

Ast. 3-194-5

342.7

EDITOR: Universidad de Oviedo
IMPRIME: Imprenta Grossi - Santa Susana, 12 - Oviedo
N.º Depósito Legal: O - 350 - 1970

317 426

Libro 119564

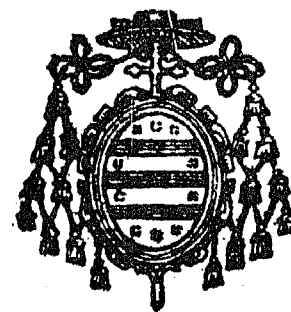
MANUEL IGLESIAS CUBRÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

El derecho a la intimidad

DISCURSO INAUGURAL

DEL AÑO ACADÉMICO 1970-71



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

1970

R. 79.338



Rector Magnífico:

Excmos. e Ilmos. Srs.:

Compañeros, alumnos, señoras y señores:

Tradicionalmente se iniciaba este acto dando cuenta del movimiento del personal durante el curso precedente, hasta que la nueva planificación universitaria dispuso que esta relación se incluyera en la Memoria anual; mas habiendo cesado en este año, por alcanzar la edad de jubilación, los Profs. de la Facultad de Derecho, Ilmos. Srs. D. Luis Sela Sampil y D. José María Serrano Suárez, cuyas lecciones de Derecho internacional y procesal, respectivamente, recibí hace ya más de 25 años en las aulas de esta Universidad, séame permitido en esta solemne ocasión, que ordinariamente es imposible se presente más de una vez en la vida docente, dejar testimonio de gratitud a su magisterio brillante y dedicar, a la vez, este trabajo a cuantos con el estudio o el ejemplo de solicitud de su vida, me dieron la dicha de aprender y pronunciar esta lección —que todo hombre ha de pasar—, y que sintetizo en tres palabras:

Saber estar solo.

El derecho a la intimidad

I. - Introducción

Las relaciones jurídicas, como la parte más cualificada de las relaciones sociales, implican la existencia de una norma —o idea— prejurídica, que entraña el *derecho a la comunicación* con nuestros semejantes, como un derecho innato, sin necesidad de definición¹, ni de especial protección. Si la *total comunicación*

* El derecho a la intimidad personal, como todo derecho humano, ha de ser estudiado con valor universal —en todo lugar y tiempo—, y así es nuestra concepción; sin embargo, desde el punto de vista de las legislaciones positivas, nuestra labor se limita al entorno más próximo y a la hora actual.

(1) Creo que éste es uno de los conceptos prejurídicos, preexistentes a todo ordenamiento, en el sentido que nos hablan DE FRANCISCI y KOSCHAKER, y que analicé en mi trabajo: *Las ideas nomogénicas en la creación del Derecho*, publicado en la Rev. Facul. Der. de Madrid, núm. 19 (1949), pág. 157 y ss.

La expresión “derechos originarios y esenciales”, propuesta por TRABUCCHI, FUNAIOLI y seguida por BORREL y MACIÁ, en *La persona humana*, Barcelona, 1954, página 14, al igual que la de “derechos necesarios”, propuesta por BARBERO, no expresan más exactamente la idea de que esos derechos nacen con el hombre, y aún más, preexisten a cada uno singularmente considerado, y condicionan la sociedad. Sobre esta terminología vid. también SANTINI, G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Pádua, 1959, pág. 12, n. 29 y 30. DE CUPIS, A., *diritto della personalità*, Milán, 1959, pág. 22 y ss.

fue un ideal platónico² e incluso la Patrística la presenta como una norma de vida común³, que es precedente de la doctrina de Lenin⁴, de la que se aleja el hombre en la medida en que crece su egoísmo y la sociedad le permite una vida independiente, hasta el punto de constituir luego “el comunismo puro” una

(2) Se atribuye a Platón haber concebido una sociedad ideal de tipo comunista en su *República*, cuya perfección se propone alcanzar en *Las Leyes*, en que preconiza la fórmula de la igualdad y comunicación total: “Todo es verdaderamente común entre amigos”..., ideal que extiende, como es sabido, a mujeres, hijos y bienes de cualquier especie. Por ello se le considera el primer gran utópico, al que seguirán Campanella, Tomás Moro, y modernamente Esteban Cabet, *Viaje a Icaria*; Luis Blanc, *Historia de la Revolución*, etc.

(3) No aludimos a la Patrística como pura especulación de los Padres de la Iglesia en los primeros siglos del cristianismo, porque creemos que el propósito de los cristianos (San Juan, San Pablo, San Jerónimo, San Agustín, principalmente) no es intelectual ni teórico, y que, a pesar de la profundidad de sus escritos, como advierte Julián Marías, “no intentaban hacer filosofía”. Cf. *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1963, pág. 105 y ss. En particular, debemos citar a SAN ACUSTIN, que en las normas prácticas de vida a sus seguidores, les ordenaba: “*Et non dicatis aliquid proprium, sed sint vobis omnia communia: et distribuatur unicuique vestrum* —a praepósito vestro victus et tegumentum (interpolado?)—, *non aequaliter, quia non aequaliter valetis omnes, sed potius unicuique sicut opus fuerit*”. Y para dar mayor fuerza a su mandato, invoca la autoridad de los Apóstoles diciendo: “*Sic enim legitis in actibus Apostolorum: “Quia erant illis omnia communio et distribuatur unicuique sicut quique opus erat”*”. Act. IV. 32, 35. *Regula ad Servos Dei*. Migne L.—XXXII 1378-79. París, 1841.

(4) No queremos con esto significar una influencia directa de la Patrística en las obras de Lenin, sobre todo de la de occidente, por lo que toda coincidencia pudiera ser fruto de la razón humana o tal vez de la Patrística oriental. Por lo demás, sabido es que la frase: “Los comunistas actuales son los discípulos, los imitadores y continuadores de la doctrina de Jesucristo”, podemos leerla en la última parte del libro de Esteban Cabet, *Viaje a Icaria*, cit. donde se contiene una profesión de fe, al decir: “Respetad, por tanto, una doctrina predicada por Jesucristo”. Sin embargo, los científicos del socialismo tratan de deslindar esos dos mundos distintos, y por ello advierten que no es correcto interferirlos: el de las creencias y el de las actuaciones, el de la fe y el de la ciencia, Cfr. ENGELS: *Del socialismo utópico al socialismo científico y Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, San Sebastián, 1968, págs. 24 y ss. 119 y ss. Dice que en la Edad Media el gran centro internacional del feudalismo era la Iglesia católica romana: “Rodeó a las instituciones feudales del halo de la consagración divina. También ella había levantado su jerarquía, según el modelo feudal, y era, en fin de cuentas, el mayor de todos los señores feudales, pues poseía, por lo menos, la tercera parte de toda la propiedad territorial del mundo católico”. Cuando se publicaban estas palabras hacía más de 40 años que en España se habían aplicado las criticadas leyes de Mendizábal; pero en qué medida unas y otras eran exactas, puede advertirse en las recomendaciones del II Concilio Vaticano y en las prácticas de algunos Ordinarios de las Américas. La ruptura entre la concepción teológica y la científica se produce en el Renacimiento en todos los campos de la ciencia, como es sabido; pero es la Revolución francesa primero y la Revolución industrial luego la que asienta el más rudo golpe a las viejas concepciones político-jurídicas: “Su triunfo completo ha desvelado el cambio de estructura social que preparó la revolución política”, nos dirá el Prof. de CASTRO. *Derecho civil*, I, 1956, pág. 124 y ss. Pero adviértase que esa revolución se sigue acelerando cada día. Sobre lo que Lenin verdaderamente dijo, volveremos luego, al centrar el problema de nuestro estudio. Vid. infra nota 7.

utopía, o una aspiración de una minoría, el derecho a expresar libremente las ideas y a comunicarlas a los demás, es proclamado solemnemente en las Constituciones de todos los países⁵, siquiera sea con la limitación de que “no atenten a los principios fundamentales del Estado”.

Constituye un primer problema, propio del Derecho constitucional, determinar los límites entre *libertad de comunicación* y *libertad de ideas o de pensamiento*, pues si “el pensamiento nunca delinque” —frase que se consideró feliz en otros días—, deja de ser tal para tener relevancia, incluso jurídica, en la comunicación intersubjetiva, aunque sea “confidencial”, porque entonces *la expresión* del pensamiento, dirigida a personas determinadas —que esto es “la comunicación”— puede caer ya dentro de la normativa jurídica, constitucional, penal y civil, según la naturaleza del pensamiento comunicado: ideas subversivas, palabras injuriosas, correspondencia o secretos, o simple oferta de contrato.

