

**LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO  
EN LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.**

A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ART. 197 CP ANTEPROYECTO DE OCTUBRE DE 2012

***THE IMPORTANCE OF CONSENT TAXPAYER IN CRIMINAL PROTECTION  
OF THE RIGHT TO OWN IMAGE.***

*A PURPOSE OF THE PROPOSED AMENDMENT OF ART. CP 197 DRAFT OCTOBER 2012*

*Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 160-179*



Asunción  
COLÁS  
TURÉGANO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de julio de 2012

**ARTÍCULO APROBADO:** 25 de septiembre de 2012

**RESUMEN:** El trabajo analiza la problemática particular de la protección penal del derecho a la propia imagen realizando un análisis de las conductas relevantes para el derecho penal, haciendo hincapié especial en el valor del consentimiento de la víctima como elemento excluyente de la responsabilidad criminal. Se analiza así mismo la propuesta de modificación de estos delitos que viene a limitar la eficacia del consentimiento.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la propia imagen, responsabilidad penal, consentimiento sujeto pasivo, reforma legislación penal.

**ABSTRACT:** The paper analyses the problematic individual of the protection criminal of the right to the own image, realizing an analysis of the notable behaviors for the penal right, doing special upsetting in the value of the consent of the victim like element to exclude the criminal responsibility. It analyses likewise the proposal of modification of these crimes limiting the efficiency of the consent.

**KEY WORDS:** Right to the own image, criminal responsibility, passive subject consent, reforms penal legislation..

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas. II. Criterios para la delimitación de las conductas punibles. III. Los valores protegidos mediante el derecho penal. IV. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Conductas punibles. 1. Apoderarse 2. Interceptar las telecomunicaciones. 3. Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión grabación o reproducción. 4. Protección del habeas data. V. El papel del consentimiento del sujeto pasivo para la relevancia de las conductas típicas.

---

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Entre las características de la protección penal de la intimidad destaca por su singularidad la relevancia del consentimiento del sujeto pasivo. Es éste el que determina mediante su voluntad ese ámbito de intimidad que quiere ajeno a las miradas de terceros. Pero de la misma manera que el particular decide libérrimamente qué parcelas de su vida íntima quedan fuera de intromisiones ajenas, una vez ha consentido, la divulgación por parte de los partícipes deja de tener trascendencia penal como ataque a la privacidad de la persona, en tanto ha sido ésta la que con su comportamiento, permitiendo la captación de imágenes o incluso cediéndolas, ha abierto la llave de su intimidad. Esta particularidad ha dado lugar al planteamiento de situaciones reales especialmente problemáticas en los casos en que la persona consiente o cede imágenes en un contexto de intimidad a una persona concreta y posteriormente -muchas veces a causa de una ruptura sentimental- dichas imágenes son utilizadas como represalia, más poco se puede hacer para perseguir dichas conductas, claramente atentatorias a la dignidad de la persona ultrajada, mediante los delitos que tutelan la intimidad, pues como ya se ha subrayado la existencia del consentimiento inicial, veta por atipicidad la relevancia penal de dicho comportamiento. Es verdad que ante dicha situación la jurisprudencia, consciente de la actitud claramente insidiosa del divulgador; ha acudido en ocasiones a los delitos contra el honor; contra la integridad moral o a la vía de reparación prevista por la LO 5/1982 de protección civil del derecho al honor; intimidad y propia imagen.

A pesar de que el problema ya se había planteado por la jurisprudencia y por la doctrina, ha sido la alarma social generada por la difusión, rápidamente propagada

### • Asunción Colás Turégano

Asunción Colás Turégano es Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer; Actualmente es Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia (España) y forma parte del Proyecto de Investigación dirigido por el profesor José Ramón de Verda y Beamonte financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación Tecnológica, que lleva por título "La protección del derecho a la imagen frente a los medios de comunicación y las nuevas amenazas tecnológicas".

a través de internet, del vídeo íntimo de un personaje público<sup>1</sup> lo que ha propiciado que, atareado el ejecutivo español en la elaboración de un nuevo anteproyecto de reforma del CP decidiera la introducción de una nueva figura dentro de los delitos contra la intimidad, dirigida precisamente a hacer frente a la conducta del que ha obtenido la grabación o la fotografía con el consentimiento de la víctima y luego la divulga sin su anuencia.

Este reciente acontecimiento descubre el salto cualitativo que han experimentado los atentados contra la intimidad mediante el uso de la imagen. La necesidad de crear mecanismos jurídicos de tutela de este derecho surge paralela con el desarrollo de tecnologías capaces de captar la imagen, estática o en movimiento de la persona. La fotografía y, posteriormente el video, se revelaron como técnicas especialmente adecuadas para perturbar el legítimo derecho del ciudadano a preservar facetas de su vida íntima. Ese incremento del riesgo para los derechos reconocidos por el art. 18 de la CE, a la intimidad, el honor y a la propia imagen ha alcanzado una intensidad sin precedentes por los últimos desarrollos técnicos vinculados al uso de la telefonía móvil y al tráfico de datos por la masiva incorporación de los ciudadanos a las redes sociales.

¿Qué papel desempeña el derecho penal en la tutela de estos derechos? Y, de manera especial en la protección del derecho del ciudadano a la propia imagen. Como es sabido, el derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima solo será de aplicación ante los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos más importantes. El derecho penal ha de ser siempre la *ultima ratio*; de ser posible solucionar el conflicto de manera menos lesiva mediante el recurso a otras vías, a ellas habrá de acudir. De manera principal, la imagen va a ser tutelada, a través de los mecanismos previstos en el orden civil por la LO 5/82, de protección a la intimidad, al honor y a la propia imagen.

Pero ante ataques de indudable gravedad, especialmente invasivos para estos bienes jurídicos, el derecho penal también reacciona ocupándose de manera subsidiaria de la tutela del derecho a la imagen. Es verdad que no hay en el CP ningún delito que tenga como bien jurídico tutelado tal derecho, pero sí encontramos delitos en los que la captación, reproducción, divulgación o utilización de cualquier otra forma de la imagen de la persona aparece como medio para la afectación a otros bienes jurídicos que sí reciben tutela penal.

