

Universidad de Barcelona

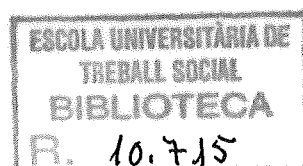
Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, INTEGRIDAD
FÍSICA, INTIMIDAD Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
EN LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA**

Tesis presentada por Josep Corbella Duch
para optar al título de doctor en Derecho

Director: Prof. Dr. Joan Córdoba Roda

Barcelona, abril de 1997



El empleo de la tortura y sus efectos en cuanto al sometimiento del individuo, llevan a Maqueda Abreu a situar el problema de la tortura en el terreno político, como instrumento de salvaguarda de los llamados "altos intereses del Estado"; fortaleciendo el poder del Estado frente al individuo (250).

A pesar de que los pensadores del período de la Ilustración ya se pronunciaron en contra de los métodos de tortura o de tormento aplicados regularmente en los procesos penales de los distintos estados como método para obtener la confesión del reo, en España fue necesario esperar hasta la Constitución de 1812 para la abolición de tales prácticas, y, de la legalidad del tormento, disposición reiterada por Real Cédula de 25 de julio de 1814.

Maqueda define la tortura como "dolor o sufrimiento físico o mental de carácter grave, infringidos directa o indirectamente por funcionario del Estado, en persecución de un propósito concreto, sea de obtener información o confesiones, de castigar, humillar o intimidar (251).

En la definición propuesta se indica que sólo pueden ser calificados de tortura ciertos comportamientos realizados por funcionarios públicos

(250) MAQUEDA ABREU, M^a L. - "La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto 1986, pág. 426.

(251) MAQUEDA ABREU, M^a L.- "La tortura y otros", ob. cit. pág. 430.

(252), lo cual constituye una de las notas esenciales del concepto y del tipo delictivo, y, además, engloba tanto aquellas prácticas de tormento proscritas desde hace tiempo, como otras conductas que no reúnen todos los elementos que forman parte del concepto clásico, y que se incluyen dentro de las expresiones "malos tratos", y "tratamientos inhumanos o degradantes".

El art. 15 de la C.E., disponiendo "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" da rango constitucional a la prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes, y se expresa en los mismos términos que la Declaración de los Derechos Humanos de N.U., de 10-12-48, y el Convenio de Roma, de 4-11-50.

Para Maqueda, estos términos han introducido imprecisión en el concepto, y, por ello, estima desafortunada la expresión (253). La doctrina, ante su redacción, se pregunta si hace referencia a un solo concepto de tortura, o si, por el contrario, se contienen dos modalidades diferentes de comportamiento: la tortura y las penas inhumanas o degradantes.

(252) DE LA CUESTA, J.L. - "El delito de tortura", Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1990, pág. 33, indica que es un delito especial que sólo puede cometerse por un círculo reducido y delimitado de posibles autores (las personas que ejercen funciones públicas).

(253) MAQUEDA ABREU, M^a L., ob. cit. pág. 428. DE LA CUESTA, J.L. - "El delito de tortura", pág. 12, pone de manifiesto la indefinición de los textos internacionales que no delimitan ni distinguen la tortura de otras expresiones conceptualmente próximas.

La jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de Derechos Humanos instituidos por el Convenio Europeo de 1950, parece confirmar la tesis sobre la existencia de dos tipos de conductas: la más grave, que infringe a la víctima mayores sufrimientos, a la que califica de tortura, y, otros comportamientos menos violentos o de los que derivan sufrimientos menores, que engloba dentro de los tratos inhumanos o degradantes, y a los que no aplica la calificación jurídica de tortura. En este sentido, Balaguer Santamaria (254), indica que de las definiciones del Tribunal se desprende que es la intensidad de los sufrimientos que se producen el elemento diferenciador entre las torturas y los tratos inhumanos o degradantes.

Maqueda, siguiendo a Sudre (255) se muestra contraria a tal diferenciación por entender que la definición propuesta es idónea para conformar también la esencia de aquellas otras especies menores de tortura.

Distingue tres niveles de malos tratos, siendo el tipo básico el de "tratamientos degradantes" (hoy incluidos en el art. 173 C.P.), el intermedio los "tratamientos inhumanos", y, el más grave, la tortura.

También se contiene esta división conceptual en la Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en

(254) BALAGUER SANTAMARIA, J.- "Derechos Humanos y privación de libertad: en particular, dignidad, derecho a la vida y prohibición de torturas", dentro de "Cárcel y Derechos Humanos", J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, pág. 114.

(255) MAQUEDA ABREU, M^a L., ob. cit. págs. 430 y sig.

N.Y. el 14 de diciembre de 1984, ratificada por España en 19 de octubre de 1987. En su art. 1 define la tortura como "todo acto por el cual se inflinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o de coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Excluye dolores y sufrimientos consecuencia de sanciones legítimas.

El art. 16 incluye el compromiso de los Estados parte "de prohibir en cualquier territorio de su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como la define el art. 1º, cuando estos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona" (256).

La normativa penal española no tipifica de tortura los tratos degradantes, salvo que mediante los mismos se pretenda obtener una

(256) DE LA CUESTA, J.L. - "El delito de tortura", ob. cit., pág. 17, estima que la Convención de N.U. de 1984 define la tortura en el art. 1 como categoría diferente de las penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, que contempla el art. 16.

confesión o información.

Parece que, a pesar de la amplitud de la definición del artículo primero, los redactores de la Convención estimaron que podía dejar algunos comportamientos fuera del concepto tortura, tanto por falta del elemento finalista, como por la gravedad de los sufrimientos inflingidos.

Las Reglas Mínimas de N.U. para el Tratamiento de Reclusos, de 1955, en su art. 31 prohíbe la aplicación, como sanciones disciplinarias, de penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante. Sin embargo no ofrece una definición de lo que debe entenderse por "cruel, inhumano o degradante", para su interpretación deberán seguirse los criterios surgidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por N.U. en 1948, pues, según Garrido Guzmán (257), las Reglas Mínimas constituyen una declaración de principios humanistas, e introducen el espíritu humanitario de la Declaración de Derechos Humanos al sistema correccional.

Mediante Ley 31/1978, de 17 de julio, aún antes de terminar el proceso legislativo que alumbró la actual Constitución de 1978, se introdujo la tipificación del delito de tortura en el ordenamiento jurídico español, añadiendo a tal efecto el art. 204 bis al C.P., modificado posteriormente por la L.O. 3/89.

(257) GARRIDO GUZMÁN, L.- "Manual de Ciencia Penitenciaria", ob. cit. pág. 52.

El vigente C.P./95 tipifica el delito de tortura en el art. 174, diciendo: "Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimientos, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral".

Sanciona la tortura con pena de prisión de 2 a 6 años, si el atentado fuera grave, y de 1 a 3, si no lo es, además de la imposición de la pena de inhabilitación absoluta de 8 a 12 años.

La norma legal no contiene indicación alguna sobre el alcance o significado de la expresión tortura, por lo que, para completar el conocimiento del texto legal debemos acudir al diccionario, donde tortura se define como "acción y efecto de torturar o atormentar" y como "dolor, angustia, pena o aflicción grandes"; torturar, como "causar dolor, o molestia corporal", "dar tormento al reo para que confiese la verdad", y, "causar aflicción, disgusto o enfado" (258), pero incluye la imputación genérica de los atentados de "cualquier otro modo" contra la integridad moral, que es el bien jurídico protegido por la norma.

(258) Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984.

El art. 174 C.P., a diferencia de su precedente (el art. 204-bis) que con defectuosa técnica legislativa (259), constituía un tipo agravado de otras conductas delictivas, constituye un tipo independiente.

No cabe duda que, en el nuevo C.P., el delito de tortura protege la integridad moral o la libertad interna de la persona, que es tanto como proteger lo más íntimo de la dignidad del hombre frente a los posibles abusos de quienes manejan el poder del Estado.

El nuevo delito de tortura se mantiene como un delito especial en tanto el autor o sujeto activo sólo puede serlo una autoridad o funcionario público, pero no hace una remisión en bloque a los delitos de homicidio, lesiones, amenazas y coacciones para describir los actos o el resultado de la conducta que lo integran, sino que detalla los actos realizados por el autor "con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido", abusando de su cargo, por cuyo motivo, si falta este requisito, el delito deberá incardinarse en algunos de los tipos antes mencionados.

(259) Estas imperfecciones técnicas se han puesto de manifiesto por la doctrina. Por todos, MAQUEDA ABREU, M^a.L. "La tortura y otros tratos", ob. cit., pág. 457, para quien "el delito de tortura merece tener un concepto y una autonomía propios", ob. cit., pág. 466, proponiendo, a tal efecto, la siguiente redacción del precepto: "El funcionario público que ejerciere violencias físicas o psíquicas sobre una persona detenida o presa, con el fin de obtener de la misma una confesión o testimonio, intimidarla, castigarla o humillarla, será castigado como reo de tortura con las penas de prisión mayor si las violencias tuvieran la consideración de graves y de prisión menor si hubieren sido menos graves o leves" . El proyecto de C.P. de 1992, en su art. 551, propone una redacción del tipo que, en lo sustancial, no modifica el que actualmente se halla en vigor.

Tales actos consisten en "someter a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan (al sujeto pasivo, a "cualquier persona") sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral", con lo cual la conducta difiere muy poco o nada de la prevista en el art. 173, si bien aquí se detallan los efectos que pueden producir los malos tratos en la víctima.

La descripción de los actos integrantes de la tortura no difiere excesivamente de la contenida en el Convención Internacional hecha en N. Y. el 14-12-84, y debemos entender que el delito se perfeccionará cuando los sufrimientos físicos o morales inferidos sean especialmente graves, atendida su naturaleza, duración y demás circunstancias, con lo que, en concordancia con las convenciones internacionales, el nuevo delito de tortura integra las conductas más graves, constituyendo las que no tienen especial gravedad, ni persigan el fin de obtener una confesión o información, el tipo de delito de tratos degradantes, previsto en el art. 173 y castigado con pena más leve (de 6 meses a 2 años de prisión).

La descripción finalista de la conducta o de los actos realizados se realiza con mayor precisión que en el Código anterior, y casi con las mismas palabras que emplea la Convención Internacional de N. Y..

El número segundo art. 174 define un subtipo referido exclusivamente

a la autoridad o funcionarios de prisiones, pero ampliado a funcionarios de centros de protección o corrección de menores, al igual que el precedente párrafo tercero del art. 204-bis del C.P. de 1973, que cometieren los actos típicos (someter a condiciones o procedimientos que supongan sufrimientos físicos o mentales, o disminución de facultades o que atenten contra la integridad moral) con el móvil finalista de obtener una confesión o información de cualquier persona, puesto que la redacción es idéntica en uno y otro Código.

Para de la Cuesta, el delito de tortura en el C.P./73, es pluriofensivo puesto que ataca la vida, la integridad física y el bienestar personal, y, la libertad; con su tipificación el bien jurídico protegido son las garantías personales más básicas reconocidas en la Constitución (260).

El delito de tortura es siempre doloso y puede presentar diferentes variedades comisivas. Para su consumación, no es preciso que el autor obtenga el objetivo deseado de confesión o testimonio de inculpación. La agravante genérica de alevosía se integra en el tipo, ya que sanciona la conducta del funcionario o autoridad que abusan de la situación de inferioridad o de sometimiento en que se halla la víctima.

El autor del delito deberá ser siempre un funcionario público o

(260) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. - "El delito de tortura", ob. cit., págs. 25, 117 y 122.

autoridad, razón por lo cual es calificado como delito especial.

Las penas establecidas para castigar el delito de tortura son realmente graves, lo que se pone especialmente de manifiesto si las comparamos con las previstas en el art. 533 del C.P. para sancionar las conductas tipificadas como extralimitaciones o infracciones de las normas reglamentarias sobre notificación de internamientos, alojamiento y puesta en libertad de presos, cometidas por funcionario de instituciones penitenciarias, que sólo alcanzan a la pena de suspensión, cuya aplicación permite al penado reintegrarse a la función pública y ocupar el mismo puesto de trabajo, una vez cumplida la sanción penal.

El art. 174 del C.P. sanciona también lo que Puig Peña (261) respecto de la legalidad anterior, denomina "tortura infamante", entendiendo como tal como la acción que cometen "las autoridades o funcionarios públicos que en el curso de un procedimiento penal o en la investigación del delito sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad", ahora expresado como supresión de las facultades volitivas y cognoscitivas.

