

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

89

Las Palmas de Gran Canaria, 1994



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: HONOR, INTIMIDAD E IMAGEN

CONCHA CARMONA SALGADO
CATEDRÁTICA DE DERECHO PENAL
Y DIRECTORA DEL INSTITUTO ANDALUZ
INTERUNIVERSITARIO DE CRIMINOLOGÍA
(SECCIÓN DE GRANADA)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. DELITOS CONTRA EL HONOR.

1. Normativa vigente y propuesta de reforma.
2. Regulación de estos delitos en el Proyecto de Código Penal de 1992: observaciones críticas.

III. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN.

1. Ausencia en el Código Penal vigente de una tutela global y sistemática de estos derechos: consideraciones de “lege ferenda”.
2. Su protección en el texto del Proyecto de 1992: reflexiones críticas.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha venido hablando en la doctrina civil de “derechos de la personalidad” para referirse a los derechos supremos del hombre, que le garantizan el goce de sus bienes personales, el señorío sobre su persona. Las Constituciones y Leyes Fundamentales de los diversos Estados proclaman hoy, con carácter general, el respeto a la persona y a los derechos que le son inherentes, reconociendo de este modo una esfera individual que no admite intromisiones indebidas por parte del Estado; si bien la gran preocupación del Derecho privado por la defensa de la persona hay que centrarla más en relación al resto de los individuos que al Estado mismo, de donde se desprende la necesidad de una concreta regulación de los derechos de la personalidad para hacer compatible su ejercicio con los de todos los sujetos, no bastando una simple enumeración de los mismos, que debe completarse con la correspondiente precisión sobre sus contenidos a los efectos de reducir al máximo los márgenes de inseguridad que pudieran surgir⁽¹⁾.

Nuestra Constitución emplea la expresión “derechos fundamentales” para designar una esfera de protección constitucional de la persona. En este sentido su art. 18, apartado 1, garantiza “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, así como “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial” (apartado 3), determinando finalmente que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. De otra parte, el art. 20.4 señala como límite a las libertades de expresión e información, consagradas en el apartado 1, de dicho precepto, el respeto a los mencionados derechos: honor, intimidad y propia imagen.

II. DELITOS CONTRA EL HONOR

1. Normativa vigente y propuesta de reforma.

Como es sabido, el vigente Código Penal regula en el Título X de su Libro II los “Delitos contra el honor”, entre los que incluye la calumnia y las injurias, añadiendo unas “Disposiciones Comunes”, así como la falta de injurias livianas dentro del Libro III (art. 586, 1º).

(1) Vid. DÍEZ PICAZO-GULLÓN; *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8ª ed., Madrid, 1992, págs. 336 y ss.

Pues bien, uno de los problemas más candentes que en los últimos tiempos se ha planteado en la práctica en relación con este tipo de infracciones, es el relativo al conflicto que surge entre ese derecho de la personalidad que es el honor, proclamado como fundamental en el art. 18.1 de la C.E., y las libertades públicas de expresión e información, igualmente consagradas en su art. 20.1, apartados a) y d) respectivamente, en relación a las que ese derecho opera como uno de sus límites concretos, según manifiesta expresamente el art. 20.4 de la Ley Fundamental. La jurisprudencia de los Tribunales, siguiendo la continuada doctrina elaborada sobre el particular por el Constitucional, ha venido últimamente resolviendo este conflicto a través del sistema de *ponderación* de intereses, en aplicación de la causa de justificación 11ª del art. 8 del Código, declarando preferente el ejercicio legítimo de tales libertades cuando se dirijan a formar la opinión pública libre y se refieran a personas de relevancia pública o que intervengan en asuntos de esta naturaleza, además de concurrir el requisito de veracidad en la narración, si se trata del ejercicio de la libertad de información, y el de que las ideas u opiniones manifestadas sean necesarias y no formalmente injuriosas, dentro del contexto de la libertad de expresión⁽²⁾.

Así pues, de las dos vías alternativas existentes bajo la legalidad vigente, encaminadas a solventar el conflicto libertad de información-honor, la de la *exceptio veritatis* o prueba objetiva de la verdad, y la del *ejercicio legítimo de un derecho* o prueba subjetiva de la misma dentro del sistema de ponderación de intereses⁽³⁾, la jurisprudencia de los Tribunales en general y la del Constitucional en particular —esta última al menos hasta una determinada época— al decantarse por esta segunda alternativa han venido propiciando una mayor y más adecuada defensa de la libre información en el marco de un Estado social y democrático; ello, en una buena medida, debido a la deficiente e insuficiente regulación que de la figura de la *exceptio* opera el actual Código Penal, sólo aplicable al delito de calumnia, así como a dos únicos e inexplicables supuestos del de injurias, y no prevista en cambio de forma expresa ni en relación a los delitos de desacatos ni a los delitos contra altos organismos de la nación; regulación que explica la opinión mayoritaria de que la legislación vigente lesiona en exceso el mencionado derecho, concebido en su globalidad, y, en especial, respecto de alguna de sus manifestaciones concretas, como sucede con el ejercicio del derecho a la crítica política.

- (2) Un estudio detallado de la doctrina del T.C. sobre el mencionado conflicto, así como de cada uno de sus criterios de resolución, puede verse en CARMONA SALGADO; *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid 1991, págs. 90 y ss.
- (3) De otra opinión, VIVES ANTÓN. Vid. del mismo "Libertad de expresión y derecho al honor", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al Prof. Sáinz Cantero, 13-II, págs. 256 y ss.

Si a ello añadimos la indeterminación legal hoy existente en el contexto de los delitos contra el honor, particularmente en materia de injurias, ambigüedad legislativa claramente atentatoria al principio de legalidad, resulta que este dato, unido a la evidente restricción al ejercicio de las libertades públicas de expresión e información que esta normativa ultraprotectora del honor ofrece, ha propiciado desde hace ya algún tiempo la generalizada propuesta doctrinal, en la que me incluyo, de despenalización parcial de tales delitos, en aras a un mayor respeto del principio de intervención mínima y del carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal.

A mi juicio, esta futura labor de reordenación y parcial despenalización de los mencionados delitos, debería estar presidida por la idea general de eliminar del Título comprensivo de los mismos la pena de prisión, que no se aplicaría en ningún caso, manteniendo vigente la calumnia, aunque ampliada a todos los supuestos relativos a la falsa imputación de cualquier delito, sea o no perseguible de oficio.

Por lo que respecta a las injurias, su indeterminada regulación legal aconseja una remodelación y derogación de una gran parte de sus tipos. En este sentido creo que deberían desaparecer definitivamente las livianas, constitutivas de falta del art. 586, 1º y las leves del art. 460. En relación a las injurias graves del art. 458, habría que trasladar las de su número 1º al marco de la calumnia, como acabo de referir anteriormente, derogando las del número 4º, que es un precepto claramente anticonstitucional al hacer depender la gravedad o no de la injuria del “estado de dignidad” de la víctima, como derecho de la persona que no admite gradaciones. Los números 2º y 3º tendrían también que remodelarse, pues las expresiones contenidas en ellos resultan hoy totalmente desfasadas. Quizá lo conveniente sería crear un único tipo de injurias, que sancionara como delictivas las que el Tribunal Constitucional ha denominado “frases formalmente injuriosas”, es decir, las manifestaciones de opiniones o juicios de valor, reflejadas en expresiones vejatorias, atentatorias al honor de las personas.