---

<sup>1</sup> Como se expone en la edición digital del Diario El País de 6 septiembre 2012: "La concejal no sabe explicar cómo ese vídeo íntimo acabó en Internet y en los ordenadores de todos sus vecinos. "No me robaron el móvil. Sinceramente, no sé cómo ha pasado. Solo sé que empezó a difundirse por Whatsapp y que en dos horas lo tenía todo el pueblo y gente de los pueblos de alrededor". La difusión empezó el pasado ocho de agosto. En el pueblo no se habló de otra cosa durante varias semanas, pero el asunto, como casi todos, iba a menos. Hasta que el pasado miércoles las redes sociales decidieron convertirlo en trending topic (tema del momento)".

Así, es posible que con la divulgación de determinadas imágenes sobre la vida íntima de una persona se afecte a su dignidad y honor y, por ello, tal conducta puede ser constitutiva de un delito de injurias, pues claramente implica una **conducta** – la de distribuir fotos o videos que reflejan la intimidad de la persona, muchas veces tomadas en un contexto privado y dirigidas exclusivamente a dicho ámbito-especialmente denigrante que efectivamente lesiona la dignidad de la persona, perjudicando su fama o atentando contra su propia estimación<sup>2</sup>.

La especial preocupación que en general se tiene por la tutela de los menores, potenciada en el momento histórico actual por el peligro que ha supuesto el desarrollo de nuevas tecnología de la comunicación, especialmente internet, en las que han proliferado conductas de contenido sexual que tienen como sujeto pasivo, especialmente sensible, a los menores de edad ha traído como consecuencia una ampliación de las conductas en el ámbito de la pornografía infantil. En el art. 189 CP se tipifican tanto la captación y utilización de menores para actuar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración, venta, distribución, exhibición... de material pornográfico, en todos estos casos se utiliza la imagen del menor con esa concreta finalidad de interferir en la indemnidad sexual del menor; al suponer un perjuicio para el adecuado proceso madurativo y educativo del menor el que se ve entorpecido con la utilización del menor y su imagen en dichas prácticas.

Pero de manera más específica la represión del control visual clandestino de la imagen se materializa a través de los delitos contra la intimidad y, en concreto, mediante los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, tipificados en los arts. 197 y ss., CP. En concreto el art. 197.1 castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, al “que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”. Asimismo, en el apartado segundo se castiga con las mismas penas “al que sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o un tercero”.

2 Así en la SAP Lleida 25 febrero 2004 (ARP 2002, 636). Se condena por delito de injurias con publicidad a quien divulga la grabación consentida de una relación sexual. No se considera la existencia de un delito contra la intimidad pues la grabación se realizó con el consentimiento de la afectada, fue meses después, cuando, sin su consentimiento, se decide a divulgar la intimidad compartida. Un supuesto similar en SAP Huelva 15 febrero 2002 (JUR 2002, 115257).

La compleja descripción típica, la variedad de conductas típicas y las particularidades del bien jurídico, caracterizado por su disponibilidad, suscitan cuestiones muy interesantes en la concreción de la forma que ha elegido el legislador de tutelar la intimidad prohibiendo la utilización no consentida y subrepticia de la imagen.

Como veremos, por la subsidiariedad propia del derecho penal sólo van a tener trascendencia penal los supuestos de acceso, captación, divulgación... de la imagen en situaciones de especial intimidad, contra la expresa voluntad del sujeto pasivo y con la específica finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad, especial momento subjetivo requerido por el tipo que dota a éste de una estructura particular por exceso subjetivo, al no requerir para su consumación la efectiva lesión de la intimidad<sup>3</sup>, sino, simplemente la realización de las conductas sin la voluntad del sujeto pasivo, movido el autor por la finalidad de descubrir la intimidad de éste.

Como subrayábamos al principio, la voluntad del sujeto pasivo tiene una especial importancia en la delimitación de las conductas con significación penal, puesto que si con relación a otros bienes jurídicos es posible fijar de manera objetiva su contenido (vida, salud, libertad, propiedad...), en el caso de la intimidad es el sujeto pasivo el que concreta el ámbito que debe quedar fuera del conocimiento de terceros. Sin embargo la asunción de una posición absolutamente voluntarista y subjetiva pudiera pugnar con los principios de intervención mínima y proporcionalidad que deben imperar en el ámbito punitivo. Es por ello que la doctrina ha tratado de poner algún límite objetivo con el fin de que las conductas subsumibles en el tipo ciertamente representen un grado de ofensividad significativo para el bien jurídico pudiendo entrar dentro de un concepto objetivo de privacidad individual o secreto. Con dicha finalidad MORALES PRATS<sup>4</sup> utiliza el criterio de la adecuación social considerando que los objetos del apoderamiento han de suponer “una proyección de la intimidad del sujeto”, y en dicha dirección, RUEDA MARTÍN<sup>5</sup> entiende que hay que “coordinar la voluntad del sujeto con la existencia de un objeto material en el que objetivamente se manifieste la pretensión de valor del bien jurídico intimidad”. Desde otra perspectiva, aunque también con una pretensión delimitadora, GONZÁLEZ

3 La mayoría de la doctrina considera que nos encontramos ante un delito de peligro (Art. 197.1) que no exige para su consumación la efectiva lesión del bien jurídico intimidad, así: MORALES PRATS, F., en: AA.VV.: *Comentarios al Código Penal* (QUINTERO OLIVARES, dir. y MORALES PRATS, coord.), t. II, Parte Especial, 5ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pág. 451; DOVAL PAIS y JUANATEY DORADO: “Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen”, en AA.VV.: *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal* ((CARBONELL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.), t. I., Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 548; ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet”, en “Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento”, núm. 2, 2002, pág. 127; RUEDA MARTÍN, Mª Á.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 47. Sin embargo consideran que estamos ante un delito de lesión: ANARTE BORRALLO, E.: “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secreto (I). En especial el art. 197.1 del CP”, “Jueces para la Democracia”, núm. 43, marzo 2002, pág. 55; JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, lustel, Madrid, 2008, pág. 25.