Esta modalidad del delito refuerza el cumplimiento de los art. 389, 391 y 393 de la L.E.Cri., donde se prohíbe al Juez emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza en las preguntas que se le hagan, o

(261) PUIG PEÑA, F. - Derecho Penal, parte especial, ob. cit., pág. 65.

cuando se le ordene formar un cuerpo de escritura, y, se prevé concederle el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma cuando "el examen se prolongue mucho tiempo" o el número de preguntas que se le hayan hecho sea muy considerable. La infracción de estos preceptos comporta la corrección disciplinaria del Juez, "a no ser que incurriere en mayor responsabilidad", que no puede ser otra que la prevista en el art. 174 del C.P.

Con estas disposiciones se pretende salvaguardar la integridad psíquica o moral de la persona sometida a un proceso judicial, respetando los principios de presunción de inocencia y acusatorio, y evitando cualquier sombra de los antiguos procedimientos de tortura en el proceso penal, de tal forma que nadie declare aquello que no quiera manifestar. El Juez instructor, cada día menos inquisitivo (y, después de las últimas reformas procesales, con un mayor protagonismo como árbitro entre acusación y defensa), en su función de garante de los derechos fundamentales del imputado o acusado, no debe obtener declaraciones por la fuerza del miedo o bajo coacción, ya que corresponde al acusador presentar las pruebas en que se funda.

Esta modalidad comisiva del delito es siempre dolosa, exigiéndose que el sujeto activo tenga conocimiento de la intimidación que realiza (262).

(262) RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.- "Derecho Penal Español, parte especial", ob. cit. pág. 774.

Es de notar que esta modalidad de tortura sólo puede cometerse en el curso de un proceso penal o en la investigación del delito, con lo que, extrañamente, será impune el mismo comportamiento en el curso de otros procesos (civil, laboral, contencioso-administrativo). Quizás la explicación a esta particularidad debamos hallarla en la circunstancia de que en el proceso civil no es el Juez, sino la parte quien formula las preguntas que integran las posiciones que dirige al contrario, pero no podemos perder de vista que cada día se introducen nuevas modalidades o tipos de proceso en los que se faculta ampliamente al Juez para formular preguntas a las partes e investigar de oficio sobre la pretensión objeto de demanda (supuestos de adopción, separaciones conyugales y divorcios), por cuyo motivo parece conveniente revisar este tipo delictivo.

El delito de tortura puede cometerse también por omisión o por responsabilidad mediata, por cuanto el art. 176 sanciona con iguales penas que al autor inmediato a la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, permitiese que otras personas ejecuten los hechos tipificados.

Es necesario hacer también un breve comentario sobre la referencia a la tortura que contienen los arts. 421.3º (tipo agravado del que podemos denominar delito base de lesiones) y 501.4º (tipo agravado de robo) del C.P./73.

Entiendo que en estos casos el C.P. empleaba una expresión del

lenguaje coloquial o la acepción vulgar del concepto jurídico tortura, puesto que es un elemento esencial del delito de tortura que el sujeto activo del mismo sea un funcionario público o una autoridad, y que, la acción se ejecute con la finalidad de obtener una confesión o información. En ambos casos falta el primero de los elementos, ya que el sujeto activo no es un funcionario público o una autoridad, y, puede también faltar el segundo.

Parece que se trata de una traducción de la antigua agravante 5ª del art. 10 del C.P. "aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución", que, como agravante genérica, no sería de aplicación (263).

Tal como indica la S.T.S. de 4-5-84 (Ar. 2470), en estos supuestos debe valorarse el tipo de padecimientos o sufrimientos que sufre la víctima, y, si tales sufrimientos son los mismos que caracterizan la tortura, según su concepto gramatical de "dolor o aflicción grande", estaremos en presencia de dichos delitos. Pero estimo que no cabe una aplicación del concepto jurídico de tortura en los tipos de los delitos de lesiones y robo mencionados.

En el ámbito penitenciario el delito de tortura tiene entidad propia en tanto en cuanto se ha tipificado una modalidad comisiva que sólo alcanza a

(263) En este sentido se pronuncian MAQUEDA ABREU, Mª.L., en "La tortura y otros tratos", ob. cit., pág. 456; QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE en "La reforma Penal de 1983", Ed. Destino/1983, pág. 164, y, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., en "El delito de tortura", ob. cit., pág. 75, para quien el art. 501.4 del C.P. emplea la palabra tortura en sentido descriptivo, desprovisto de todo valor técnico o normativo.

funcionarios de instituciones penitenciarias y de centros de protección o corrección de menores, quienes pueden hallarse incurso en el hecho típico cometiendo aquellas acciones descritas en el primer párrafo, y que al parecer de Tamarit Sumalla, sólo produce el efecto de restringir el ámbito del sujeto pasivo a los internos en centros penitenciarios o de protección o educación de menores.

En su modalidad básica, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sobre la que se realice la conducta típica con la finalidad de obtener una confesión o información i cuando la acción se produzca en el curso de una investigación policial sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito realizados en un centro penitenciario o fuera del mismo, tengan o no relación con el internamiento, ya se lleve a efecto por funcionarios de la policía, o por la Autoridad judicial, contemplando siempre una hipotética situación en la que el interno en el centro penitenciario, sea detenido, preso o penado (264).

(264) DE LA CUESTA, J. L - "El delito de tortura", ob. cit. pág. 183, indica que este supuesto, realizado por funcionarios penitenciarios, "encontraría cabida en las dos constelaciones típicas".

4.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La aplicación de las normas que protegen el derecho a la integridad física y moral, en el ámbito penitenciario, prohibiendo la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, ha sido objeto de diversas resoluciones judiciales, que, generalmente, ponen de manifiesto la vulnerabilidad de los derechos fundamentales en un medio cerrado y aislado como la cárcel.

No existe jurisprudencia estatal sobre la protección de la integridad como bien jurídico independiente y diferenciado, sólo el T.C. se ha ocupado en algunas resoluciones, dictadas en reclamaciones penitenciarias, sobre la calificación del trato dado a los internos, negando que pueda calificarse de inhumano (Ss. 64/83, 103/85, 65/86, 2/87 y 89/87). Sobre esta cuestión las resoluciones que tienen mayor interés, en tanto delimitan los conceptos de tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes, son los del T.E.D.H..

En este apartado se comentarán separadamente las resoluciones judiciales, la mayoría del orden penal, resolviendo actuaciones seguidas por hechos de los que derivan o son constitutivos de lesiones, coacciones, contra la integridad moral y tortura, por este orden, conforme a la normativa anterior al C.P./95.

En cada resolución que se transcribe se menciona la normativa penitenciaria aplicada o que declara infringida.

4.a).- LESIONES

El delito de lesiones era uno de los incluidos dentro del T.VIII, L.II del C.P./73, bajo la rúbrica de delito contra las personas, que incluye también un capítulo dedicado a castigar las conductas homicidas, por ello las resoluciones dictadas en materia de lesiones participan y reiteran los mismos conceptos mencionados en las sentencias transcritas el estudiar el derecho a la vida, ya que vida e integridad física son bienes jurídicos que tiene una base común.

La normativa penitenciaria infringida en los casos de lesiones es la misma que en los supuestos de homicidio o asesinato, puesto que la LOGP reconoce el derecho a la vida, a la integridad física y la salud de los internos, y obliga a la Administración a proteger tales bienes jurídicos, en las mismas disposiciones normativas, los art. 3, 4 de la Ley y 5.3 de su Rgto. de 1981.

Por este motivo, pocas novedades aporta la jurisprudencia en cuanto a la aplicación de la normativa penitenciaria en los supuestos de lesiones causadas a los internos, si la comparamos con lo ya conocido por el análisis de la establecida en los casos de homicidio o asesinato y doy aquí por reproducido todo cuanto se ha transcrito en las páginas dedicadas a reseñar la jurisprudencia en el capítulo dedicado al derecho a la vida.

Son de destacar tres sentencias; dos de ellas, examinan la responsabilidad patrimonial de la Administración por las lesiones causadas,

y la tercera, dictada en el que se conoce como "Caso Rueda", aunque establece responsabilidad civil a cargo de la Administración, se centra, fundamentalmente, en la determinación de la responsabilidad penal de los funcionarios de instituciones penitenciarias que intervinieron en los hecho que, además del delito de lesiones, alcanza también al delito de coacciones.

- S. 16 de julio de 1984, Sala 4ª (Ar. 4.231) - Lesiones sufridas por un recluso cumpliendo un indebido tiempo de condena (al sofocar un motín en el que no tomaba parte, es alcanzado por un bote de humo, pierde visión). Prisión de Carabanchel 19-7-77. Responsabilidad patrimonial del Estado por el perjuicio material y moral causado a quien ha soportado las consecuencias del funcionamiento anormal y normal de los servicios públicos; cuantificación de los perjuicios; nexo causal.- Art. 40 LRJAE (no cita normativa penitenciaria).

Indemnización de tres millones de pesetas.

- S. 26 de diciembre de 1989, Penal (Ar. 9.782) - Asesinato frustrado de un preso por otro preso enajenado mentalmente. Agresión esgrimiendo barra de hierro. - La Ley Gral. Penitenciaria contienen entre otras obligaciones de la Administración competente: las de velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3, nº 4), alojar a los reclusos en celdas individuales o, caso de dependencias colectivas, previa selección adecuada (art. 9, 1º), destinar a departamentos especiales a los peligrosos

(art. 10.1º y 2º) y deficientes mentales (art. 16.d); así como dotar a sus establecimientos de los medios materiales y personales necesarios para asegurar el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines (arts. 14 y 80).- Responsabilidad indemnizatoria de la Administración, art. 106.2 de la C.E. y 40 y 41 LRJAE. (resolución ya reseñada al enumerar las que se ocupan del derecho a la vida).

- S. 5 de noviembre de 1990 (Ar. 8.667) - El llamado "Caso Rueda". Muerte, lesiones y coacciones causadas por funcionarios del centro penitenciario de Carabanchel a diversos presos en 13-3-78. Indemnización de 5.000 pts/día por lesiones. (resolución ya reseñada al enumerar las que se ocupan del derecho a la vida).

Ni en esta sentencia, ni en la dictada por la Audiencia Provincial (265), se hace mención alguna de la normativa penitenciaria al resolver sobre las lesiones inferidas a los internos.

La causación de lesiones, en este caso, es examinada por el Tribunal de instancia y por el T.S. resolviendo la problemática planteada por la necesidad de precisar si existió dolo directo, dolo eventual o culpa consciente en la comisión de los hechos, resolviendo, en ambas instancias, en el sentido

(265) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 1988, publicada en "La Ley", 2988/2, págs. 274 y sig. Sobre la misma escribió un comentario muy crítico MAQUEDA ABREU, M^a L., con el título de "La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: El caso Rueda", publicado en la revista "La Ley", 3/1988, págs. 769 y sig.

de apreciar la existencia de culpa, y condenando a los autores de la agresión por un delito de imprudencia temeraria.

Se examina también el concepto de imprudencia profesional, y la autoría por inducción derivada del mandato, respecto de los directivos del centro penitenciario, dada su condición y como garantes del cumplimiento de la legalidad. En este mismo apartado, rechaza la aplicación de la eximente de obediencia debida.

4.b).- AMENAZAS Y COACCIONES

He encontrado muy poca jurisprudencia sobre delitos de amenazas y coacciones cometidos en el ámbito penitenciario. Posiblemente se debe a que el internamiento en prisión deja un escaso margen a la libertad personal por la imposición de un régimen de vida estricto y controlado hasta el más mínimo de los detalles. Tampoco podemos olvidar la existencia de una cultura carcelaria que impone con fuerza sus códigos de conducta impidiendo el normal funcionamiento del control penal institucionalizado sobre determinados comportamientos de funcionarios e internos. Por otro lado, los delitos previstos en los nos. 4º y 5º del art. 187 del C.P. tipificando determinados comportamientos coactivos de funcionarios, permiten, con su aplicación atender las peticiones de la acusación y los fines de represión contenidos en el ordenamiento penal.

Con estas previas consideraciones, debe señalarse como más significativa, y atendiendo a la fecha todavía reciente en que se dictó, la S.T.S. de 5-11-90 (Ar. 8.667), que resuelve definitivamente el denominado "Caso Rueda", ya mencionada.

