

Juan Ocón García*

La captación subrepticia de imágenes íntimas en la vía pública (con ocasión del asunto A Maruxaina)

Sumario

1. Introducción – 2. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen en la Constitución Española – 2.1. ¿Derecho a la intimidad en la vía pública? – 3. Las distintas vías de protección de la intimidad y la imagen en el ordenamiento jurídico español – 3.1. La vía civil – 3.2. La protección penal – 4. La compleja determinación de la norma aplicable – 4.1. La adecuación de la conducta al tipo penal – 4.2. La existencia una intromisión grave en la intimidad – 5. Conclusiones.

Abstract

La grabación de mujeres orinando en la vía pública para su difusión a través de Internet ha generado en España cierto revuelo mediático, pero sobre todo ha planteado una compleja cuestión jurídica respecto a la respuesta que deba dar el ordenamiento. El artículo analiza los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, especialmente en cuanto a su eficacia en la vía pública. Además, examina las normas que el ordenamiento dispensa para su protección en sede civil y penal, y trata de aportar criterios para la determinación de la norma aplicable.

La registrazione di immagini di donne che urinano su strade pubbliche per la loro successiva diffusione attraverso Internet ha suscitato un certo scalpore mediatico in Spagna, ma soprattutto ha sollevato una complessa questione giuridica circa la risposta che l'ordinamento dovrebbe offrire. Lo scritto analizza i diritti fondamentali alla privacy e alla propria immagine, soprattutto in termini di efficacia sulla strada. Inoltre, esamina le regole che l'ordinamento giuridico dispensa per la sua tutela nei procedimenti civili e penali e cerca di fornire criteri per determinare la norma applicabile.

The recording of women urinating on public roads for broadcast on the Internet has generated a certain media stir in Spain, but above all it has raised a complex legal question about the response that the legal system should give. The paper analyzes the fundamental rights to privacy and one's own image, especially in terms of their effectiveness on public roads. In addition, it examines the rules that the legal system dispenses for its protection in civil and criminal proceedings, and tries to provide criteria for determining the applicable rule.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de La Rioja. Trabajo realizado en el marco del Proyecto «El nexo dato científico/tecnológico derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales»; Proyecto DER-FUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Introducción

Durante la celebración de una fiesta popular en agosto de 2019, muchas mujeres, al igual que quizá hombres y a falta de mejor opción, acudieron para aliviar sus necesidades fisiológicas a una plazoleta medianamente apartada y reservada. Al haberse instalado previamente diversas cámaras a tal fin, se registraron grabaciones de las mujeres que evacuaban sus orines y posteriormente fueron incorporadas a determinadas páginas web dedicadas a la divulgación de contenidos de carácter erótico¹.

El juzgado encargado de la investigación acordó el sobreseimiento provisional al considerar que, al realizarse las grabaciones en un lugar público, los hechos no eran constitutivos de delito. Decisión que fue confirmada con ocasión de la resolución del recurso interpuesto contra el primer auto, concluyéndose que los hechos debían ser, en su caso, sancionados en la vía civil. Por su parte, la Audiencia Provincial decidió revocar el auto de sobreseimiento ordenando continuar con la investigación para determinar el carácter público o reservado del lugar de los hechos y las condiciones y finalidad de los dispositivos de grabación colocados.

No se pretende, ni ello es posible, realizar un comentario jurisprudencial al uso, dado que no existe siquiera una resolución sobre el fondo del asunto. Se trata simplemente de analizar, a partir de los hechos conocidos y de la problemática jurídica que traslucen las resoluciones de trámite, una cuestión que tiene difícil respuesta en el ordenamiento jurídico español, a saber, si la captación de imágenes íntimas en la vía pública exige una respuesta punitiva o, por el contrario, una meramente indemnizatoria en la vía civil.

2. Los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen en la Constitución Española

El artículo 18.1 de la Constitución Española garantiza «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». A pesar de la abigarrada redacción de la norma, esta recoge claramente tres derechos autónomos que, por tanto, poseen diferentes objetos y contenidos.

En lo que ahora interesa, el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la intimidad se dirige a proteger un ámbito reservado del individuo frente a la acción y conocimiento de los demás: «lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de la vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada»².

La ausencia de una definición constitucional y legal del concepto de intimidad responde a sus dificultades semánticas y su carácter dúctil y evolutivo, en tanto que su «extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico»³.