(5) La preocupación de garantizar la libertad de comunicación, de correspondencia, y a través de ella, una libertad de manifestación del pensamiento, está en la Constitución de los países civilizados, y también en la Convención o Tratado de los Derechos del hombre, aprobado en Roma en 4 de noviembre de 1950, art. 19, y en nuestra patria se consagra en el art. 12 del Fuero de los Españoles. Por ser propio de la doctrina constitucional se estudia en el Derecho público con mayor intensidad que en el privado, vid. PEREZ SERRANO, N.: *La evolución de las declaraciones de derechos*, Discurso de apertura, 1950/51, Universidad de Madrid, página 50 y ss., donde recoge el estado de la cuestión en las diversas constituciones hasta la fecha. Posteriormente puede verse: FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milán, 1957, pág. 14 y ss. GIANNUZZI-SAVELLI, *La circolazione di notizie nell'ordinamento italiano*, Nápoles, 1966. El problema se conecta con la necesidad de la formación de “una opinión pública” y el derecho a “una libre información”, aspectos a los que quiere dar respuesta la nueva Ley de Prensa de 16 de marzo de 1966. El bien protegido, de la libertad, es el de más difícil concreción, y la doctrina práctica tiende a darle solución en base a la concepción de Binding, según la cual (*Lehrbuch*, I —1902—, pág. 80), la libertad es atributo de lo que llamamos *voluntad* y, por consiguiente, que los delitos contra la libertad son, en definitiva, delitos *contra la voluntad*. Así los estudian CUELLO —II, 1967, pág. 681—, QUINTANO —*Tratado*, I, 1962, pág. 770 y ss.—, R. DEVESA, parte especial, 1969, 251 y ss., etc. Vid. también FRAGA IRIBARNE, sobre la opinión pública y su formación en *Horizonte español*, 1965, página 201 y ss., y los precedentes de la nueva Ley de Prensa. Con posterioridad, el trabajo más reciente es de J. DEL ROSAL: *Les délites de presse dans le droit pénal espagnol moderne*, en *Revue de science criminelle*, 1 (1970), págs. 35 y ss. en el que hace un análisis histórico, sustantivo y formal, de la normativa jurídica vigente, poco favorable para el texto legal.

El *derecho a la comunicación* es afirmado hoy como *absoluto*, respecto a la ciencia, al arte, a la investigación y, en definitiva, a cuanto contribuye al progreso. Sería propio de un egoísmo individualista negar cualquiera de estos aspectos, sin perjuicio de reconocer y proclamar, incluso con los más excelsos premios, los méritos de los científicos, investigadores, artistas, y también sin merma de los derechos que, según la normativa vigente en cada país, les correspondan sobre la conquista o descubrimiento, la *invención* y su "patente" o *la obra de arte* que han creado, para gloria de la humanidad. Es decir, la humanidad es hoy la protagonista y, por ello, la actual conciencia social aspira al conocimiento y disfrute común de las creaciones del espíritu humano, a la vez que a la identificación, para admiración o crítica, de los seres o sujetos que las han producido.

Mas ese mismo sujeto, creador y criatura al mismo tiempo, necesita para sosiego de su espíritu y alimento espiritual de su alma poética, una esfera de intimidad, de paz, de tranquilidad, sustraída a la curiosidad ajena y al conocimiento del público. Sin ella no sería posible su labor sublime y, por el bien mismo de la comunidad, ha de deslindarse, definirse y protegerse ese ámbito de vida privada, que los más elevados bienes de la comunidad justifican.

Y es precisamente esta contraposición de aspiraciones, dentro de la concepción más socialista de la vida del hombre en la comunidad, la que da lugar a que el "*iusprivatista*" encuentre campo adecuado a su estudio. Contra la desenfrenada e indiscriminada publicidad que tiende a desquiciar todas las puertas que le interesan, bien o mal, proclamando de una manera vaga, pero irresistible, "la cuasi divinidad de lo social", conviene hoy, y más aún, es justo que el Derecho mantenga la posibilidad de la iniciativa privada y contemple también la fecundidad espiritual del hombre sólo antes de que se proyecte y aún para su mejor proyección hacia los demás.

Si en la concepción escolástica tradicional el hombre no actúa nunca solo porque la gracia le acompaña providencialmente en su vida —concepción que atribuye a Dios una intervención constante en la historia—, sobre la que ya tuvimos oca-

sión de pronunciarnos⁶, debemos resaltar hoy otra concepción filosófica de la historia, que se ha convertido en credo de millones de personas, el mecanismo de la evolución histórica desenvuelto por Marx y Engels, que tiende a sustituir, por la obra de Lenin, todas las estructuras fundadas en "*tous ces soutiens de la sacrosainte propriété privée*" por un sistema de filosofía práctica, para el cual la adquisición de conocimientos, la iniciativa individual y las apelaciones a la conciencia moral existen, pero son los elementos esenciales de la necesidad histórica que, lejos de obrar al margen del hombre, engloban su experiencia y sus *decisiones*. Frente a quienes atribuyen al marxismo un sentido mecanicista y fatalista que paraliza *todo arbitrio* y *todo sentimiento de responsabilidad*, Lenin ha puesto el acento más neta y exactamente que Marx y Engels, sobre el *factor voluntad*, para reaccionar contra aquella interpretación que reducía el marxismo a una filosofía mecanicista y fatalista. El hombre, por consiguiente —afirma Lenin⁷—, no es una marioneta que ha recibido misteriosamente el influjo vital de leyes inmanentes de la necesidad histórica, porque la concepción marxista de la historia no ha abolido absolutamente ni la razón, ni la conciencia del hombre, ni la apreciación de sus actos. Muy al contrario: solamente el punto de vista determinista permite llegar, en riguroso juicio, al lugar en que decide fundar todo sobre el libre arbitrio. Al mismo tiempo —prosigue Lenin— la idea de necesidad histórica en nada disminuye la importancia de la personalidad en la historia: toda la historia está formada por las acciones de personalidades que son, sin duda alguna, las fuerzas actuantes.

(6) En *Valor actual del Derecho privado*, pub. en la Revista de la Fac. Derecho de Oviedo, 1957, donde puntuamos en qué medida la historia es obra del hombre, siguiendo la concepción católica (con apoyo de DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, vol. I, Milán 1947, pág. 21 y ss.), que afirma la existencia de un orden de vida que responde a la voluntad de Dios, que para cumplirse y verificarse exige la contribución de la libre voluntad del hombre (uno de los principios de ese orden es que el hombre lo quiera y se esfuerce por realizarlo), así, no obstante la acción de la providencia, toda la historia se presenta como un combate continuo de las energías del espíritu contra la oscura y sorda resistencia de un cúmulo de limitaciones, como una lucha de la libertad asistida de la gracia contra la necesidad, lucha de la cual nacen al mismo tiempo que la dureza y la tragedia, la belleza y dignidad de la condición humana. La misma idea que late en San Agustín: "Dios que te creó sin ti, no te salvará sin tu cooperación".

(7) La cita corresponde a la edición francesa de las *Oeuvres de Lénine*, aparecida en *Editions Sociales*, T. I, pág. 175-176. Para nuestra elaboración hemos confrontado la síntesis hecha por ERNEST FISCHER y FRANZ MAREK, dos autoridades en estudios de filosofía y de historia de la filosofía comunista en la hora actual,

Las cuestiones esenciales que se plantean cuando se juzga la actividad pública del individuo son estas: ¿qué condiciones pueden asegurar el éxito de su actividad?, ¿dónde está la garantía de que esta actividad no permanecerá como un acto solitario, ahogado en un océano de actos contrarios?⁸

bajo el título *Was Lenin wirklich sagte*, Ed. Fritz Malden, Viena, Munich, Zurich, 1969. La frase en francés, del texto "*La maladie infantile du communisme*", E.S. París 1962, pág. 68.

MORRIS WEST, en *El hereje*, trad. esp. Barcelona, 1969, prefacio, advierte que una de las ilusiones de nuestra época es que el disconforme está en ascenso, que el hereje es el héroe y el revolucionario el nuevo redentor, y que nunca en la historia estuvieron tan sofisticados los mecanismos del control social, sobre todo en aquellos países donde las posibilidades legales y judiciales parecen inclinarse en favor del individuo. Parece contrastar la posición marxista, de la que dice es clara: "desvíate y serás condenado (a la expulsión del partido, a una subsistencia menesterosa, al limbo de la no existencia, al confinamiento brutal, al confinamiento sin honor)"; mientras asigna al sistema democrático un método más sutil, pero casi tan efectivo: "La autoridad fiscal puede inmiscuirse en tus transacciones más privadas. A falta de prueba en contrario supondrá lo que no pueda probar. Sin tu consentimiento un patrón puede inquirir, archivar y transmitir los detalles más íntimos de tu vida privada y tu negativa a comunicárselos puede hacerle presumir delitos escondidos. El espía social, el que escucha conversaciones telefónicas, el revendedor de artefactos para violar la soledad, se ha convertido en arquetipo de nuestra sociedad". El desarrollo de los grandes monopolios, páginas 7 y 8. Esta contraposición entre sistema marxista y sistema democrático, en orden a la invasión de la esfera de vida íntima, no resulta exacta porque en ambos el Derecho garantiza esa esfera de vida privada, sin perjuicio de la mayor o menor exigencia —por un método distinto—, de la necesaria proyección del hombre en la sociedad, según diremos en el desarrollo de nuestro estudio.