En la tan repetida sentencia, confirmando la dictada por la Audiencia Provincial en lo que respecta a las condenas por coacciones, se aprecia la existencia de un delito de lesiones en concurso ideal con otro de coacciones, y, para alguno de los funcionarios condenados, de un delito de coacciones en grado de frustración.

El T.S. no hace ningún razonamiento para mantener o revocar la condena por delito de coacciones en grado de frustración, por lo que debemos acudir a los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial para conocer la fundamentación jurídica de la sentencia en este punto. Dicha sentencia indica, escuetamente que "sólo ha quedado acreditado que dos de los siete reclusos cedieron a la presión de que fueron objeto".

Pero esta solución no parece que sea la correcta, atendiendo al tenor literal del art. 496 del C.P., y a la jurisprudencia que lo interpreta (266).

(266) MAQUEDA ABREU, M^a L. - "La Causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el Caso Rueda", ob. cit. La Ley 3/1980, pág. 770.

La sentencia del T.S. causa sorpresa en tanto deja subsistente el fallo de la Audiencia Provincial que apreció la existencia de cinco delitos de coacciones frustradas, puesto que, contemplando la reiterada jurisprudencia del propio Tribunal en el sentido de que el delito existe aunque no se obtenga el resultado a que se aspira con la coacción (S. 23-2-54), de que es suficiente que se llegue a violentar la libertad de voluntad ajena, sin necesidad de que el culpable delincuente consiga la efectividad de las finalidades posteriores que con su mal comportamiento pretendía alcanzar (S. 6-5-86), que mediando los actos típicos, con la intencionalidad descrita, surge con evidencia el delito (S. 24-2-81) o que, lo esencial es el constreñimiento o compulsión de la voluntad del coaccionado, aunque el culpable no alcance los fines últimos perseguidos con el empleo de la vía física o moral (Ss. de 1-6-66 y 27-4-72, entre otras), es lícito pensar que se apunta un cambio de criterio. Pero también podemos inclinarnos a pensar que estas sentencias son otra manifestación de la tradicional benevolencia con que los Tribunales han venido aplicando la ley penal en el enjuiciamiento de la conducta de los funcionarios, tal como ponen de manifiesto Silva Sánchez (267), Maqueda Abreu (268) y Balaguer Santamaria (269), entre otros.

Sobre la consumación del delito de coacciones, la doctrina también

(267) SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. - "Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario", Anuario Derecho Penal y C. Penales, mayo-agosto/1991.

(268) MAQUEDA ABREU, M^a L. - "La tortura y otros tratos", ob. cit., pág. 444.

(269) BALAGUER SANTAMARIA, J.- "Cárcel y Derechos Humanos", ob. cit., pág. 112.

expresa el criterio de que no es necesario obtener el resultado propuesto, bastando la realización de actos dirigidos a constreñir o forzar la voluntad del sujeto pasivo (270).

Me parece difícil que se pueda mantener una doctrina sosteniendo la posible existencia de formas imperfectas en el delito de coacciones, y en concreto de la frustración, puesto que existiría o no el delito según el sujeto pasivo tuviera mayor o menor fortaleza física o moral; esto es, la imputación del delito ya no dependería del resultado de un juicio de culpabilidad sobre los actos realizados por el sujeto activo. Deberíamos invertir los términos y juzgar la conducta de la víctima, lo que no tiene sentido.

La S.T.S. de 5-11-90, reiterando la doctrina de la dictada en 5-7-85, ésta sobre hechos acaecidos en el centro penitenciario de Herrera de la Mancha, reconociendo el derecho de todo recluso a no ver restringida su libertad más allá de los límites inherentes a la pena, determina que el delito de coacciones absorbe y cubre la antijuricidad de la conducta penada en el art. 187.5º del C.P., usar con los reclusos de un rigor innecesario, "por su mayor gravedad a la ofensa menor representada por el art. 187.5º del C.P.", por cuyo motivo no sanciona separadamente dichos delitos.

Por haber ocurrido los hechos enjuiciados en 14 de marzo de 1978

(270) En contra, CUELLO CALÓN, Para quien es menester la realización de los fines perseguidos para la consumación del delito. "Derecho Penal Español", parte especial. Ed. Bosch/1982, pág. 813.

(doce años antes de dictarse la resolución definitiva), la sentencia aplica el Reglamento de Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, vigente hasta la promulgación de la actual LOGP y de su Rgto. de 1981.

4.c).- EXTRALIMITACIONES COMETIDAS POR FUNCIONARIOS DE PRISIONES

En este apartado encontramos jurisprudencia muy antigua, citada por todos los autores consultados, para después pasar un largo período de tiempo donde se producen escasas resoluciones, generalmente de carácter absolutorio, hasta llegar a fechas recientes en las que se han pronunciado condenas en aplicación de las normas penales contenidas en los apartados 4º y 5º del art. 187 del C.P./73 (actualmente arts. 531 y 533), poniendo de manifiesto la existencia de una mayor sensibilidad, en lo referente al ejercicio y respeto de los derechos fundamentales del individuo, entre los ciudadanos de la sociedad actual organizada jurídicamente en base a la Constitución de 1978.

- S. 6 de junio de 1877. En aplicación del art. 187.5º del C.P. condena al alcaide de una cárcel que coloca a la expectación pública a un preso con grillos en los pies, echados los brazos por detrás y con unas gallinas colgando de los hombros.

- S. 27 de diciembre de 1882 - "Es elemento esencial y característico

del delito ... la lesión del derecho del sentenciado a ocupar dentro del establecimiento el lugar propio de su clase y condiciones, en los términos prevenidos en la ley, por los reglamentos o por la Autoridad, no dependiente del arbitrio de los encargados de su custodia, a quienes no es permitido agravar o empeorar por tal motivo la situación de los presos." (citada por la S.T.S. 14-10-76). Aplica el n° 4° del art. 187.

- S. 22 de mayo de 1888. Apreciando la concurrencia de la eximente 11^a del art. 8 del C.P., absuelve del delito del art. 187.5° , al jefe de un establecimiento penal que para reprimir un tumulto encierra a unos penados en un calabozo, encadena a otros y llega a golpearlos con un bastón de hierro.

- S. 14 de octubre de 1976 (Ar. 4.142). Absuelve a funcionarios de prisiones de los delitos del art. 187 4° y 5°. Fallecimiento de preso que ingresa en estado de gran excitación y es destinado a celda reservada para estos casos e inmovilizado con cinturón y muñequeras para evitar que se cause daños. No estima concurrencia art. 187.4° porque reconocido por A.T.S. se estimó que presentaba una simple excitación nerviosa y se utilizaron medios normales y usuales para estos casos, no siendo la enfermería lugar adecuado para tales situaciones. Error en diagnóstico no es punible en estos casos (siguiendo la jurisprudencia reiterada en supuestos de responsabilidad por actos médicos (271). Reitera doctrina S. 27-12-1882.

(271) En materia de error de diagnóstico médico, es de resaltar la reiterada doctrina

No estima la existencia de delito del art. 187.5º, ya que requiere el empleo de "trato áspero o severo sin otra justificación que su malévola o cruel intención". En el estado que presentaba, los medios de inmovilización empleados son los normales y adecuados. Art. 195 Rgto. Servicios de Prisiones de 1956, sobre traslado a sala de observación internos que enfermaron durante la noche, hasta la llegada del médico. No es aplicable porque no se apreció enfermedad.

- S. 5 de julio de 1985 (Ar. 3.960) - sobre hechos ocurridos en el centro penitenciario de Herrera de la Mancha entre junio y octubre de 1979. Condena a varios funcionarios por un delito del art. 187.5º, usar con los presos de un rigor innecesario, y, por la comisión de delitos de tortura del párrafo 3º del art. 204-bis, del C.P.

Distingue y diferencia las figuras delictivas del art. 187.5º y del art. 204 bis en el fin que impele de la conducta, consistente en el deseo del rigor que resulta innecesario para mantener el régimen disciplinario en el primer precepto, y la finalidad de agravar y aumentar el estado de los reclusos en la segunda infracción. Estima incurso en el art. 187.5º el hecho de golpear insistentemente con manos y puños a los presos cuando eran introducidos en el interior de la prisión, de uno en uno y suficientemente sujetos, y decirles que tuvieran cuidado que estaban en Herrera, así como ejercer violencia física sobre un interno cuando se hallaba en posición de cacheo y dar dos

jurisprudencial contenida en las Ss. 19-3-63, 8-10-63 y 5-7-89, entre otras muchas, en las que se establece su falta de tipicidad, salvo que se deba a error inexcusable.

bofetadas a un interno que se hallaba en estado de gran excitación, comportándose con agresividad hacia el funcionario, con la exclusiva finalidad de calmarle.

El concepto "privaciones indebidas" del art. 187.5º comprende tanto el despojo como el impedimento a utilizar o ejercer los derechos y facultades que los reclusos tienen.

- S. 26 de octubre de 1989 (Ar. 7.752) - Condena por delito del art. 187.4º, en la segunda modalidad. La infracción surge cuando se ordena el ingreso en una celda "negra" o "ciega", cuya utilización estaba prohibida porque carecía de luz y ventilación y no cumplía las mínimas condiciones que el respeto a la persona exige. Refiere escasa interpretación jurisprudencial del precepto penal y reitera doctrina 27-12-1882, añeja en el tiempo pero de doctrina perfectamente asumible.

LOGP, art. 42.4 disponiendo que las sanciones de aislamiento se cumplirán en celdas de análogas características que las restantes del establecimiento. Art. 43.4, el aislamiento se cumplirá en el compartimiento que habitualmente ocupe el interno, y, por propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones. Arts. 111.a) y 112.4 Rgto.

La regla 31 de las Reglas Mínimas de N.U. para el tratamiento de reclusos, prohíbe el empleo de celdas ciegas.

- S. 23 de noviembre de 1989 (Ar. 8.714) - Absuelve delito 187.5° - Centro de Detención Mujeres de Barcelona, asalto comando ETA 27-3-81 y amotinamiento varias reclusas al siguiente día. Sanción de aislamiento en celda, de la que queda exonerada de cumplir por tener un hijo en su compañía, al que se permite efectuar periódicas visitas, conforme al art. 43.3 LOGP. El anómalo suceso permite la aplicación de medios coercitivos previstos en el art. 45, por hallarse comprendido en los apartados a), b) y c) del mismo, y del art. 10, ambos de la LOGP. No se ha dictado ninguna resolución injusta, y los hechos con constituyen infracción del art. 358 C.P.

- S. 31 de enero de 1990 (Ar. 1.017) - Absuelve al Director del Centro de Detención de Hombres de Barcelona del delito de imposición de privaciones indebidas tipificado en el art. 187.5° C.P./73 y del de desobediencia a la autoridad del art. 369 C.P./73, quien en la tarde del 30-1-86 recibió un telegrama del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria notificando que, por Auto dictado en la misma fecha, dejaba sin efecto el acuerdo administrativo en celda a dos reclusos, y no procedió a reintegrarlos al régimen ordinario hasta la mañana del día siguiente, pasando la noche en la celda de aislamiento, entendiéndose el T.S. que “falta el basal elemento objetivo consistente en las privaciones, ya que los hechos probados reflejan como los internos no sufrieron, tras la comunicación de la resolución judicial a la cárcel, merma de los derechos que el ordenamiento penitenciario ordinariamente les reconoce”.

- S. 5 de noviembre de 1990 (Ar. 8.667), Caso Rueda - No aprecia

la existencia del delito del art. 187.4º, tener un preso incomunicado en un lugar distinto al que le corresponda, dadas las circunstancias: situación caótica de la prisión y descubrimiento de un túnel. Estas circunstancias autorizaban la medida de aislamiento acordada conforme al art. 113.B.c) del Rgto. de 2-2-56.

No aplica art. 187.5º, porque el plus de antijuricidad en el rigor empleado con los reclusos, es el que cubre el delito de coacciones que aprecia la sentencia, que, atacando también la libertad, absorbe por su mayor gravedad a la ofensa menor representada por el art. 187.5º.

- S. 2 de febrero de 1996 (La Ley 3.447) condena a varios funcionarios del Centro Penitenciarios de Hombres de Barcelona, como autores de un delito del art. 187.5 del C.P., con la concurrencia de la semieximente del art. 8.11 en relación con el art. 9.1.