Ello explica que el Tribunal Constitucional haya seguido predominantemente un criterio material en su delimitación, considerando ese ámbito reservado como aquel «necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»⁴. En ocasiones, no obstante, ha parecido avalar una versión subjetiva de la intimidad, apoderando al propio titular del derecho para su configuración al afirmar que «corresponde a cada persona acotar el ámbito de la intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»⁵.

1 Hechos extraídos del Auto de Audiencia Provincial de Lugo, núm. 890/2021, de 11 de noviembre de 2021.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2003, de 8 de mayo (FJ. 21).

3 Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre (FJ. 4).

4 Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre (FJ. 3); 197/1991, de 17 de octubre (FJ. 3); 57/1994, de 28 de febrero (FJ. 5); 207/1996, de 16 de diciembre (FJ. 3); 202/1999, de 8 de noviembre (FJ. 2); 127/2003, de 30 junio (FJ. 7); 77/2009, de 23 de marzo (FJ. 2) y 25/2019, de 25 de febrero (FJ. 4).

5 Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006, de 3 de julio (FJ. 5). A estos dos posibles modos de delimitación se refiere también la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando afirma en art. 2.1 que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia».

Sea como fuere, el derecho fundamental atribuye a su titular «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido»⁶.

La esfera de la vida personal que la intimidad pretende confinar abarca diversas facetas o dimensiones: la situación económica (Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2005, de 26 de septiembre; FJ. 4), las conductas y preferencias sexuales (Sentencia del Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de septiembre; FJ. 5), o la información relativa a la salud (Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo; FJ. 2). También, en lo que hace al caso, comprende la intimidad corporal, dirigida a proteger «el sentimiento de pudor personal en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad», un ámbito que, como constructo cultural, no se identifica con el de la realidad física del cuerpo humano, sino que viene determinado «por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal», que podrá llegar a depender, por tanto, de la significación simbólica atribuida a las diversas partes del cuerpo objeto de la intromisión (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero; FJ. 7).

Por su parte, el reconocimiento del derecho fundamental a la propia imagen se dirige a proteger la iconificación, esto es, la representación gráfica del aspecto físico de la persona en tanto que «instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual»⁷. Su contenido se cifra en la facultad de «impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, con independencia de la finalidad perseguida por quien la capta o difunde»⁸.

Por tanto, la captación de la imagen de una persona puede constituir tanto una lesión de alguno de los derechos analizados como de ambos, en función de si las imágenes reproducen algún aspecto de su intimidad y, al tiempo, de la persona misma a través de sus rasgos físicos (propia imagen)⁹.

Es fácil convenir, y no parece haberse puesto en duda en el procedimiento, que la captación no consentida de imágenes de una persona mientras atiende sus necesidades fisiológicas constituye una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad¹⁰. En primer lugar, porque se trata de un acto reservado según las pautas sociales imperantes que rigen en su delimitación y, además, porque exige la exposición de partes del cuerpo amparadas por la aludida intimidad corporal; más notable, en el caso de la micción femenina¹¹. A su vez, si las imágenes permitieren la identificación de las personas filmadas, los hechos constituirían una lesión simultánea de su derecho a la propia imagen.

2.1 ¿Derecho a la intimidad en la vía pública?

Se trata ahora de determinar si la conclusión alcanzada —la aparente lesión de la intimidad— debe modificarse por haberse realizado la actividad enjuiciada en la vía pública, elemento que constituye la *ratio decidendi* del sobreseimiento inicial del Juzgado de Instrucción¹².

En una primera aproximación podría decirse, con razón, que la reserva del conocimiento ajeno de determinados aspectos de la vida privada no se compadece con su exposición voluntaria y consciente en la vía pública. El concepto de reserva alude a una actitud de discreción de quien la pretende y encuentra,

6 Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero (FJ. 5).

7 Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2013, de 21 de octubre (FJ. 6). *Vid.* A. Pascual Medrano, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero (FJ. 5).

9 *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio (FJ. 3).