(8) Esta concepción de la historia fue expuesta por Lenin en *Nuestro programa*, texto escrito en el exilio en 1898, y recogida con mayor detalle luego en *Los amigos del pueblo*, y en *¡Qué hacer!* Cfr. FISCHER ET MAREK, ob. cit. 20 y ss.

Debemos decir aquí que la versión hasta ahora difundida en España sobre la obra de Lenin nos la presenta como negativa de toda personalidad. Bastará transcribir el siguiente párrafo de Eduardo Comín Colomer: *Ensayo crítico de la doctrina comunista*, Madrid, 1945, pág. 248. "...Tenemos, pues, con la negación del derecho de opinión y la mediatización de las ideas en bien de un utópico "interés común", absurdo por falta de sentido, el régimen verdadero del marxismo con el reflejo de la antigua teoría que lo engendró: *la religión humanitarista de Feuerbach*, cuyo término definitivo no es otro que *la negación del hombre*".

Frente a esa negación del derecho de opinión, hemos de recordar lo transcrito en el texto, que dice todo lo contrario. Ahora bien, un planteamiento con las dos posiciones, occidental —no comunista— y comunista, se encuentra en otros términos, que ya dijimos no eran exactos, en *El hereje*, de MORRIS WEST. La conclusión final nos recuerda que en ambas posiciones perece el hombre, como igualmente esa es la solución que da Huxley en su "salvaje". ¿No serán los hombres de Derecho quienes puedan encontrar una respuesta mejor en el camino de la paz y del respeto al hombre? Ese es en lo más profundo, *in imis, ab imis*, el problema del derecho a la intimidad, que pasamos a estudiar

II. - La cuestión en la doctrina

El estado actual de la cuestión es, en síntesis, como sigue:

A) DOCTRINA AMERICANA.

El hombre inmerso en la sociedad, el hombre como ser social, sí; pero para ser todavía más útil a los demás, para servir mejor a la comunidad, ésta ha de reconocerle *su derecho a ser dejado solo* para meditación más profunda, para que las fuerzas de su espíritu creador se concentren y se desplieguen más eficazmente, el hombre necesita un *ámbito de reserva*, mas no sólo como lugar o centro de trabajo, *sino también como ámbito de vida*. Esa solicitud que ha esculpido la *doctrina americana* con la expresión "*right of privacy*" que concibe como *right to be let alone*, contempla la vida privada, que merece tutela indepen-

(9) La cita de la doctrina americana es infrecuente en nuestra literatura jurídica, aunque en el tema de la *intimidación*, ya el prof. CASTRO había señalado que la jurisprudencia estadounidense se ha pronunciado en diversas ocasiones contra las publicaciones que dan a conocer aspectos íntimos o privados de la vida de las personas de más relieve de la sociedad, cfr.: *El derecho de la persona*, en apun. ed. por E. Rodríguez Álvarez, Madrid, 1951, pág. 208. Los juristas americanos consideran el *right of privacy* como claramente diferenciado y destacado del campo de la difamación, y así se ha observado que mientras el Derecho objetivo, reprimiendo la difamación —aspecto penal de la cuestión— tutela la reputación del individuo, el *right of privacy* contempla su vida privada, que merece tutela inde-

dientemente de que la publicidad afecte o respete el buen nombre —el honor— de la persona misma; implica *la proclamación del derecho a la intimidad personal* como un bien jurídico, abstracción hecha de toda otra consideración, protegido por el Derecho, sin necesitar de que esa protección halle fundamento en una defensa del honor.

B) DOCTRINA ITALIANA.

Al lado de esta concepción americana del derecho a la intimidad personal, la *doctrina italiana* ha elaborado la teoría del “*diritto a la riservatezza*”¹⁰. Actualmente, parece prevalente la tesis que considera tal derecho como basado en el bien, que puede definirse como aquel modo de ser de la persona que consiste en

pendientemente de su buen nombre. La expresión *to be let alone* se atribuye a BURDICK, y sobre la misma observa LICI (*La tutela dell'immagine nel diritto comparato*, en *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pág. 70 y ss.) que aunque puede parecer pintoresca y sumaria, refleja sin embargo exactamente el interés impelente, casi morboso, de encontrar en la propia soledad buscada, aquella paz y aquel equilibrio mental, continuamente comprometidos por el ritmo de la vida moderna. Por consiguiente está magníficamente esculpido ese interés por la *solicitud* en la locución “derecho a ser dejado solo”, “derecho a poder estar solo”.

Para comprender la utilidad de esta frase nada mejor que recordar *La utilidad de la soledad* de Séneca, o la *Memoria sui* de las *Confesiones* de San Agustín. Séneca llega a las ventajas de la tranquilidad por el camino de la soledad, Cfr. *Epistolae morales*, XIX, XXXVI y fundamentalmente la X.^a Santa Teresa de Jesús, en *Las Moradas* se recrea en buscar “*más lugar para estar sola*”.

Desde otro punto de vista cabría parafrasear a Ortega cuando nos habla de un *yo moderno* que se ha quedado solo, constitutivamente solo, que quisiera, en la medida de lo posible, superar su soledad aún a costa de no ser él todo; es decir que, ahora, lo que quiere es ser un poco menos para vivir un poco más —quisiera cosas en torno distintas de él, otros yo diferentes con quienes conversar, es decir, tú y él... En suma, el yo necesita salir de sí mismo, hallar un mundo en su derredor. Ortega habla entonces de la necesidad de abrir el vientre al idealismo, y liberar al yo de su exclusiva prisión. Pero insiste en que para salir hay que haber estado dentro, lo cual no es una perogrullada, ni un juego de palabras: El yo, es *intimidad*: ahora se trata de que salga de sí mismo conservando su intimidad. Cfr. *Qué es filosofía*, lección X. Madrid, 1966, pág. 217 y ss.

Para un estudio comparativo y análisis de tipos sobre los que hay más jurisprudencia puede verse *Zivilrechtlicher Schutz in den USA*, en el vol. II de MAX-PLANCK-INSTITUTS, *Del zivierrechtliche Persönlichkeits-und Ehrenschtutz*, Tubinga, 1960, pág. 257, ss. y 303 y ss.

(10) La doctrina italiana en el tema es muy fecunda: Citaremos únicamente los trabajos más recientes, en los que, por otra parte, se recoge la bibliografía precedente: así GIORCIANNI M., *La tutela della riservatezza*, en R. T. P. Civ. I (1970) pág. 13 y ss. DE CUPIS, *Diritto alla riservatezza e segreto*, en *Nuus, Dig.* 16 (1969), pág. 115 y ss. PETRONE, *Contravvenzione concernenti la tutela preventiva dei segreti*, ibi, pág. 938 y ss. Idem: *Delitti contro l'inviolabilità dei segreti*, ibi, 952 y ss. PALLADINO, MATTIA, GALLI, *Il diritto alla riservatezza*, Milán, 1963.

la exclusión para los demás del conocimiento de cuanto se refiere a la persona misma. Sigue, en la jerarquía de los modos de ser morales de la persona, al bien del honor, con el que frecuentemente se ha confundido y, correspondiendo a toda persona en cuanto tal, está en relación con el incremento que puede sufrir cuanto guarda relación con la persona, y de ahí que, al igual que el honor, por su objeto es susceptible de desarrollo de un derecho innato¹¹.

No se trata de configurar un derecho de la persona que tenga por objeto a la misma persona, sino que parta de la posibilidad de considerar como objeto del derecho a los *bienes interiores de la persona*, entre los que sitúa la *intimidad*. Carnelutti, por su parte, ha dicho que “la riservatezza é piuttosto una disposizione dell'animo che un modo di vivere esteriore”, resaltando así una cualidad o manera de ser más psicológica que jurídica de la persona y, por consiguiente, sólo relativamente sería posible hablar del *bien jurídico de la “riservatezza”* porque, como puso de relieve Musatti, la persona, en efecto, por sí misma puede ser reservada o puede no serlo: la cuestión consiste en ver si, dado que quiera mantenerse así, esta elección suya deba ser respetada de tal manera que pueda correctamente decirse que pertenece a su esfera jurídica y, por lo tanto, “*la riservatezza*” es un modo de ser *normal* pero *eventual*, porque siempre ha de ser referido a un determinado clima o estación de la vida social”¹².

PISANI: *La tutela penale della “riservatezza”: aspetti processuali*, ibi, pág. 785 y ss. PUGLIESE: *Il diritto alla “riservatezza” nel quadro dei diritti della personalità*, en *Riv. Dir. Civ.* 1963, I, pág. 605 y ss, y sobre todo en el campo privatístico, la obra de DE CUPIS: *I diritti della personalità*, cit. en cap. V y VI, pág. 239 y ss. SANTINI, CARNELUTTI, PUGLIATTI, MESSINA, GRISPINI, LICI, etc. serán citados en este trabajo con mención de sus interesantes aportaciones.