Evidentemente, tal remodelación de las infracciones contenidas en el Título X, Libro II, tendría que ir acompañada de una correlativa potenciación y mejora de la Ley de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, que adolece de una tremenda laxitud y ambigüedad en sus descripciones, ofreciendo simplemente al intérprete unas premisas generales y dejando toda la labor de concreción técnica en manos del juez.

Sin embargo, la realidad práctica ha venido demostrando que, pese a esa laxitud y ambigüedad, de las dos vías procesales de solución al conflicto

libertad de expresión/información-honor existentes en nuestro sistema jurídico, como en todos los sistemas democráticos, la civil y la penal, resulta más solicitada la primera de ellas —al menos para el particular afectado—, fundamentalmente a causa de la mayor rapidez en la tramitación del proceso (procedimiento de los incidentes) y porque al perjudicado, por lo general, parecen interesarle más los efectos reparadores que punitivos, suscitados del atentado perpetrado, y ello, no obstante la remisión que hace al Código Penal el propio art. 1 de la citada ley cuando la intromisión “sea constitutiva de delito”; aparte de que en el marco de la normativa civil los medios de comunicación encuentran un campo de actuación más amplio en lo que a personajes públicos se refiere, ya que su art. 8.1 establece como excepción al concepto de intromisión ilegítima el hecho de que en la información predomine un “interés histórico, científico o cultural” (debía añadirse “social o político”). Si sumamos a estas consideraciones la reiterada declaración del Tribunal Constitucional, relativa a la exigencia de que las personas públicas o que ostenten cargos de esta naturaleza están obligadas a soportar que sus derechos de la personalidad se vean más fácilmente y con mayor frecuencia afectados que los de los particulares (v. gr. Ss. T.C. de 27 de octubre de 1987 y 22 de febrero de 1989), así como el dato de que a tales personajes públicos les interesa menos acudir a la vía civil mencionada, que sólo produce efectos reparadores de índole indemnizatoria, pero no silenciadores, propios en cambio del ordenamiento punitivo, resulta que, en definitiva, a dichos personajes lo que realmente les conviene es disponer del recurso de la vía penal.

Sin embargo, pese a todas las consideraciones expuestas, el prelegislador de 1992, en la reforma introducida en el marco de los delitos comunes contra el honor, ha discurrido por cauces muy distintos a las pretensiones manifestadas por la doctrina mayoritaria de reducir la normativa penal vigente a sus mínimos indispensables, como correspondería haber realizado en el contexto de unas infracciones tan íntimamente conectadas con el ejercicio de las libertades públicas de expresión e información, imprescindibles en un Estado social y democrático, ampliando en cambio al máximo el ámbito punitivo de dichas infracciones y manteniendo para colmo el delito de desacatos (arts. 507 y 508 del Proyecto), prácticamente en los mismos términos en que se encuentra regulado en la actualidad, es decir, como delito autónomo en relación a las figuras comunes contra el honor, en algún caso incluso sancionando con pena de prisión de más de dos años, si bien, al menos, se ha eliminado la expresa referencia a los Ejércitos, hoy aún existente. Con ello se han desatendido todas las voces que desde hace tiempo venían solicitando su total derogación o, cuando menos, su modificación, convirtiéndolo en una

modalidad agravada de las tipicidades comunes contra el honor⁽⁴⁾. En cualquier caso, su permanencia en los términos expuestos dentro del texto del que pretendía ser el Código Penal de la “Democracia” resulta inadmisibles, como lo es la supervivencia tras él del principio de autoridad, en su versión tradicional.

2. Regulación de estos delitos en el Proyecto de Código Penal de 1992: observaciones críticas.

El proyecto de Código Penal de 1992, bajo la rúbrica genérica de “Delitos contra el honor”, regula dichas infracciones en los tres capítulos que integran el Título X de su Libro II, junto a la falta contra las personas del nº 2, del art. 599, dentro del Título I del Libro III.

El delito de *calumnia* se mantiene vigente en el art. 204 del nuevo texto legal, aunque configurada por la “falsa imputación de un delito” en general, lo que significa que puede ser o no perseguible de oficio, representando esta innovación, sin duda, un acierto del prelegislador en este ámbito delictivo. La falsedad, que ha de ser dolosa, se define expresamente en el tipo como “la imputación hecha con conocimiento de que no se ajusta a la verdad o manifiesto desprecio de la misma”, es decir, se introduce el criterio de la denominada “falsedad subjetiva”, coincidente con el de la “actual malice”, de creación jurisprudencial norteamericana, al que cierto sector de la doctrina española ha recurrido para interpretar bajo la normativa vigente los momentos subjetivos de los delitos de calumnia e injuria⁽⁵⁾, aunque la interpretación mayoritaria suele otorgar al requisito legal de la falsedad, que considera elemento del tipo, un contenido objetivo, equivalente a falsedad material entera y absoluta de lo imputado, en conexión con el eventual ejercicio de la *exceptio veritatis*⁽⁶⁾; institución ésta (art. 207 del Proyecto) que, dada la mencionada configuración subjetiva, podría tener en la práctica, de prosperar esa nueva regulación, una auténtica razón de ser, dejando así de desempeñar el papel puramente residual y secundario que desempeña bajo la actual normativa.

De otra parte, se agrava la pena de multa impuesta si la calumnia se realizare con publicidad, llegándose a sancionar con la de prisión de hasta

(4) A favor de la derogación del delito de desacatos, por todos, QUINTERO OLIVARES: “La supervivencia del delito de desacatos”, en *Revista de la Facultad de Derecho* cit., 13-II, págs. 181 y ss. A favor de su modificación parcial, por todos, JIMÉNEZ DÍAZ: *Los delitos de desacatos en el Código Penal Español*, Madrid 1992, págs. 708 y ss.

(5) Vid. VIVES ANTÓN: “Libertad...” cit., págs. 258 y 259; y MUÑOZ MACHADO: *Libertad de prensa y proceso por difamación*, Madrid 1987, págs. 99 y ss.

(6) Por todos, BAJO FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos contra la libertad, seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, Madrid 1991, pág. 302; y MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., Valencia 1990, pág. 130.

dos años cuando fuere reiteradamente cometida contra una misma persona, con lo que se mantiene en el nuevo texto la pena de cárcel para los denominados delitos de expresión u opinión, aunque sólo sea en los casos de más grave comisión, y ello en contra de la extendida opinión, contraria a que dicha pena se aplique en el marco de tales delitos.