4 MORALES PRATS, F., en AA.VV.: *Comentarios*, cit., p. 451.

5 RUEDA MARTÍN, Mª Á.: *Protección penal*, cit., p. 44.

Rus<sup>6</sup> considera que la fijación del ámbito íntimo tutelado penalmente depende de cada titular; la determinación concreta de su contenido se manifestará mediante conductas en las que el titular “ponga claramente de manifiesto frente a los otros su deseo de mantener fuera de su conocimiento informaciones de naturaleza privada y personal...sin importar la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales...el bien jurídico se vulnera si se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo”.

## II. CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES.

La facultad dispositiva del sujeto respecto a los límites de tutela del bien jurídico intimidad, unido a la necesidad de respetar principio penales como el ya mencionado de intervención mínima y la proporcionalidad con la gravedad de la conducta realizada exige establecer criterios claros de delimitación entre las infracciones penales y civiles.

La existencia de dos niveles de tutela del bien jurídico intimidad mediante la captación ilícita de imágenes impone que se fijen los criterios usualmente manejados para decidir qué conductas son merecedoras del más grave reproche penal y cuáles precisan la mera sanción civil.

El art. 18 CE se desarrolla en sus aspectos civiles por medio de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Se articula de esta forma un cauce para la tutela civil de estos derechos fundamentales. No obstante, como la propia ley establece, si el ataque contra los mismos es constitutivo de ilícito penal, esta jurisdicción será la preferente, aunque la responsabilidad civil se determinará según los criterios establecidos en la ley civil. Por tanto el legislador establece un cauce para la efectiva tutela de las intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad e imagen de terceros, sin perjuicio de que, en función de la gravedad de la intromisión, de darse los elementos típicos exigido por la legislación penal, tales comportamientos sean constitutivos de delito, siendo entonces la jurisdicción penal la encargada de resolver sobre la cuestión planteada, siempre que así lo decida el sujeto afectado, pues nos encontramos ante delitos semipúblicos perseguibles a instancia del interesado (art. 201 CP).

Para la concreción de aquellas conductas que van a ser relevantes penalmente habrá que atender a los principios imperantes en esta rama del ordenamiento jurídico sobresaliendo, entre todos ellos, el principio de legalidad concretado en el ámbito de la teoría jurídica del delito en el elemento de la tipicidad. Especialmente importante

6 GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (COBO DEL ROSAL, coord.), 2ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 345.

a la hora de fijar criterios de delimitación, la exigencia de que la acción típica suponga una grave afectación al bien jurídico intimidad. No basta pues la mera coincidencia formal de la conducta realizada con la descripción típica, también dicha conducta debe representar una significativa lesión al bien jurídico tutelado por la norma, en este caso la intimidad personal. Ello supone que solo deben tener trascendencia penal aquellas conductas que afecten de manera más incisiva sobre el núcleo duro de la intimidad, aquellas que afecten a sus aspectos más sensibles y tomada la imagen en situaciones de especial privacidad y reserva. Por ello, exclusivamente aquellas conductas que colmen las exigencias típicas, cumplimentando la dimensión formal y valorativa del tipo, tendrán relevancia penal, quedando el resto de conductas lesivas para el derecho a la intimidad o para el derecho a la propia imagen a expensas de la protección civil<sup>7</sup>.

Respecto a las conductas consistentes en la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción de la imagen, en general la doctrina reserva la tutela penal a las grabaciones realizadas sin consentimiento del sujeto pasivo en un lugar privado y cerrado, dejando a la tutela civil las realizadas en lugares privados abiertos (jardín, balcón) o en un lugar público cerrado (restaurante, cine, hotel), siendo irrelevantes las que se producen en un lugar público abierto (calle, jardín público), siempre dentro de los límites que fija la LO 1/1982<sup>8</sup>. No obstante tales criterios deberían ser matizados teniendo en cuenta no sólo las características del lugar donde se realiza la actividad sino la propia naturaleza de la misma, así GONZÁLEZ RUS<sup>9</sup> propone la extensión de la responsabilidad penal de la grabación de imágenes de personas que se hallan realizando una actividad que no puede realizarse en otro lugar que garantice la reserva, como tomar sol en un jardín privado. En dicha línea de razonamiento, menos dudas plantea la relevancia penal de las grabaciones subrepticias llevadas a cabo dentro de lugares reservados de un establecimiento público<sup>10</sup> (Aseos de un Centro comercial o Edificio Público, habitación de hotel, etc.).

Si atendemos a la aplicación jurisprudencial de estos criterios, hallamos cierta contradicción en la jurisprudencia, así nos encontramos con alguna sentencia en la que se da trascendencia penal a la grabación realizada en lugar público cerrado. En la SAP Málaga 16 septiembre 2009 (ARP 2010, 17) se resuelve un recurso de apelación frente a la sentencia de un juzgado de menores en la que se condenaba por la comisión del delito tipificado en el art. 197.1, a la menor que había grabado la agresión de su compañera en el colegio (lugar público cerrado) y luego la había

7 Sobre la frontera entre ilícito penal y civil vid SAP Madrid 23 marzo 1999 (ARP 1999, 1465).

8 CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M., en: AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (ÁLVAREZ GARCÍA, F., dir., MANJÓN-CABEZA OLMEDA y A. VENTURA PÜSCHEL, A., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 568, GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 360.

9 GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 360.

10 Sobre la consideración de la celda de establecimiento penitenciario como ámbito de intimidad vid ATC 176/2007, de 1 de marzo.

difundido mediante el bluetooth de su teléfono móvil. En los razonamiento jurídicos de la sentencia se afirma que “El delito del art. 197 del Código Penal en este caso viene constituido por la captación de unas imágenes que formaban parte de la intimidad de la víctima y de su derecho a la propia imagen, sin su consentimiento”, no llega a plantearse la importancia del lugar en el que se produce la grabación como criterio de delimitación entre la infracción penal y la civil y consecuentemente, sobre dichos presupuestos, la audiencia confirmó la sentencia del juzgado de menores.