(11) MUSATTI, *Appunto sul diritto a la riservatezza*, en *Foro it.*, 1954, pág. 187 y ss. y DE CUPIS, ob. cit., pág. 257.

(12) Se ha planteado exhaustivamente la doctrina italiana cuál sea el objeto de la protección jurídica en el llamado *diritto alla riservatezza*, fundamentalmente MUSSATTI, *Appunto*, cit. pág. 184. CARNELUTTI en su luminoso trabajo *Il diritto alla vita privata* (en R. T. D. pub., 1955, pág. 5 y ss.), y RAVA, *Sul diritto alla riservatezza*, en *Foro pad.* 1955, I, 468): actualmente parece prevalente la tesis recogida en el texto. La discusión entre CARNELUTTI y DE CUPIS ha contribuido a precisar la categoría de los llamados “*bienes interiores de la persona*”, que, a diferencia de ésta, constituyen el objeto de este derecho de la personalidad: Cfr. DE CUPIS, ob. cit. núm. 16 y 17, principalmente *et passim*.

Para mayor precisión —afirma De Cupis¹³— el individuo humano nace dotado ya de este bien que consiste en ser sustraído a la publicidad, cerrado y custodiado en la propia reserva. Ciertamente que este bien puede ser más o menos guardado, más o menos sacrificado; pero esto no significa que su originaria adquisición sea eventual. Por lo demás, todo sacrificio de este bien ha de ser siempre parcial, dado el valor que a tal bien atribuye el ordenamiento jurídico, por lo que, aumentando en el curso de la vida de la persona aspectos y atributos particulares de ella a los que se extiende su reserva, se verifica un desarrollo del contenido de este derecho.

C) DOCTRINA ALEMANA.

En la doctrina alemana, durante mucho tiempo, el derecho que estudiamos vino tratado conjuntamente con el derecho al honor y confundido con éste¹⁴. Enneccerus-Nipperdey¹⁵ no reconocen el derecho a la esfera secreta de la propia persona. Sin embargo ya Kohler había destacado el valor absoluto de las creaciones artísticas, y Bussmann, se plantea en 1957, a la luz del vigente Derecho alemán, el problema de la tutela de la intimidad personal contra la indiscreción. La jurisprudencia, sin embargo, es muy progresiva, según veremos.

MAZZARELLA, *A propósito del cosiddetto obbligo del segreto bancario*. Giur. It., I (1968), 2, pág. 565 y ss. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, R. I. D. P. pen. 1967, 1079 y ss.

(13) *Ob. cit.* pág. 257.

(14) En este sentido los primitivos trabajos de GAREIS, *Das Recht am einigen Bilde*, en D.I.Z., 1902, pág. 413 y ss.; COHN, *Neue Rechtsgüter*, Berlín, 1902, pág. 44 y ss. RIETSCHEL, *Das Recht am einigen Bilde*, en A. id. civ. P. 1903, página 180 y ss. OPET, *Bühnenwerkörperung fürstlicher Personen*, en D.I.Z. 1907, pág. 861 y ss. FULD, *Die Bühnendarstellung lebender Personen*, en D. I. Z., 1928, 418 y ss.

(15) ENNECCERUS y NIPPERDEY, se plantean el problema en el Tratado, trad. es. t. I, vol. I, 93, pág. 425 y ss. y nos dicen que "Con razón la doctrina y la jurisprudencia dominantes no reconocen tampoco un derecho a la esfera secreta de la propia persona", citando en contra la tesis de GIESKER, *Das Recht des Privaten an der einigen Geheimsphäre* (1905). SCHULZ-SCHAEFFER: *Das subjektive Recht*, a LIPPMANN, *Recht an Briefen*, y los trabajos del 25.º Congreso de Juristas Alemanes, II, 92, 130; III, 172. Se observan dos tendencias en pugna, habiendo prevalecido en este caso, según veremos en el curso de la obra, la positiva. La jurisprudencia y sobre todo la publicación de BUSSMANN: *Reichen die geltenden*

Recientemente Gunther Arzt, profesor en la Universidad de Tubinga, siguiendo la labor de los colaboradores del *Alternativ Entwurf*, ha publicado una interesante monografía sobre la protección penal de la esfera de la intimidad, que en su primera parte aborda también interesantes aspectos del Derecho privado y procesal.

D) DOCTRINA FRANCESA.

La doctrina francesa, que había seguido muy de cerca a la alemana, sobre todo en tema de derecho a la imagen, desde que alcanzara expresa regulación en la Ley (*Land-gericht*, I, Berlín) de 14 de febrero de 1920, mostró extraordinaria preocupación por las violaciones de la vida privada, no sólo en arbitrarias difusiones de imágenes, sino también en otras manifestaciones de la personalidad, tales como las conversaciones y los secretos. Fruto de esa labor creadora es la Ley (n.º 70-643, de 17 de julio de 1970) tendente a reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos que, en su tercera parte (artículos 22 y ss.), introduce notables modificaciones en el *Code civil* (artículo 9), que dan arbitrio a los jueces para adoptar todas las medidas que estimen necesarias —secuestro, aprehensión u otras—, propias para impedir o hacer cesar cualquier atentado contra la intimidad de la vida privada, y modifica otros artículos del *Code pénal* (del 368 al 372, ambos inclusive) en la forma que luego analizaremos al tratar de la voz, las conversaciones telefónicas y la imagen. Así el vecino país se sitúa a la cabeza del mundo en el tema.

E) DOCTRINA ESPAÑOLA

En nuestra doctrina, un estudio del derecho a la intimidad contra las intromisiones y las indiscreciones ajenas, sólo bajo aspectos concretos —del derecho al secreto de documentos

gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die Modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen?, Tubinga, 1957, han contribuido a dar gran importancia a las distintas manifestaciones

y de correspondencia¹⁶, del derecho a la imagen¹⁷, y del secreto del profesional¹⁸— ha sido realizado, por lo que falta una construcción doctrinal o un estudio sistemático.

Y es que nuestra legislación sobre el tema es tan parca, como poco expresiva. Solamente algunos preceptos básicos del Fuero de los Españoles (art. 1.º, 4.º, 12, 14 y 15) y pocos arts. del C. Penal (497 a 499 sobre el secreto documental; 360 al 368

del derecho de la personalidad, fotografías, conversaciones, secretos, etc., y vida íntima. Los trabajos de la AE, a que aludimos, en 1968, *Sexualdelikte, Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand, S. gegen den religiösen Frieden und die Totenruhe*, pág. 3 y ss. y ahora en 1970, *Straftaten gegen die Person*, pág. 3 y ss. Vid. también HELLE, E.: *Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, Tubinga, 1969, pág. 176 sobre los distintos tipos de indiscreción y finalmente ARZT. G., *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tubinga, 1970, 366 págs.

La doctrina francesa, que luego se cita, tiene como primer trabajo importante el de MARTIN L., en la Rev. Trim. d. D. civil, 1959, pág. 227 y ss., *Le secret de la vie privée*, y GENY, *Des droits sur les lettres missives*, París 1911, aunque en lengua francesa se publican otros trabajos, v.gr.: el del Prof. de Santiago, NOVOA MONREAL, E. *Progrès humain et droit penal*, Re. d. Science, cit. 2 (1970), pág. 267 y ss., en que aborda algunos problemas de los estudiados en el texto.

(16) Con carácter general, merece citarse el último trabajo del ilustre profesor CASTAN: *Los derechos del hombre*, pub. en la RGLJ, diciembre 1968, enero, febrero y abril de 1969, comprensivo de la extensa problemática de los derechos fundamentales humanos, y de obligada consulta para todo trabajo sobre los mismos. Su *Derecho civil, común y foral*, I, 2.º (1963), en la pág. 361, acogía en breves líneas el tema, y las dos manifestaciones de la imagen y correspondencia, muy concretamente; pero entre los iusprivatistas españoles se le dedica cada día mayor atención, así, por ej.: ESPIN, *Manual*, edición 1968, Vol. I, pág. 306. Sobre la correspondencia en el aspecto privado, CASTAN VAZQUEZ, *El derecho al secreto de la correspondencia epistolar*, en ADC (1960), págs. 3 y ss.

Entre los filósofos del Derecho español, debemos citar a RUIZ GIMENEZ, que en "Ya" del 14-I-1969, *El derecho a la intimidad*, nos advierte de la importancia que hoy tiene el tema de nuestro estudio.

(17) En nuestra doctrina, cronológicamente, se han publicado los trabajos de RUIZ, *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, en RGLJ (1931), págs. 36 y ss.; PASCUAL QUINTANA, *El derecho a la propia imagen*, en Rev. Der. Oviedo, 17 (1957), y GITRAMA, exhaustivamente en *Imagen (derecho a la propia)*, NEJS, XI (1962), págs. 314 y ss.