10 Se ha señalado que podrá entenderse vulnerado el derecho a la intimidad siempre que la captación se produzca de forma disimulada, camuflada o subrepticia, y ello con independencia de la naturaleza de los hechos captados: «a nuestro juicio no carece de fundamento dogmático la idea de que la vulneración de este derecho se hallaría siempre presente, en tanto que el procedimiento utilizado privaría a las personas afectadas de la facultad de decisión sobre su propio ámbito reservado, privado y personal. En una cámara oculta, la persona que es objeto de la misma revela —y consiente— opiniones o hechos en un determinado y específico marco objetivo y subjetivo, que no es público, al margen del lugar físico donde se realicen y de su tenor material. De forma que la falsedad de dicho marco conllevaría *per se* la intromisión en un ámbito privado para la que se carece de consentimiento». *Vid.* A. Pascual Medrano, *La captación subrepticia y difusión pública de imágenes de las personas en el ámbito periodístico: las cámaras ocultas*, en *Revista general de derecho constitucional*, 2012, 15, p. 15.

11 La grabación de imágenes de mujeres orinando en los aseos de un centro escolar constituye el objeto del procedimiento de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 917/2016, de 2 diciembre de 2016.

12 El lugar de filmación no tiene relevancia en el derecho a la propia imagen que faculta a su titular para impedir su obtención con independencia de la finalidad perseguida y, por tanto, de la ubicación donde se produzca la captación de la imagen.

por tanto, su ámbito espacial ideal en lugares *cerrados*, especialmente en aquellos configurados como domicilio, tradicionalmente dotado de una protección constitucional específica.

Sin embargo, no es posible afirmar la completa irrelevancia del derecho a la intimidad en la vía pública en todo caso.

En la doctrina se ha señalado que la exposición pública de la imagen íntima puede comportar un consentimiento tácito a su eventual captación¹³. Sin embargo, aunque podría entenderse válido respecto a la percepción inmediata y directa de quienes se encuentren en ese lugar, no cabrá extenderlo a la obtención de las imágenes por medios técnicos con cualquier fin, incluso, como en el caso, para su posterior divulgación a terceros no presentes.

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, al menos respecto de la ponderación entre los derechos fundamentales a la intimidad y a la libertad de información, afirmando que «la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero, FJ. 5) y que, por tanto, «el carácter público del lugar donde se obtienen las imágenes no ubica necesariamente al afectado fuera del ámbito de protección inherente al derecho a la intimidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2015, de 16 de febrero, FJ. 5)¹⁴.

Además, mediante la recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo respecto a la interpretación del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵, y con base en el criterio formal de delimitación de la intimidad referido *supra* —«corresponde a cada persona acotar el ámbito de la intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»—, el Tribunal Constitucional ha incorporado el criterio de la expectativa razonable de privacidad:

«Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores»¹⁶.

Es decir, la posible eficacia del derecho a la intimidad en la vía pública podrá depender de la actitud de su titular de procurarse un espacio dotado de una razonable reserva.

13 «El ámbito en el que se desarrolle la escena en cuestión puede expresar, en algunas ocasiones, una renuncia fáctica del sujeto al control exclusivo de una posible grabación, lo que equivaldrá a considerar la existencia de un consentimiento tácito». Cfr. C. Juanatey Dorado, A. Doval Pais, *Límites de la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes*, en *La protección jurídica de la intimidad*, J. Boix Reig (dir.), Madrid, Iustel, 2010, p. 168. Consideramos, no obstante, que no resulta necesario ni adecuado recurrir al concepto de consentimiento, respecto del que la ley exige en todo caso que sea expreso (vid. art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Resulta más preciso articular la ausencia de vulneración del derecho con base en los propios actos de su titular, que constituye un criterio de delimitación previsto legal y jurisprudencialmente.

14 En consecuencia, ha considerado que debe rechazarse «que el carácter accesible al público de algunas dependencias del establecimiento hotelero tenga la capacidad de situar la actuación de los demandados extramuros del ámbito de protección del derecho a la intimidad, pues ante una faceta estrictamente reservada de su vida privada y no existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por los titulares de los derechos afectados, se produce una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad», cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2013, de 21 de octubre (FJ. 7). En similar sentido, respecto de la captación de fotografías en la vía pública, Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014, de 27 de enero (FJ. 4).

15 «There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive factor». Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2001 (asunto P.G. y J.H. contra Reino Unido, §57).

16 Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, de 30 de enero (FJ. 5).