Sin embargo, en otros casos sí se valora especialmente el contexto de intimidad para considerar o eludir la responsabilidad penal del sujeto. En el caso enjuiciado por la SAP Las Palmas 2 octubre 2008 (ARP 2008, 699), procedente de un recurso a la sentencia absolutoria dictada por un juzgado de lo penal, se enjuicia la conducta de una persona que graba a una conocida concursante de un programa televisivo de tele realidad tomando el sol en la piscina de un hotel. La Audiencia ratifica la sentencia absolutoria, valorando de manera especial, además del lugar en el que se han tomado las fotografías, el carácter público del personaje. Como en la sentencia se afirma “el ataque que para la privacidad de la afectada supone la captación de unas simples imágenes de la misma tomando el sol en una piscina es, en cualquier caso, de una intensidad mínima, por no decir que totalmente inocua, para el concepto de intimidad de una persona que no es un sujeto anónimo sino que voluntariamente ha decidido compartir con los telespectadores buena parte de ella al protagonizar un programa de tele realidad y por tanto desprenderse parcialmente de ella. No corresponde, en definitiva, al derecho penal valorar si la captación furtiva de las imágenes de la recurrente en una piscina pública violan su derecho a la propia imagen reconocido en el art. 18 CE, que para ello ya establece el ordenamiento jurídico otros mecanismos y cauces procedimentales adecuados, pero sí concluir, por todo lo dicho anteriormente, que la acción imputada al acusado en sí misma considerada no supone un atentado intolerable a la intimidad del personaje público que deba merecer especial reproche criminal”.

Puede explicar la diversidad de criterio jurisprudencial, además del lugar en el que se han tomado las imágenes, en los casos transcritos ambos eran lugares públicos (colegio, piscina de hotel), se valora de manera especial el previo actuar de la víctima, persona privada en el caso de la menor captada en su colegio y personaje con cierta trascendencia pública en el segundo caso.

### III. LOS VALORES PROTEGIDOS MEDIANTE EL DERECHO PENAL

Mediante el derecho penal se tutela el núcleo duro de la intimidad. La evolución actual de la configuración de este derecho muestra cómo a través de las figuras delictivas recogidas en el art. 197 CP se tutelan dos aspectos o facetas del mismo:

En primer lugar, se preservaría el concepto clásico de intimidad configurada en sentido negativo y excluyente como la configuración de un ámbito reservado para la propia persona excluido de las “miradas” y el conocimiento de terceros ajenos. La existencia de ese ámbito reducido excluido del conocimiento ajeno constituye un presupuesto indispensable para la propia seguridad del individuo<sup>11</sup>. Para su tranquilidad anímica el sujeto ha de tener un ámbito reservado libre del conocimiento ajeno. Es el clásico derecho a ser dejado solo (*to be alone*)<sup>12</sup>, que se tutela con la incriminación de las conductas recogidas en el ap. 1º del art. 197.

Al propio tiempo, fruto del desarrollo de las nuevas tecnologías y la recepción de la concepción anglosajona de la *privacy*, reflejada en el art. 18 CE también se ha avanzado en la tutela del aspecto positivo de la intimidad como facultad del individuo de controlar y conocer los datos personales incluidos en ficheros o soportes especialmente informáticos, aspecto tutelado en el ap. 2 del art. 197 CP. Evolución<sup>13</sup> del concepto de intimidad que también se ha materializado en la jurisprudencia de nuestro TC, a partir de la STC 134/ 1999, 15 julio 1999, en la que se afirma que “el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona y familia pudiendo imponer a terceros... particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida”<sup>14</sup>.

#### IV. LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. CONDUCTAS PUNIBLES

El estudio de la protección penal de la intimidad mediante la utilización de la imagen exige determinar qué acciones quedan dentro del ámbito típico del art. 197 CP. Son varias las conductas tipificadas en el mismo que pudieran resultar lesivas para el derecho a la imagen como medio para atentar contra la intimidad. Todas las conductas referidas en el art. 197 exigen que se actué con una concreta finalidad: “descubrir los secretos o vulnerar la intimidad” de otro y con la misma se apodere de sus cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, en los que podemos encontrar imágenes... asimismo es factible que se intercepten las telecomunicaciones y se capten

11 GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 342.

12 La doctrina considera referencia indispensable de esta concepción el clásico de WARREN, S. y BRANDEIS, L.: *El derecho a la intimidad* (ed. BENIGNO PENDÁS y PILAR BASELGA), Civitas, Madrid, 1995.

13 Sobre la ampliación del concepto clásico del derecho a la intimidad y su doble dimensión positiva y negativa: CARRASCO ANDRINO, Mª M., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 559; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 270-271; MORALES PRATS, F., en AA.VV.: *Comentarios*, cit., pp. 443-444, GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal Español. Parte Especial* (COBO DEL ROSAL, coord.), 2ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 342; RUEDA MARTÍN, Mª Á.: *Protección penal*, cit., p. 31.

14 Sobre la evolución de la jurisprudencia del TC, vid GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 343.

conversaciones con imágenes, sin embargo el supuesto más común es aquel en que, sin consentimiento del titular se han utilizado artificios técnicos para la grabación de la imagen, normalmente en situaciones íntimas. También es posible atentar contra la intimidad de la persona accediendo a la imagen de la misma depositada en cualquier tipo de registro, como recoge la figura regulada en el apartado segundo del art. 197. Pero analicemos de manera más detenida dichas conductas.

### I. Apoderarse.

En primer lugar el art. 197.1 CP castiga la conducta consistente en apoderarse de *papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales* de otra persona con la finalidad de *descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad*. Es claro que en cualquiera de dichos soportes podemos encontrar elementos en los que se materialice la imagen del tercero, puede tratarse de fotografías o incluso vídeos, por ejemplo, en el caso de mensajes adjuntos al correo electrónico, siendo dicho documento gráfico el medio por el que se tiende al descubrimiento de la intimidad.

Hay una importante controversia doctrinal alrededor del sentido y contenido que cabe dar al término “apoderarse”, por su paralelismo con el empleado en el ámbito de los delitos patrimoniales, al ser idéntico al utilizado en el delito de robo, exigiéndose en dicho ámbito la aprehensión material del objeto para conseguir su apropiación, siendo la propiedad el bien jurídico tutelado. Ello ha propiciado que un importante sector de la doctrina española postule una interpretación estricta del término, equiparable a la utilizada en el delito de robo<sup>15</sup>. Sin embargo, la especificidad del bien jurídico tutelado en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, ha llevado a otro sector doctrinal<sup>16</sup> a proponer una ampliación en el entendimiento al apostar por una clara espiritualización del término, fundamentando tal ensanchamiento en las particularidades del bien jurídico protegido, en tanto éste se podría ver afectado, no sólo por conductas de apoderamiento material, sino también, por actuaciones de apoderamiento sin necesidad de desplazamiento material.

