

¿LA PROTECCIÓN CIVIL O PENAL DE LA INTIMIDAD? UN DIÁLOGO ENTRE AMBAS JURISDICCIONES COMO SOLUCIÓN AL ACTUAL PROBLEMA LEGISLATIVO

I. BREVES CONSIDERACIONES EXEGÉTICAS SOBRE EL ART. 18 CE: HACIA LA BÚSQUEDA DE UN SIGNIFICADO DE LA NOCIÓN “INTIMIDAD”

En el art. 18.1 de la CE “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Con esta fórmula el constituyente español –junto con el portugués– fue pionero en positivizar el derecho a la intimidad y elevarlo a la categoría de derecho fundamental al ubicarlo en la Sección 1ª “De los derechos fundamentales y libertades públicas”, del Capítulo Segundo, del Título I del texto magno.

En cuanto a su tramitación parlamentaria, su redacción definitiva no quedó lejos de la contenida en el art. 17 del anteproyecto que decía “se garantiza el honor y la intimidad personal y familiar”¹. Como puede verse, únicamente se añadiría el reconocimiento expreso a la propia imagen, y ello gracias a las enmiendas número 716 y 779, propuestas por, respectivamente, el Sr. Sancho Rof y Grupo Unión de Centro Democrático², y que finalmente fue aprobado el 21 de julio de 1978. Posteriormente se remitiría al Senado donde Camilo José Cela presentó una interesante enmienda en la que con lúcido criterio expuso que no resultaba preciso aclarar qué el derecho a la intimidad es “personal” y “familiar” en la medida que la intimidad per se, y así se expone en la segunda acepción de la RAE, significa “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Además, a diferencia del criterio de UCD y el Sr. Sancho Rof, sostuvo que la propia imagen “es un concepto que sobra por impreciso y porque lo engloban los dos anteriores”.

A pesar del loable esfuerzo del legislador en desarrollar el principio general de garantía del art. 18.1 CE estableciendo las pautas mínimas de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, lo cierto es que del tenor literal de la LO 1/1982 y la

¹ Boletín Oficial de las Cortes, núm. 44, de 5 de enero de 1978.

² Boletín Oficial de las Cortes, núm. 82, de 17 de abril de 1978.

LO 15/1999 (anteriormente LO 5/1992), no pueden extraerse cuestiones esenciales como lo son la propia noción de intimidad, su naturaleza y contenido, por lo que habrá que acudir necesariamente a la praxis judicial de nuestro Tribunal Constitucional y que sentencia tras sentencia ha ido destilando y depurando los anteriores extremos.

Lo cierto es que con la noción de “intimidad”, de igual manera que ocurre con otros conceptos como por ejemplo el de honor, toda persona es capaz de definir con relativa exactitud y precisión su significado³. De hecho, en el peor de los casos explicaría lo que entiende por intimidad a partir de sus límites, o simple y vulgarmente expresaría que intimidad significa algo como “que no se metan en mi vida” o “me dejen en paz”.

Desde el punto de vista académico, las definiciones de intimidad son múltiples. Así, por ejemplo DE VERDA sostiene que “la intimidad es un espacio de privacidad que la persona tiene derecho a preservar del conocimiento de los demás, por referirse a aspectos que sólo a ella atañen y entroncan con su propia dignidad (p.ej., sus convicciones religiosas, sus relaciones afectivas no exteriorizadas socialmente o la información genética)⁴ o ROMEO CASABONA refiere la intimidad con “aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular sobre los que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiéndose por tales, tanto los particulares como los poderes públicos”⁵.

Sin embargo, la complejidad de definir jurídicamente el derecho a la intimidad alcanza tal dificultad que uno de los autores del proyecto de ley británica de protección de la intimidad expresó que esta fracasó porque fue incapaz de establecer una distinción precisa entre lo que el público tiene derecho a saber y lo que un hombre tiene derecho a conservar sí mismo⁶.

³ vid. CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 93.

⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 72.

⁵ ROMEO CASABONA, C.M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función de tutelar el derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1988, p. 25 y ss.