La acción será atípica a todas luces cuando la privación impuesta a los reclusos sea debida o cuando el rigor usado sea el preciso. El agente tiene que actuar ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad, y el uso de la fuerza debe ser el exclusivamente necesario.

4.d).- TORTURA

La reciente incorporación de la tortura en el catálogo de conductas

típicas que contiene el Código penal, y la gravedad de las penas previstas para sus autores, podrían hacernos pensar que aún no se ha formado un cuerpo de doctrina jurisprudencial que interprete el precepto, pero lo cierto es que ya contamos con importantes resoluciones en este terreno, donde tiene gran importancia la doctrina establecida por los Tribunales internacionales, en especial el TEDH, en aplicación de las normas contenidas en convenios y tratados, por cuanto los mismos se han incorporado al derecho interno y han influido de manera decisiva en la redacción del art. 204 bis del C.P./73 y en la incriminación de la tortura en el art. 174 del vigente.

A) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- 18-1-78, caso Irlanda contra Reino Unido. Examina si hubo infracción del art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, que dice: "Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes", en la aplicación de las denominadas "cinco técnicas" a 12 personas detenidas entre agosto y octubre de 1971.

Dichas técnicas consistían en: 1) "stress position", mantenerse largo tiempo con las piernas abiertas, de cara a la pared, apoyando los dedos de las manos en la misma por encima de la cabeza y manteniendo los pies separados hacia atrás. 2) Encapuchamiento, cubriendo la cabeza con una bolsa negra o azul marino, que sólo era retirada para los interrogatorios. 3) Ruido. Se mantenía a los detenidos en una habitación donde sonaba un

silbido muy fuerte. 4) Privación de dormir, aplicada a los detenidos antes de ser interrogados, y 5) Privación de alimentos sólidos y líquidos. Se suministraba escasa alimentación la víspera de los interrogatorios o durante los mismos.

El Tribunal estima que el empleo de tales técnicas constituye una práctica de tratos inhumanos y degradantes incompatible con el art. 3 del Convenio. Con la emisión de catorce votos contra tres, determina que tales técnicas no constituyen tortura según el art. 3 del Convenio.

El TEDH considera trato degradante aquel que puede crear en la víctima sentimientos de temor, angustia o de inferioridad susceptibles de humillarle, envilecerle y quebrantar su resistencia física y moral. Tratos inhumanos, los que producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces importantes, y, tortura, los tratos inhumanos deliberados y crueles, que producen graves sufrimientos.

Para el TEDH el elemento que diferencia los tratos inhumanos y degradantes de la tortura, es la intensidad del sufrimiento que se produce en la víctima, correspondiendo el de intensidad mayor con la tortura.

- 25-4-78, Caso Tyrer. Examina también la infracción del art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. En este caso, por la imposición al Sr. Anthony M. Tyrer, ciudadano del Reino Unido, residente en Castletown, isla de Man, por un Tribunal local, de una pena

consistente en recibir tres azotes con una vara de abedul (birch).

El TEDH, por seis votos contra uno, decidió que la pena corporal impuesta al Sr. Tyrer constituye una pena degradante según el art. 3 del Convenio.

La pena inhumana debe alcanzar un nivel de sufrimiento distinto y superior al habitual. Para que exista pena degradante, en la ejecución de la misma debe alcanzarse una humillación o envilecimiento superior al normal que contiene toda pena.

Para que una pena sea degradante, la humillación y envilecimiento que la acompañan debe situarse a un nivel particular y diferente, en todo caso, al habitual de humillación que se contiene en la propia pena. Su apreciación es relativa, depende de las circunstancias del caso y de la forma en que se ejecute.

La pena impuesta al Sr. Tyrer no constituye tortura según el art. 3 del Convenio.

El TEDH expresa sus dudas sobre el mantenimiento en un país europeo como es la Isla de Man, de penas corporales para mantener el orden.

La jurisprudencia del TEDH sigue el criterio sobre la escala graduable

en la tipificación de las diferentes conductas contra la integridad moral de la persona, que van desde los tratos degradantes hasta la más grave infracción penal que constituye la tortura.

B) Tribunal Constitucional

- S. 65/86, de 22-5-86 (no se dicta en materia penitenciaria, sino resolviendo un recurso de amparo que impugnaba, por estimarla inhumana, una pena de reclusión menor) (f.4) "La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena".

- S. 2/87, de 21-1-87 (f.2) "no cabe duda que un cierto tipo de aislamiento en celdas "negras", el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones inhumanas, atroces o degradantes ...".

"La sanción de aislamiento en celda, como tal y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante. No infringe ni el art. 25.1 ni el art. 25.2, ni el art.

15 de la Constitución".

- S. 89/87, de 3-6-87 (recurso de la Asociación Salhaketa) (f.2)
"Negativa a permitir visitas íntimas a los reclusos sometidos al régimen del art. 10. Esa negativa y la consiguiente imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implican tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante" (reitera doctrina S. 65/86, f.4).

- S. 120/90, de 27-6-90 (alimentación forzosa presos en huelga de hambre) (f.9) "Tortura y tratos inhumanos o degradantes son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren sus fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente".

- S. 137/90. de 19-7-90 (alimentación forzosa-huelga hambre) (f.7)
"La autorización de una intervención médica como la impugnada que, en sí misma, no está ordenada a infringir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar los efectos irreversibles de la inanición voluntaria no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o de indignidad".

- S. 57/94, de 28-2-94 (orden dada a un preso consistente en desnudarse completamente y realizar flexiones ante un funcionario, en el

registro efectuado después de una comunicación especial) (f.4, A y B).

Reitera la doctrina de las anteriores sentencias, en el sentido de que las tres nociones recogidas en el art. 15 de la C.E. (torturas, penas o tratos inhumanos, penas o tratos degradantes), son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala, y que, aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que se le pueda considerar como tal en razón de los medios utilizados.

Recoge la doctrina del TEDH en el asunto Campbell y Cosans (S. 25-2-82), donde se establece que para que un trato merezca la calificación de degradante debe ocasionar al interesado, ante los demás o ante sí mismo, una humillación o envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad y este nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso.

Sin embargo, el T.C., después de analizadas las circunstancias del caso, llega a una conclusión negativa y determina que la orden dada al recluso, no infringe la prohibición contenida en el art. 15 de la C.E., porque "se desprende que el contenido de la orden recibida no entrañaba que hubiera de producirse contacto corporal alguno con el sujeto pasivo por parte de otra persona Sin que la queja exprese la duración o número de las flexiones, para poder inferir por su prolongación, que éstas causarían un sufrimiento de especial intensidad. Ni tampoco si el local donde habría de practicarse la medida era o no espacio abierto al que pudieran tener acceso otras

personas.... En suma, no se desprende de las actuaciones que la orden impartida, ni por su finalidad, ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo".

La doctrina del T.C. sigue el criterio de que el concepto jurídico de tortura sólo se aplica al comportamiento más grave de los contenidos dentro de una gama de comportamientos que, infringiendo padecimientos físicos y psíquicos al hombre, tienen por objeto o finalidad obtener una confesión o información sobre sus actos o de actuaciones de terceros, y que, la humillación o envilecimiento, en que consiste la tortura, debe apreciarse de la forma y circunstancias en que se produzcan los actos y de los medios empleados.

C) Tribunal Supremo

En el ámbito penitenciario:

- S. 5-7-85 (Ar. 3.960), Herrera de la Mancha. Las acciones de los funcionarios de instituciones penitenciarias que sanciona el art. 204-bis, párrafo 3º, "exigen, como elemento tendencial, no el fin de obtener una confesión o testimonio, y sí que la actividad o conducta de la Autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias se realice por razón de la calidad del sujeto pasivo, es decir, en consideración a ser personas detenidas o

presas, pues si se les diese el mismo ánimo de finalístico de obtener una confesión o testimonio, quedarían fuera de la acción punible el dolor o el sufrimiento físico infringido al delincuente, no exigido por el régimen penitenciario". Distingue el delito del art. 187.5º y el del 204-bis.3º en el fin que impele de la conducta. Rigor innecesario para mantener el régimen, en el primer caso, y, aumentar y agravar el estado de los reclusos, en el segundo.

- S. 5-11-90 (Ar. 8.667), Caso Rueda. En el delito de torturas del art. 204-bis, el sujeto activo ha de ser forzosamente una autoridad o funcionario público. Iguala la penalidad quienes siendo autoridad o funcionario, faltando a los deberes de su cargo, permiten que otras personas ejecuten los hechos previstos".

No aprecia delito de torturas, por ser los hechos anteriores a su tipificación penal en 17-7-78. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial.

Fuera del ámbito penitenciario:

- S. 4-5-84 (Ar. 2.470), robo con torturas. El art. 501.4 C.P. no puede relacionarse con el art. 204-bis porque el sujeto activo ha de ser, necesariamente, una autoridad o funcionario público. Se ha de acudir al diccionario para esclarecer el concepto, con arreglo al cual "tortura" equivale a dolor o aflicción grande, lo que denominaríamos trato degradante

o brutalidad con la normativa vigente, que no prevé la figura del delito compuesto e impone la punición separada del robo y los actos de violencia contra las personas.

En este sentido, conforme a los actuales arts. 242, 177 y 173 del C.P., el supuesto anterior de robo con torturas del que se derivan lesiones, debe ser penado por los tipos del robo, de lesiones y de trato degradante, en cuanto es un atentado contra la integridad moral.

- S. 10-5-85 (Ar. 2.462), lesiones en el curso de investigación policial. Al golpear al detenido se colocó fuera de la Ley, ya que el art. 15 de la C.E. consagra, entre los derechos fundamentales, el de que nadie puede ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. El art. 204-bis del C.P. no constituye más que un tipo cualificado y agravado del delito, en este caso, de lesiones.

- S. 25-9-89 (La Ley 1989/4, pág. 690), quemaduras en el curso de investigación policial. Lesiones constitutivas de falta prevista en el art. 582 C.P., que se transforman automáticamente en delito conforme al art. 204-bis.2. El delito de torturas representa un instrumento de realización y consolidación del Estado de Derecho. El monopolio de la violencia por parte del Estado ha de estar incondicionadamente al servicio de la Justicia y sólo cuando se desarrolla con estricta sujeción a los principios básicos institucionales y el resto del ordenamiento jurídico, conforme a las ideas que presiden nuestra C.E. y las resoluciones del Consejo de Europa, queda la

fuerza física legitimada.

- S. 10-3-92 (La Ley 1992/2, pág. 831), torturas en el curso de investigación policial. Existe una diferencia entre las torturas y el trato degradante, sin que éste tenga que ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura, implicando este trato degradante quizá una conducta desde la habitualidad, repetida en relación a situación de menor entidad, aunque siempre hiriente a la dignidad porque supone, en todo caso, menosprecio y humillación. El delito de tortura del art. 204-bis C.P. no constituye, en principio, más que un tipo cualificado y agravado de otras infracciones.

V.- DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL

1.- LA INTIMIDAD COMO VALOR JURÍDICO. EVOLUCIÓN

La intimidad es, sin duda, uno de los valores o bienes jurídicos que el hombre de hoy aprecia en mayor grado. Seguramente por añoranza de formas de vida y de sistemas de valores difícilmente recuperables; seguramente, también, por las agresiones que a diario sufre la intimidad personal mediante el desarrollo de nuevas tecnologías (informática, fotografía, TV, etc...), que permiten captar, almacenar y tratar toda clase de datos referidos a los más variados aspectos de la vida privada y actividades de los demás, y, finalmente, como protección individual frente a la utilización abusiva de los datos personales de los ciudadanos por la máquina burocrática del Estado para los más variados fines, desde la organización de la seguridad pública hasta la gestión de las diversas figuras impositivas.

López Díaz (272) explica que el hombre antiguo desarrollaba toda su vida en un espacio público, que inmerso en una sociedad rural no tenía una vida privada, tal como la entendemos ahora, hasta que el asentamiento en la ciudad, con la diferenciación de la vida que llevan las personas “fuera y dentro de casa”, determina la necesidad de proteger la vida reservada o privada (273).

(272) LÓPEZ DIAZ, E. - “El derecho al honor y el derecho a la intimidad”, págs. 169 y sig. Dykinson, Madrid, 1996.