Ello se hace especialmente comprensible cuando el objeto de apoderamiento es virtual: v. gr. los mensajes de correo electrónico que, ciertamente pueden ser objeto de apoderamiento material, si su titular ha decidido imprimirlos y un tercero se apodera del documento en el que constan, pero parece que también se cumplirían las exigencias típicas, cuando el tercero accediera, sin el consentimiento del titular, a la cuenta de correo del sujeto pasivo y leyera los correos de éste o se los renviara a su cuenta para leerlos o verlos posteriormente. De exigirse que para

15 ANARTE BORRALLO, E.: “Consideraciones”, cit., p. 54; CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M., en: AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 273; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L.: *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del art. 197.1 del CP*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 78.

16 MORALES PRATS, F., en AA.VV.: *Comentarios*, cit., p. 448; ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal”, cit., pp. 131-137; RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Á.: *Protección penal*, cit., 41.

apoderarse de los correos electrónicos, estos han de estar impresos, ningún sentido tendría su inclusión entre los objetos materiales del delito, pues en ese caso nos encontraríamos ante un papel, soporte de la intimidad, y podría haber sido incluido en el primer inciso de la relación<sup>17</sup>.

Ciertamente tal espiritualización de la comprensión de la conducta podría plantear problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, en concreto porque podría ser interpretada como un supuesto de analogía *in malam partem* (prohibida en Derecho penal), es por ello que se impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los que quepa admitir la misma. En dicho intento de interpretación restrictiva cabe acudir al bien jurídico tutelado, esencialmente sometido a la voluntad del titular; por ello para que los supuestos en los que parece que se cubren las exigencias típicas sin necesidad de apoderamiento material ha de constar, necesariamente, la voluntad contraria del titular; éste ha de manifestar de alguna manera su deseo de que lo contenido en sus documentos no sea público, al tiempo que el responsable de la conducta ha de quebrantar las defensas<sup>18</sup> que el titular ha puesto para salvaguardar el bien jurídico: v. gr. conseguir subrepticamente la clave del correo electrónico.

Sin embargo, la espiritualización experimentada por el término en ningún caso permite incluir la situaciones en las que el tercero accede al contenido de los diferentes soportes, sin realizar ningún tipo de esfuerzo, sería el supuesto del que en el despacho de otro lee los documentos que están a la vista de todos sobre la mesa, o el texto del documento que está en ese momento en la pantalla del ordenador ajeno<sup>19</sup>. Conductas en sí moralmente reprochables, pero sin trascendencia penal, su fácil acceso a terceros impide incluirlas dentro del concepto de secreto o intimidad. La utilización del término apoderamiento exige que el sujeto despliegue una cierta energía con la finalidad de descubrir el secreto, no se cumplirían las exigencias típicas en aquellos casos en que el sujeto meramente se encuentra con éste sin haber realizado ningún tipo de comportamiento tendente a su descubrimiento subreptico.

Por otra parte de acuerdo con las exigencias típicas ha de coincidir la titularidad de los soportes aprehendidos con la de la intimidad puesta en peligro, lo que puede llegar a plantear problemas en casos de no coincidencia. Pues este criterio no siempre se ha mantenido por la jurisprudencia dando lugar a resoluciones cuanto menos discutibles; así, en la SAPValencia 30 mayo 2012 (ARP 2012, 704) el imputado es un Médico cirujano, contratado por una clínica estética quien descubre casualmente un engaño en las prótesis colocadas a las pacientes, se les cobraba una determinada marca y se les implantaba una de menor calidad y precio, decidiendo investigar por

17 Como claramente expone, siguiendo la interpretación de Romeo Casabona, RUEDA MARTÍN, M<sup>º</sup> Á.: *Protección penal*, cit., p. 43.

18 Exige asimismo el efectivo quebrantamiento de las defensas: JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen*, cit., p. 24.

19 MORALES PRATS, F., en: AA.VV.: *Comentarios*, cit., p. 448.

su cuenta se apodera de las historias clínicas de numerosas pacientes de la clínica en las que figuran fotografías, guiado por la intención de denunciar a la empresa. En este caso no se condenó por la vía del art. 197.2- acceso a datos incluidos en ficheros-, al razonarse en la sentencia la inexistencia de perjuicio para las interesadas y se condena por la vía del art. 197.1 a pesar de no coincidir la titularidad. Puesto que las historias clínicas como por otra parte se razona en la sentencia con base en lo dispuesto en el art. 23.1 de la Ley de asistencia sanitaria de la comunidad valenciana “son documentos confidenciales propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta ajena y bajo la dependencia de un institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria”.

Sí cumplen totalmente con las exigencia típica de coincidencia de la titularidad, los hechos juzgados por la sentencia del JP n° 2 Mérida 29 diciembre 2009 (ARP 2010, 311), por la que se condena a un técnico encargado del mantenimiento informático de los equipos de un conocido bufete de la ciudad que aprovechando sus conocimientos accede a las fotografías contenidas en uno de los equipos, de claras connotaciones sexuales, y las publica en internet.

## 2. Interceptar las telecomunicaciones.

El término interceptar tiene distintos significados, la primera acepción que consta en el diccionario de la RAE: apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino, cabe descartarla pues su mención sería superflua, habida cuenta la interpretación y sentido que se da a la primera de las conductas referidas en el delito. Es por ello que, con buen criterio, la doctrina se decanta por interpretar que la conducta interceptar es equivalente a la “intromisión clandestina en una telecomunicación privada”<sup>20</sup>. Bien entendido que sólo van a tener relevancia penal aquellas conductas que interfieran para conocer una telecomunicación, por tanto, como establece el Diccionarios de la RAE “un sistema de comunicación telefónica, telegráfica, radio telegráfica o demás análogas”, no el simple escuchar detrás v.gr. de un puerta o pared la conversación de terceros. Se exige por tanto la utilización de medios tecnológicos, no habiéndose admitido por la jurisprudencia que se colman las exigencias típicas en el hecho de escuchar una conversación a través de un teléfono supletorio<sup>21</sup>.