Así pues se crea una agravación específica, la de *reiteración*, expresión ésta que al no ser legalmente definida habrá que interpretar en su sentido gramatical, es decir, como equivalente a repetición, insistencia o continuidad en la correspondiente imputación. Sin embargo, es de extrañar que semejante agravación no aparezca igualmente contemplada por el prelegislador en el contexto de otros delitos, y sí especialmente en éste que ahora nos ocupa. El empleo de esta técnica legislativa supone el riesgo de limitar de antemano el ejercicio del derecho a la información sobre asuntos de interés general, el cual en algunos casos, por la propia naturaleza de los mismos, tiene que realizarse continuadamente en el tiempo, si las características de la noticia concreta requieren más de un acto informativo para lograr su correcta y puntual transmisión al público; situación ésta, por cierto, que se presenta en la práctica con mucha frecuencia, como resulta obvio. De todas formas, no son de recibo, ni siquiera desde un punto de vista técnico, las razones que han impulsado al prelegislador a introducir esta agravación específica en el marco global de los delitos contra el honor, ya que esta agravación no se prevé exclusivamente para la calumnia sino también para las injurias, pues en estos casos podrían aplicarse directamente las reglas generales del delito continuado o, en su defecto, cuando proceda, las del concurso de delitos.

Por todo ello y resumiendo, a mi juicio, esta específica circunstancia agravante de reiteración debería extraerse como tal del contexto de las infracciones contra el honor. Politicocriminalmente, porque su permanencia supone una clara y previa limitación al ejercicio de las libertades de expresión e información, y desde un punto de vista de técnica legislativa, ya que en la Parte General del Proyecto existen vías jurídicas de solución aplicables a los supuestos en que concurra repetición o continuidad en la realización de las conductas, que sin ese requisito resulten en todo caso punibles.

El nuevo delito de *injuria* se configura esencialmente sobre la base de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno a la resolución del conflicto entre las libertades públicas de expresión e información y el derecho al honor como derecho de la personalidad. En ese sentido, partiendo de una expresa definición de injuria (art. 208) como “toda expresión proferida o acción ejecutada que lesione la dignidad de otra persona, menoscabado su fama o atentando contra su propia estimación”, se recogen dos modalidades de comisión de esta infracción. Una, que se corresponde con el ejercicio

de la libertad de información, relativa a la imputación de hechos (naturalmente no delictivos) que puedan perjudicar el honor ajeno, y otra, concatenada con el ejercicio de la libertad de expresión, concerniente a la utilización de calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios, “aunque ello se produzca con ocasión de referir un hecho cierto”.

En esta última previsión, dirigida a aquellos supuestos en los que dentro de un mismo contexto concurren conjuntamente libertad de expresión e información, el prelegislador toma claramente postura a favor de la existencia de injuria cuando, pese a haberse ejercido adecuadamente la segunda de ellas a través de la narración de un hecho cierto, la incorporación a la misma de epítetos innecesarios o “frases formalmente injuriosas” (en palabras del T.C.) desvirtuara la legitimidad de la primera de las libertades mencionadas; técnica legal, sin duda, inspirada en la S.T.C. de 6 de junio de 1990 (caso José María García), que castigó al citado periodista deportivo (ulteriormente indultado) a una pena de prisión de seis meses, al informar verazmente acerca de la apropiación indebida de unas dietas en concepto de viaje por el entonces diputado de las Cortes de Aragón y a la sazón Presidente de la Real Federación Española de Fútbol, Sr. Roca, a quien en el contexto de la referida información dirigió apelativos tales como “Pedrusquito, catarata Roca” y “fiel vasallo de Porta”⁽⁷⁾.

En todo caso, la gran dificultad que estos supuestos mixtos ofrecen frente a la adopción de una adecuada resolución judicial, radica en el hecho de determinar qué se entiende por expresiones o frases “formalmente injuriosas”, si bien es cierto que tratándose como se trata de una cuestión valorativa y circunstancial, a dilucidar en cada caso concreto, no es realmente factible elaborar a priori un catálogo general comprensivo de los criterios de interpretación que se deban emplear sobre el particular, pero sí sería muy conveniente que los tribunales intentaran en la medida de lo posible, aunar dichos criterios para evitar el desconcierto interpretativo que suscitó el T.C. a raíz de la sentencia antes mencionada, en relación a los que empleara en otras ocasiones⁽⁸⁾; desconcierto que lamentablemente ha desembocado en una inevitable situación de inseguridad jurídica.

(7) En la misma línea, la S.T.C. de 12 de noviembre de 1990 (caso periodista Baeta contra comandante Patiño). Vid. los respectivos comentarios críticos que sobre esta sentencia y la citada en el texto realiza GIMBERNAT ORDEIG en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1990.

(8) Vid., p. ej., los criterios de valoración empleados en la S.T.C. de 15 de febrero de 1990, en cuya virtud se negó el carácter de expresión injuriosa y por tanto la existencia de delito cuando, con motivo de la publicación de un artículo periodístico de naturaleza deportiva, dirigido a criticar la labor de organización y desarrollo de los Campeonatos Nacionales de Fútbol celebrados a la sazón en España, se calificó de “fascista” a S.M. El Rey.

La otra modalidad típica de injuria que el Proyecto prevé, estrechamente relacionada con el ejercicio de la libre información, consiste en la imputación de hechos en general que puedan perjudicar la dignidad, esto es, el honor ajeno. Este supuesto, de tan amplia configuración, se corresponde, por no decir se confunde, con la descripción que del concepto de “intrusión ilegítima” ofrece la Ley de 5 de mayo de 1982 en el apartado 7 de su art. 7: “la divulgación de hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”. En consecuencia, quizá fuera suficiente esta última previsión legal de protección del honor a través de la vía civil para que el ciudadano particular viera satisfechas sus necesidades de tutela, pudiendo prescindir en estos casos, evidentemente menos graves que los constitutivos de calumnia, de la intervención del Derecho Penal, que es la *última ratio* del Ordenamiento jurídico y debe por tanto reducir su actuación en esta materia a unos mínimos indispensables. Claro, que en este orden de ideas sería previa e ineludible una potenciación, mejora y adecuación de la citada ley a las exigencias que la realidad vigente plantea en torno a una efectiva protección del honor.

De otra parte, como ya he adelantado, el Proyecto introduce, al igual que en el marco de la calumnia, también en el de la injuria, la agravante específica de *reiteración*, se cometa aquélla con o sin publicidad (art. 210). Como en este contexto concreto tampoco se ofrece una definición expresa de la misma, habrá igualmente que entender dicha circunstancia como sinónima de repetición o continuidad en la manifestación de la injuria, dirigida contra idéntica persona, resultando pues de aplicación a este ámbito delictivo todas las consideraciones críticas efectuadas al tratar de ella en relación a la calumnia.

Ya el Anteproyecto de nuevo Código Penal incorporaba como figura autónoma junto a la injuria la de la *difamación*, cuya correspondiente sanción se agravaba de concurrir en ella la circunstancia de reiteración, regulación que suscitó de inmediato las más duras críticas, fundamentalmente manifestadas por los profesionales de los medios de comunicación, por la evidente limitación que semejante normativa representaba para el normal desenvolvimiento de la libertad de información. Por otro lado, esa novedosa figura delictiva resultaba disfuncional a todas luces, en la medida en que desde que dejó de existir como infracción penal al derogarse el Código de 1928, único texto punitivo español que la regulara con carácter autónomo entre los delitos contra el honor, la expresión “difamación” ha venido tradicionalmente siendo utilizada en el argot común y jurídico como sinónima de calumnia o injuria, motivo por el que su específica creación conducía a la más profunda confusión interpretativa.