(273) En este sentido, RUÍZ MIGUEL, C.- “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, Madrid, Tecnos 1995, págs, 25 y sig., contempla la intimidad desde una triple perspectiva: como fenómeno (factor socio-económico), como idea (factor cultural) y como derecho (factor político-jurídico).

La Grecia clásica no diferenciaba la vida pública de la privada, y debemos esperar hasta el declive del Impero Romano para que nazca una idea de la intimidad que, sin embargo, no se corresponde con la que tenemos actualmente.

En opinión de López Díaz, hasta el S. XVI no se establece la diferenciación entre lo público y lo privado, acentuándose en el siglo siguiente el sentido de la intimidad, sobre todo, en el ámbito anglosajón, que se refleja en la expresión “My home is my castle”, alcanzando su máximo desarrollo en el S. XIX.

Concebida la intimidad como el derecho al aislamiento, a tener un espacio exclusivo y excluyente sometido al dominio del individuo, se configura de forma paralela al derecho de propiedad en el momento en que la burguesía accede al poder y efectúa una nueva interpretación del derecho a la propiedad superando el orden social establecido por la monarquía absoluta.

Las primeras delimitaciones jurídicas del derecho a la intimidad se producen en los EE.UU. citándose la obra del juez Thomas Cooley, “The elements of torts”, de 1873, donde define la intimidad como “el derecho a ser dejado en paz” o “el derecho a ser dejado tranquilo y solo” (the right to be let alone).

Pero el punto de partida en la configuración jurídica de la intimidad debemos situarlo en la publicación por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis de una pequeña obra en 1890, "The right to the privacy" (274), como reacción a las intromisiones de la prensa en la vida privada del Sr. Brandeis.

Warren y Brandeis sitúan el derecho a la intimidad en el derecho a estar solo, a que le dejen tranquilo, pero no sitúan el derecho a la intimidad como una manifestación del derecho a la propiedad (tal como lo habían ejercido la nobleza y la burguesía europeas), sino como emanación de la libertad.

A partir de este momento se inicia el desarrollo del derecho a la intimidad, su reconocimiento como derecho fundamental de la persona y su constitucionalización.

La intimidad se fundamenta en la dignidad de la persona humana y se configura como un espacio cerrado a los demás donde el individuo pueda desarrollar libremente su personalidad sin injerencias de extraños.

La regulación normativa del derecho a la intimidad es relativamente

(274) WARREN, S.D. Y BRANDEIS, L.D.: en "The Right to the privacy" - Harvard Law Review, 1890 - Vol. IV, nº5, 15 de Diciembre de 1890, pág. 193. Edición a cargo de Pendás, B. y Baselga, P. bajo el título de "El derecho a la intimidad", Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

reciente, se efectúa después de las primeras resoluciones judiciales dictadas para su protección a mediados del S. XIX en Inglaterra y Francia (275), lo que lleva a etiquetar su reconocimiento como un derecho fundamental de tercera generación, y, tal como apunta Martínez de Pisón (276) "hace que muchos aspectos conectados a la intimidad -definición, justificación, ámbito de actuación, eficacia frente a otras categorías morales y jurídicas, entre otros- estén en fase de elaboración y no se encuentren suficientemente perfilados", lo que lleva a la conclusión de que no es fácil saber qué es realmente la intimidad, reiterándose por la doctrina (277) los rasgos imprecisos del concepto.

Ruiz Miguel (278) sintetiza en dos corrientes o teorías la determinación del origen del derecho a la intimidad. La denominada racionalista, que se sitúa en el período de la Ilustración, la revolución burguesa y la formulación de los derechos humanos (que no alcanzó al derecho a la intimidad), y la teoría histórica, que liga el desarrollo de la intimidad a la evolución social de la persona humana, como fenómeno consustancial al ser humano, que establece medios para protegerla desde el

(275) RIGAUX, F. - "La liberté de la vie privée", *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 3/1991, efectúa un análisis sobre la evolución legislativa en la protección de la vida privada.

(276) MARTÍNEZ DE PISÓN, J. - "El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional", Cívitas 1993, pág. 25 y 207.

(277) RUÍZ MIGUEL, C. - ob. cit.

(278) RUIZ MIGUEL, C. - ob. cit., págs. 30 y sig.

momento en que el asentamiento del hombre en el medio urbano, comporta situaciones de riesgo que reducen y violan el espacio de intimidad del individuo. La teoría histórica señala a San Agustín como el primer autor que formuló el concepto y lo incorporó a nuestra cultura.

2.- CONCEPTO

2.a) CRITERIOS DOCTRINALES

Como pone de relieve Herrero Tejedor (279), "ni en el art. 18.1 C.E. ni en ningún otro precepto se aportan más datos respecto a su contenido. Habrá que acudir, por tanto, para averiguar su "contenido esencial", al metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas", y añade más adelante, "uno de los primeros aspectos que salta a la vista a la hora de aproximarse a la idea de intimidad es la diversidad de la terminología utilizada".

Martínez de Pisón (280), dice que todo intento para delimitar el significado de "intimidad" parte de una dificultad previa: no existe un acuerdo generalizado sobre el término concreto a utilizar ni en la vida cotidiana ni entre los que estudian la cuestión. Constata que se utilizan indistintamente las expresiones "intimidad", "vida privada", "esfera privada", "ámbito íntimo" y el neologismo "privacidad" (281), tomado del

(279) HERRERO TEJEDOR, F. - "Honor, intimidad y propia imagen" Colex. 1990 págs. 73 y 78.

(280) MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ob. cit. pág. 28.

(281) Parece que la expresión "privacidad" ha calado en la cultura española ya que incluso el autor de la L.O. 5/92 de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, emplea la palabra sin entrecomillar y de forma repetida en la exposición de motivos de la misma, precisando, además, que el concepto privacidad es más amplio que el de intimidad

mundo cultural de habla inglesa que, generalmente, utiliza el término "privacy".

Creo que la "privacy" se corresponde con nuestro concepto de "intimidad", y por ello no debería utilizarse la expresión "privacidad" por cuanto supone introducir un nuevo concepto y la identificación de un espacio más restringido dentro de la intimidad.

En esta línea, García Vitoria (282), después de transcribir las definiciones dadas por diversos autores, observa que se utilizan a modo de sinónimos palabras tales como "intimidad", "privado" y "reservado" y se pregunta si es idéntico su contenido. En su análisis sigue las tesis de Brícola quien, a su vez, parte de la distinción entre esfera privada e individual de la actividad humana, establecida por la doctrina alemana, con la denominación de "Sphärentheorie" (grados concéntricos de soledad en la vida privada), señalando que la "esfera individual" se divide en tres esferas más particulares: la esfera privada, en sentido estricto (comprende los comportamientos, noticias o discursos que el sujeto desea resguardar del gran público), la esfera confidencial o de confianza (comprende lo que el sujeto participa a personas determinadas que gozan de su confianza), y, la esfera del secreto (comprende noticias, acontecimientos, etc. que el sujeto

refiriéndose, este último, a las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona.

(282) GARCÍA VITORIA, A. - "El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978", Aranzadi 1983, pág. 18 y sig.

hace inaccesibles a todos los demás). Las tres esferas pueden considerarse como tres círculos concéntricos de radio progresivamente menor.

Morales Prats (283), matiza este punto señalando que las esferas se comunican, constituyendo una espiral en la que, según el consentimiento del sujeto, las noticias, los comportamientos, etc. pueden pasar de un ámbito a otro.

Indica que la noción de esfera privada connota un cierto margen de relatividad. Su extensión puede depender de varias circunstancias, como la categoría social, el modo de ser o la notoriedad de la persona. Sin embargo, tal relatividad, como en todos los conceptos de valor, no impide establecer un núcleo mínimo del concepto que puede estimarse constante para la media de los ciudadanos.

Más recientemente, Morales Prats (284) indica que la configuración positiva del derecho a la intimidad ha superado la teoría de las esferas, que sólo permite una construcción negativa de este derecho, en tanto hoy comprende también un ámbito de dominio o control sobre los datos y otras informaciones de la persona, que constituyen su manifestación positiva.

(283) MORALES PRATS, F. - "La tutela penal de la intimidad: privacy e informática", Ed. Destino 1984, pág. 129.

(284) MORALES PRATS, F. - en "Comentarios al nuevo Código Penal", pag. 939, Aranzadi 1996.

García Vitoria, distingue luego entre "derecho a la reserva" y "respeto a la vida privada". El interés a la reserva consiste en el interés de la persona a mantener en el ámbito de la propia esfera privada aquellos actos o acontecimientos que la persona misma desea queden de esta forma, impidiendo la actividad de otros a conocer y descubrir los acontecimientos de la vida privada de otros.

Termina definiendo derecho a la intimidad como facultad, tutelada por el ordenamiento jurídico, que el ser humano posee de aislarse frente a los demás, manteniendo un reducto de su vida o de su personalidad fuera del alcance de las relaciones sociales.

Y, derecho a la reserva, como la capacidad reconocida por el Derecho, que cada persona tiene de mantener en reserva ciertos datos o elementos de su esfera íntima o privada, sustrayéndolos al conocimiento ajeno para evitar su difusión.

Castán, transcribe la definición dada por Iglesias Cubría, para quien "Íntimo es lo reservado a cada persona, o que lícitamente se puede sustraer al conocimiento de otros (285), y reformula la definición diciendo "Íntimo es lo reservado a cada persona, que no es lícito a los demás invadir, ni siquiera con una toma de conocimiento", cuando estudia la teoría general de

(285) IGLESIAS CUBRÍA - "El derecho a la intimidad", Oviedo 1970 - pág. 21-22.

los derechos de la personalidad (286). Después cuando los analiza en particular, se refiere al derecho a la intimidad como derecho a la reserva de la vida privada.

Romeo Casabona (287) define la intimidad como aquellas manifestaciones de la personalidad individual (o familiar) cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre los que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros (entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes públicos).

Para este autor existen determinados aspectos de la intimidad que, por disposición legal o por la propia naturaleza de las relaciones, están abiertos al acceso de terceros, quienes están obligados por ley a mantener su confidencialidad, introduciendo el concepto de confidencialidad compartida.

Serrano Alberca (288), identifica intimidad y vida privada, definiéndola como derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento, en la línea de la formulación realizada por el juez norteamericano Cooley en 1873

(286) CASTÁN TOBEÑAS, J. - "Derecho Civil Español, Común y Foral", Ed. Reus, S.A. 1984, T.I., V.II, págs. 362 y sig.

(287) ROMEO CASABONA, C. - "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante nuevas tecnologías". Poder Judicial, núm. 31, pág. 163.

(288) SERRANO ALBERCA, J.M., comentario al art. 18.1 C.E. dentro de "Comentarios a la Constitución" dirigida por GARRIDO FALLA, Cívitas, 1985, pág. 353.

(289), que otros autores estiman superado.

En su opinión, el ámbito de la esfera privada es relativo, y el mínimo a proteger debe ser fijado por la ley, pero desde ese mínimo existe un amplio campo de actuación que sólo los tribunales podrán valorar atendiendo a los usos sociales y a la situación de las personas afectadas.

Puente Muñoz (290), después de indicar que es difícil decir qué es intimidad, y también difícil decidir cual es esa esfera privada del hombre, qué límites tiene, en qué supuestos más frecuentes se concreta, qué regulación exige, la define como "aquella zona de la individualidad específica del hombre, simplemente. Aquélla que está dentro de su propia interioridad, en la que desarrolla sus propios valores, sus propios principios en absoluta libertad para sentirse él mismo."

Añade que, en la intimidad, el hombre forja su personalidad como consecuencia y como fruto de su libertad para elegir sus normas de conducta. Que la interioridad es lo que diferencia al hombre de los demás individuos de la colectividad. Que el derecho al secreto es esencial a la

-
- (289) ROMEO CASABONA, C., ob. cit., estima superada la doctrina de Cooley. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ob. cit., pág. 26 indica que fueron S.D. Warren y L.D. Brandeis, quienes popularizaron la definición de derecho a la intimidad como "derecho a estar solo" o "a ser dejado tranquilo" en el artículo titulado "The right of privacy (the implicit made explicit)" publicado en Harvard en 1890.
- (290) PUENTE MUÑOZ, T. - "Derecho a la inímidad en el art. 18 de la Constitución núms. 1º y 4º, dentro de "Estudios sobre la Constitución española de 1978", Universidad de Valencia - F. de Derecho 1980, págs. 111 y sig.

libertad, por lo que, si no está protegida la vida privada de cada uno, la libertad no es más que una libertad vigilada, y que, a través de la protección de la intimidad, debemos llegar a la dignidad del hombre.