## 3. Utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión grabación o reproducción.

La tercera modalidad típica consiste en la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de

20 ROMEO CASABONA, C.: “La protección penal”, cit., pp. 137-138; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L.: *El descubrimiento*, cit., p. 81

21 AAP Huesca 21 septiembre 2001 (JUR 2001, 291866).

cualquier otra señal de comunicación. Al exigir la utilización de artificios técnicos se excluye del ámbito típico los supuestos de captación por medio de los sentidos. En ningún caso tendría trascendencia penal la observación o escucha directa sin el empleo de medios técnicos que incrementen las facultades sensoriales del individuo.

En una situación difusa y, por ello, discutida en sede doctrinal, está el empleo de instrumentos para aumentar la capacidad natural para ver y oír; por ejemplo obtener imágenes con un teleobjetivo<sup>22</sup>. Desde un punto de vista gramatical no hay problema en incluir el teleobjetivo dentro del concepto de artificio técnico que nos va a servir para-en el ejemplo propuesto- grabar una imagen en la memoria de la cámara fotográfica. La trascendencia penal de tal conducta va a depender del contexto de intimidad en que se tomen dichas imágenes. Como hemos fijado en el apartado anterior solo tienen trascendencia penal por implicar un alto nivel de intimidad las imágenes captadas en lugares privados y cerrados, sólo en aquellos casos en que mediante un teleobjetivo se capten imágenes de la persona en tales lugares, podría tal conducta cumplir las exigencias típicas. Sin embargo, parece que son muchas las dificultades para grabar imágenes en tales condiciones, habida cuenta que si el sujeto está, por ejemplo en la ventana o balcón de su domicilio, grabar su imagen no tendrá trascendencia al ser un lugar en que se puede observar la conducta de la persona a simple vista, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil. Solo en el caso que con teleobjetivo se pudieran captar imágenes del interior de la vivienda a través de una ventana o balcón abierto o con el interior iluminado, se podría plantear la discusión. Precisamente mediante la utilización de un teleobjetivo se captó la imagen de un famoso financiero que había sido condenado penalmente, y que se encontraba comiendo un bocadillo en su celda de la prisión. Tanto el TC como el TS consideraron la irrelevancia de la conducta aunque resulta discutible la postura mantenida por la STS 8 julio 2004 (RJ 2004, 5112) reiterada por el ATC 176/2007, de 1 de marzo, respecto a la no consideración de la celda como espacio en que se pueden desarrollar actividades íntimas, cierto es que en el caso objeto de análisis el sujeto se había acercado a la ventana a comer el bocadillo con lo que estaba tácitamente permitiendo que su imagen pudiera ser vista desde el exterior, en una actividad que no descubre ningún secreto o aspecto íntimo, por lo que no cabe plantear la trascendencia penal del comportamiento por falta de afectación al núcleo duro de la intimidad. Sin embargo, ello no nos debe llevar a concluir que la celda de una prisión no puede constituir lugar de desarrollo de actividades íntimas, imágenes que, de ser captadas sin el consentimiento del sujeto y de forma clandestina si tendrían relevancia penal.

En la práctica jurisprudencial han quedado subsumidos en esta modalidad de conducta los siguientes supuestos: Amante se concierta con una tercera persona quien desde un armario lleva a cabo la grabación sin conocimiento de la pareja. Las

22 Vid sobre la polémica CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M., en: AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 567.

cintas luego son enviadas a distintas instituciones y a medios de comunicación. Así, la SAP Madrid 31 julio 2002 (ARP 2002, 475), confirmada por STS 10 de diciembre 2004 (RJ 2004,7917) También es condenatoria la sentencia del **amante despechado de Granada**, esto es, la SAP Granada, 16 de enero 2007 (JUR 2007,178248). Según los hechos recogidos en los considerandos de la sentencia, el acusado inicia una relación sentimental con la víctima, habiendo mantenido ambas relaciones sexuales en el domicilio de aquel, que fueron grabadas con una cámara de vídeo por parte del acusado, quien además grabó las conversaciones de ambos, sin que la mujer hubiera tenido conocimiento de que se estaban produciendo dichas grabaciones. Ella se siente culpable al tener esposo e hijos, decide romper la relación y como represalia él difunde las imágenes entre amigos y familiares de la mujer.

Especialmente interesante desde la perspectiva del ataque a la intimidad la sentencia por la que se condena a un **falso ginecólogo** que grababa las imágenes de las pacientes que acudían a su consulta, sometiéndolas en algunos casos a abusos sexuales, sin consentimiento de las víctimas para ninguna de dichas actuaciones, desconocedoras las mismas tanto de los abusos como de las grabaciones. Es la STS 14 octubre 2011 (RJ 2011,7488). En los considerandos de la misma se reafirma por el tribunal el derecho de los que acuden a una consulta médica a su intimidad, la parcela de intimidad que la persona cede en un reconocimiento médico es la mínima imprescindible para el desarrollo del mismo, mínimo que se ve claramente desbordado por la conducta del facultativo que graba el abuso sexual en virtud del engaño, haciendo creer a las víctimas que, en todo caso, se trata de una intervención o exploración ginecológica y no un acto sexual.

Encontramos un matiz diferente en el caso del **fotógrafo de Cuenca**. LA SAP Cuenca 16 noviembre 2011 (JUR 2011, 50623), frente al desconocimiento en los casos anteriores de las víctimas de ser objeto de grabaciones, en éste último si hay conocimiento y consentimiento de éstas, sin embargo la conducta es relevante al ser las víctimas menores y no considerarse válido su consentimiento por comprometer las imágenes tomadas los aspectos más sensibles de su intimidad. El fotógrafo aprovechaba que las chicas acudían a su negocio, aprovechando la vulnerabilidad de las mismas al ser menores les mostraba fotografías de otras menores, consiguió que alguna de ellas posaran para él, total o parcialmente desnudas, siendo fotografiadas por el acusado en poses y actitudes insinuantes que él mismo les indicaba, impropias de un menor de edad. Fue condenado por la comisión de varios delitos de descubrimiento y revelación de secretos en concurso ideal, concurriendo la agravante específica de afectar a datos sensibles y ser la víctima menor de edad. También fue acusado de ocho delitos de corrupción de menores del art. 189.1º de los cuales quedó, al considerar el Tribunal que no tenían las fotografías carácter pornográfico.

