hay autores que directamente no estiman necesaria una intervención del derecho penal, pues entienden que el «efecto amenazante» de las indiscreciones públicas en la sociedad actual no habría alcanzado el grado, que, justificaría la introducción de un delito de indiscreción (14).

Voy a referirme a dos modelos europeos, que -a mi juicio- muestran las diversas posibilidades de una legislación penal en esta materia:

a) El modelo franco-italiano

La Ley 70/643, de 17 de julio de 1970, introdujo en el Código Penal Francés los artículos 368 y siguientes que reprimen «*atentados a la vida privada*». Criterios semejantes se encuentran en la Ley 98, de 8 de abril, que incorporó el artículo 615 bis del Codice Penale, en el que se describe el delito de «*interferencias ilícitas en la vida privada*».

Ambas leyes tienen caracteres comunes. En primer lugar limitan la protección penal de la intimidad a la que se desarrolla en *determinados ámbitos* físicos que son indiscutiblemente privados. Ambas legislaciones; consideran delito la obtención de imágenes personales o de la palabra de una persona cuando ella tenga lugar en un lugar privado (*lieu privé*) (art. 368.1º y 2.º Code Pénal) o en «el domicilio o en otro lugar de vivienda privada o en sus dependencias («nell abitazione altrui, o in altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi»). En segundo lugar ambas legislaciones se refieren a *intromisiones que tengan lugar mediante aparatos* que permitan técnicamente la obtención del sonido o de las imágenes («au moyen d'un appareil quelconque»; mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora»).

Como se ve, estos tipos penales constituyen, en realidad, la respuesta a los avances técnicos que hacen innecesaria la entrada física en el domicilio ajeno y tratan de compensar las limitaciones de un delito de allanamiento de morada (art. 480 CP) concebido como delito de propia mano que requiere, por tanto, la entrada física del autor (al menos con parte de su cuerpo) en el domicilio ajeno. Se trata, posiblemente, de una problemática similar a la que en su momento planteaba la «sustracción de energía eléctrica» al delito de hurto. En la actualidad, cuando los legisladores ya han incorporado, por lo general, un tipo especial para la sanción de estos hechos, las opiniones no siempre coinciden en considerar correctas las decisiones Judiciales de principio de siglo, que excluía la apreciación del tipo de hurto en tales casos (15).

En consecuencia, más que de una protección de la intimidad en si misma, estos tipos penales tienen por objeto la protección del ámbito físico en el que normalmente ésta se desarrolla. De esta manera, los intereses; legítimos afectados en muchos de los casos que nos preocupan en esta discusión sólo merecían protección penal en la medida en que, de alguna manera, pudieran ser reconducidos a lesiones del honor (16), pues no importa una intromisión en el domicilio del afectado lograda por aparatos especiales.

En la doctrina y en la práctica italiana la discusión sobre el bien jurídico protegido por este delito y, su significación constitucional es notablemente discutida. En parte se sostiene que se trata sólo de la protección del domicilio, como desarrollo del derecho a la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 14 de

la Constitución italiana (17). En parte, por el contrario, se sostiene que se trata de la protección de «los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad», garantizada por el artículo 2 de la Constitución italiana (18).

Resulta interesante, en relación a la problemática de la libertad de expresión e información de los medios de Comunicación, la cuestión planteada en Italia respecto de la compatibilidad del artículo 615 bis CP con el artículo 33 de la Constitución italiana, disposición que protege la libertad científica y artística. Un equipo de la Sociedad Cooperativa «Maestranza e tecnici cinema» instaló en un apartamento de Roma una cámara con la que logró registrar las imágenes y el sonido de los encuentros íntimos de una prostituta famosa (que prestó su consentimiento) con clientes que ignoraban la grabación. Se trataba de una investigación encomendada por la Rete 2 della RAI, destinada a servir de introducción a un debate televisivo, programado para el 12 de marzo de 1981, a las 21,30 horas, en el que el anonimato de las personas filmadas quedaba asegurada por medio de la iluminación difusa dada a la imagen. El Ministerio Público entendió que la difusión pública era contraria a la moral y a las buenas costumbres. La RAI suspendió la transmisión. En el proceso se descartó por el Tribunal de Roma (19) que «el libre ejercicio del arte y de la ciencia pudiera extenderse hasta el punto de sacrificar totalmente la privacidad de los individuos». Asimismo el Tribunal entendió que resultaba infundada la objeción de inconstitucionalidad apoyada en el artículo 3 de la Constitución italiana, pues el derecho a la igualdad no se ve afectado por la decisión del legislador de sancionar penalmente sólo las injerencias en un domicilio y no intervenir en las que tienen lugar fuera de éste, dejando, de esa manera, impunes otros comportamientos que hubieran sido merecedores -a juicio de los impugnantes- de represión penal.