Sin embargo, y pese a la reestructuración legal que en torno a esta figura delictiva introdujo con posterioridad el Proyecto de 1992, no puede negarse que la *difamación* siga presente en dicho texto, aunque de forma algo encubierta, como modalidad específica de la injuria, consistente en la “reiterada imputación de hechos” que puedan perjudicar el honor de una persona (art. 208, 2 en relación al 210), habiéndose inspirado el prelegislador para su concreta tipificación en la fórmula que empleara el Código de 1928; difamar era entonces, y lo es según el Proyecto, la “sistemática imputación de hechos” a una misma persona. Por lo tanto se puede afirmar, sin riesgo alguno a equivocarse, que los atentados al honor en la nueva normativa que brinda el Proyecto de 1992 son tres: la calumnia, la injuria en sentido estricto, y la difamación como modalidad específica de comisión de esta última. Ello, a mi juicio, constituye un sistema de ultraprotección de ese derecho de la personalidad, que se aparta de la reiterada opinión doctrinal partidaria de la parcial despenalización de estos delitos; derecho aquél que bien merece una cierta tutela penal, pero no a costa de la consiguiente restricción de la capacidad de ejercer la libre información, y no sólo ya en atención a los profesionales de los medios de comunicación pública, que pueden sin duda verse perjudicados en el cumplimiento de sus funciones informativas a través de esta nueva regulación, sino también, y muy esencialmente, en consideración al propio ciudadano, quien, según el art. 20.1 d) de la C.E., tiene igualmente derecho —fundamental por tanto— a *recibir libremente información veraz*, como no puede ser menos en un Estado social y democrático.

Otra causa más dentro del marco general de regulación del Proyecto, de eventual restricción a las libertades de expresión e información, y que al propio tiempo vulnera el principio de intervención mínima y desdeña el carácter de *última ratio* del Ordenamiento penal, es el mantenimiento en su texto de la falta de injuria leve del art. 599, 2º, que debería derogarse sin mayor dilación.

La disposición del art. 211 resume la doctrina del T.C. elaborada en los últimos años en relación a la resolución del conflicto libertad de información-honor, en aplicación de la causa de justificación 11ª del art. 8 del Código a través del sistema de ponderación de intereses. No parece pues contener la figura de la *exceptio veritatis*, ya que el mencionado precepto alude a la posibilidad de quedar exento de pena probando la *veracidad*, y no la *verdad*, del hecho imputado. Si otra distinta ha sido la intención del prelegislador, debería expresarla con mayor claridad y precisión técnica en la redacción del referido art. 211.

Entre las *disposiciones generales* a los delitos de calumnia e injuria, el Proyecto introduce algunas novedades, también dignas de mención crítica.

Así, v. gr., el art. 214, 1 establece como accesoria, junto a la principal, la pena de *inhabilitación especial* para su profesión u oficio a los profesionales de la información, por un período comprendido entre los seis meses y los cuatro años de duración, cuando fueren reincidentes. Y es que el prelegislador, no satisfecho, al parecer, con las correspondientes sanciones de los respectivos tipos por resultarles insuficientes, decide castigar a aquéllos, además, con la mencionada pena que, si se observa, tiene una duración máxima superior a la más grave de las que pueden imponerse como principales dentro del Título X, a saber, la de prisión de dos años correspondiente a la calumnia reiterada y con publicidad. Este exceso de tiempo —dos años— o bien constituye un error de técnica legislativa, que debería ser subsanado, o significa que la mencionada pena ha sido concebida más bien como principal y no como accesoria, lo que en definitiva se traduce en el hecho de que el profesional de los medios de comunicación pública debe ser sancionado de una forma más severa que cualquier otro particular que perpetre alguno de los atentados al honor previstos en el citado Título. De otra parte, no termino de comprender por qué razón la reincidencia no opera en este caso como en los restantes delitos, es decir, como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal, en aplicación de las reglas generales sobre determinación de la pena. Todo lo cual permite apreciar, en este supuesto también, cierta tendencia a restringir el ejercicio de las libertades de expresión e información, precisamente por quien con más frecuencia hace uso de él: el profesional de los medios de comunicación. Desde esta óptica, la disposición comentada representa un evidente retroceso al libre desarrollo del ejercicio de tales libertades.

En este orden de cosas, y a modo de privilegio o recompensa, el art. 215 del Proyecto exime al profesional de la información de la pena de inhabilitación especial cuando se retracte ante el juez de las imputaciones hechas, reconociendo su falsedad o incerteza, quien ordenará se entregue testimonio de la *retractación* al ofendido, que podrá solicitar su publicación en el mismo medio en el que se manifestó la calumnia o injuria. Se trata claramente de una disposición encaminada a resarcir moralmente al sujeto pasivo a través de la petición expresa de perdón por parte del informador, a quien en compensación por su “gesto de humildad” se le exime de la pena de inhabilitación. En cambio, si el acusado no fuera profesional de los medios de comunicación se le impondrá la pena inmediatamente inferior en grado, previo retracto. En general, no comparto la permanencia de la figura del perdón del ofendido como causa de extinción de la responsabilidad criminal en el ámbito de los delitos perseguibles a instancia de parte, pues creo que el acto de perdonar, de claras connotaciones morales, nada tiene que ver con el Ordenamiento penal. Con más motivo aún, pues, rechazo la ideología del perdón o arrepentimiento por

parte del autor del delito, inherente a esta disposición del Proyecto, que recuerda, en una buena medida, la desfasada equiparación delito-pecado/pena-perdón, resultando en consecuencia francamente regresiva.

Merece ser igualmente criticada la disposición contenida en el art. 214, 2 del Proyecto, en la que se determina la *responsabilidad civil solidaria* de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo, a través del cual se hayan propagado la calumnia o la injuria, perpetradas en los términos antes señalados. La crítica surge básicamente porque este régimen de responsabilidad civil aplicable al ámbito de los delitos contra el honor, cometidos por profesionales de la información, representa una notable excepción dentro del marco general de responsabilidad civil *subsidiaria* que el art. 121 del propio Proyecto prevé para la globalidad de los delitos tipificados en él. La consecuencia más inmediata a la que puede conducir este excepcional sistema, se traduce en el riesgo de que dentro del propio medio informativo se pueda llegar a imponer un determinado régimen de *censura* por los mencionados propietarios del mismo (v. gr. editor de un periódico), lo que redundaría, sin duda, en perjuicio del libre ejercicio de los derechos fundamentales de expresión e información, no sólo ya desde la perspectiva del propio profesional del medio de que se trate, sino esencialmente también en consideración al ciudadano, que tiene igualmente derecho a recibir *libre* información veraz sobre asuntos de interés general, siempre, por supuesto, encaminada a la formación de la opinión pública, íntimamente ligada con el pluralismo político, como requisito imprescindible del Estado democrático. Desde este punto de vista, la nueva normativa que introduce el Proyecto de 1992 puede representar también un claro retroceso en el normal desarrollo del ejercicio de dichas libertades.

Por último, valorar positivamente la desaparición del ámbito del Título X, Libro II del nuevo texto legal, de la expresa referencia que el art. 467, 3º del vigente Código Penal efectúa en relación con las denominadas por él “corporaciones o clases determinadas del Estado”; derogación de esa especie de entelequia en el segundo caso citado que, junto a la supresión también de la remisión a los Ejércitos en el marco del delito de desacatos, parece poner de relieve que el prelegislador de 1992, con acierto, ha tomado partido en sentido negativo respecto de la enconada polémica acerca de si las personas jurídicas y los entes supraindividuales en general son titulares de un derecho al honor, como lo concibe la C.E. en su art. 18, es decir, como facultad exclusivamente predicable de las personas físicas⁽⁹⁾.