Esta autora liga la protección a la intimidad, a la protección de dos de los más fundamentales valores consagrados por la Constitución, la libertad y la dignidad de la persona.

Bajo Fernández (291), dice que la intimidad, al margen de todos los problemas semánticos del lenguaje, es ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad.

Actualmente, después de las aportaciones de Westin (292), el derecho a la intimidad se construye, dogmáticamente, en un doble aspecto, tal como indica la S.T.C. 254/93, de 20 de julio:

- En un aspecto negativo, que comprende el derecho a excluir del conocimiento ajeno los datos e informaciones referidos a la propia persona. En lo que se corresponde a la clásica y originaria formulación de los derechos fundamentales del hombre.

(291) BAJO FERNÁNDEZ, M. - "La protección del honor y de la intimidad", ob. cit., pág. 104.

(292) WESTIN, Alan F.- "Privacy and Freedom", Ed. Atheneum, N.Y. 1967/70.

- En un aspecto positivo, como un derecho activo para controlar las informaciones y datos sobre el individuo y su utilización.

El derecho a la intimidad personal forma parte de los bienes de la personalidad (293) que pertenecen al ámbito de la vida privada, y salvaguarda un espacio de intimidad personal y familiar que queda substraído a intromisiones extrañas, en palabras de la S.T.C. 170/87, de 30-10-87, y, como tal, es originario o innato, absoluto (en el sentido de su oponibilidad erga omnes), irrenunciable (294) e imprescriptible.

A la vista de las definiciones ofrecidas, podemos establecer que la intimidad viene determinada por la reserva, entendida como acción de segregar, separar, guardar o retener para sí y de ocultar o cerrar a los demás, determinadas materias o aspectos de la personalidad, así como las actitudes o comportamientos del individuo, que pasan a constituir la vida privada de cada persona, cerrada al conocimiento de los demás, según

-
- (293) Los más clásicos tratadistas de Derecho Civil (CASTÁN, DE CASTRO, ALBADALEJO, por citar los más conocidos), no dudan en incluir el derecho a la intimidad entre los derechos de la personalidad. Más recientemente HERRERO TEJEDOR, F., obra citada, dice: "en conclusión: hoy en día puede afirmarse que el honor, la intimidad y la propia imagen son verdaderos derechos subjetivos encuadrables dentro de la categoría de los derechos de la personalidad", y GARCÍA VITORIA, A., ob. cit., para quien el derecho a la intimidad "aparece inserto en el marco de los derechos de la personalidad".. GINESTA AMARGOS, J. - "Ius Imaginis", Rev. Jurídica de Catalunya, 1983, págs. 897 y sig. BAJO FERNÁNDEZ, M., ob. cit., pág. 99, añade que las dificultades en orden a la conceptualización y concretización de los derechos de la personalidad, afectan también al derecho de la intimidad.
- (294) GINESTA AMARGOS, J. - "Ius Imaginis", ob. cit., pág. 898, indica que el carácter de irrenunciabilidad se refiere, con carácter general, a la protección civil que la ley establece.

decisión adoptada libremente al efecto y el derecho de controlar las informaciones y datos sobre la propia persona, lo que se conoce como "habeas data".

El ámbito o esfera de la intimidad personal lo determina cada persona en particular, según su comportamiento o actitudes, conforme a las ideas y usos sociales de cada momento histórico concreto, lo que, conforme a la L.O. 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sirve para concretar el derecho a la intimidad (art. 2.1).

Pero el derecho a la intimidad no es un derecho ilimitado tal como indica el T.C. en una de sus primeras sentencias, la 41/81, de 8-4-81, "no existen derechos ilimitados". Este principio se aplica también a los derechos fundamentales por el propio T.C., tal como he dejado indicado al principio de este trabajo, citando al efecto el contenido de las sentencias 2/82 y 91/93.

Creo que desde la definición de secreto establecida por el Diccionario de la Real Academia entendiendo por tal "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto", la teoría de las esferas, unida a las manifestaciones negativa y positiva del derecho a la intimidad, permite determinar los límites del contenido del derecho a la intimidad.

Si nos detenemos en un momento es fácil comprobar que cualquier ser humano, empezando por uno mismo, tiene en su poder y dispone de

concretos y determinados datos o noticias que no revela a nadie, que mantiene absolutamente cerrados al conocimiento de los demás. Es el ámbito o esfera de lo secreto, que, en supuestos muy específicos (para el tratamiento de una enfermedad, en el momento de otorgar testamento) transmite a otro u otros, pasándolos a la esfera de lo confidencial, de confianza, o del secreto compartido, donde empiezan las facultades negativas y positivas para evitar la divulgación de tales datos más allá de lo deseado. En la esfera del secreto sólo es posible utilizar facultades negativas o de defensa de la intimidad dado que sólo el individuo tiene conocimiento de los hechos, datos e informaciones que la integran, las facultades positivas o de control se podrán ejercer desde el momento en que otros tengan conocimiento de los datos e informaciones del individuo, cuando ya no están sólo en el dominio de la persona a la que pertenecen tales datos.

2.b) CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El carácter historicista del derecho a la intimidad, configurándose según los usos y convicciones sociales establecidos en cada momento, obliga a efectuar un breve examen de las resoluciones judiciales dictadas en relación al mismo para intentar sistematizar los rasgos o caracteres, según los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la norma jurídica en cada momento.

En el campo de la protección civil de los derechos de la personalidad, la sentencia del T.S. de 6 de diciembre de 1912, constituye el punto de

partida en la senda jurisprudencial (295) que se recorre de forma intermitente, seguramente por falta de conciencia ciudadana unida a la ausencia de una normativa específica, y no se hace continua hasta después de la promulgación de la C.E., cuyo art. 18.1, directamente invocable ante los tribunales, reconoce un derecho subjetivo al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Del contenido de las diversas resoluciones judiciales, aparecen consolidados los siguientes criterios:

- En cuando a la determinación del contenido del derecho.

S.T.S. de 23-12-74, dice que la intimidad es "el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre".

Esta resolución, que configura el derecho a la intimidad en forma negativa, ofrece mayor interés por cuanto se dictó antes la promulgación de la vigente C.E.

S.T.S., de 29-7-89, Sala 4ª, donde se dice que la intimidad "por su

(295) DE CASTRO, F., en "Los llamados derechos de la personalidad", Anuario de Derecho Civil 1950, págs. 1.269 y sig., comenta extensamente esta sentencia, que concede una indemnización económica como reparación a una agresión al derecho al honor cometida mediante la publicación de una noticia en la prensa.

naturaleza comporta un reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompaña a esta última".

Análogamente se ha pronunciado el T.C., en:

S. 73/82, de 2-12-82, donde se dice que la intimidad es "un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren".

S. 142/93, de 22-4-93. donde se contiene una definición coincidente con la expresada por la mayoría de los autores, diciendo: "El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos".

- Sobre la determinación del concepto "intimidad" según el sistema de valores y elementos que definen la cultura de una determinada sociedad.

S.T.S. de 28-10-86, dice, "La esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona mantenga al respecto y sus pautas de comportamiento".

S.T.C. 57/94, de 28-2-94, que cita los 37/89, 120/90 y 137/90. Con

el derecho a la intimidad el ordenamiento protege "el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad".

- Sobre el carácter de derecho de la personalidad.

S.T.S. de 29-3-88, "los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, forman parte de los bienes de la personalidad, que pertenecen al ámbito de la vida privada".

S.T.S. de 15-7-93, Sala 2^a, "los derechos al secreto y a la intimidad, son derechos de mayor valor, y como componentes estructurales básicos al ordenamiento jurídico son permanentes e imprescriptibles".

S. 170/87, de 30-10-87, estableciendo que "los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados en el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad, que pertenecen al ámbito de la vida privada".

- Sobre la íntima conexión del derecho a la intimidad con el reconocimiento de la dignidad humana.

S.T.C. 231/88, de 23-12-88, el derecho a la intimidad deriva sin duda de la dignidad de la persona que implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según

las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

S.T.C. 20/92, de 14-2-92, "la intimidad personal y familiar es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 C.E.) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia con dignidad que a todos quiere asegurar el art. 10.1 C.E."

- Sobre las posibles limitaciones del contenido del derecho a la intimidad.

S.T.C. 73/82, de 2-12-82, que dice: "El derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones a su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula".

S.T.C. 37/89, de 15-2-89, resolviendo sobre la procedencia de investigar sobre el cuerpo del acusado dentro del proceso penal, establece que "la intimidad no es un derecho absoluto", que "puede ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas", y, en consecuencia, que la intimidad no puede, "en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo".

S.T.C. 142/93, de 22-4-93, ya citada, que reitera la doctrina de la S.

73/82, también citada, y reproduce las palabras de la misma.

Martínez de Pisón (296) se lamenta de que este derecho ceda siempre que se argumenten situaciones que el T.C. considera sujetas a una relación jurídica especial.

El. T.S. sigue el mismo criterio, y cabe destacar:

S. 29-1-90, Sala 1ª: "La L.O. 1/82 no parece consagrar la categoría de valor absoluto para los derechos que contempla, en cuanto su art. 8.1 excluye el carácter de intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, llegando, incluso, a decir en su exposición de motivos que los derechos protegidos por la Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados".

S. 15-1-93, Sala 2ª, en el sentido de que "no se ve afectado el derecho a la intimidad personal consagrada en el art. 18.1 C.E., pues se trata de una intervención corporal con finalidad de búsqueda y aprehensión de efectos de un delito contra la salud pública".

S. 6-5-93, Sala 2ª, "Los derechos establecidos por la L.O. 1/82, de 5 de mayo, no pueden estimarse absolutamente ilimitados, ya que imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen

(296) MARTÍNEZ DE PISÓN, J., ob. cit., pág. 204.

expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrían ser reputadas legítimas".

S. 1-3-94, Sala 1ª, sobre la práctica de pruebas biológicas para determinar la filiación, después de indicar que no atentan a la integridad física, establece que "tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación".

- Sobre el contenido mínimo del derecho a la intimidad.

S.T.C. 254/93, de 20-7-93, en relación al uso de la informática y la garantía de la intimidad, dice: "Un primer elemento, el más "elemental", de ese contenido es, sin duda, negativo Ahora bien, la efectividad de este derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria Pues la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada "libertad informática" es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)".

3.- CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La normativa española incluye el derecho a la intimidad dentro de los derechos fundamentales a los que el propio texto constitucional otorga el carácter de derechos públicos subjetivos de aplicación inmediata y directa (S.T.C. 254/93, de 20 de junio) (297) . Se reconoce en el punto primero del art. 18 C.E. que extrema su función garantista del derecho fundamental reconocido y, como si quisiera dejar explícito que no se trata de un reconocimiento estático o pasivo, sino de una obligación impuesta a los poderes públicos en orden a asegurar a los ciudadanos, en todo momento y circunstancia, el reconocimiento y el respeto a su intimidad personal, dice: *"se garantiza el derecho a la intimidad personal"*.

En el punto 3º del mismo art. 18, la C.E. protege otros aspectos de la intimidad, garantizando el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

La primera cuestión que suscita la norma constitucional, que en el punto primero del art. 18 "garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", es determinar si se trata de un solo derecho, o bien si el honor y la propia imagen constituyen derechos

(297) Dice el f.6 de la S.T.C. 254/93 "Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos".

diferentes a la intimidad. Y, siguiendo a Serrano Alberca (298) estimo que el art. 18.1 C.E. reconoce dos grupos de derechos diferentes, el honor, por un lado, y la intimidad y la propia imagen, por otro, en cuyo apartado se incluyen los derechos a la intimidad individual y familiar, a la intimidad genética, inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad informática, al secreto documental, al secreto profesional y el derecho a la propia imagen, cuyas manifestaciones de la intimidad se corresponden a bienes jurídicos protegidos penalmente.

El derecho a la intimidad se concreta en diferentes manifestaciones, algunas de las cuales se reconocen legalmente como derechos independientes. En este sentido, cada autor efectúa su propia lista o relación de las facetas, derechos o ámbitos que comprende el derecho a la intimidad (299), si bien la C.E. sólo menciona expresamente la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, señalando, especialmente, las postales, telegráficas y telefónicas, y, la limitación del uso de la informática.