Como hemos visto, este modelo legislativo importa una muy drástica disminución del ámbito de protección. Una disposición penal tan limitada no resultaría, por tanto, adecuada para una sustitución de la actual protección dispensada por el derecho civil, que no implique, a su vez, una reducción de la protección de los bienes jurídicos. La propia situación francesa permitiría, acaso, demostrar que este modelo no está concebido para un reemplazo del derecho civil. En Francia, como es sabido, la misma ley que introdujo los artículos 368/72 Code Pénal incorporó un párrafo al artículo 9 del Code Civile que establece que «chacun a droit au respect de sa vie privée» y disciplina las acciones por daño que se pueden ejercer, así como las medidas que se puedan disponer para hacer cesar el ataque a la intimidad. Es claro que, de esta manera, se entra nuevamente en los principios del derecho civil para no dejar indefenso al particular ante los excesos de los medios de comunicación.

En un cierto sentido parece vincularse con este modelo la línea seguida por el Proyecto español de 1980 y por el Anteproyecto de 1983. El artículo 198 del Proyecto español de 1980 propuso castigar al que «fuera de los casos permitidos por la ley, utilizando aparatos o artificios técnicos, escuchare o grabare las conversaciones privadas de otros». De todos modos es notorio que este artículo no hace referencia a conversaciones que tengan lugar en un lugar privado, sino a todas las conversaciones. Es de imaginar que sus autores tendrían ciertas dificultades en explicar por qué no se han incluido las imágenes y qué razones habría sancionar el escuchar sólo cuando se utilicen aparatos o artificios técnicos. Es evidente que, en realidad, el uso del verbo escuchar da una amplitud al tipo que no parece deseable y que la limitación por la vía de los instrumentos utilizados no resulta adecuada.

En parte, las evidentes deficiencias del texto del Proyecto de 1980 fueron reparadas por el artículo 187.1 del Anteproyecto de 1983 que, dentro de la misma orientación que el anterior, ya hizo referencia a las imágenes. Lamentablemente incurre también en la inconsecuencia de incriminar las escuchas sin limitación de ámbito físico y sin exigir difusión o utilización de las mismas, pero sólo cuando se utilicen «instrumentos o artificios técnicos».

b) El modelo del delito de indiscreción alemán

En el Derecho penal alemán vigente no existe un delito de indiscreción destinado a la protección de la intimidad. Sin embargo, desde 1907 (20) comenzó una larga discusión que ya tuvo manifestaciones concretas en el Proyecto gubernamental de 1909. Aquí no es posible una reconstrucción de esta discusión, ni tampoco un estudio de los proyectos de reforma que intentaron regular la materia. Sin embargo, es posible tener en cuenta las propuestas legislativas con que comenzó y culminó la discusión.

En 1909 *Ernst Beling* (21) propuso un tipo penal especial para la protección de la vida privada que se concretaba en la incorporación de un nuevo párrafo 300 en el StGB, cuyo texto establecía:

«El que comunique a terceros en forma pública o mediante la difusión de escritos, imágenes o gráficos, hechos que afecten a situaciones de la vida privada de otro y carezcan de interés público, sean verdaderas o falsas, será sancionado por revelación de secretos.»