3. Las distintas vías de protección de la intimidad y la imagen en el ordenamiento jurídico español

Los derechos a la intimidad y la propia imagen son, en primer lugar, y como todos los que se integran en la categoría de fundamentales, derechos públicos subjetivos, derechos de defensa del ciudadano frente a la actividad del Estado. Pero, a su vez, poseen una dimensión objetiva por la que operan como principios de ordenación de la actividad de los poderes públicos¹⁷.

Esta doble dimensión, además de imponerle su no vulneración, sujeta al Estado a la obligación positiva de contribuir a su eficacia, también en las relaciones entre particulares¹⁸.

Para dar cumplimiento a este deber de protección, el ordenamiento jurídico español dispone tanto normas penales como civiles que contienen supuestos de hecho en los que son subsumibles los hechos que tratamos. La decisión de qué vía de protección deba activarse en cada caso constituye precisamente el objeto controvertido. A su examen dedicaremos las siguientes páginas¹⁹.

3.1 La vía civil

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ha desarrollado conjuntamente los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE.

El tratamiento unitario de los tres derechos es también la regla seguida en la descripción de las conductas consideradas como intromisión ilegítima, que se enumeran en el art. 7 sin referencia expresa al derecho fundamental implicado en cada caso²⁰.

Los dos primeros apartados prevén conductas que comprometen al derecho fundamental a la intimidad y en las que es posible subsumir los hechos: 1. «El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas; y 2. «La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción».

Por su parte, el apartado 5, relativo al derecho a la propia imagen, considera intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos».

De este modo, la protección civil alcanza, respecto a la captación no consentida de imágenes, tanto al derecho a la intimidad —imagen como registro gráfico del hecho íntimo—, como a la propia imagen —registro o difusión de la imagen identificable de una persona—.

Las conductas descritas no incorporan requisitos locativos que hagan desmerecer la protección civil cuando la captación de la imagen se produce en lugares públicos. El emplazamiento de aparatos de filmación o dispositivos ópticos se persigue «en cualquier lugar» (art. 7.1) y la captación de la imagen de una persona se considera intromisión ilegítima «en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos» (art. 7.5).

17 Sentencias del Tribunal Constitucional 21/1981, de 15 de junio (FJ. 10), 25/1981, de 14 de julio (FJ. 5), 18/1984, de 7 de febrero (FJ. 6), 53/1985, de 11 de abril (FJ. 4) y 245/1991, de 16 de diciembre (FJ. 5). Sobre la incidencia en diversos ordenamientos de la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales, véase, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, en *Rivista gruppo di pisa*, 2016, 2.

18 Esta doctrina también ha sido acogida en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «*The Court reiterates that the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. However, this provision does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there are positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves*»; cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 2013 (asunto Söderman contra Suecia, §8).

19 Además, las imágenes registradas en soportes físicos constituyen datos de carácter personal siempre que identifiquen o permitan la identificación de la persona (Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 11 de febrero, FJ. 5), por lo que existirá una tercera vía de protección, ejercitable junto a alguna de las anteriores, mediante la reclamación administrativa frente a la Agencia Española de Protección de Datos. *Vid.* arts. 63 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

20 No resulta en absoluto problemático la ubicación de cada conducta descrita en el objeto de alguno de los tres derechos fundamentales que la ley se desarrolla. Para una clasificación, *vid.*, *v.gr.*, P. Grimalt Servera, *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 63 ss.

La única referencia locativa que actúa como criterio de exclusión es la prevista en el art. 8.2.a) respecto de la delimitación entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información: «el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público».

Se trata en todo caso de una previsión que no opera en el caso analizado, ya que los requisitos previstos poseen carácter cumulativo, exigiéndose la condición pública tanto de la persona como del acto o lugar en que la imagen es captada²¹.

No parece, por tanto, problemático el encaje de los hechos en las conductas descritas en los apartados 1, 2 y 5 del artículo 7 de la Ley, lo que daría lugar a la tutela prevista en su art. 9 encaminada al cese de la intromisión y la reparación indemnizatoria del daño²².

La cuestión a resolver es si la respuesta en vía civil es la única posible o si, además, los hechos son subsumibles en las conductas tipificadas en las normas penales de protección de la intimidad.