La protección del domicilio y el secreto de las comunicaciones constituyen manifestaciones del derecho a la intimidad, contempladas por los distintos ordenamientos jurídicos desde antiguo. A este respecto, se hace

(298) SERRANO ALBERCA, J. - en "Comentarios a la Constitución", obra dirigida por F. Garrido Falla, citado.

(299) Por todos, cito dos autoras, López Díaz, E., en "El derecho al honor y el derecho a la intimidad" y, García Vitoria, A., en "El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978", ya referenciadas.

preciso indicar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio se consideró primeramente como una emanación del derecho a la propiedad, y, posteriormente, como soporte de la libertad y de la seguridad personal que, sin perder dicho carácter, la CE sitúa dentro del derecho a la intimidad. La intimidad informática, y la intimidad genética, constituyen las últimas proyecciones del derecho a la intimidad en una sociedad en la que las personas, desde su nacimiento, pueden sufrir agresiones a su intimidad.

Por disposición del art. 10.2 C.E. las normas relativas a la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos se interpretaran conforme a los Tratados Internacionales ratificados por España, que forman parte del ordenamiento interno, y en este caso, se hace preciso acudir al art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10-12-48, al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4-11-50, al art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19-12-65, y, muy especialmente, al Convenio del Consejo de Europa sobre protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales, de 28-1-81, y a la Directiva 95/46 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 24-10-95.

3.a) PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO CIVIL

La protección civil de los derechos de la personalidad, hasta la

promulgación de la L.O. 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se efectuaba mediante la norma general contenida en el art. 1.902 del Código Civil, que impone la obligación de reparar el daño causado a otro mediante cualquier acción y omisión, interviniendo culpa o negligencia (300).

La cláusula general del art. 1.902 C.C. comienza a particularizarse en el ámbito de la protección civil de los derechos de la personalidad más personalísimos, desde la publicación de la Constitución de 1978, que reconoce un derecho subjetivo a la intimidad personal, oponible frente a todos. Y llega a tener regulación específica mediante la citada L.O. 1/82, por lo que puede afirmarse que la protección legal de la intimidad en nuestro derecho es muy reciente, en definitiva, post-constitucional.

Para el ejercicio de las acciones judiciales en demanda de protección de los derechos fundamentales reconocidos, se dictó la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de aprobación casi simultánea a la C.E., que ofrece un procedimiento preferente y sumario en los diversos órdenes judiciales (301), sin perjuicio de acudir a las vías procesales ordinarias. Pero dicha Ley 62/78, no fue inmediatamente aplicable a los supuestos en que se interesaba la tutela judicial por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad

(300) Por todos, ver CASTÁN TOBEÑAS, J. - "Derecho Civil....", citado, T.I. V.II, págs. 371 y 372.

(301) CASAS VALLES, R. - "Honor, intimidad e imagen. Su tutela en la L.O. 1/82", Revista Jurídica de Catalunya, 1989, pág. 291.

personal y familiar y a la propia imagen, originándose una confusión legal al respecto que vino a solucionar definitivamente la L.O. 1/82.

Ya más recientemente, y para la protección de lo que se ha venido en llamar intimidad informática, ha sido promulgada la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter personal (comúnmente conocida por LORTAD), con la que se ha llenado el vacío legal existente al respecto en la normativa española, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 18.4 de la C.E. en orden a la limitación del uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la intimidad personal y familiar.

La normativa internacional antes mencionada, como en otros aspectos, se avanzó con mucho a la española y sus disposiciones han servido de guía o faro al legislador.

Las diferentes facetas o manifestaciones del derecho a la intimidad se hallan protegidas por el ordenamiento civil conforme a las normas, que, para cada una de ellas, se indican seguidamente:

1.- La inviolabilidad del domicilio. Entendiendo por tal un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, según la S.T.C. 22/1984, de 17 de febrero, no tiene una norma civil expresa que la proteja, quedando salvaguardada por la disposición constitucional (art. 18.2),

mediante la cual se garantiza a todos un ámbito o espacio físico reservado a la intimidad, y cerrado a cualquier injerencia de otros que, caso de producirse, se sancionará penalmente.

2.- Derecho al secreto. Secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, según el Diccionario de la Real Academia. En base a esta definición, tal como he dejado anotado anteriormente, entiendo que es secreto aquello que el individuo guarda para si mismo y no comunica a los demás.

Por ello, creo que las definiciones que ofrecen los autores, en el sentido de que es secreto aquello que, siendo conocido por algunos, no es lícito conocer a los demás; o bien el conocimiento reservado a un número limitado de personas y oculto a otros (302), se refieren a lo confidencial, al conocimiento de alguna cosa que el individuo ha decidido sacar de la esfera del secreto para que de la misma tengan conocimiento un número limitado de personas. Con este planteamiento, lo estrictamente secreto, sólo admite un tratamiento negativo, de exclusión y ocultamiento; es una realidad oculta y sólo potencialmente cognoscible previa decisión del titular del derecho.

La confidencialidad, en mi opinión, se corresponde con un concepto amplio del secreto, y constituye un ámbito más extenso.

(302) Por todos, López Díaz, E., ob. cit. pág. 214.

El art. 7.3 de la L.O. 1/82 protege la esfera del secreto estricto tipificando como intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad la revelación de “memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”, esto es, que el individuo guarda para sí y nadie conoce, como pueden ser los diarios o anotaciones conteniendo hechos, reflexiones, proyectos, etc.

El art. 18.3 C.E. garantiza el derecho a las comunicaciones, citando, sólo, las postales, telegráficas y telefónicas, por lo que, cualquier otro tipo de comunicación debe entenderse también protegido por la norma constitucional por disposición tácita.

Las comunicaciones, como vehículo o instrumento de relación interpersonal, sobre todo cuando, debido a la distancia, no pueden realizarse de forma inmediata y directa, necesitan protección legal para garantizar la intimidad del contenido de las noticias o mensajes que se transmiten.

El T.C., en Ss 114/84, de 29 de noviembre, y 127/96, de 9 de julio, reitera que el concepto de secreto tiene carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado; que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma.

La L.O. 1/82, en su art. 7, protege las comunicaciones telefónicas en

su apartado primero, considerando como intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, el emplazamiento de aparatos de escucha aptos para grabar o reproducir la vida íntima de las personas, y, en el apartado tercero, realiza la misma tipificación respecto de la revelación o publicación del contenido de cartas. Entendemos por carta, toda comunicación escrita y cerrada, dirigida a un destinatario concreto.

Pero el denominado derecho al secreto, en sentido amplio, incluye también el secreto profesional, como salvaguarda de la intimidad de quien ha dado conocimiento de todo o parte del contenido de su esfera de secretos a otras personas, generalmente dedicadas profesionalmente a la prestación de servicios, a quienes las normas imponen un deber de secreto, cuyo quebrantamiento, revelando los datos de otra persona conocidos a través de la actividad profesional, constituye una intromisión ilegítima en la intimidad conforme dispone el art. 7.4 de la L.O. 1/82.

En este apartado se incluyen:

a) Abogados y Procuradores. Protegiendo el secreto de los hechos, noticias y demás confidencias que los clientes realizan a sus Abogados y Procuradores no sólo se garantiza el derecho a la intimidad, también se protege el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 C.E.

Abogados y Procuradores, en su actividad profesional, actúan como garantes de la tutela judicial, como defensores y representantes de las partes

ante los órganos jurisdiccionales, y, de manera especial, cuando reciben el encargo de forma institucional en aplicación de las normas sobre asistencia jurídica gratuita, hoy contenidas en la L.O. 1/1996, de 1 de Enero (303).

Respecto de los Abogados, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por R.D. de 24-7-82, impone en su art. 41, el deber y el derecho de guardar secreto profesional, como elemento fundamental del Estado de Derecho, proyectado tal deber jurídico en el proceso penal, de tal forma, que el Abogado defensor puede abstenerse de prestar declaración sobre los hechos conocidos en su actividad profesional respecto de su cliente (art. 416 de la L.E.Cri.). Posibilidad esta que, se convierte en obligación legal haciendo aplicación de las disposiciones del Estatuto General de la Abogacía y el art. 18 de la C.E. que impone su rango preferente y fundamental en la interpretación del texto de la L.E.Cri. de 1881.

En cuanto a los Procuradores, su Estatuto General de 30-7-82, en el art. 3, impone también a tales profesionales la obligación de guardar secreto respecto de los hechos, documentos y situaciones referidos a sus clientes que hayan conocido en el ejercicio de su actividad.

b) Notarios. A pesar de que es función del notario dar fe pública de

(303) PÉREZ DEL VALLE, C.- "La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión penal", ponencia presentada en el curso sobre responsabilidad penal del Abogado, impartido los días 17 y 18-12-96 por el Ilre. Colegio de Abogados de Madrid, quien cita al respecto a Otto, Hübner, Dreher-Tiöndle, Lackner, y, especialmente, Schmidhäuser en "Strafrecht". Besonderer Teil, Zübingen, 1983.

los actos en que intervienen, la Ley Notarial de 28-6-1862 y su Reglamento, disponen que los protocolos son secretos, con lo cual se garantiza que sólo las partes podrán tener acceso a los mismos.

c) Fedatarios mercantiles. De forma semejante a los notarios, los Corredores de Comercio tienen la obligación de guardar secreto respecto de las negociaciones que hicieren en virtud de lo dispuesto en los arts. 106 y 95 del Código de Comercio.

De forma semejante el art. 81 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores fija las normas a que debe sujetarse la conducta de los agentes señalando que las personas y entidades que actúen en el mercado de valores “deben salvaguardar los datos e informaciones, sin perjuicio de la colaboración con las autoridades judiciales y administrativos”.

d) Personal sanitario. Se acostumbra a mencionar el secreto médico, pero estimo que el punto tercero del art. 10 de la Ley General de Sanidad de 25-4-86, que reconoce a todos los usuarios de los servicios sanitarios el derecho “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias” comporta el correlativo deber de tales instituciones y del personal que trabaja en las mismas, cualquiera que sea su categoría laboral y cualificación profesional, de guardar la confidencialidad de los datos sanitarios y de estancia o internamiento de los enfermos y/o usuarios.

e) Personal bancario. Establecido desde antiguo el secreto bancario, su vigencia se ha visto afectada por la tensión derivada de las necesidades recaudatorias del Estado Social de Derecho, que precisa conocer la capacidad económica de sus ciudadanos.

El resultado final ha sido la limitación o reducción del ámbito del secreto bancario frente a las Administraciones públicas, para mejorar su eficacia recaudadora y garantizar la contribución equitativa de todos los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos. En este sentido se ha pronunciado el T.C. en Ss. de 26-11-84 y 11-3-94, entre otras.

f) Periodistas. A pesar de que el Estatuto de la Profesión Periodística de 13-5-67, reconoce el secreto profesional, lo cierto es que los periodistas no pueden abstenerse de declarar ante el Juez penal.

Es un secreto a medio camino, en espera de que el legislador cumpla el mandato de proceder a su regulación en cumplimiento del art. 20.1 d) C.E..

g) Religiosos. Las raíces cristianas de la cultura occidental han institucionalizado desde antiguo el reconocimiento del secreto religioso o secreto de confesión, que hoy encuentra su justificación en la libertad de conciencia, reconocida en el art. 20.1.a) C.E..

El art. 417 de la L.E.Cri. dispone que no podrán ser obligados a

declarar “los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes”.

3.- **Secreto informático.** Entendiendo por tal el derecho informático o a la autodeterminación informática que permite salvaguardar los datos individuales de la persona en los supuestos en que sean objeto de tratamiento mediante técnicas informáticas o de procesamiento de datos. Como he mencionado anteriormente, la LORTAD, de 29-10-92, regula la utilización de datos de carácter personal y su tratamiento informático, para proteger la intimidad de las personas, encargando a la Agencia Estatal de Protección de Datos (art. 36) las funciones de velar por el cumplimiento de la norma y de preservar la intimidad informática de los ciudadanos, confiriéndole facultades sancionadoras.

El peligro que comporta el uso de la informática respecto del bien jurídico intimidad, se hizo evidente desde los primeros momentos de aplicación de tales técnicas que incluyen la recogida de datos, su procesamiento o tratamiento, y su transmisión o transferencia.