#### 4. Protección del habeas data.

En el apartado 2º del art. 197 CP se castiga a “quien sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o un tercero”.

Se protege mediante esta figura el aspecto positivo de la intimidad como facultad del individuo de controlar y conocer los datos personales incluidos en ficheros o soportes especialmente informáticos.

La aplicación de esta modalidad se plantea en dos sentencias vinculadas al acceso de datos incluidos en archivos de historias clínicas. La primera de ellas, esto es, la SAP Valencia 16 noviembre 2006 (JUR 2006, 2471 I 4) juzga la conducta de la empleada de una clínica de medicina estética, quien para perjudicar a una paciente y a su esposo por previas desavenencias, difunde las imágenes íntimas que habían sido tomadas previas a la realización del tratamiento. No parece cumplirse el requisito exigido por el art. 197.1 de coincidencia en la titularidad del soporte aprehendido con la titularidad de la intimidad, por lo que aunque no se indica expresamente en la resolución, parece haberse calificado con arreglo a este apartado, concurriendo el tipo cualificado recogido en el ap. 4º para los casos en los que la imagen o el dato se difunde tras su descubrimiento o captación. Se da, por otra parte, el elemento tendencial exigido por el tipo, pues la clara intención de la acusada era perjudicar a la mujer cuyas fotos desnuda fueron distribuidas por la población en la que residía. Más complejo es el segundo caso, resuelto por la SAP Valencia 30 mayo 2012 (ARP 2012, 704), en el que el imputado es un Médico cirujano, contratado por una clínica estética quien descubre casualmente un engaño en las prótesis colocadas a las pacientes, se les cobraba una determinada marca y se les implantaba una de menor calidad y precio, decidiendo investigar por su cuenta se apodera de las historias clínicas de numerosas pacientes de la clínica en las que figuran fotografías, guiado por la intención de denunciar a la empresa. En este caso no se condenó por la vía del art. 197.2, al razonarse en la sentencia la inexistencia de perjuicio para las interesadas y se condena por la vía del art. 197.1 a pesar de no coincidir la titularidad. Puesto que las historias clínicas no son propiedad del titular de la intimidad, como por otra parte se razona en la sentencia con base en lo dispuesto en el art. 23.1 de la Ley de asistencia sanitaria de la Comunidad Valenciana “son documentos confidenciales propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta ajena y bajo la dependencia de un institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria”.

## V. EL PAPEL DEL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO PARA LA RELEVANCIA DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS.

La LO 1/1982 configura los derechos a la intimidad y a la propia imagen como irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, en consonancia con su naturaleza como derechos de la personalidad, configurando un ámbito propio y específico de la persona por el mero hecho de serlo, vinculado a la propia dignidad de la persona humana. Sin embargo no son derechos absolutos, puede admitirse la existencia de intromisiones legítimas cuando, el propio titular otorga su consentimiento para la difusión de la imagen, o por la concurrencia de alguna excepción prevista en la propia ley pues, como en la misma se establece, la protección civil de estos derechos queda delimitada por las leyes y por los usos sociales.

El derecho a la tutela de la propia imagen no incluye un derecho al anonimato absoluto y por ello en función de las circunstancias y por la entidad del sujeto, en ocasiones la propia ley admite la legitimidad de ciertas injerencias. Es por ello que nos vamos a encontrar ante situaciones en las que, sin contar con el consentimiento del sujeto pasivo, va a ser posible captar y reproducir lícitamente su imagen. En la propia ley se regulan excepciones en que por el interés general y público que las preside es posible la utilización de la imagen ajena. De esta forma, el art. 8 LO 1/1982 claramente establece que “no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

Puede también el titular consentir intromisiones ajenas en tales ámbitos reservados, consentimiento que ha de ser expreso y que puede revocar en cualquier momento (art. 2 LO 1/1982). Respecto al consentimiento se establece un mayor nivel de protección para los menores e incapaces, al disponer la ley que en estos casos ellos lo podrán prestar siempre que sus condiciones de madurez lo permitan y de no ser así, serán los representantes quienes prestarán el consentimiento por escrito, poniéndolo en conocimiento del Ministerio fiscal, y, si este se opone, habrá de resolver el Juez. El marco jurídico lo encontramos en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, en cuyo art. 4 se realiza una regulación particularizada de estos derechos con relación a los menores, fijando un ámbito de protección más intensa al establecerse respecto a la utilización de su imagen que cualquier uso de la misma en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o ser contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal que instará las medidas cautelares y/o de tutela de los intereses del menor previstas en la ley y la reclamación de las indemnizaciones pertinentes. En este supuesto, la intromisión se considerará ilegítima incluso aunque conste el consentimiento del propio menor o de sus representantes. Por tanto,

siempre que se pretenda difundir imágenes de menores habrá que estar al régimen más restrictivo de la LO 1/1996.

Una de las cuestiones más controvertidas en la verificación de la relevancia penal de la conducta y el papel del consentimiento del sujeto pasivo es la que situación de se plantea cuando son varios los sujetos que intervienen en una conversación o actividad y sólo alguno o algunos de los participantes prestan su consentimiento para la grabación o captación de la conversación o imágenes. Son diferentes las situaciones que nos podemos encontrar y la respuesta de la jurisprudencia es distinta según lo grabado sean conversaciones o imágenes, en todos los casos partimos de la ausencia de consentimiento para la grabación.

a) En los supuestos de grabación de conversaciones, si el que graba la conversación es el otro interlocutor y luego difunde, no se considera la existencia de responsabilidad penal ni por el hecho de la grabación ni por su posterior difusión, siguiéndose la doctrina sentada en la STC 114/1874, de 29 noviembre, según la cual la conducta del interlocutor que graba la conversación en la que participa no vulnera el derecho a la intimidad al estimarse que “no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige”.

b) Sin embargo no ha sido ese el criterio seguido en los supuestos de grabación de imágenes, pues si quien graba es el *partenaire* en la actividad íntima desarrollada y posteriormente difunde, sí se ha considerado su responsabilidad penal como autor del delito<sup>23</sup>.

c) Finalmente cuando es un tercero quien graba, con el consentimiento de alguno de los participantes de la conversación o actividad, el tercero responde como autor de la grabación y quien ha propiciado la misma con su consentimiento responde como partícipe necesario<sup>24</sup>.