En el *Vorentwurf zu einem Deutschen StGB 1909* (§ 260.2) y, en el Proyecto del mismo año (§ 186) la cuestión se concentró en el problema de la exclusión de la prueba de la verdad en el delito de injurias (*Beleidigung*) cuando éste se refiera únicamente a «situaciones de la vida privada, que no afecten al interés público». La cuestión, por tanto, de una sanción penal que afecte inclusive a afirmaciones verdaderas sobre la vida privada o familiar de otro se convirtió en el problema básico de un delito de indiscreción, en un derecho, a cuya regulación de los delitos contra el honor «le es ajena toda limitación de la prueba de la verdad» (22) a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español.

La culminación de los trabajos legislativos alemanes para la introducción de un tipo especial del delito de indiscreción se encuentra en el Proyecto de 1962 y en el Anteproyecto Alternativo (23).

a) El Proyecto de 1962 propuso la incorporación de un delito de «discusión pública de asuntos privados ajenos» (§ 182) en un título independiente del correspondiente a los tradicionales delitos contra el honor, cuyo texto dice:

«1) El que realice o comunique a un tercero afirmaciones de hechos que afecten al honor referentes a su vida familiar o privada en una reunión pública o las difunda por escrito, será sancionado con prisión de hasta doce años, con arresto o multa.

2) El hecho es punible sin tomar en consideración si la afirmación es verdadera o no. Sobre la verdad no cabe la realización de prueba». (Sobre este proyecto confr. ARZT, loc. cit., págs. 143 y sigs. *Hilrsch* *Ehre und Beleidigung*, 1967, págs. 226 y sigs.) (...).

b) El párrafo 145 del Proyecto Alternativo, por su parte, propuso un delito que denomina «*öffentliche Blossstellung*», designación que sólo se puede traducir de una manera aproximada como «exposición pública (de intimidades)». El texto de este párrafo está redactado de esta manera:

«1) El que expone (poner en evidencia) a otro en forma pública difundiendo ante un grupo de personas o por escrito asuntos referentes al ámbito altamente personal de su vida, en especial a su vida familiar, sexual o a su estado de salud, será sancionado con pena de multa de hasta Un año.

«2) Son de aplicación los párrafos 138, 3 a 5, y 141 a 144. (Con relación al antecedente de este texto confr. ARZT, loc. cit., págs. 286 y sigs.)

El párrafo 138, 3 a 5, del AE establece:
(...)

«3) Las manifestaciones no serán punibles si se dirigen en confianza a una persona cercana o, de acuerdo con su forma y contenido, no superan los límites de una crítica admisible.

4) Las manifestaciones tampoco serán punibles si, en una consideración de los intereses en juego y del deber de verificación que incumba al anterior según las circunstancias, constituyen un medio adecuado para el ejercicio de un interés legítimo público o privado.

5) La prueba de la verdad de las afirmaciones o de que el autor tuvo razones suficientes para tenerlos por veraces sólo será admisible, si de ella depende la aplicación de los párrafos 3 y 4. El riesgo de la prueba estará a cargo del autor.»

Los párrafos 141 a 144 hacen referencia a la posibilidad de imponer junto con o en lugar de la pena una multa en favor del lesionado, a la publicación de la sentencia, a la renuncia de la pena (*Absehen von Strafe*) y a la exigencia de querrela.

Aquí no es posible, reitero, hacer un tratamiento profundizado de las cuestiones de técnica legislativa y dogmáticas que estos proyectos plantean. Pero, visto desde la perspectiva de un derecho plural cuyo sistema legislativo en materia de delitos contra el honor es completamente diverso, el Proyecto Alternativo pone de manifiesto, al menos, tres aspectos dignos de ser destacados. Ante todo subraya que la indiscreción merecedora de sanción puede estar constituida por *afirmaciones veraces (24) y que no afecten al honor*.

Asimismo, resulta especialmente interesante la precisión del bien jurídico y la consiguiente caracterización de la intimidad cuya lesión puede dar lugar a una sanción penal. La fórmula «ámbito de vida altamente personal, especialmente en lo que se refiere a la vida familiar y sexual y al estado de salud», en principio, circunscribe de una manera adecuada el objeto de protección.