3.2 La protección penal

El art. 197.1 del Código penal regula el delito de descubrimiento y revelación de secretos, con el siguiente tenor literal:

«El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

El apartado tercero prevé el subtipo agravado, elevando la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Como ha señalado la jurisprudencia, se trata de un delito de compleja tipicidad al acoger acciones diversas. En lo que al caso respecta, interesa la modalidad conocida como «control auditivo y visual clandestinos», descrita en el segundo inciso del apartado 1: la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen²³.

En cuanto a la realización de los elementos del tipo basta con la utilización de artificios técnicos de grabación de la imagen (elemento objetivo) con la finalidad de vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), sin que sea necesario alcanzar el resultado²⁴.

En sede penal, por tanto, se dispensa protección únicamente a la intimidad, pero no al derecho fundamental a la propia imagen, y ello pese a que el Título X del Libro I en que se inserta la norma lleva por rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio»²⁵.

21 Además, y a pesar de que no es un requisito exigido por el art. 8.2.a), se ha entendido necesaria la concurrencia efectiva de un interés público informativo que justifique la utilización sin consentimiento de las imágenes en cuestión. A. Pascual Me-drano, *Personajes públicos y derecho a la propia imagen*, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2055, 17, p. 18. Sobre la interpretación de la noción de «lugares abiertos al público», véase I. Lazkano Brotóns, Iñigo, *Personajes públicos, actos públicos y lugares abiertos al público. La necesidad de reformar la Ley Orgánica 1/1982 para adaptarla a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada*, en *La ética y el derecho en la producción y el consumo del entretenimiento*, Valencia, Fundación COSO, 2006, pp. 295 ss.

22 Podría operar también en este caso el apartado sexto, que considera intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»; y ello en tanto que las grabaciones fueron posteriormente difundidas a través de páginas web de contenido erótico, algunas de ellas de acceso mediante pago.

23 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1219/2004 de 10 de diciembre de 2004 (FJ. 8.a).

24 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 694/2003, de 20 de junio de 2003 (FJ. 5).

25 El art. 193 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal era el único precepto del Capítulo II del Título IX y llevaba por rúbrica «Delitos contra la propia imagen». Su apartado primero disponía que «el que atentare contra la intimidad de otra persona mediante la utilización de su imagen, por cualquier medio y sin su consentimiento, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses». Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994. Es decir, el precepto se dirigía a sancionar, como el actual art. 197.1 y pese a su rúbrica, las conductas que, a través de la imagen, vulnerasen la intimidad, pero no la mera imagen física reconocible de una persona que integra el objeto autónomo del derecho fundamental a la propia imagen. Sobre el iter legislativo de este precepto *vid.* L. De Las Heras Vives, *El derecho a la propia imagen en España. Un análisis desde el derecho constitucional, civil y penal*, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2018, 8, pp. 448 ss.

Es decir, la imagen se protege únicamente en tanto que *vía o recurso* material de plasmación de la intimidad²⁶.

4. La compleja determinación de la norma aplicable

La configuración normativa de las conductas es, como hemos visto, ciertamente similar en vía penal y civil. En el primer caso, se considera punible la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción de la imagen para vulnerar la intimidad de otra persona. Por su parte, la norma civil define como intromisión ilegítima el emplazamiento y utilización de aparatos de filmación, dispositivos ópticos o cualquier otro medio para conocer, grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

La determinación de la respuesta que deba dar el ordenamiento ante unos hechos como los descritos constituye la incógnita nuclear del caso comentado, cuya dificultad viene determinada por la ausencia de criterios específicos tanto en la legislación, como en la doctrina jurisprudencial y científica.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 pareció establecer una regla favorable a la aplicación de la norma penal, al afirmar que «en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece». Se trata en todo caso de una regla interpretativa que no posee carácter normativo y cuya aplicación jurisprudencial no ha tenido acogida.

En la doctrina, Romeo Casabona propone acudir a dos criterios sucesivos para resolver la dicotomía protección penal–protección civil: «el primer criterio decisivo será el de la adecuación de la conducta a un tipo penal o no, incluido el tipo subjetivo —el dolo—. En segundo lugar, los tribunales han apuntado a una exigencia de cierta gravedad en la intromisión en la intimidad para que pueda ser considerada delito, lo cual parece razonable desde el momento en que el legislador ha optado por prescindir de las faltas para este tipo de infracciones y, lógicamente, deben marcarse niveles de separación cuantitativos (por razón de la gravedad) entre uno y otro ilícito, puesto que son los únicos posibles estructuralmente»²⁷.