(18) Un estudio del derecho al secreto en GALLARDO RUEDA, A., *El derecho al secreto de la vida privada*, BMJ, 5 enero de 1961, n.º 505, pág. 34; desde el punto de vista penal, en PUIG PEÑA, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en NEJS, VII (1955), págs. 241 y ss. RIGO VALLBONA, *El secreto profesional como objeto de protección penal*, Barcelona, 1961; ALAMILLO CANILLAS, *El secreto médico profesional*, en An. De. penal y C. Pen. (1950), III, 83 y ss. DIAZ PALOS, *El secreto de quienes ejercen el arte de curar y la obligación de denunciar los delitos*. Rev. Der. pro. (argentina), 1944. PUIG PEÑA, *La noción del secreto médico*, en Rev. Der. comp., 1958; DEL TORO, *Estudio especial sobre el secreto médico*, en An. De. penal, 1961. ELOY ESCOBAR, *Del secret oprofesional, como deber de los notarios*. RDP, 1943. Entre los hispano-americanos, hemos de citar el proyecto del Cod. penal del argentino SOLER, que en el art. 196 y ss. incluye la rúbrica de "Delitos contra el ámbito de la intimidad".

sobre el secreto de procuradores, abogados y de los funcionarios; 490 a 492 sobre allanamiento de morada; 191, 1.º entrada ilegal en domicilio; 191 2.º registro no autorizado; 191, 3.º vejaciones injustas con ocasión de entrada legal en domicilio; 192, inviolabilidad de correspondencia) y el artículo 2.º de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966 (que por primera vez señala "la salvaguardia de la intimidad" al lado del honor personal y familiar, como limitaciones a la libertad de información), son los textos que permiten una construcción sobre el Derecho positivo, que, en el aspecto civil o privado, tiene, como lejano fundamento básico el art. 1.902 del C. civil, de amplia concepción de la llamada culpa extrancontractual, que parte de la existencia de la lesión de un derecho, para poder configurar un daño exigible, y por ello, sobre la relación causal entre acción y daño, una acción de resarcimiento, aspectos propios del Derecho político (constitucional), penal, administrativo y civil, que han de ser conjugados y armonizados, en la construcción de una teoría unitaria, si ello es posible.

III. - Construcción doctrinal

A) *Conceptos previos: Lo íntimo y lo secreto*

En el tema de conceptos, consideramos llegado el momento de otorgar a cada palabra su verdadera carta de naturaleza y significado jurídico preciso, si es que nuestro estudio ha de tener alguna utilidad.

Derecho a la intimidad: ¿Qué es lo íntimo? ¿Cómo se produce la protección a la intimidad? Intimo es lo reservado de cada persona, que no es lícito a los demás invadir, *ni siquiera con una toma de conocimiento*. Forma parte de mi intimidad, todo lo que yo puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas. Por consiguiente, no forma parte de mi intimidad, la imagen de mi rostro, aunque sí, la imagen de mi desnudo. Forma parte de mi intimidad el conjunto interno de mi vida privada, mi hogar, mi habitación, y cuanto con ella se relaciona. Nada más íntimo que mi propio pensamiento, en cuanto que no es cognoscible para los demás —hoy por hoy— si yo no lo revelo, y aún cuando de alguna manera lo dejo constatado, para mi propio recuerdo, en notas o escritos, o por medio de cualquier signo, estos datos siguen formando parte de mi intimidad. Intimos son mis deseos, mis apetencias, y en parte, pueden serlo mis necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas.

La forma exacta de traducción jurídica de la intimidad, es por los efectos de la protección frente a los demás: *Los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad.*

Un grado distinto, con consecuencias también diversas, en orden a la violación, lo constituyen *los secretos jurídicamente protegidos*. El concepto verdaderamente transcendente del *secreto*, exige una neta diferenciación de lo *íntimo*. Lo íntimo es lo más personal¹⁹, y por consiguiente, todo lo íntimo es secreto, es reservado, no es lícito a los demás siquiera conocerlo, aunque *pueden existir causas justificadas para desvelar la intimidad*, en el caso de los llamados *vulgarmente secretos*, relativos a actos ilícitos propios²⁰.

Mas cada persona puede desvelar, por libre deseo, o por necesidad, alguna intimidad personal, a otra persona: Hay en-

(19) Personal, pero no por ello inadvertido. Y es curioso recordar que, según el Génesis, cuando Adán y Eva son desterrados del paraíso, lo primero que descubren es sus propias personas. Caen en la cuenta de sí mismos, descubren la existencia de su ser y sienten vergüenza porque se encuentran desnudos. Según Ortega, —*ob. cit.* pág. 189—, hay que preguntarse si ¿es la vergüenza, en serio, la forma como se descubre el yo, es la auténtica conciencia de sí mismo? San Agustín fue sin duda el primer crítico de su intimidad, en esa obra de formidable ingenuidad romántica que son sus *Confesiones*. Para él tres son los personajes de toda su obra: el alma, la comunidad y Dios. Como el primero y el tercero tienden a comunicarse, hasta descansar el alma en Dios, —*cor nostrum inquietum donec requiescat in te*—, queda para el jurista el estudio del hombre en la comunidad: Se le reconoce al hombre una esfera de intimidad, para buscar la verdad, en los Soliloquios, por ej.: pues en efecto, para hallar la *verdad* hay que mirar al interior; pero la verdad en San Agustín es Dios. Por consiguiente, lo único propio es la intimidad que mira, ansía, busca a Dios, y en cuanto lo halla, halla la tranquilidad. La comunidad excluye todo egoísmo.

(20) La clave de nuestro estudio radica precisamente en tres conceptos, sobre los que hasta ahora no creemos se haya llegado a una correcta precisión: Jurídicamente está protegido *lo íntimo*, hay *secretos protegidos*, y hay *ocultaciones ilícitas*. Las *ocultaciones*, o son irrelevantes jurídicamente, o son protegidas, —lo íntimo y lo secreto—, o son antijurídicas. Es cierto que vulgarmente la palabra secreto se emplea para referirse a los tres conceptos; pero *sub specie iuris* no debe confundirse con la ocultación ilícita: Que puede ser civil o penal: Se habla así, v. gr.: de llevarse a la tumba su secreto, el secreto de la melodía misteriosa, etc. Desde un punto de vista estrictamente civil se habla, por ej.: del secreto del tesoro, refiriéndose a la necesidad de que sea *oculto*, porque de otra forma, dejó de ser tesoro, y si se contempla como tal, se habla en pura hipótesis. Un acto civil propiamente secreto, por ejemplo la entrega de un testamento ológrafo, a persona de confianza del testador para su custodia, puede convertirse en una ocultación ilícita, si después de la muerte de aquél, el depositario lo oculta. Moriría éste entonces con su "secreto". Pero estamos en presencia de otro ilícito, y precisamente lo que estudiamos es el secreto que goza de protección jurídica y tiene relevancia porque hay un interés protegible, a diferencia de lo que sucede en las *ocultaciones*, en que el interés de la Ley radica en su descubrimiento.

tonces una desvelación —quitar el velo— que puede ser por vía de comunicación —verbal o de correspondencia— o por simple inspección (exploración médica en caso de enfermedad), o por eventual descubrimiento, súbita penetración de doméstico en el baño, etc., etc.

DERECHO Y DEBER DE SECRETO

Otra persona toma así conocimiento de una intimidad: Para ella surge entonces el *deber de secreto*²¹. Lo secreto se protege, no sólo porque forma parte de la intimidad, desvelada para el que lo participe, sino porque esa peculiar desvelación es absolutamente necesaria por la misma naturaleza humana en el caso del profesional, —médico, abogado, etc.— o se estima indispensable, o parte de una presuposición de obligada discreción en el caso de las revelaciones confidenciales (por razón de solicitud de consejo o de amistad), por lo que sin esa protección del secreto, la persona habría de ser tan cautelosa, tan excesiva y rigurosamente celosa de su personalidad, que la vida social resultaría una exigencia insoportable.

El concepto de secreto, supone el conocimiento por otra persona de algo íntimo; pero que esa persona *no puede comunicar* a otra, ni menos aún divulgar o publicar. Se ha dicho²² que el límite o extensión de estos secretos depende de la costumbre; mas siendo indudable que la idiosincrasia de cada pueblo, y por ello las costumbres, como modos de manifestarse aquélla, tienen extraordinaria importancia para la determinación de la gravedad que ha de atribuirse a la *ruptura del secreto*, —toda comunicación a otro de lo conocido mediante secreto, es violación del mismo—, no es menos cierto que la determinación de las hipótesis en que tal comunicación es delictiva, depende exclusivamente, —como con todo delito sucede— de una previsión legal: *Nullum crimen sine previa lege*.

(21) En este sentido, el secreto exige al menos dos personas conocedoras del dato.