⁶ vid. URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, EUNSA, Pamplona, 1977, p. 13.

En este sentido me parece acertada la conclusión a la que llega FARIÑAS MATONI cuando evidencia que “al hablar de derecho a la intimidad es preferible, más que intentar una definición, hacer una enumeración de contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo, y, sobre todo, adoptar una concepción lo suficientemente flexible que sea capaz de adaptarse al cambio y evolucionar en consonancia, sin desvirtuarse”⁷.

Sobre el contenido del derecho a la intimidad, tampoco faltan las aportaciones por la doctrina. Así por ejemplo NOVOA MONREAL trata de enumerar prolijamente aquello que puede incardinarse en la categoría de vida privada: i) ideas y creencias religiosas, filosóficas, políticas que el individuo desee sustraer del conocimiento ajeno, ii) cuestiones relativas a la vida amorosa y sexual, iii) aspectos de la vida familiar no conocidos por extraños, especialmente aquellos que son embarazosos, iv) defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles, v) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto, vi) comunicaciones orales o escritas de naturaleza personal, vii) la vida pasada del sujeto, especialmente la que causa bochorno, viii) orígenes familiares que dañen la posición social y, en igual caso, cuestiones relativas a la filiación y a los actos de estado civil, ix) el cumplimiento de funciones fisiológicas de excreción y hechos o actos relativos al propio cuerpo, x) momentos penosos o de extremo abatimiento, y xi) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos, cuyo conocimiento por otros produzca turbación moral o psíquica al afectado⁸.

También pueden verse a este respecto las conclusiones a las que se llegaron en la Conferencia de Juristas Nórdicos en Estocolmo los días 22 y 23 de mayo de 1967 (el objeto del congreso fue discutir el significado y alcance del derecho a la *privacy*), y que consensuaron entre juristas de provenientes de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Sueca, Austria, Brasil, Ceilán, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, India, Irlanda, Japón y Países Bajos, que en la intimidad quedarían comprendidos los casos siguientes: “I) El registro de una persona. II) La violación y registro del domicilio y de otros locales. III) Los exámenes médicos, psicológicos y físicos. IV) Las declaraciones molestas, falsas o irrelevantes, referentes a una persona. V) La interceptación de la correspondencia. VI)

⁷ FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, p. 357.

⁸ NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979, p. 31.

La captación de los mensajes telefónicos o telegráficos. VII) La utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o de otros sistemas de escucha. VIII) La grabación sonora y la toma de fotografías o películas. XI) El acoso por los periodistas u otros representantes de medios de comunicación social. X) La divulgación pública de hechos referentes a la vida privada. XI) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por consejeros profesionales o dadas a autoridades públicas obligadas al secreto. XII) El acoso de una persona (por ejemplo, vigilándola, siguiéndola o molestándola con llamadas telefónicas)⁹.

Desde un punto de vista de la praxis judicial, nuestro Tribunal Constitucional (vid. por todas, la STC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127) sobre el objeto, origen, contenido y finalidad del derecho a la intimidad, ha expresado que:

En primer lugar el derecho a la intimidad tiene por objeto “garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad (entre otras, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; y 83/2002, de 22 de abril; FJ 5).”

En segundo lugar, que el origen del derecho a la intimidad se halla “estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6), de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2).”

En tercer lugar, que el contenido del derecho a la intimidad es el “derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce

⁹ EDITOR.: “La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad”, *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, 1967, núm. 31, pp. 3

que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)”.

Y, por último, que el telos del derecho a la intimidad es la “existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)” (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Pues bien, abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6).”

II. LA TUTELA CIVIL Y PENAL DE LA INTIMIDAD

Desde una perspectiva eminentemente práctica y sin prolijos debates de orden dogmático, es habitual que cuando una persona ante un determinado acontecimiento de la realidad entiende que su intimidad ha sido vulnerada –obviando ahora cualquier calificación jurídica– considera que la intromisión es de tal magnitud que merece el mayor de los reproches jurídicos.