(9) Sobre esa enconada polémica en general y la oscilante opinión del T.C. en particular, vid. las interesantes Ss. T.C. de 8 de junio de 1988 y 11 de noviembre de 1991, así como los respectivos comentarios a las mismas de CARMONA SALGADO, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41 (1990) y 47 (1992).

Concluyendo, el sistema de ultraprotección del derecho al honor que efectúa el Proyecto de Código Penal de 1922 repercute de forma negativa en el ejercicio de las libertades públicas de expresión e información, restringiéndolas considerablemente, lo que equivale a introducir un régimen legal regresivo con respecto a la normativa hoy vigente sobre la materia, y evidencia una total desconsideración a la mayoritaria opinión doctrinal emitida sobre el particular en los últimos tiempos, en cuanto a las directrices a seguir en la necesaria labor de reforma del Título X, Libro II del texto punitivo actual. Dicho sistema ultraprotector del derecho al honor parece concebido más bien al servicio de la clase política y de los personajes públicos (v. gr. autoridades), como definitivamente demuestra la inexplicable subsistencia en él del delito autónomo de desacatos, todo lo cual resulta insostenible en un Estado social y democrático.

III. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN

1. Ausencia en el vigente Código penal de una tutela global y sistemática de estos derechos: consideraciones de “lege ferenda”.

Entre el honor y la intimidad, derechos ambos de la personalidad, existe sin duda una estrecha relación, siendo consagrados como fundamentales por la C.E. en su art. 18, 1. y conjuntamente tutelados por la Ley de 5 de mayo de 1982, que en esencia está concebida para la protección del segundo de ellos. Sin embargo, esa estrecha relación no significa que haya que confundirlos, pues su ámbito de delimitación debe estar claramente establecido. Así, el Proyecto de 1992, que introduce una normativa expresamente encaminada a tutelar la intimidad, frente a la inexistencia de la misma en el vigente Código Penal, le dedica un título diferente y aparte, el IX de su Libro II, del que se encarga de proteger el honor. En este orden de cosas, puede ocurrir que una información verdadera y no injuriosa resulte atentatoria contra la intimidad de una persona, aunque no lesione su honor; de ahí que se excluyan las injerencias arbitrarias en la vida privada de la gente y que el derecho a transmitir y a recibir información encuentre un límite lógico y comprensible en la propia naturaleza pública de la misma.

Sin ánimo de abordar ahora un detallado análisis del concepto de intimidad, respecto del que ya se ha pronunciado en profundidad cierto sector

de la doctrina⁽¹⁰⁾, para realizar no obstante un comentario crítico de la tutela que sobre este derecho de la personalidad ha efectuado el Proyecto de 1992, puede adoptarse como punto de partida la definición que sobre el mismo ofrece BAJO, al entender que se trata del ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad, fijándose los límites de esta reserva por la apreciación social, que tendrá el legislador en cuenta a la hora de desarrollar la Constitución y el juez al aplicar el Derecho⁽¹¹⁾. El problema en la práctica radica esencialmente en la determinación del límite de lo privado, lo íntimo o lo secreto en general, agudizándose aún más esta cuestión si el titular de esos aspectos de la intimidad es una persona pública, respecto de la que, como es sabido, el T.C. ha manifestado en reiteradas ocasiones que por su condición de tal, voluntariamente aceptada, está más expuesta que el resto de los ciudadanos a que sus derechos de la personalidad se vean afectados a través del ejercicio de la libertad de información. Desgraciadamente no existe respecto a la intimidad, como sucede en cambio en materia de honor, una continuada doctrina de los tribunales, basada en la jurisprudencia del Constitucional, que resuelva el conflicto entre dicha libertad y el citado derecho mediante el sistema de ponderación de intereses, al carecer el vigente Código Penal de una tutela global y sistemática del mismo. En este contexto, la S.T.C. de 2 de diciembre de 1988 (caso Isabel Pantoja) concedió el amparo solicitado por la tonadillera en defensa de su derecho a la intimidad familiar por haber comercializado ilícitamente una empresa videográfica la cogida y muerte de su esposo, el famoso matador de toros Francisco Rivera “Paquirri”, si bien en aplicación de la Ley de 5 de mayo de 1992.

Hasta la entrada en vigor de esta Ley, y desde que se pronunciara por el T.S. la famosa sentencia de 6 de diciembre de 1912 (caso del fraile de Tota-na), se venía aplicando el art. 1.902 del Código Civil sobre responsabilidad civil o aquiliana a los supuestos en que, habiéndose lesionado directamente el honor de una persona se afectara su intimidad de forma indirecta; precepto, por cierto, que fue prácticamente desplazado tras la vigencia de la mencionada ley. De otra parte, la inexistencia en el actual texto punitivo de un tratamiento sistemático y unitario de este derecho ha producido una hiper-

(10) Así, entre otros, GARCÍA PABLOS: “La protección penal del honor y la intimidad como límites al ejercicio del derecho a la libre expresión”, en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid 1985, págs. 217 y ss.; LUZÓN PEÑA: “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”, en *Revista de la Facultad de Derecho* cit., 12-I, págs. 183 y ss.; MORALES PRATS: *La tutela de la intimidad; privacy e informática*, Barcelona 1984, págs. 118 y ss.; y GARCÍA VITORIA: *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona 1983, págs. 17 y ss.

(11) BAJO FERNÁNDEZ: “Protección del honor y la intimidad” en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I, Madrid 1982, pág. 101.

trofia del derecho al honor, que ha tenido que absorber dentro de sí a efectos de tutela casos atípicos de atentados a la intimidad, cuya protección indirecta se ha venido haciendo a través del primero. No obstante, algunos aspectos de la misma se encuentran recogidos en el vigente Código mediante una arcaica regulación y una clara dispersión legislativa, como se observa en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, la prevaricación de procuradores y abogados y los delitos cometidos por funcionarios contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

2. Su protección en el texto del Proyecto de 1992: reflexiones críticas.

Pues bien, el Proyecto de 1992, haciéndose eco de todas estas consideraciones, así como de las regulaciones que sobre el particular ya habían efectuado el Proyecto de 1980 y la P.A.N.C.P. de 1983, dedica todo el Título IX de su Libro II a la tutela de la intimidad, los secretos de las comunicaciones y la propia imagen, añadiendo dentro de este contexto legal la protección del domicilio al considerarlo como un aspecto más de aquélla.

Según la propia Exposición de Motivos del nuevo texto legal, dicho Título se introduce en el mismo con la finalidad específica de crear nuevos tipos que contengan fórmulas lo suficientemente amplias y flexibles como para adaptarse a la modernización y avances experimentados en los últimos tiempos por la tecnología, en relación con el sonido, la imagen y los datos reservados, bien entendido que sólo se tutela a través de ellos la intimidad como derecho de la personalidad, no el “uso” indebido que se pudiera hacer de la misma. En esta línea general de pensamiento se incluyen tres capítulos en el mencionado Título: el primero, relativo a los delitos contra la “intimidad y el secreto de las comunicaciones”, el segundo sobre delitos “contra el derecho a la propia imagen”, y el tercero acerca del “allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”.