Dedicaremos los apartados que siguen al examen de estos criterios dada su relevancia para los hechos objeto de este comentario.

4.1 La adecuación de la conducta al tipo penal

En cuanto al cumplimiento del elemento objetivo del tipo, esto es, la utilización de artificios técnicos de grabación o reproducción de la imagen, se ha señalado por la doctrina la necesidad de que la captación sea de carácter subrepticio, no estando justificada la intervención represiva en el supuesto simple de mera captación no consentida²⁸.

No es este, sin embargo, un elemento relevante para nosotros, puesto que las imágenes fueron captadas con ocultación de los dispositivos de grabación y, por tanto, sin oportunidad de manifestar su rechazo o de adecuar su conducta a dicha circunstancia.

26 La distinción entre protección penal de la imagen íntima y de la propia imagen de forma autónoma se aprecia con nitidez en el Código Penal portugués. Al primer objetivo se encamina su art. 192: «*Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual: [...]; b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos*». Por su parte, el bien jurídico protegido por el art. 199.2 es la propia imagen en sentido estricto: «*Na mesma pena incorre quem, contra vontade: a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos*».

27 C.M. Romeo Casabona, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 59 s.

28 Vid. A. Jareño Leal, *El derecho a la imagen como bien penal*, en *La protección jurídica de la intimidad*, J. Boix Reig (dir.), Madrid, Iustel, 2010, p. 113. La jurisprudencia infiere el requisito de la grabación subrepticia de «la utilización por el legislador de la expresión “artificios” —por la nota disimulo, doblez o habilidad que contiene su significado— y la naturaleza clandestina de los sistemas de captación o apoderamiento de la intimidad que caracterizan las otras de modalidades típicas (interceptación de telecomunicaciones o de otra señal de comunicación)», cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 122/2020, de 17 de febrero de 2020 (FJ. 4).

Los dos Autos del Juzgado de Instrucción que, en un primer momento, acordaron el sobreseimiento provisional, basaron su decisión en la atipicidad de los hechos por haber sido realizados en la vía pública²⁹.

También la doctrina ha considerado que la captación de imágenes íntimas en la vía pública deberá acogerse en sede civil, descartándose la intervención penal. Así, se ha afirmado que «parece evidente que no existe ilícito cuando se captan imágenes de terceros en la vía pública, puesto que se trata de un ámbito en el que, por definición, no es posible llevar a cabo una actividad íntima», descartando asimismo que la difusión o posterior reproducción de dichas imágenes pueda constituir delito³⁰.

No consideramos, sin embargo, que el lugar donde la imagen sea captada pueda utilizarse para excluir la tipicidad de la conducta, y ello porque la norma no incorpora en su definición requisito locativo alguno, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno³¹.

El artículo 197 del Código Penal fue modificado en el año 2015, incorporando, entre otras cuestiones, un nuevo delito dirigido a castigar la difusión no consentida de imágenes privadas, en cuya descripción típica sí prevé un requisito espacial respecto de la captación de las imágenes³². Pues bien, aunque esta norma no resulte de aplicación al caso, sí puede tener cierta importancia interpretativa.

En primer lugar, porque demuestra que la ausencia de referencias locativas en la definición de la conducta punible del art. 197.1 no puede ser entendida como un olvido del legislador necesitado de integración jurisprudencial³³.

Pero, sobre todo, porque el art. 197.7 no se circunscribe únicamente a la captación de imágenes en espacios cerrados. Junto al domicilio se prevé, trasladando a la norma la doctrina de la expectativa razonable de privacidad, «cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros», permitiendo así su persecución aun cuando las imágenes hayan sido tomadas en la vía pública. Así lo ha interpretado la Fiscalía General del Estado, afirmando que el lugar de captación debe ser «un espacio físico excluido, *en ese momento*, al conocimiento de terceros», pudiendo tratarse de «un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas»³⁴.

Es decir, si el 197.7, especialmente acotado como vemos, considera posible la vulneración de la intimidad en la vía pública, no puede descartarse respecto del 197.1, en que el legislador ni siquiera realiza referencia alguna al lugar de captación de la imagen. Las circunstancias espaciales y temporales podrán determinar el grado de desvalor de la acción, su gravedad al cabo, pero no el juicio de tipicidad.