En el mejor de los casos, esta persona desconocerá que el ordenamiento jurídico le brinda para la protección de ese bien jurídico dos cauces distintos: el civil (o el social, contencioso o castrense si los hechos han ocurrido bajo una determinada condición

personal de las partes o circunstancia que hace que la cognición del asunto quede atraída por dichas jurisdicciones) y el penal.

La pregunta, entonces, es evidente ¿qué diferencia hay entre la vía civil y la penal? Y más allá de las oportunas explicaciones de naturaleza procesal (entre las que habitualmente surge el de la obtención de fuentes de prueba y costas, y respecto de estas la realidad nos demuestra que muchas veces se acude a la jurisdicción penal porque el riesgo de la imposición de costas a la acusación particular se diluye a diferencia de lo que ocurre para el demandante en la civil) en un lenguaje fácilmente comprensible se termina explicando a esta persona que aunque ambas jurisdicciones están dirigidas a tutelar la intimidad, la penal se reserva para aquellas situaciones que objetivamente resultan más graves.

Como apuntábamos, conviene recordar la obviedad en la medida que va a determinar el recorrido jurídico de la cuestión: quien ha visto afectada su intimidad entiende que su situación es la más grave de las posibles y, por lo tanto, desea que se condene criminalmente a su agresor (por la esfera de afectación suele estar presente cierto sentimiento vindicativo). Y ello con independencia que la práctica habitual del ejercicio profesional nos demuestra que en la mayoría de casos, la víctima o perjudicado termina cifrando en un precio la intromisión ilegítima cuya obtención le hace olvidar su anhelo por la imposición de una pena.

En estos casos, mal que pese, el papel del abogado resulta habitualmente trascendental para que el asunto termine siendo conocido por el Juzgado de Primera Instancia o Penal, pues queda a su arbitrio (en puridad, de su cliente) determinar qué escrito de parte será el que inicie el procedimiento para tutelar la intimidad, a saber, demanda o querrela.

Resulta evidente que en caso de activar la jurisdicción penal es al juez instructor a quien le compete inicial e indiciariamente valorar la naturaleza criminal de los hechos, sin embargo, como se puede apreciar, es extremadamente complejo *a limine* determinar, por ejemplo, en el ámbito de la tutela del honor que las expresiones “cara anchoa” o “chambón” son constitutivas de un delito de injurias del art. 208 CP o bien una lesión civil del honor tutelable por vía del art. 7.7 LO 1/1982, máxime cuando las circunstancias subjetivamente lesivas, según doctrina de nuestro Tribunal

Constitucional (vid. STC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 2329), son de interés para la depuración del asunto en la medida que una misma afirmación puede tener diferente repercusión en función de cada persona. O en el ámbito de la intimidad, por ejemplo, se trate de una divulgación que menoscabe gravemente la intimidad personal (art. 197.7 párrafo 1 in fine) lo que a todas luces supone un criterio necesitado de tasación jurídica.

De *lege data*, la principal referencia, más allá de los criterios cualitativos o descripciones específicas de los tipos penales respecto de la dicción de la norma civil, la encontramos en el art. 1.2 LO 1/1982 que dispone que “cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”. Y a este respecto en su exposición de motivos puede leerse que: “Establece el artículo primero de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todos género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar.”

El problema como pone de relieve COBOS GÓMEZ DE LINARES “consiste en que el afectado será quien escoja si seguir la persecución civil o la penal contra él dirigida, debido al solapamiento de conductas en unos y otros preceptos, a pesar de la sorprendente afirmación que esta ley hace [el autor se refiere a la LO 1/1982] en su Preámbulo, en el que atribuye preferencia a la aplicación de la ley penal”¹⁰.

Concretamente el solapamiento de la tuición civil y penal de la protección de la intimidad puede verse de la simple comparativa del Código Penal y la LO 1/1982.

¹⁰ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.: “Capítulo VII: Delitos contra el honor”, en AA.VV.: *Manual de derecho penal: parte especial I (adaptado a los programas de las oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal)* (dir. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), Akal, Madrid, 1994, p. 253.