En relación al primer grupo de delitos, se recoge, ante todo, un tipo básico (art. 198, 1º), de similar contenido al de los tipos de los arts. 497 y 497 bis del actual Código Penal, mediante el cual se castigan dos grupos de conductas: el apoderamiento de papeles, cartas o cualesquiera otros documentos o *efectos personales*, o la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la *imagen o de cualquier otra señal de comunicación*. En ambos casos, como es lógico, sin contar con el consentimiento del titular de los secretos o de la intimidad de que se trate, y con la expresa finalidad (tipo final) de descubrir dichos secretos o vulnerar esa intimidad. Como puede comprobarse, se trata de un tipo ya existente en la normativa penal vigente, aunque de talante más moderno y actualizado, en particular en lo que concierne al objeto material de la conducta. Dentro de

este precepto cabría incluir la figura del denominado “delito de montaje” de palabras o imágenes ⁽¹²⁾, al que el prelegislador no ha otorgado carácter autónomo como, por ejemplo, le otorga en cambio el Código Penal francés en su art. 370; decisión a mi juicio acertada, pues un tipo independiente como éste resulta de todo punto innecesario.

La revelación o difusión a terceros de los datos reservados descubiertos (art. 198, 3º) constituye un tipo agravado con respecto al anteriormente citado. La pena en este caso es la de prisión de uno a tres años, frente a la de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses que se señala para el básico. Habida cuenta de que los supuestos comisivos previstos en este último están igualmente contemplados por la Ley de 5 de mayo de 1982, concretamente en su art. 7, apartados 2 y 5, que naturalmente habría que modernizar, como el conjunto global de la misma, quizá sería conveniente, en aras al respeto del principio de intervención mínima y al carácter de *última ratio* del Derecho penal, dejar subsistente como delito sólo el tipo agravado, mediante cuya comisión se produce un atentado a la intimidad de las personas mucho más contundente, sin duda, que el que puede ocasionarse a través de la perpetración del básico. Entre éste y aquél se crea una figura intermedia consistente en revelar los datos reservados, con conocimiento del descubrimiento realizado por otra persona, a quien habrá pues que reconducir al tipo básico.

Por otra parte, las previsiones constitucionales establecidas en el art. 18.4 de la Ley Fundamental, relativas a la limitación por ley del uso de la informática como garantía del honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como del pleno ejercicio de sus derechos, hasta hace poco tiempo insatisfechas, se han visto finalmente colmadas con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Hasta ese momento, y careciendo como carece el vigente Código Penal de un planteamiento global, sistemático y politicocriminal, sobre la tutela de las libertades informáticas, era la Ley de 5 de mayo de 1982 la que la ejercía, según su Disposición Transitoria Primera. Sin embargo, siendo aquélla una ley que, como señala su propia Exposición de Motivos, “no consagra nuevos tipos delictivos, ni define supuestos de responsabilidad penal para la eventualidad de su incumplimiento”, sino que establece únicamente infracciones y sanciones de carácter administrativo, el Proyecto de 1992, haciéndose eco de la extendida opinión doctrinal relativa a la necesidad de creación en nuestro sistema penal de ciertas tipologías sobre el uso indebido de la informática como modalidad

(12) Acerca de esta modalidad delictiva, con más detalle vid. MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., págs. 302 y 303; y LUZÓN PEÑA: “Protección penal...” cit., págs. 205 y ss.

concreta de atentado a la intimidad de las personas⁽¹³⁾, así como de la expresa regulación que en esa línea llevaron a cabo el Proyecto de 1980 y la P.A.N.C.P. de 1983, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos, ha tomado cartas en el asunto, incorporando al Título IX de su Libro II algunas infracciones sobre el particular.

Es decir, en lugar de seguir a tales efectos el sistema técnico-legal por el que ha optado la legislación comparada europea, esto es, el de las *Leyes especiales de protección de datos personales*⁽¹⁴⁾, ha preferido emplear el de creación de delitos dentro del propio Código, que operarán como normas penales en blanco (remisión a la Ley de 29 de octubre de 1992), con la finalidad de evitar que queden obsoletos en un breve plazo de tiempo y contribuyendo además a la consecución de un menor grado de dispersión legislativa en este ámbito, pese al riesgo de atentar al principio de legalidad que, como es sabido, pueden conllevar este tipo de normas.

Según la Exposición de Motivos del Proyecto, a través de los preceptos del Título IX relativos al uso indebido de la informática sólo se tutelará la intimidad de la persona, no en cambio la utilización con fines lucrativos o comerciales de los respectivos datos. En estos casos se aplicarán, o bien las reglas generales sobre responsabilidad civil derivada de delito, o bien las reglas concursales (art. 71) al existir dos infracciones penales distintas, la que se origina a consecuencia del atentado a la intimidad, de una parte, y la que surge mediante la citada comercialización (normalmente una estafa), de otra.

En este sentido, el art. 198, 2º castiga al que, sin autorización, se apodere de *datos reservados de carácter personal o familiar* de un tercero, registrados en *ficheros, soportes informáticos* o cualquier otra clase de *archivo o registro público o privado*. Junto a este tipo básico se añade otro agravado (art. 198, 3º) para el caso en que, además de apoderamiento hubiera ulterior divulgación. Esta normativa se completa con la incorporación a este contexto de unos tipos superagravados, si el apoderamiento se llevare a cabo por *personas encargadas o responsables* de esos ficheros, soportes informáticos, etc., siendo entonces la pena a aplicar la de prisión de dos a cuatro años, y si, además de ello, existiera divulgación, la sanción se eleva a la de prisión de tres a cinco años (art. 198, 4º). Se trata claramente de la expresa tipificación por el

(13) Por todos, MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., pág. 325. Del mismo: "Problemática jurídico-penal de las libertades informáticas en España tras diez años de vigencia de la Constitución de 1978", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol., XII, Santiago de Compostela 1987-1988, págs. 307 y ss. España ratificó el 28 de enero de 1981 el convenio para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal del Consejo de Europa.

(14) Una amplia exposición acerca de las respectivas legislaciones europeas sobre la materia puede verse en MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., págs. 334 y ss.

prelegislador, con pena superagravada, de la *infracción del deber de guardar el secreto profesional* por parte de los profesionales de la informática.