La primera ley que reguló su utilización fue la del Parlamento sueco de 11-5-73. A partir de este momento se aprecia su generalización en los distintos ordenamientos jurídicos que, en nuestro caso culmina en el art. 18.4 C.E. y en la LORTAD.

4.- **La intimidad genética.** El desarrollo tecnológico permite conocer el código genético de las personas, contenido en la molécula denominada

A.D.N. (ácido desoxirribonucleico) que se halla en los genes.

Los genes permiten conocer las enfermedades que puede padecer una persona, el color de su cabello y de sus ojos y otras muchas características. El mapa genético del individuo, conocido por genoma, puede ser manipulado y modificado tanto para prevenir probables enfermedades o deformaciones, como, para lo contrario. Las manipulaciones sobre el genoma humano también pueden servir para producir seres de unas determinadas características (totalmente alienados y dominados) y reproducirlos de forma idéntica (los llamados clónicos), como medio para perpetuar una situación dominante o de poder.

Por ello se hace imprescindible una regulación legal sobre el conocimiento, investigación y utilización de los datos genéticos, a fin de evitar atentados contra la dignidad humana. Los avances son espectaculares y causan gran impacto social (basta citar la atención que ha merecido en los medios de comunicación, en la primavera de 1997, la clonación de una oveja) (304).

En este terreno contamos con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana, que, en el momento de su promulgación se puso en la vanguardia legislativa y, actualmente se ve

(304) Por todos, ver el comentario de Quintana Trias, O., en "Diario Médico" de 6-3-97, quien refiriéndose a este hecho, considera que "ha excitado la imaginación de la opinión pública" y recuerda que "la clonación de seres humanos atenta contra la dignidad de la persona".

superada por los avances científicos. La Ley 35/88 sólo autoriza la investigación sobre preembriones in vitro viables con fines de diagnóstico, terapéuticos o preventivos, y, si no se modifica el patrimonio genético no patológico (art. 15.2.b).

La misma Ley, prohíbe, aplicando las máximas sanciones, la creación de seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos destinados a la selección de la raza (art. 20.2.B.k) y 1), disposiciones suprimidas por el C.P./95, que las incorpora como conductas penalmente típicas en los arts. 159 y 161), la selección de sexo, la comercialización con preembriones y la obtención de preembriones por lavado uterino para cualquier fin.

Ruíz Miguel señala la existencia de una laguna del ordenamiento en este campo (305), y propone acudir al concepto de “intimidad corporal” para impedir que mediante actuaciones sobre el cuerpo humano se puede violar la intimidad genética del individuo.

5.- Derecho a la información. El goce del derecho a la intimidad puede resultar limitado por el legítimo ejercicio del derecho a la información, también reconocido como fundamental en el art. 20 C.E., que, sin embargo, por disposición expresa de su número cuarto, tiene su límite cuando topa con el derecho a la intimidad.

(305) Ruíz Miguel, C. - ob. cit.pág. 107.

Con tales disposiciones se adivina enseguida la tensión existente entre ambos derechos, que, además se ve fomentada por el art. 8.1 de la L.O. 1/82, donde se establece que no se consideraran intromisiones ilegítimas en la intimidad las actuaciones en que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

La jurisprudencia se ha mostrado vacilante en esta cuestión distinguiendo lo que son opiniones de lo que es simple relación de hechos ajustada a la verdad, y el derecho colectivo a la formación de una opinión en base a la verdad de la información contenida en los medios informativos. Así unas veces ha primado el interés público o general sobre el particular, y se ha limitado el derecho a la intimidad, y, otras, cuando el informador no ha respetado la verdad, o ha vertido opiniones, introduciendo elementos subjetivos en la noticia, se ha dado primacía al interés individual.

En base a la S.T.S. de 14-2-92, López Díaz, E.(306), estima que la intimidad prevalece sobre la libertad informativa con carácter general, cuando los datos, hechos o situaciones no tienen interés público, y que la mera curiosidad o el entretenimiento en las parcelas de la vida ajena, que el interesado ha preservado del conocimiento público, no justifica la divulgación de dato alguno, aunque sea veraz o fácilmente contrastable.

3.b) PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO PENAL

(306) LÓPEZ DÍAZ, E., ob. cit., pag. 296.

En el campo penal, la protección de la intimidad personal y familiar, se efectúa mediante la tipificación delictiva de aquellos comportamientos que constituyen los más graves atentados al efectivo goce del derecho (307), y, de manera especial, las infracciones cometidas por funcionario público. El C.P. de 1973 no otorgaba una protección genérica a la intimidad, ni le daba un tratamiento autónomo.

El C.P. de 1995, con mejor sistemática que el derogado de 1973, dentro del L. II, dedica el T. X a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 197 a 204), y el T. XI a los delitos contra el honor (arts. 205 a 216), otorgando protección penal a los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, reconocidos en el art. 18 C.E.

Dentro del T. XXI, dedicado a los delitos contra la Constitución, la Secc. 2ª del Cap. V, tipifica especialmente los delitos cometidos por funcionarios contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (arts. 534 a 536).

Estas disposiciones tipifican especialmente las extralimitaciones que puedan cometer las autoridades y funcionarios públicos que en el curso de

(307) LUZÓN PEÑA, D. - "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", ADPCP 1988, pág. 39, dice que, tradicionalmente ha tenido una protección penal muy limitada y fragmentaria, tanto en las legislaciones extranjeras como en la nuestra.

una investigación penal, “mediando causa por delito”, lesionando el derecho a la intimidad como consecuencia de actuaciones realizadas vulnerando las disposiciones constitucionales que garantizan su vigencia.

La normativa penal vigente establece un tratamiento diferenciado en la tipificación y sanción de los atentados que pueden cometer las autoridades y funcionarios públicos contra el bien jurídico intimidad, en el supuesto de que la acción penal se haya realizado “mediante causa por delito” o no. En el primer supuesto, entendiendo que la extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, comporta menor gravedad penal, impone sanciones más leves que en el castigo de aquellas conductas contra la intimidad cometidas con prevalencia de cargo, esto es, cuando se actúa sin mediar causa por delito.

El legislador de 1995 protege penalmente, por primera vez, la intimidad de las personas jurídicas, en los arts. 202 a 204 C.P.

La intimidad genética se halla penalmente protegida por primera vez en el T. V del L. II., arts. 159 y 160.

El C.P/95 protege penalmente diferentes ámbitos de intimidad, armonizando la normativa penal a las disposiciones de la LORTAD y sancionando la intromisión ilegítima en el ámbito íntimo mediante el abuso de medios técnicos (audiovisuales, informáticos, electrónicos) que se hallan en constante proceso de innovación. Podemos desglosarlos de la siguiente

forma:

1.- Protección del contenido material de la intimidad.

Se contiene en el C. I del T. X del C.P., que incluye la descripción de las diversas conductas penales alrededor del art. 197 el cual, en su larga y compleja redacción, constituye el eje vertebrador en la tipificación de las conductas contrarias a la intimidad, configurando diferentes tipos básicos y agravados, con la siguiente estructura:

A.- Tipo básico.- Descrito en el art. 197.1 que sanciona con penas de uno a 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses los actos de apoderamiento de papeles, cartas o efectos personales, y de interceptación de comunicaciones, con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro.

Esta disposición contiene la protección penal del secreto de las comunicaciones, y de manera especial, las postales, telegráficas y telefónicas, reconocido en el art. 18.3 C.E.

Cabe resaltar el elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad de descubrir, en el sentido de conocer lo que se mantiene reservado o secreto por otro, o la voluntad de vulnerar su intimidad. Por ello, el consentimiento del sujeto pasivo, o la existencia de una causa legal que autorice el apoderamiento o la interceptación, convierten la conducta en

penalmente atípica.

Constituye lo que la doctrina identifica como delito mutilado en dos actos, por cuanto su consumación se produce con el simple apoderamiento con la finalidad o intención de descubrir datos, hechos o noticias mantenidos en secreto por el sujeto pasivo, aunque del apoderamiento o interceptación no resulte el descubrimiento de ningún secreto, en cuyo caso el delito quedará consumado pero no agotado.

Morales Prats (308) estima superflua la referencia al secreto en el tipo penal, dado que el secreto es un elemento instrumental, siendo la intimidad el único bien jurídico protegido. Y ciertamente es así, pero estimo que si admitimos la existencia de una esfera o ámbito de estricto secreto en la configuración de la intimidad, distinta de la confidencialidad, cerrada a todos, cuyo contenido sólo conoce cada persona, entendiéndolo que la referencia al secreto no resulta superflua.

Se distinguen claramente tres modalidades o ámbitos de actuación penal: El apoderamiento de papeles, cartas o documentos; la interceptación de telecomunicaciones mediante artificios técnicos, y, la vulneración del derecho a la imagen, que, por su peculiaridad, presentan algunas diferencias.

a) Apoderamiento de papeles, cartas o documentos.

(308) MORALES PRATS, F. - "Comentarios al nuevo C.P.", ob. cit., pág. 945.

El tipo básico del art. 197.1 supera las limitaciones técnicas de su precedente (el art. 497 C.P/73) provocadas por los avances en el campo de las telecomunicaciones, la electrónica y los audiovisuales. En este sentido, además de incluir los mismos objetos que la norma derogada, hace mención expresa del correo electrónico incluyendo, también, la expresión “cualesquiera otros documentos o efectos personales”, mediante la que se da cobertura penal a posibles actuaciones futuras realizadas con medios o sobre documentos ahora desconocidos.

Para Morales Prats el art. 197.1 limita artificialmente el ámbito de tutela penal de la intimidad exigiendo la correspondencia de titularidad entre el titular del bien jurídico intimidad y el titular de la materialidad del objeto (papeles, cartas, etc.), y estima que debería haberse optado por suprimir el posesivo “su” en la descripción de la actuación penal.

La interceptación de la correspondencia privada, postal o telegráfica, constituye un tipo penal específico de autoridades y funcionarios públicos, cuando tiene lugar, mediando causa por delito, con violación de las garantías constitucionales o legales, y se castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años, conforme al art. 535.

b) Interceptación de telecomunicaciones.

El tipo básico de los delitos contra la intimidad incluye también la sanción de los actos de control audiovisual clandestino realizados mediante

la interceptación de las telecomunicaciones, o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, o cualquier otra señal de comunicación.

Se configura también un delito mutilado en dos actos, que tiene por finalidad descubrir aquellos datos que otro mantiene en el ámbito secreto de su intimidad, y que incluye una descripción amplia de las posibles modalidades o medios de comisión utilizando las expresiones “cualquier otra señal de comunicación” y “artificios técnicos” que ha de permitir la aplicación de sanciones en el futuro a conductas realizadas con el empleo de medios ahora desconocidos.

El tipo incluye la interceptación de las comunicaciones telefónicas inalámbricas, pero la doctrina no es unánime respecto de la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas con el consentimiento de uno de los interlocutores (309), entendiendo que el consentimiento del emisor sólo abarca la escucha de la conversación y no alcanza a su grabación, y con la grabación se vulnera el derecho al control sobre las conversaciones privadas.

Se tipifican conductas especialmente graves que por la indefensión en que colocan a la víctima que, ante la colocación de medios de escucha y

(309) CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en “Comentarios al C.P./95”, ob. cit., pág. 999.

grabación ocultos o en lugares fuera de su alcance que, además, incorporan grandes avances técnicos. Tales comportamientos, calificados como de especialmente insidiosos, para un sector de la doctrina, deberían merecer una sanción penal más grave.

El art. 536 sanciona la conducta de la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, intercepta las telecomunicaciones o utiliza artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales, con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 2 a 6 años, estructurando un tipo penal especial (contempla la actuación de las autoridades o funcionarios “mediando causa por delito”) en paralelo al tipo básico.

c) Vulneración del derecho a la imagen.

La protección penal de la imagen anunciada en la rúbrica del T. X del C.P. sólo se contiene en último inciso del art. 197.1 (y en el art. 536, respecto de las actuaciones de autoridades y funcionarios contra la intimidad, mediando causa por delito).

Esta modalidad delictiva requiere el elemento subjetivo que consiste en realizar una actuación que tenga por finalidad descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la persona cuya imagen es objeto de captación, grabación, transmisión o reproducción, y contempla el empleo de medios