Desde el punto de vista civil, según el art. 7 LO 1/1982, tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas directa o indirectamente en la intimidad:

- “1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.
 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
- (...)
8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.

Desde el punto de vista penal, tomando como criterio organizativo el binomio acceso-difusión, los delitos contra la intimidad quedan diseñados de la siguiente forma:

A.- DELITOS DE ACCESO ILÍCITO A LA INTIMIDAD

- A.1.- Apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos (art. 197.1 pasaje primero).
- A.2.- Interceptación de telecomunicaciones (art. 197.1 pasaje segundo).
- A.3.- Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación (art. 197.1 pasaje tercero).
- A.4.- Apoderamiento, utilización o modificación sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2 pasaje primero).
- A.5.- Acceso, sin estar autorizado y por cualquier medio, a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2 pasaje segundo).

B.- DELITOS DE DIFUSIÓN ILÍCITA DE LA INTIMIDAD

B.1.- Difusión, revelación o cesión a terceros de datos, hechos o imágenes por persona distinta de quien las descubrió o captó y siempre que aquel tenga conocimiento de la obtención ilícita por este (art. 197.3 párrafo segundo).

B.2.- Difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona afectada, pero que hubieran sido obtenidas con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y siempre que la divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal (art. 197.7).

B.3.- Revelación de secretos ajenos por quien los haya conocido por razón de su oficio o sus relaciones laborales (art. 199.1).

B.4.- Divulgación de secretos de otra persona por parte del profesional que incumpla su obligación de sigilo o reserva (art. 199.2).

III. ¿EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA?

Puede decirse que es comúnmente aceptado en la praxis judicial que la imposición de una pena criminal ha de encontrar justificación no sólo en la necesidad de tutelar aquellos bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, sino también en la idea de que el derecho penal ha de sancionar únicamente las agresiones más graves e intolerables (AP Palencia 9 noviembre 2000 (ARP 2000/2659)).

Por otro lado, veíamos que con el derecho penal no se agotan los cauces jurídicos de protección de bienes jurídicos, en la medida que estos pueden quedar perfectamente protegidos por la leyes civiles, sociales, administrativas, etc; por lo que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de recurrir a otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico (STS 21 julio 2011 (RJ 2011\5546)).

Ahora bien, cuando se alude a la expresión “principio de mínima intervención”, en puridad no se está haciendo alusión a un principio de interpretación del derecho penal, sino de política criminal por lo que el destinatario no es tanto el operador jurídico como el legislador que es a quien compete la elaboración de las leyes penales, pues como señala nuestro Alto Tribunal: “se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la Ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica

del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear” (STS 28 febrero 2011 (RJ 2005\1905)).

Dicho lo anterior, se coincidirá conmigo que en la actualidad hay una tendencia social generalizada a considerar que la única manera real de protección de bienes jurídicos es mediante la criminalización de las conductas. Lo cual, en cierta manera, responde a la proliferación del populismo punitivo que anida y se exige desde los medios de comunicación, y que, en el caso de la intimidad, ha estado íntimamente ligado con la aparición de nuevos fenómenos sociales como el *sexting* y el morbo circundante a pronunciamientos penales relacionados con la problemática surgida en torno al binomio acceso lícito-difusión ilícita.

IV. EL NUEVO DELITO PREVISTO EN EL ART. 197.7 CP: UNA CONQUISTA DE LOS MEDIOS

A finales del verano de 2012, un pueblo de Toledo –Los Yébenes–, se convertiría en el epicentro del fenómeno sísmico provocado por la difusión in consentida del video erótico de la edil socialista de la Corporación Local, doña Olvido Hormigos, y que marcaría un antes y un después en la tutela penal de la intimidad.

Los hechos que desatarían toda esta polémica en esencia consistieron en que a partir del 8-9 de agosto de 2012, a través de Whatsapp, se comenzó a difundir masivamente un video protagonizado por Olvido Hormigos en el que aparecía semidesnuda masturbándose.