La intención que se vislumbra a través de la creación de estos tipos penales es obvia y, en principio, acertada: castigar los atentados relativos al uso indebido de la informática. Sin embargo, a poco que se profundice en esta nueva regulación surgen, cuando menos, dos problemas interpretativos. El primero se desprende de la puesta en relación del último de los tipos superagravados citados con el del art. 199, 2º, que con acierto recoge la infracción desde hace tanto tiempo demandada por la doctrina, relativa al incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva por parte de cualquier profesional en general, y no sólo del procurador y abogado, como sucede bajo la normativa vigente⁽¹⁵⁾. No obstante, el primer problema señalado radica en el hecho de la considerable diferencia existente a nivel de pena para los supuestos de divulgación de secretos por profesionales de la informática —máximo de cinco años de prisión— frente a la señalada para el resto de los profesionales —máximo de tres años de prisión—, si bien a estos segundos se les sanciona también con multa e inhabilitación especial para ejercer la profesión por tiempo de hasta seis años, mientras a los primeros en cambio no se les aplica ninguna de estas dos últimas penas citadas. Todo lo cual resulta incoherente y, salvo que exista alguna explicación concreta al respecto, que por mi parte no he alcanzado a vislumbrar, lo único que parece estar claro es que el prelegislador ha tenido la intención de distinguir a efectos de pena ambos supuestos delictivos, dando de esta forma lugar a que surja un concurso aparente de normas, a resolver por el principio de especialidad a favor del tipo de revelación de secretos por los profesionales de la informática más severamente castigados. De no existir tal explicación, habría que corregir de futuro el mencionado desfase de sanciones para evitar así cuestiones interpretativas de tipo sistemático, como las que acabo de exponer.

El segundo problema aludido hace referencia a la dualidad de infracciones y sanciones —penal y administrativa— que se aprecia con relación al deber de guardar secreto de los profesionales de la informática, cuya vulne-

(15) Es decir, salvo la infracción del deber de guardar secreto profesional de los funcionarios, regulada en distinto lugar del Proyecto, el precepto del art. 199, 2º comprende a todos los profesionales, sin distinción. A tales efectos, resultarán de gran interés los Códigos Deontológicos de los diversos Colegios Profesionales, como normativa complementaria al citado precepto desde el punto de vista de su efectiva aplicación, lo que no ocurre con las sanciones disciplinarias establecidas en dichos Códigos que, en la práctica, son en cambio normalmente ineficaces por su escasa utilización, debido al paternal corporativismo que suele caracterizar a los citados Colegios. De otra parte, parece obvio que los profesionales de la información estén también comprendidos en el precepto del art. 199, 2º. De interés en relación a este último supuesto la monografía de CARRILLO: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid 1993, la cual, entre otros aspectos, constituye una aproximación al "Estatuto Jurídico de los Profesionales de la Información".

ración, además de ilícito penal, puede también ser constitutiva de ilícito administrativo, concretamente de infracción grave o muy grave, a sancionar con multa comprendida entre los cincuenta y los cien millones de pesetas, según se desprende de los arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica de 29 de octubre de 1992 sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Es por ello que, no constando ningún otro tipo de matización legal sobre el particular, esa doble regulación y sanción respecto de un mismo hecho lesionaría el principio constitucional de *ne bis in idem*, a no ser que se entienda que el delito deberá perpetrarse siempre a título doloso, reservando en cambio la comisión imprudente para la infracción administrativa.

Debe finalmente añadirse que en este contexto relativo a la infracción del secreto, el Proyecto incluye un precepto, el del art. 199, 2.º, para los casos de revelación del mismo en razón al ejercicio de un *oficio* o de unas determinadas *relaciones laborales*, lo que pone claramente de manifiesto la expresa distinción operada por el prelegislador entre “profesión” en sentido estricto, concepto equivalente al desarrollo de una actividad intelectual o manual, puesta al servicio de otros y ejercida fundamental, aunque no exclusivamente, con ánimo de lucro y finalidad lícita, y “oficio”, como realización onerosa o gratuita de determinadas funciones de naturaleza no profesional⁽¹⁶⁾, en la misma línea pues de ampliación de la esfera del secreto a ambos supuestos que opera el Código Penal italiano (art. 622).

Desconcertante de todo punto resulta la disposición contenida en el art. 200 del Proyecto, que viene a sancionar con las penas del capítulo al que descubriere o revelare datos reservados de *personas jurídicas*, sin consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de dicho texto, que no pueden ser sino los comprendidos en sus arts. 284 y 285, relativos al descubrimiento y revelación de secretos industriales, así como a la competencia desleal, cuando se conculquen intereses económicos o competitivos de una empresa. En consecuencia, la disposición del art. 200 se destina exclusivamente a los supuestos que representen un atentado a la intimidad de las personas jurídicas (?), en la línea de interpretación que, según la Exposición de Motivos del propio Proyecto, viene ofreciendo el T.C. en los últimos tiempos. Pues bien, las mismas razones que impiden extender a tales personas y a los entes supraindividuales el concepto de honor como derecho de la personalidad, de carácter fundamental a tenor del art. 18.1 de la C.E. y predicable únicamente de las personas físicas⁽¹⁷⁾, resultan ahora aplicables en

(16) Cfr. MORALES PRATS: *La tutela penal...* cit., pág. 220.

(17) Sobre ese particular y desde una perspectiva crítica, vid. CARMONA SALGADO: *Libertad de expresión...* cit., págs. 155 y ss., así como los respectivos comentarios a las Ss. T.C. de 8 de junio de 1988 y 11 de noviembre de 1991, en *Cuadernos de Política Criminal* cit.

materia de intimidad, derecho asimismo fundamental, como declara el mencionado precepto constitucional. Las personas jurídicas no tienen honor ni intimidad, siendo en cambio portadoras de intereses susceptibles de tutela, como la fama, la reputación o el buen nombre, que pueden verse afectados mediante el descubrimiento o revelación de datos reservados pertenecientes a las mismas. Sin embargo, no es el ordenamiento penal, al igual que sucede en materia de honor, quien está llamado a ejercer dicha tutela, por las razones antes indicadas, sino el ordenamiento privado, y más concretamente el art. 1.902 del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual o aquiliana, a través del cual puede obtenerse la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios morales sufridos. Por lo tanto, la inclusión del precepto del art. 200 en el Título IX del Proyecto, relativo a la intimidad de las personas físicas, exclusivamente, representa la ficción de hacer extensivo este derecho privativo suyo a las personas jurídicas también, por entender que estas últimas están, a su vez, integradas por un colectivo de individuos, que pueden verse indirectamente afectados por los atentados dirigidos contra los citados intereses de aquéllas; precepto que, en consecuencia, resulta desconcertante y disfuncional al propio tiempo, en particular si se recuerda que en el contexto del honor, en cambio, el prelegislador ha optado con acierto por suprimir la expresa referencia, hoy aún vigente, a las corporaciones y a esa entelegia que son las legalmente denominadas “clases determinadas del Estado”.

En lo que concierne a la protección del derecho a la *propia imagen*, igualmente declarado fundamental por el art. 18.1 de la C.E. y tutelado de forma expresa por la Ley de 5 de mayo de 1982 junto al honor y la intimidad, el Proyecto de 1992, siguiendo la opinión de cierto sector de la doctrina, partidario de un tratamiento penal específico del citado derecho a partir de la consolidación de las nuevas y diversificadas técnicas de reproducción de la imagen física⁽¹⁸⁾, ha optado por un sistema de tutela singularizada del mismo, aunque concebido como un aspecto concreto de la intimidad en general⁽¹⁹⁾.

En este sentido, el Capítulo II del Título IX, en su art. 201 castiga al que utilizare, por cualquier medio, *la imagen o el nombre* de otra persona, sin su consentimiento, con fines comerciales, profesionales o publicitarios; y ello a pesar de que la Exposición de Motivos insiste en la idea de que a través de esta normativa sólo se tutela, o se tutela de forma primaria, el aspecto *espiritual* de la intimidad, como no podía ser menos, en atención a la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses

(18) Por todos, LUZÓN PEÑA: “Protección penal...” cit., pág. 209.