Por último, es también de tener en cuenta la expresa regulación de los casos de no punibilidad y de la prueba de la verdad.

V

Con las anteriores consideraciones es posible sacar algunas conclusiones respecto de la problemática planteada.

En primer lugar parece claro que el tratamiento penal de las vulneraciones de la intimidad ofrece mayor seguridad que la total reducción de la cuestión a problemas del derecho civil. No obstante ello, tanto el Proyecto de 1980 como el Anteproyecto de 1983 traslucen una clara tendencia al abandono del derecho penal en esta materia. Muy probablemente esta política legislativa ha sido consecuencia de la esperanza que despertó en su momento la posibilidad de resolver estos conflictos sociales sin la intervención del Derecho penal, llevando a la práctica de esta manera el postulado de la «mínima intervención».

Pero si se admite que es conveniente reorientar la tarea legislativa y replantear la cuestión de la protección penal de la intimidad, para favorecer el desarrollo de la libertad de información y opinión, sin exponer a la vida privada de las personas a riesgos injustificados, se deberá pensar ante todo en la difícil tarea de partir de conceptos claros.

Como hemos visto, se percibe en la legislación vigente y en las propuestas de reforma que la intimidad y la vida privada deben ser algo, en muchos casos cercano, pero diferente del honor: la Constitución (art. 18) y la Ley 1/82, tanto como el Proyecto de 1980 y el Anteproyecto de 1983 los han distinguido como bienes jurídicos diversos. Esta distinción no es fácil, pero es indudablemente deseable, toda vez que nuestro actual delito de injurias es claramente insuficiente para la protección de la intimidad personal y familiar.

Consecuencia de ello tiene que ser la desprotección de la intimidad y la vida privada en los casos en los que los hechos informados no afectan al honor en sentido estricto y esto ocurre en no pocos supuestos. Piénsese, por ejemplo, en la mención en un medio de comunicación de que una persona tiene un hilo que es drogadicto o de que una conocida Personalidad es hilo natural. El honor de una persona, en principio, no se ve afectado sino por la imputación de hechos propios de los que se pueda responsabilizar. Por ello la honorabilidad no debe depender de lo que hayan hecho los padres o de lo que hagan los hijos. Pero, en ambos casos, hay un interés legítimo en que tales hechos no sean expuestos de una manera pública.

El planteamiento de una adecuada distinción de los bienes jurídicos de la intimidad y del honor no podrá eludir un problema al que no se le ha prestado, quizás, suficiente atención y que, muy posiblemente, está en la base de una futura reforma. Dicho rápidamente: ¿hasta qué punto los derechos penales no excluyen la prueba de la verdad en los delitos contra el honor protegen realmente el honor? En efecto, una legítima protección penal del honor se debería limitar a la defensa del honor merecido, pues la intervención del Estado mediante la pena para proteger un «honor» sólo aparente e inmerecido no parece en modo alguno justificada. Por otra parte, ¿qué razón puede existir para que una persona que ha sido injuriada mediante la imputación de hechos falsos no pueda exigir la prueba de la verdad, como ocurre en el Derecho español, para reparar públicamente la afrenta (25).

Si se excluye en una futura reforma la protección del honor inmerecido, parece claro que quedará abierta la cuestión de la protección del ámbito de la intimidad que, por el contrario, no cabe desproteger penalmente, en principio, frente a las afirmaciones de hechos verdaderos, respecto de los que todo ciudadano puede tener un interés legítimo en sustraer a la discusión pública.

La tarea que tenemos por delante, como se ve, no es pequeña y está estrechamente vinculada con el desarrollo de derechos constitucionales que tienen una significación muy especial en el modelo de la sociedad democrática instaurado por la Constitución española.

NOTAS:

(1) Sobre la jurisprudencia penal y civil en esta materia ver: MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, 1988, págs. 17 y, sigs. y 46 y, sigs.

(2) Confr. STS (Sala Primera) de 28 de octubre de 1986; STC (Sala Segunda) de 2 de diciembre de 1988

(3) Confr. TS (Sala Primera) de 20 de febrero de 1989.