El video en cuestión se trataba de uno que ella misma había grabado y que de forma totalmente consciente y voluntaria envió al jugador de fútbol del equipo local, Carlos Sánchez, con el que mantenía una relación.

Como consecuencia de las desavenencias afectivas entre la emisora y el receptor del vídeo, este último difundió el video.

Las reacciones populares ante estos hechos, que fueron recogidos por la mayoría de los medios de comunicación y fue objeto de tertulias televisivas y radiofónicas, no se hizo esperar y el jueves 6 de septiembre de 2012, la concejala socialista, cuando se dirigía al pleno municipal, fue recibida en las inmediaciones del Ayuntamiento entre abucheos e insultos por parte de numerosos vecinos que la esperaban allí para increparla como consecuencia del video erótico difundido masivamente.

A pesar de ello, tanto en el propio municipio como en el plano nacional en general, no faltaron las muestras de apoyo a la concejala a través de Twitter, bajo el hashtag “#olvidonodimitas”.

Entre los personajes públicos a la sazón que manifestaron su apoyo a Olvido Hormigos, encontramos, por ejemplo, a la Vicesecretaria General del PSOE, Elena Valenciano, que publicó en su cuenta Twitter: “No dimitas por eso, Olvido. Ni se te ocurra. Yo apoyo a Olvido Hormigos”; el Secretario General del Grupo Socialista en el Congreso, Eduardo Madina, diría: “Basta ya de esa España de Bernarda Alba, por favor”; el PSOE de Castilla-La Mancha pidió en señal de apoyo “respeto para la concejala de Los Yébenes por una cuestión que entra dentro del más estricto ámbito de su privacidad”; o la Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, escribió en la red social: “En defensa de tu intimidad. #Olvidonodimitas”.

Incluso otros *hashtags* en apoyo de la concejal se sucedieron a lo largo de los días como el de “#YoTambienMeMasturbo”, con mensajes como “para que quede claro #yotambienmemasturbo” por parte de la diputada socialista Patricia Hernández, o “Yo también soy cargo público y #yotambienmemasturbo #OlvidoNoDimitas” por parte de la edil de las Rozas, Cristina Gonzalez.

Incluso también hubo campañas populares masivas de apoyo a la edil a través de plataformas como la de Change.org iniciadas por ciudadanos sin relevancia mediática.

En el plano judicial se incoaron las oportunas diligencias previas para investigar los hechos denunciados por la edil socialista contra el jugador y el Alcalde de los Yébenes, a quien también denunció por dar difusión a través de su teléfono móvil consistorial del video.

El Juzgado de Instrucción 1 de Orgaz (Toledo), sin embargo, una vez practicadas las diligencias esenciales dirigidas a la determinación de los hechos y sus autores, mediante auto de 15 de marzo de 2013, acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones por un aparente delito contra la intimidad de Olvido, por considerar que el Código Penal no tipificaba la difusión inconsentida de imágenes o videos obtenidos con el consentimiento de su titular.

En este sentido, razonaría la juzgadora, que sólo si el juzgador de futbol hubiera accedido al teléfono móvil de la denunciante sin autorización se podría hablar de un delito contra la intimidad. En el caso del alcalde, al que la ex concejala acusó de difundir el documento desde el correo de la Alcaldía, la juez expone que, "más allá de un mero reproche ético y social" sobre el que a ella no le corresponde pronunciarse, aunque lo hubiera hecho no habría incurrido en un delito, pues el vídeo no fue obtenido sin consentimiento o autorización.

En definitiva, siguiendo los tradicionales principios rectores en materia de protección penal de la intimidad, se lee en el auto que "este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad".

Resolución que, por otro lado, no descansa sino en el sentido común jurídico que exige una interpretación cabal del tipo penal, pues como tradicionalmente había señalado la doctrina, carecen de relevancia penal las conductas consistentes en difundir grabaciones o fotografías en las que el afectado aparece por ejemplo desnudo o semidesnudo, o en cualquier otra actitud erótica, cuando concurre el consentimiento inicial aunque posteriormente la difusión sea inconsentida, pues como hemos visto, el entonces vigente art. 197 CP contemplaba como delito a este respecto, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima, y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada.