(22) LIPPMANN advierte sobre la importancia de la costumbre en este campo, *Der Schutz des Privatgeheimnisses*, en *D.I.Z.*, 1912, pág. 883, y también SCHULTZ-SCHAFFER, *Das subjectiven Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung*, Malburgo, I (1915), pág. 228 y ss.

Por consiguiente, lo que la ley castiga en el secreto es otra cosa distinta a su conocimiento, y consiste precisamente en la violación de la prohibición de la comunicación a un tercero, es decir, la divulgación del contenido de ese secreto.

La palabra secreto puede entonces ser entendida como “el objeto de ese conocimiento” (v. gr.: poseo un secreto, “guárdame el secreto”, y tal es el oficio de los Secretarios o Ministros, que son los custodios de los secretos del oficio o cargo, etc., etc.), o significar una obligación de no hacer, es decir de no propalar o comunicar, en este sentido, una obligación negativa, contrapunto del deber positivo de ser discreto, discreción especialmente exigida en aquellos casos en que la violación es delito. Por ello, en último análisis, es íntimo, para el jurista, lo que no es lícito entrar a conocer, aquella esfera de la persona, de la que para los demás no es lícita la toma de conocimiento. Es secreto aquello que siendo conocido, no es lícito comunicar a los demás. Hay, pues, en la violación del secreto, un *quid pluris* de la consciencia del mismo.

En una carta hay por supuesto una desvelación de la intimidad, para el destinatario, pero hay a la vez un secreto para él, y por supuesto, para todos los demás. Por lo tanto, la obligación del secreto, en principio es absoluta; pero pueden existir también causas justificadas de desvelación.

La barrera que separa el secreto de la intimidad, es así perfectamente deslindable, desde el punto de vista meramente conceptual: la relación sexual, por ejemplo, como toda relación en estricto sentido lógico, será constitutiva de un secreto, y forma parte de la intimidad, en cuanto lo forman los secretos; la relación epistolar será siempre constitutiva de un secreto; pero a la vez forma parte de la intimidad, en cuanto a través de esa comunicación intersubjetiva, entre autor de la carta y receptor, se produce la aprehensión o conocimiento de pensamientos, ideas, deseos, necesidades, etc. que forman, por su naturaleza, el verdadero objeto de la intimidad.

De aquí que el Derecho, para graduar las consecuencias de lo ilícito, en esta materia, unas veces adopte un criterio meramente formal, protegiendo así indirectamente y a distancia, la intimidad misma —por ejemplo, en el delito de violación de co-

rrespondencia, que se protege no sólo la desvelación de la intimidad o del secreto, sino la misma detención, sustitución, supresión del comunicado, aunque éste no se llegue a conocer por el autor del delito—, otras veces, castiga la indiscreción, por el deber abstracto del secreto —el secreto de empresa, algunos casos de secreto profesional—; otras veces exige la existencia de un daño, para otorgar acción —la culposa desvelación del secreto doméstico, sin daño, no trae consecuencias jurídicas— y, finalmente, en el supuesto de la intimidad, la tutela se otorga por sí misma —in se et per se— sin perjuicio de que, a la vez, sea acumulable otra acción por daño moral o patrimonial, cuando concurren.

Así, pues, creemos debe construirse la teoría general debiendo analizarse, en cada hipótesis, las derivaciones e interferencias de estos conceptos distintos: intimidad, secreto, daño moral, daño patrimonial, y las causas justificativas de desvelación, cuando puedan concurrir.

Convenimos con quienes afirman que el derecho al secreto constituye sustancialmente una especie del derecho a la intimidad. Pero la diferencia no radica en el mayor rigor de la tutela jurídica (no es más grave la sanción de quien viola la correspondencia, que de quien allana el domicilio: vid. los artículos 192 y 497 comparativamente con los artículos 191 y 490 del vigente Código penal), sino en que el derecho al secreto presupone una pretensión individualizada frente a una o varias personas —la copartícipe del secreto o destinataria del mismo— y en hipótesis frente a todos, mientras que el derecho a la intimidad es siempre frente a todos²³ y el descubrir

(23) Queremos decir que el derecho a la intimidad se puede hacer valer frente a cualquiera, aunque existan causas justificativas de la excepción: Por ejemplo, en el conflicto entre colaborar a la búsqueda judicial de la verdad, la razón de justicia exigiría que cada inculcado o testigo ingiriera alegremente el elixir o suero de la verdad, ante el Juez, para iniciar seguidamente su declaración. La suprema razón de la justicia, no debiera respetar esa intimidad, de la esfera reservada de la persona, y sin embargo se afirma por la doctrina (Cf. NOVOA MONREAL, *Progrès humain*, cit. 288) de manera categórica que no se puede confundirse con una cosa, ni relegarla a ese tratamiento químico, psíquico, etc. Sin embargo creemos que cuando de la misma conducta de esa persona depende un bien de los demás, que se pone en peligro, es lícito, en cierta medida, invadir esa esfera, como medida preventiva o defensiva de los demás. Luego en el texto se desarrolla la temática suscitada aquí.

voluntariamente nuestra intimidad a alguien, es siempre, por supuesto, *bajo secreto: conyugal, profesional, etc., etc.*²⁴

B) *Naturaleza del bien protegido.*

La doctrina intenta resolver en primer lugar la naturaleza del bien que constituye el objeto de la intimidad, precisando que consiste exactamente en un modo de ser negativo de la persona respecto de los demás y más precisamente aún: respecto al conocimiento por éstos, y que tal modo de ser no forma parte de la esencia física de la persona; satisface aquella necesidad de orden espiritual que consiste en la exigencia de un aislamiento moral, de no comunicación de cuanto afecta a la persona individual, de ahí que recae sobre cualidad moral de la persona misma²⁵.

En estricto rigor, la necesidad de una esfera íntima de la persona no había sido prácticamente rehusada, ni teóricamente desconocida o negada, hasta los modernos movimientos de los *hippies*²⁶ y es connatural al ser humano, que desea, con parti-

(24) Creemos que el matiz presentado en el texto permite una diferenciación más exacta que la ofrecida por quienes argumentan sobre una supuesta mayor protección, v. gr.: DE CUPIS, *ob. cit.* 313, que frente a cuanto dejamos dicho sostiene que "Segreto, segretezza, è pur sempre *riservo*, riservatezza, ma anche qualcosa di più: non solo uno stato, o modo di essere, negativo della persona rispetto alla conoscenza altrui, ma un modo di essere *completamente* negativo della persona, che, per l'appunto, è trincerata nel proprio segreto, gode di questo più grave solco che la separa moralmente dagli altri, e vuole congruamente difenderlo", cuando a nuestro juicio, el concepto de derecho al secreto significa el derecho a que determinadas personas que legítimamente han conocido aspectos de nuestra intimidad, no puedan revelarlos, sin cometer un ilícito. Tampoco compartimos la concepción de PUGLIATTI, que, tal vez influido por la obra anteriormente citada, pone de relieve la existencia de una gama muy rica de graduaciones, en la cual, del *secreto en el sentido estricto y riguroso*, se llega, a través de pasos insensibles, a la *simple reserva*, *La trascrizione*, Milán, 1957, Vol. I, I, pág. 8. Cuando, inversamente, de la intimidad o reserva pura, por manifestación o desvelación, se crea un secreto, o el derecho al secreto.

(25) DE CUPIS, *ob. cit.*, 258. El problema del *bien* hoy no importa tanto como la *protección*, cfr. SANTINI, *ob. cit.*, pág. 5.

(26) Que constituye el contrapunto a toda concepción espiritual, y aunque pasajero, más aún, efímero, no ha dejado de tener su literatura y sus leyes: Incluso se ha llegado a sintetizar el código hippy en tres máximas: "Faites votre propre truc, comme vous voulez et où vous voulez, mais surtout, faites-le quand vous en avez envie. Laissez tomber la société pour toujours. Donnez un soufflé nouveau "Blow the mind" à l'esprit de toute personne non-initiée. Branchez-la "turn him on", sinon sur la drogue, du mois sur la beauté, l'amour, l'honnêteté et le plaisir. Cfr. PAUL MILLER: *Le livre rose du hippy*, trad. fran. Paris, 1968,

cular intensidad, sustraer a la inspección y curiosidad ajena aquellas manifestaciones (actos que expresan sentimientos, apetencias, necesidades, etc.) más sensibles y profundas de su ser, cuyo conocimiento por los demás en general, no sólo no es grato, sino que implica una violación de la barrera de la discreción y del pudor. Se puede argüir que más que connatural al hombre, esa esfera de vida privada es fruto de una educación y, por consiguiente, aun existiendo como hecho histórico, cuyas dimensiones habrá de medir el especialista en cada tiempo y lugar, *es variable*. Cada pueblo es más o menos celoso de su intimidad, más o menos reservado; pero parece innegable que la sensibilidad humana constantemente ha comprendido, dentro de este delicado sector de la vida, aquella parte de la existencia que se desenvuelve dentro del sagrario de los muros domésticos, en la intimidad familiar, aunque ya no sea o haya sido siempre este el lugar de consumación de las pasiones amorosas²⁷ (y los propios "lares", "manes", difuntos y sus cosas en otros tiempos).