(4) «La libertad de prensa», en *El País*, 19 de marzo de 1989, pág. 13.

(5) Confr. por ejemplo STS Sala Primera: caso «Sara Montiel»; Sala Primera: 23 de marzo de 1987, en la Ley 1987-2, 631, Sala Primera: 22 de octubre de 1987, en la Ley 1987-4, 772 (9717-R).

(6) Confr. STS (Sala Primera), 28 de octubre de 1986; 4 de noviembre de 1986.

(7) STS, Sala Primera, de 19 de enero de 1988.

(8) STS (Sala Primera) de 23 de marzo de 1987, en la Ley 1987-2, 631; en idéntico sentido SSTs (Sala Primera) de 20 de febrero de 1989 (Rec. núm. 9/88); 28 de octubre de 1988 (Rec. núm. 607/87); de 16 de diciembre de 1988 (Rec. núm. 868/87), entre otras.

(9) STS (Sala Primera) de 24 de octubre de 1988, en la Ley de 1 de marzo de 1989, con nota de CLAVERIA GOZALVEZ.

(10) Confr. la Ley, 4 de marzo de 1988, págs. 7 y sigs.; sobre jurisprudencia anterior de la Sala Segunda TS ver: BACIGALUPO, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20/1987, págs. 83 y sigs.

(10)bis En el mismo sentido que las sentencias anteriores ver también STS, (Sala Primera) de 31 de enero de 1989 (Rec. núm. 4467/85).

(11) 20 de febrero de 1987, pág. 52.

(12) Confr. Pablo SALVADOR y otros autores, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley, del Libelo*, 1987,

págs. 36 y sigs.

(13) Confr. M. FRANKLIN, en *California Law Review*, 74 (1986), págs. 809 y sigs.; D. A. BARRET, en el mismo lugar, pág. 847, citados según P. SALVADOR, loc. cit., pág. 114.

(14) Confr. SCHÜNEMANN, en *ZStW 90* (1978), págs. 11 y sigs. (40 y sigs.); otro punto de vista, sin embargo, Gerd SCHMIDT, en *ZStW 79* (1967), págs. 741 y sigs. (766 y sigs.); ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, 1970, págs. 311 y sigs.

(15) Confr. con referencia al RGS1 29, 111 Naucke, Einführung, tercera edición, 1980, pág. 75.

(16) Confr. MANNA, en *Il dirato dell'informazioiie e dell'informática*, Anno II, núm. 2, Maggio-Agosto, 1986, págs. 510 y sigs. (517).

(17) Confr. ZAGNONI en *Riv. Ital. dir. proc. pen.*, 1982, págs. 971 y sigs.

(18) Sobre la discusión italiana confr. MANNA, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 34 (1988), págs. 63 y sigs. (72 y sigs.) con abundante información bibliográfica.

(19) S. 13 de noviembre de 1985, publicada en *DIR-INF*, 1986, págs 494 y sigs., con interesante nota de MANNA, citada en la nota 16.

(20) Sobre el desarrollo de los proyectos legislativos en Alemania confr. Gerliard SCHMMT, loc. cit., págs 742 y sigs. y Exposición de Motivos del Proyecto de 1962 (BT-Drucks. IV/650), pág. 328.

(21) Confr. WESEN, *Strafbarkeit und Beachtung der üblen Nachrede*, 1909, pág. 48.

(22) Confr. ARZT, loc. cit., pág. 152; ver también Deutscher Bundestag, Drucksache IV/650 (Proyecto de 1962), pág. 328.

(23) Alternativ-Entwurf eines StGB, BT, Straftaten gegen die Person, II, 1971, § 145.

(24) Especialmente ilustrativa en este sentido es la STS (Sala Primera) de 20 de febrero de 1989 ya citada.

(25) A pesar de todo ello, ni el Proyecto de 1980 (art. 227) ni el Anteproyecto de 1983 (art. 203) han propuesto modificación alguna en lo que atañe de la *exceptio veritatis*, que está directamente afectada por la cuestión.