De manera que el tipo penal se articulaba sobre el paradigma de atipicidad cuando mediaba consentimiento de la víctima en el acceso a la fuente, pues el código penal solo tipificaba a quienes con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare las conductas de difusión¹¹.

Por parte de muchos ciudadanos no se daba crédito como el derecho penal desprotegía a las mujeres que eran víctimas de conductas como la sufrida por la concejala Olvido Hormigos, sentir recogido en numerosos programas de tertulia televisada y radiofónica que machaconamente se dedicaron a vituperar y vilipendiar la política criminal del país tachándola de blanda o sexista. Incluso políticos españoles al calor de la tensión popular vigente llegaron a hacer declaraciones públicas calificando como “sexista” la protección que el Código Penal realizaba de la intimidad.

De todo lo anterior se hizo eco el legislador y motivó que por parte del Ministerio de Justicia se incluyera en el proyecto de reforma del Código Penal el nuevo delito de difusión in consentida. Y ello a petición del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que, además de esta nueva modalidad delictiva, también solicitó la adopción de otras igualmente relevantes en el ámbito de la violencia sobre la mujer como el *stalking* o los matrimonios forzados.

El nuevo tipo previsto en el art. 197.7 CP, entre los muchos problemas que plantea, destaca especialmente el hecho de que el tipo exija que “la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”. De manera que no será si no al Juez a quien le corresponda valorar algo tan volátil y voluble como es el grado de afectación de la intimidad derivada de la acción típica del sujeto activo. Olvidándose, por supuesto, el legislador de ofrecer algún parámetro mínimo que permita, precisamente, discernir cuando se podrá dar por cumplido el adverbio “gravemente”.

V. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA VALORACIÓN DEL GRADO DE AFECTACIÓN DE LA INTIMIDAD: LA PROPUESTA DE UN CRITERIO OBJETIVO-SUBJETIVO PARA INTERPRETAR EL ART. 197.7 CP

¹¹ Vid. art. 197.4 CP, ahora el 197.3 párrafo segundo.

Según hemos visto hasta ahora, no hay ninguna disposición legal ni criterio asumido que permita discriminar cuando un asunto ha de recabar tutela penal o civil, y, por tanto, quedará al prudente y razonable arbitrio del operador jurídico. Y como decía, no solo del juez a la hora de resolver, sino del propio abogado que aconsejará el cauce que considere más oportuno. Aunque es evidente que en la práctica primero se llamará a las puertas de la jurisdicción penal y si esta falla siempre quedará recurrir a la jurisdicción civil.

En definitiva cuando nos enfrentemos a expresiones que el legislador nos da como es la de “menoscabe gravemente a la intimidad” o simplemente haya que discernir si el ataque al bien jurídico es tan grave como para tener relevancia penal, es necesario bucear en el mar de la jurisprudencia para hallar los precedentes que nos guíen.

Por poner un ejemplo que ilustre la problemática: el art. 7.4 de la LO 1/1982 dispone que “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: (...) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”; y el art. 199 CP dispone que “el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

Siguiendo con este ejemplo, nuestro Alto Tribunal en su STS 4 de abril 2001 (RJ 2001, 2006), tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso cuyo relato fáctico en síntesis es el siguiente: “la acusada, médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación provincial de Valencia, fue requerida para prestar sus servicios profesionales para prestar asistencia neurológica a una persona a la que reconoció por proceder ambas de una pequeña localidad. Al examinar su historial clínico advirtió, «como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales de embarazo», circunstancia ésta que fue manifestada a su madre la que a la primera ocasión en el pueblo lo comunicó a la hermana”.