Podrá por ello históricamente afirmarse que esta esfera, al igual que el hogar doméstico, es fruto de la civilización que en los diversos estadios que atravesó, llegó a la monogamia y también a la afirmación de una propiedad privada, que implica sustraer determinadas cosas al uso de la comunidad, al uso de los demás, en provecho propio, que puede calificarse de egoísta, en la medida que esa nota se aplique a la propiedad misma. Mas el hecho histórico está ahí y, por consiguiente, esa esfera de vida se presenta hoy como connatural y necesaria para el

especie de vademecum que se puede sintetizar en tres principios: R.I.P. a toda profesión de fe; toda revolución está en nuestra carne; el arte, la química y la belleza del mundo, sólo son bien utilizadas cuando sirven para aumentar el placer. Conclusión: Drogas y sensualidad hasta morir.

(27) Es cierto que entre los egipcios, a más del hogar, donde es innegable la vida íntima, existieron los templos de Isis y Osiris, donde en tiempos de Cleopatra los sacerdotes se quejaban al rey porque algunos se negaban a pagar el tributo debido, por los servicios que les prestaban —sin duda tendentes a la más perfecta higiene—, en sus relaciones amorosas. El impuesto fue recogido por los romanos, y se conoce con el nombre de *εταίρων*. Estas quejas pueden verse en la colección de papiros publicados por la Un. de California, con el nombre TEBTUNIS POPYRI. 1938.

Por lo demás, en el ámbito de la intimidad, todavía el Proyecto de Soler, antes citado, comprende: Violaciones de secretos, de domicilio, turbación de actos religiosos y de la paz de los difuntos. El domicilio como *esfera de libertad localizada*, en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10.^a ed. 1967, pág. 313.



ser civilizado y precisamente conveniente para el progreso de esa civilización, según razonamos anteriormente ²⁸.

Podrá también adivinarse que el “hombre unidimensional” del presente y, sobre todo, el del “futuro”, no necesita esa esfera privada, porque actúa como una “momia viviente”, bajo la luz de las “boites” y en los almacenes de drogas. Pero ese tipo humano hoy es reprobado por la sociedad socialista ²⁹ y por ello nos parece que hoy puede aceptarse como definitivo el adagio francés “*la vie privé doit être murée*”, que expresa la necesidad de establecer una barrera contra las indiscreciones y la curiosidad ajenas, siendo cierto, sin embargo, que —a guisa de fruto prohibido— esta esfera íntima y celosísima estimula la curiosidad, sobre todo la curiosidad malsana de los demás, particularmente en torno a las personas célebres ³⁰.

Por ello, el tema se centra precisamente en sus verdaderos matices jurídicos, cuando se consigue deslindar los campos entre el derecho a la libre comunicación, la libertad de vida y de costumbres, y la necesidad de respetar esa esfera íntima de la persona, cuyos contornos, según decimos, aun siendo variables, permiten una delimitación mínima constante.

C) Modalidades o manifestaciones de este derecho.

Manifestaciones más destacadas de esa intimidad han sido hasta ahora ³¹ el derecho al secreto de la correspondencia y el derecho a la imagen, quizá porque nuestro Derecho positivo no había dado base para considerar otras muchas que la doctrina y el Derecho comparado permiten hoy fijar con cierta precisión. Sin embargo, pueden enumerarse, al lado del derecho a la

(28) En la Introducción.

(29) Así puede verse en PALMIER, J. M.: *Sur Marcuse*, París, 1968, pág. 131

(30) Aspecto advertido ya por la doctrina, contemplando los casos resueltos por la jurisprudencia y simplemente con la lectura de la prensa diaria, de las que por vía de ejemplo daremos luego algunas referencias de las sentencias más recientes o de los hechos más sobresalientes de nuestro tiempo. Vid. infra. n. 45 y 46.

(31) Cfr. CASTAN, *ob. cit.* pág. 361, ESPIN, *ob. cit.* 306, que sólo mencionan las dos que se citan en el texto y para un análisis de los diversos tipos en el Derecho comparado, alemán, suizo, francés, inglés y norteamericano, ver *Der zivilrechtliche Persönlichkeits*, cit. en sus dos vols.

imagen y el derecho al secreto de la correspondencia, que por haber sido ya estudiadas, aquí analizaremos más someramente, las siguientes:

- La intimidad de los atributos personales y las vicisitudes personales.
- El secreto de los actos documentados en general (documentos, sumarios, expedientes e informaciones secretas).
- El secreto profesional y el llamado “*secreto de empresa*”.
- El secreto doméstico (de casa y habitación).

No caen, por el contrario, en los confines de nuestro estudio, otras clases de secretos que tienen indudable importancia en el campo de Derecho público —político, militar, internacional, etcétera—, tales como el secreto político y militar, la violación del secreto de oficio, el llamado secreto de Estado, etc. ³².

Sin embargo, debemos estudiar hoy en el terreno privatista el llamado “*secreto de empresa*”, con sus diversas modalidades (secreto bancario, secreto industrial, etc.) aunque algunos códigos los consideran como variedad de la falsedad o de la concurrencia desleal.

(32) No estudiamos aquí estos secretos, porque nuestra intención es centrar el tema en el aspecto privado de la intimidad, y por supuesto, en los secretos que tienen aquel carácter. Y los llamados secretos de estado, aunque bajo determinados aspectos, se refieran a la personalidad interna del Estado, caen siempre bajo el marco del Derecho internacional, administrativo o militar. En último análisis, en el delito de espionaje del Código penal.

El secreto de empresa presenta, como veremos, un problema de subyunción, porque tiene marcado carácter patrimonial. Queda como típico del Derecho privado, el derecho a la intimidad. Cfr. CASTAN: *Los derechos del hombre*, RGLJ. cit. 2 (1969), pág. 224, y vid. infra el secreto industrial.

IV - Estudio especial de cada modalidad

I. - El llamado derecho a la imagen

Uno de los temas más debatidos por la doctrina es el referente al derecho a la imagen, que se concibe como el derecho a la reserva (en los límites de la propia imagen) del aspecto físico propio, en la manera en que es perceptible visiblemente. Se dice en español que la "cara es el espejo del alma", expresión popular que significa la medida en que se estima que el aspecto físico refleja la personalidad moral del individuo, por lo que la reserva de la propia imagen satisface una exigencia espiritual de aislamiento que, según dijimos, constituye una necesidad de tipo moral.

A) *Su naturaleza.*

Las diversas teorías —que recoge con análisis crítico Gitrama³³— parecen inclinarse por la tesis que dejamos transcrita, que afirma la existencia de un derecho a la imagen, como derecho de "la intimidad personal". Sin embargo, debemos con-

(33) *Imagen*, cit. donde recoge la bibliografía hasta 1962. Para un elenco clasificatorio de la italiana, RICCA-BARBERIS, *Il diritto all'immagine*, en R.D.C., 1958, I, pág. 226 y ss.

signar que Pugliese³⁴ niega que el derecho a la imagen constituya una manifestación del derecho a la intimidad. Argumenta que la tesis afirmativa parte de un insuficiente análisis del bien protegido: “Exponiendo y publicando la imagen de una persona —dice— no se viola solamente su intimidad, sino que se incide inmediatamente sobre su personalidad. Por ello, quien utiliza para cualquier fin la imagen, que es misteriosa y cuasi divina impronta de la personalidad, utiliza en el fondo a la persona, multiplicando sin su consentimiento *la presencia moral*. Podrán subsistir dudas sobre la precisa definición del bien que se protege mediante el derecho a la imagen, pero deberá reconocerse que aquél ocupa en la escala de valores humanos un puesto más alto y que está más estrechamente conexo a la personalidad que el bien de la intimidad”.

Se argumenta, en contra, que la intimidad de la persona es una cualidad o modo de ser de la persona que, juntamente con los otros bienes inherentes a la persona, constituye cuanto *la persona es*. Mas no creemos exacta la advertencia de De Cupis cuando afirma que la persona, si no intervienen actos lesivos de estos bienes, está aislada, sola consigo misma, permaneciendo sustraída al indiscreto conocimiento de los demás, y que en esto consiste la intimidad³⁵. Para nosotros, la imagen de la persona, criatura racional, necesariamente se comunica con y a los demás, y su aspecto físico es público en cuanto que la comunicación no sería tal si mediara el esoterismo de la máscara o el misterio de la nigromancia. La imagen o retrato de la persona, al igual que el hilo o cinta que contienen su voz, su mímica, sus gestos o cualquier medio de reproducción de aspectos de la persona que pueda en el futuro inventarse, pertenecen a la misma persona por ser instrumentos o medios de reproducción de aquellos aspectos físicos que reflejan ciertamente cualidades morales de la persona, y si el Derecho atribuye a ésta, como a titular de un poder jurídico protegido el arbitrio de su distribución, publicación o difusión, lo hace por el respeto debido a la persona misma, es decir, por razones distintas de la pro-

(35) *I diritti*, cit. pág. 259 y n. 92.