(19) En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ: “La protección del honor...” cit., págs. 104 y ss. La S.T.C. de 2 de diciembre de 1988 (caso Isabel Pantoja contra Reprographic S.A.) distingue netamente entre derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen.

que el mencionado precepto señala. Por lo tanto, si la imagen o el nombre se utilizan con fines distintos a los puramente atentatorios a esa citada vertiente espiritual, es decir, fines lucrativos, mediante los que el sujeto activo usa esos atributos de la intimidad de la persona como valor de mercado, supuestos éstos, por cierto, más frecuentemente cometidos en la práctica que los anteriores, su tipificación y castigo deberá resolverse a través de algún delito patrimonial, y más concretamente de defraudación, como la estafa o alguna de las infracciones contra la propiedad intelectual⁽²⁰⁾.

Podría igualmente acudirse en los casos de atentado a la imagen en sentido estricto a la Ley de 5 de mayo de 1982, exigiendo mediante interposición de la correspondiente acción civil la procedente indemnización de daños y perjuicios, ya que el apartado 6 de su art. 7, aun cuando su redacción no es del todo adecuada, prevé el mismo supuesto delictivo del art. 201 del Proyecto al declarar *intromisión ilegítima* “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, si bien alude expresamente al uso indebido de la “voz”, que omite en cambio el art. 201.

En este contexto se ha planteado un asunto muy debatido por la práctica periodística en materia de conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, que es el relativo a los denominados supuestos de *oposición aparente* del sujeto afectado a la grabación de la misma, que se traduce en hipotética publicación no autorizada por parte del titular de las imágenes, cuya toma fue en cambio consentida en su momento. Al parecer, la solución a estos casos debe fundamentarse en la negativa de existencia de intromisión ilegítima en la intimidad o reserva de la imagen, pues hay en realidad consentimiento cuando es fingida la oposición (*ficción de oposición*), ya que el sujeto sabe y no evita que lo fotografíen o filmen en un determinado instante, pero es después de obtenida la publicidad deseada cuando finge no haber consentido jamás ni la grabación ni la ulterior publicación, exigiendo por todo ello la indemnización civil que considera oportuna⁽²¹⁾.

En relación precisamente a la expresa tutela que del derecho a la propia imagen efectúa la Ley de 5 de mayo de 1982, cierto sector doctrinal, al

(20) Piénsese, v. gr., en quien, con ánimo de lucro y sin la debida autorización, grabare la imagen y el sonido de la actuación en público de un famoso cantante, reproduciendo masivamente después la correspondiente cinta de vídeo y distribuyendo de forma ilícita las numerosas copias obtenidas (tipo agravado de piratería del art. 534 bis b), 2º). Vid. con más detalle sobre este particular, CARMONA SALGADO: *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1988, en particular págs. 214 a 216 y 308. De la misma, “Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual”, en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, págs. 346 y 347.

(21) Este y otros supuestos problemáticos en la práctica, en relación al derecho a la imagen, pueden verse en LUZÓN PEÑA: “Protección penal...” cit., págs. 213 a 216.

que me adhiero, considera que el mencionado derecho está suficientemente protegido a través de la vía civil, por lo que invocando el principio de intervención mínima considera innecesaria una mayor tutela a efectos penales⁽²²⁾; opinión ésta que se refuerza si se observa que la sanción a imponer en los casos tipificados en el art. 201 del Proyecto es sumamente leve. En consecuencia, quizá fuera de futuro más apropiado dejar que sea aquella ley la que se encargue en exclusiva de la protección de este derecho, el cual, por otra parte, como sucede en general con los restantes derechos de la personalidad de los que me he venido ocupando, encuentra ciertas limitaciones a su tutela cuando se refiera a personajes públicos, pues no en balde el apartado 2 del art. 8 de la citada ley declara que “el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate 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...”.

Finalmente, el art. 201 del Proyecto determina el carácter semiprivado de este delito al exigir interposición de *denuncia* de la persona agraviada, ascendiente, representante legal o guardador de hecho y Ministerio Fiscal, por este orden, incorporando asimismo a su contexto la figura del *perdón* del ofendido o de su representante legal, que extinguirá no sólo la acción sino también la pena impuesta, salvo que se trate de menores o incapaces, en cuyo caso podrá aquél rechazarse. La inclusión de ambas instituciones jurídicas en el marco de esta infracción responde al carácter íntimo de la misma, que permite compaginar debidamente los intereses particulares del ofendido con los generales de la colectividad.

Concluyendo ya, el hecho de que el T.C. no haya tenido hasta el presente excesivas oportunidades de pronunciarse sobre la solución al conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, señalando los criterios ponderativos que ha ido en cambio elaborando paulatinamente en relación al derecho al honor, debido a la inexistencia en la normativa penal vigente de una regulación sistemática y globalizadora de tales derechos, no significa que el mencionado conflicto no esté servido en la práctica; y desde esta perspectiva lo que realmente se cuestiona es la determinación y alcance de los límites a imponer a los medios de comunicación pública —prensa, radio, televisión— frente a la difusión de imágenes o informaciones relativas a la vida privada de las personas, cuestión a su vez íntimamente unida al auge que tiene en nuestro país la prensa sensa-

(22) Así, BAJO FERNÁNDEZ: “La protección del honor...” cit., págs. 104 y ss.; y GARCÍA PABLOS: “La protección...” cit., pág. 221.

cionalista o “del corazón”, que difunde sucesos que en nuestro entorno cultural suelen considerarse integrados en la esfera íntima de aquéllas. En este orden de cosas, el mejor criterio para determinar cuál sea el interés preponderante que solventa el mencionado conflicto debe ser el relativo al *interés social* de la difusión de imágenes o información de noticias, que han de estar siempre al servicio de la *opinión pública libre*; por lo que si tales actividades van simplemente dirigidas a satisfacer la curiosidad morbosa de sus receptores, basándose exclusivamente en fines especulativos o en intereses económicos, el derecho a la reserva resultará preferente. Y ello, pese a la existencia en nuestro país de un gran sector de la sociedad que estimula y motiva este tipo de periodismo sensacionalista, pues este dato no constituye impedimento alguno a la protección de la intimidad o de la imagen cuando se den los requisitos necesarios para ello.

En definitiva, puesto que existen hoy poderosos medios técnicos para adentrarse en la vida íntima de las personas —teleobjetivos, informática, etc.— y razones económicas para la divulgación de lo mediante ellos obtenido, frente a una creciente demanda social morbosa de la vida íntima de los demás y, en particular, de quienes ocupan una relevante posición pública, será el legislador quien, al tipificar conductas lesivas de la intimidad, tenga que recordar los mínimos éticos sin los que la misma no se sustenta, obviamente más restringida para los personajes públicos o de vida notoria, sin olvidar tampoco que ya existe una cierta protección de este derecho a través de la Ley de 5 de mayo de 1982. En todo caso, es síntoma de madurez en una sociedad y en los medios de comunicación que la sirven la capacidad de realizar crítica política, social o institucional, sin necesidad de tener para ello que adentrarse en el mundo reservado de las personas implicadas.