En primera instancia la SAP Valencia 14 mayo 1999 (ARP 1999, 2093), entendió que no podía estarse ante un ilícito penal pues pretendía la acusación, “dar alcance penal a lo que en términos vulgares, no es más que simples cotilleos propios de lo que en la

actualidad se denomina prensa amarilla o del corazón y que a veces, cuando el afectado es persona conocida le puede suponer ingresos millonarios por vías del consentimiento, facilitando incluso la noticia o por la vía civil, entablando demanda contra el honor”.

Por su parte, el TS no comparte dicho criterio, pues “la afirmación frivoliza sobre sentimientos de forma no ajustada a la realidad. La divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto”, e impone la pena de prisión de 1 año, 12 meses de multa y una RC de dos millones de pesetas.

Por tanto, sirva el caso expuesto como botón de muestra acerca de un problema que presenta difícil solución a la vista del carácter dinámico del bien jurídico intimidad que depende ya no solo de los valores imperantes en cada momento histórico, pues es la sociedad quien determina qué dimensiones de la vida son merecedoras de mayor o menor recelo¹² y que se une a que cada persona sufre y padece de diferente forma los ataques contra los derechos de la personalidad; sino de los del tribunal también.

A la vista de lo expuesto, deviene necesario dado el panorama legal actual que se acometa por el legislador la delimitación entre la jurisdicción civil y penal en materia de protección de los derechos de la personalidad, especialmente en el ámbito de la intimidad, siendo que en caso de subsistir dudas en su articulación normativa deba rechazarse el recurso al derecho penal, y ello como garantía de progreso en un Estado de Derecho, pues no pueden obviarse los graves perjuicios que se causan a quienes se ven sometidos a todo un proceso penal desde posiciones puramente vindicativas o espurias.

Mientras se siga recurriendo a conceptos o expresiones pendientes de tasación jurídica como la del art. 197.7 CP al exigir que la divulgación “menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”, será el juez quien para distinguir entre la conducta merecedora de reproche civil o penal, deba valorar conforme su leal saber y entender la entidad de la intromisión y, por tanto, la consecuencia jurídica derivada de la conducta

¹² FRIED, C: “Privacy”, *Yale Law Journal*, vol 77, núm. 3, 1968, p. 493.

ilícita. De manera que la deficiente técnica legislativa¹³ comporta que la efectividad de la norma dependa de la decisión del juzgador, y que estará directamente vinculada con los prejuicios del juzgador.

En este orden de cosas, y en aras de superar los problemas constitucionales que se plantean, el citado precepto penal exigirá someter la afectación de la intimidad a un doble filtro: objetivo y subjetivo. En el primero verificar que las imágenes muestran un ámbito de la intimidad de tal entidad como para que el hombre medio pudiera verla afectada gravemente, un ejemplo de esto serían las imágenes de contenido sexual. En el segundo, y una vez superado el filtro objetivo, el contenido de las imágenes deberá confrontarse con la idiosincrasia del sujeto pasivo de manera que éstas sean aptas para afectar gravemente a su intimidad; y, además, que por el médico o psicólogo forense adscrito al juzgado (o profesional análogo) se concluya que la conducta típica del sujeto activo le ha causado un quebranto psíquico clínicamente relevante, como por ejemplo que haya tenido que someterse a tratamiento farmacológico o terapia para superar el daño sufrido por la difusión. De no superar estos dos filtros, los hechos carecerán de relevancia penal por lo que la vía para reparar el perjuicio será la civil.

¹³ No podemos perder de vista la doctrina constitucional sentada, por ejemplo, en la STC 34/1996, de 11 marzo que sostiene que “un paso adelante, con un rumbo más sustantivo que formal, nos lleva de la mano a las cualidades predicables de la norma penal, desde una concepción más profunda de la legalidad o “legislación”, en su acepción constitucional, que deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar *lex certa* y también académicamente, “taxatividad” sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 105/1988). Finalmente, cabe anotar en el inventario del contenido real del principio de legalidad penal, tal y como se configura constitucionalmente, la proscripción de *ne bis in idem* (STC 2/1981). El denominador común de todas estas manifestaciones se encuentra en la seguridad jurídica, que ha de guiar la actividad de los poderes públicos.”