Respecto al elemento subjetivo del tipo, la conducta ha de ser dolosa, no siendo posible su comisión imprudente, lo que tendría lugar, por ejemplo, mediante el registro de imágenes íntimas por videocámaras instaladas por motivos de seguridad. Al emplear el precepto la preposición «para», la grabación debe llevarse a cabo con la expresa finalidad de vulnerar la intimidad de otra persona³⁵.

29 Así, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Viveiro, de 15 de marzo de 2021, que acordó en un primer momento el sobreseimiento provisional, considera que, al realizarse las grabaciones «en un lugar público en la que podía ser vistas [*sic*] por cualquier persona que por allí transitase, [...] no suponen ningún ataque ni vulneración de la intimidad en el sentido recogido en el artículo 197 del CP». En similares términos se expresa el Auto del mismo Juzgado de 6 de septiembre de 2021, que, resolviendo el recurso de reforma interpuesto contra el primero, afirma: «debe tenerse en cuenta que cuando el precepto comentado se refiere a la utilización de artificios técnicos para captar la imagen se refiere a la instalación clandestina de aparatos de filmación en lugares cerrados o el empleo de dichos medios para grabar desde fuera lo que sucede en un lugar cerrado siendo atípicas las grabaciones clandestinas efectuadas en lugares públicos, las cuales tendrán su tratamiento sancionador en la vía civil al amparo de los dispuesto en la LO 1/1982».

30 A. Jareño Leal, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, Iustel, 2008, p. 109.

31 Así sucede en el art. 201A del Código Penal alemán («*in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet*»), en el art. 226-1.2º del Código Penal francés («*dans un lieu privé*»), o en el art. 614 (por remisión del 615 bis) del Código Penal italiano («*nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi*»).

32 «Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia *en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona». *Cursiva añadida*.

33 Existen, además, condenas en aplicación dicha norma por la captación de imágenes en lugares públicos. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 282/2010, de 26 de marzo de 2010, respecto de la filmación con un teléfono móvil por debajo de la falda de la víctima cuando ambos se encontraban en un centro comercial.

34 *Vid.* Circular 3/2017, de 21 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, ap. 1.2, p. 6.

35 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 694/2003, de 20 de junio de 2003 (FJ. 5).

En el caso concreto, puede apreciarse la concurrencia del elemento subjetivo en la colocación subrepticia de las cámaras, en su ubicación en un lugar cuya utilización para atender las necesidades fisiológicas en circunstancias similares era conocida y en el destino de las grabaciones, que fueron alojadas en una web pornográfica.

Atendiendo además a elementos o criterios de perspectiva de género en la aplicación e interpretación normativa de creciente relevancia ordinamental, los hechos objeto del proceso —la captación de imágenes de personas orinando para su posterior difusión en plataformas divulgativas de contenidos sexuales— afectan en la práctica totalidad de los casos a mujeres con la finalidad de vulnerar su intimidad, frente a otras finalidades posibles como la simple mofa o la denuncia de la actitud incívica por producirse en la vía pública, en las que el género carece —o debiera carecer— de relevancia.

4.2 La existencia una intromisión grave en la intimidad

Superado el juicio de tipicidad, el segundo criterio que se ha entendido determinante para la activación de una u otra vía es el de la gravedad de los hechos, considerándose que, en aplicación del principio de intervención mínima, el derecho penal solo debe actuar cuando la intromisión en la intimidad sea de especial gravedad pues, de lo contrario, la jurisdicción civil menguaría su misión³⁶.

Según dijimos, es en esta sede donde debe atenderse al lugar donde la imagen fue captada. Así parece haberlo entendido el Tribunal Supremo cuando afirma que «la intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se *atenúa* cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que *en línea de principio* debe generar una respuesta extrapenal»³⁷.

No es posible, por tanto, descartar de plano la reacción punitiva ante la grabación de imágenes íntimas en la vía pública. El principio de intervención mínima se dirige especialmente al legislador penal, quien, en su ponderación de la gravedad de los hechos merecedores de sanción, no ha considerado oportuno excluir aquellos que se produzcan en lugares públicos.

Las circunstancias contextuales de la grabación podrían, por la propia actitud del sujeto pasivo, atenuar la lesión en la intimidad, pero no hacerla desaparecer. Es por ello necesario acudir a otros criterios.