Dado que la intimidad es un bien jurídico disponible, es relevante como causa de atipicidad<sup>25</sup> el consentimiento libre y voluntariamente prestado por el sujeto mayor de edad en la transmisión de datos relevantes de su intimidad mediante la revelación en una conversación de hechos privados, o aceptando la grabación de

23 En la SAP Granada 16 enero 2007 (JUR 2007, 178248). Condenan por descubrimiento y revelación de secretos al sujeto que, sin consentimiento, graba relaciones sexuales con su amante para posteriormente amenazarla con divulgarlas con el fin de que abandone a su marido, al no atender la víctima su petición, difunde las imágenes.

24 Situación que se planteó en la SAP Madrid 31 julio 2002 (ARP 2002, 475). Sobre las diferentes consecuencias de la grabación subrepticia de conversaciones/imágenes en orden a su relevancia penal y una propuesta de reinterpretación ante la pérdida de control sobre la intimidad del sujeto cuya voz o imagen es grabada *vid* JUANATEY DORADO C., y DOVAL PAIS, A.: “Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes”, en AA.VV.: *La protección jurídica de la intimidad* (BOIX REIG, J., dir., y JAREÑO LEAL, A., coord.), Iustel, Madrid, 2010, pp. 127 y ss.

25 CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M., en: AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 569; GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA.VV.: *Derecho Penal*, cit., p. 350. RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Á.: *Protección penal*, cit., p. 49; OLMO FERNÁNDEZ DELGADO, L.: *El descubrimiento*, cit., p. 90. Sin embargo considera que estamos ante una causa de justificación: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, cit., p. 275.

imágenes incluso aquellas que más puedan comprometer la intimidad por afectar a datos sensibles. Son contextos que en principio no plantean especiales problemas. No obstante hay cierta jurisprudencia respecto a situaciones en las que el sujeto ha consentido la grabación de imágenes y/o voz en un contexto de intimidad y posteriormente, sin su consentimiento, tales documentos son difundidos. En tanto el tipo exige que la grabación, o la obtención de la imagen no sean consentidas, la conducta quedaría fuera de los requerimientos mínimos de la tipicidad del art. 197.1. Ahora bien, ciertamente constituye un comportamiento falaz que en algunos casos -si la divulgación de tales imágenes implica una grave afectación a la dignidad y honor de la persona cuyas imágenes íntimas han sido divulgadas-, ha sido calificado como delito de injurias<sup>26</sup>. Como se ha señalado por la doctrina es preciso “establecer una distinción entre consentir la realización de una grabación para uso privado de dos personas y consentir su realización para difundirla, puesto que es manifiesto que hay un aspecto importante de la intimidad para el que no hay consentimiento”.

La exigencia típica de acceder a la imagen contra la voluntad del sujeto pasivo está presente en un suceso reciente que se difunde en los medios de comunicación a principios del mes de septiembre<sup>27</sup>, el caso de la difusión del vídeo de una concejal de un pueblo de Toledo, ha motivado la apertura de un procedimiento judicial y a su vez ha propiciado la inclusión de una nueva figura en el anteproyecto de CP. Efectivamente, unas semanas más tarde el Ministro de Justicia anuncia que se incorpora al anteproyecto de reforma del CP la difusión de imágenes íntimas aunque se hubieran conseguido con el consentimiento de la víctima: Se añade un apartado 4 bis al art. 197, con el siguiente contenido: “4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

Son muchas las dudas que suscita la introducción de esta figura, que de convertirse en derecho positivo requerirá un detenido análisis, pero si es posible adelantar los problemas de delimitación de las conductas punibles que el mismo plantea. Nos encontramos ante situaciones en que se ha tomado la imagen en un contexto privado (domicilio u otros lugares equiparables en cuanto a su privacidad), imágenes que, de ser divulgadas, han de suponer un menoscabo grave de la intimidad personal. Es claro que nos tendremos que encontrar con imágenes que revelen aspectos

26 Así en la SAP Lleida 25 febrero 2004 (ARP 2002, 636) Se condena por delito de injurias con publicidad a quien divulga la grabación consentida de una relación sexual. No se considera la existencia de un delito contra la intimidad pues la grabación se realizó con el consentimiento de la afectada, fue meses después, cuando sin su consentimiento, se decide a divulgar la intimidad compartida. Un supuesto similar en SAP Huelva 15 febrero 2002 (JUR 2002, I 15257), en este caso se insta a la perjudicada a acudir a la vía civil.

27 Edición digital del Diario El País, 6 septiembre 2012, cit., nota 1.

sensibles de la intimidad como las relativas a actividades sexuales, pero también otras como las que afecten a la ideología, religión o creencias, salud, etc.

Pero no es este el único problema que el nuevo precepto suscita, al incluirse en el ámbito de responsabilidad todo aquel que difunda, revele o ceda a terceros, la duda interpretativa que se plantea es si se limita la responsabilidad al que habiendo obtenido con consentimiento la imagen, divulga sin la anuencia de la víctima, o se extiende la responsabilidad a todo el que contribuye a la difusión. Pese a que el objetivo del Ministerio según la nota de prensa publicada el día en que se presentó el anteproyecto es la aplicación **a todos los eslabones de la cadena**<sup>28</sup>, la dicción literal del precepto parece limitar su aplicación, exclusivamente, a quien tras obtener la imagen divulga sin consentimiento, interpretación que resulta más plausible, sin perjuicio de la responsabilidad de otra naturaleza que pudiera tener el que contribuye a la difusión. Cuya persecución, por otra parte resultaría ciertamente compleja, dada la facilidad de divulgación de datos a través de las redes.