El primero de ellos, y el más evidente por su reflejo normativo, es del número de personas objeto de grabación. Se trata de un criterio de gravedad que viene determinado por la propia norma con ocasión de las reglas de perseguibilidad.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 200 CP) son infracciones penales semipúblicas o cuasipúblicas, esto es, no son delitos perseguibles de oficio, sino que requieren para su procedibilidad denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 201.1 CP).

No obstante, el art. 201.2, ponderando los intereses de la víctima y los fines del derecho penal, desplaza la perseguibilidad privada a la acusación pública en determinados casos; entre ellos, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, supuestos en que «el conjunto de los derechos subjetivos afectados adquieren una transcendencia social que debe tutelarse con la intervención del Derecho penal»³⁸.

La especial gravedad de los hechos justifica la respuesta penal en cumplimiento de su finalidad de prevención general:

«[...] la pena ha de operar en estos casos disuasoriamente con el fin de prevenir conductas similares del mismo autor o de otros que pudieran realizar actos de pareja entidad, ya que desbordan los márgenes propios de un grupo familiar o de otra índole integrado por un número escaso de personas cuya intimidad resulta vulnerada. Se atiende así también a la tutela del bien jurídico de la intimidad pero apreciado o calibrado desde una dimensión más social o colectiva. Tanto el interés de la víctima o agraviado como el de la generalidad de los ciudadanos son intereses públicos, pero a la hora de tutelarlos se acude en mayor o menor medida al *ius puniendi* atendiendo al grado de menoscabo del interés general que ocasiona la conducta delictiva»³⁹.

Por último, es posible acudir a otros dos criterios que, según creemos, avalan la reacción penal: la difusión de las imágenes y la finalidad lucrativa.

36 En este sentido, entre otros, L. Arroyo Zapatero *et al.* (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007, p. 472 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 146/1999, de 23 de marzo de 1999.

37 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1219/2004, de 10 de diciembre de 2004 (FJ. 8.a). Cursiva añadida.

38 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 917/2016, de 2 de diciembre de 2016 (FJ. 2.2).

39 *Ibidem*, FJ. 2.3.

Se trata de dos elementos que comportan un incremento de la lesión del bien jurídico, por lo que el legislador los ha configurado como tipos agravados en los apartados 3 y 6 del art. 197 CP⁴⁰.

Respecto al primero de ellos, la norma equipara las conductas de difundir, ceder o revelar, siendo posible la existencia del tipo agravado por la transmisión de las imágenes a una sola persona⁴¹. Resulta evidente, sin embargo, que el desvalor de la acción y, por tanto, la gravedad de la lesión en la intimidad, es mayor cuando las imágenes captadas se ponen a disposición de una generalidad indeterminada de personas que cuando se envían o revelan a un solo contacto.

Por tanto, consideramos que, en el caso comentado, no es posible rechazar de plano la intervención del Derecho penal. Presumiblemente las imágenes fueron captadas de forma subrepticia en un lugar razonablemente apartado de las miradas ajenas, afectando a varias decenas de mujeres, para su posterior divulgación a un número potencialmente ilimitado de personas mediante su incorporación a páginas web de contenido pornográfico, algunas de ellas con acceso mediante pago.

5. Conclusiones

La captación no consentida de imágenes de personas orinando en la vía pública, que abrigan una razonable expectativa de privacidad atendidas las circunstancias espacio-temporales de su práctica, constituye una injerencia en su derecho fundamental a la intimidad personal. Además, en caso de que mediante las imágenes pudieran identificarse sus rasgos físicos, dicha conducta afectará a su derecho fundamental a la propia imagen.

En la determinación de la respuesta jurídica, en vía civil o penal, frente a la conducta descrita, no es posible utilizar como criterio determinante la ubicación de los hechos, dado que la tipificación de la norma no contiene requisito locativo alguno.

Será necesario acudir, cumplidos los elementos del tipo, a otros criterios que determinen la gravedad de la conducta, como la modalidad subrepticia de la captación, el número de víctimas, su posterior difusión o la finalidad lucrativa perseguida.

40 Dispone el 197.3 que «se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores». Por su parte, el primer inciso del 197.6 establece: «si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior».

41 C.M. Romeo Casabona, *cit.*, p. 147.