(34) *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, en *Foro it.*, 1954, I, pág. 118 y ss.

tección de la intimidad, que la difusión de la imagen, voz, mímica, gestos, etc., sólo extiende, pero en rigor no viola. Por consiguiente, creemos acertada la observación de Pugliese, que coliga más estrechamente imagen y persona en el sentido de que la razón de protección de la imagen no es sólo la defensa de la intimidad —determinadas fotografías pueden no ofender en nada la intimidad personal—, sino que se defiende un bien de sustantividad distinta a la intimidad. La multiplicación arbitraria de la presencia moral de la persona, puede, ciertamente, ser reprimida, aunque no se produzca lesión alguna al bien de la intimidad.

De lo expuesto, se desprende que consideramos el derecho a la imagen como un derecho distinto al honor y a la intimidad, es decir, que la *difusión* (no la mera *obtención*) de la imagen —de la voz, palabras, signos, mímica o gestos— sin el consentimiento de la persona, es violación de un derecho de la personalidad, aunque no sea violación del honor —injurias, calumnias, etc.— ni de la intimidad.

El Derecho protege así estas cualidades personales no para exaltar el egoísmo humano, sino para evitar bien faltas de respeto moral, o bien que se utilice en perjuicio del retratado, o en beneficio del que la obtiene, distribuye o propaga. Es cierto que con esos medios se puede reavivar el recuerdo —de simpatía o de antipatía— hacia la persona y por ello suscitar sentimientos cuyo destinatario tiene derecho a controlar, medir y reprimir en los límites en que las cualidades reflejadas no sean absolutamente necesarias para el bien común, al que ha de sacrificarse el bien particular. Por ello, la difusión puede ser consentida, constituyendo así un acto de disposición del derecho a la imagen o determinadas modalidades de imágenes, ya que un acto de disposición absoluta no es posible al tratarse de un derecho de la personalidad.

Pudiera objetarse tal vez que la razón de esa protección radica en que el legislador adopta una posición de *defensa preventiva* y, consiguientemente, la acción civil sólo prosperaría en el supuesto de que se probara *un daño efectivo o real y no meramente potencial*. Consiguientemente, quien *obtuviera subrepticamente una fotografía para recrearse contemplando la belleza*,

objetiva o subjetivamente considerada, de la persona retratada o, inversamente, para analizar los rasgos del ser deforme y contrahecho con una finalidad perfectamente confesable, de estudio o de deleitación en privado, no causaba daño alguno y, por ende, su acto de obtención de la imagen no era un ilícito ni civil ni penal³⁶.

Sin embargo, la prohibición legal pudiera ser absoluta y declarar siempre antijurídica la conducta contraria, a la manera que lo es el penetrar en mundo privado, cercado, aunque no haya daño. A falta de una regulación legal más completa, podemos preguntarnos si hay en esta materia un *ius usus inocui*, porque la persona —sus cualidades— con mayor razón que las cosas —sus propiedades— puedan servir de *objeto de derecho* para un tercero, sin daño para la persona. La respuesta puede ser hoy afirmativa en aquellos límites.

En cuanto a los actos considerados ilícitos o prohibidos en esta materia, se comprenden tanto la obtención (con esa posible excepción del "*ius usus inocui*" que dejamos señalada) de la imagen o *reproducción* del físico de una persona, *total o parcial*, cualquiera que sea el medio (fotografía, pintura, escultura, hilo, cinta o película, etc., etc.), como la *difusión, exposición, comercialización, etc., etc.*

IMAGEN INDIRECTA

En cuanto a la llamada "reproducción teatral" y cinematográfica o *representación en escena —no ya directamente—* de la imagen de la persona misma, previamente obtenida por medios cinematográficos, que equivale a la *imagen directa*, sino en los casos en que un artista, mediante sus gestos, figura, mímica, etc., encarna, por así decir, la persona de otro frente al público del modo más perfecto posible, se ha discutido en la doctrina si deba entenderse prohibida por el llamado derecho a la imagen.

(36) Cosa distinta de una imagen que no se refiera solamente al rostro, sino de las obtenidas subrepticamente del desnudo de una persona, como luego analizaremos, o en actitud íntima y comprometida. Vid. infra, n. 45. El argumento de la necesidad de una cierta *publicidad*, se expone a continuación en el texto y n. 39.

Schermi³⁷ niega que esta forma de representación indirecta pueda constituir violación del derecho a la imagen y extiende este juicio negativo a las hipótesis en que el actor interprete o por sus características físicas o por el truco usado llegue a imitar, aunque sea en modo perfecto, el semblante de la persona. En ningún modo, en tal caso —escribe—, se puede hablar de reproducción y divulgación de la imagen, porque el público que asiste a la representación puede perfectamente ver las caras (*fattezze*), aunque sean trucadas, del actor intérprete y no ya aquella de la persona real de la que se narran las vicisitudes.

En sentido opuesto, argumenta De Cupis que el público es consciente de que la finalidad del intérprete y los trucos usados por el mismo es llegar a crear con la mayor exactitud posible la semejanza con la persona interpretada, que el público intenta llegar a conocer a través de la interpretación, por lo que ésta difunde así una consciente imagen del sujeto interpretado³⁸.

Creemos que aun admitiendo esta segunda tesis, la representación teatral por sí misma no supone una violación del derecho a la imagen, aunque pudiera lesionar otros bienes del representado (por ejemplo, su intimidad, su honor, etc.), o dotes personales de las que luego nos ocuparemos.

En cuanto al uso o propagación que se haga de la imagen, se ha dicho que *es precisa una cierta publicidad*, cuyos límites no pueden establecerse absolutamente. Pero que es cierto que *no basta hacer un retrato* para lesionar el derecho a la imagen, sino que es necesario, además, usarlo como instrumento de público conocimiento³⁹.

Por lo demás, se niega la posibilidad de un derecho a la

(37) *Diritto alla riservatezza ed opera biografica*, en *Gius. civ.*, 1957, I, pág. 216 y ss.

(38) *I diritti*, cit. pág. 265.

(39) Por eso decimos anteriormente que es necesaria una *publicidad* del retrato, para que exista acción civil, y en su caso, en los países que la admiten, penal: El mismo DE CUPIS, que considera la imagen sin más como una *diritto della riservatezza* no advierte la contradicción que supone exigir una *publicidad* del retrato luego, (*ob. cit.* n.º 112), para otorgarle protección, porque si fuera un derecho de la intimidad quedaría violado éste por la simple toma de conocimiento, sin necesidad de aquella *publicidad*. El tema de prueba, es distinto.

imagen de las propias cosas⁴⁰ ya que, como dice Carnelutti⁴¹, la exclusión del goce de las cosas de otro no es tan absoluta que no permita a los demás un cierto goce lícito de ellas: en primer lugar, el goce estético, cuando de modo temporal o duradero las cosas estén expuestas a su contemplación o vista. No existe, por ello, un derecho a la imagen fuera de la esfera de los derechos de la personalidad⁴².

SUPUESTOS DE EXCEPCION

Lo constituye, en primer lugar, el *consentimiento de la persona*, que puede ser *expreso* o *tácito*, aunque siempre implicando solamente disposición parcial, por cuanto ya dijimos que debe estimarse que de los llamados derechos a la personalidad no es posible un acto de disposición absoluta.

En el caso de *actos expresos* de disposición, la doctrina invita a considerarlos siempre restrictivamente, es decir, en los estrechos límites para los que se ha prestado, advirtiendo que debe procederse con cautela en admitir un consentimiento *tácito*⁴³.

La revocación del consentimiento se ha considerado como

(40) La imagen, en nuestra concepción, expresa la idea, el alma y las cosas más que imagen tienen apariencia.

(41) *Diritto alla vita privata*, cit., pág. 4.

(42) Esta negación ha de ser entendida en el sentido ya expuesto por FADA y BÉNSA, respecto a los inmuebles, (edificios, jardines, etc.), mas no respecto a las propias obras artísticas, cuya reproducción es normalmente abusiva, como advierte Ferrara: *La riproduzione abusiva de un'opera d'arte como violazione del diritto de proprietà materiale*, en *La legge*, 1904, pág. 2023 y ss.

(43) Se citan como ejemplos de este consentimiento tácito, el de la persona que se muestra en público acompañando a otra célebre; que por razón de su notoriedad, ya experimenta la limitación legal al derecho a la imagen; respecto al modelo, se entiende que consiente tácitamente en la exposición de su retrato, aunque sea al desnudo, en lugares públicos destinados a fines artísticos (museos, galerías, academias, etc.) Pero todavía hay problema cuando quien ha servido de modelo, no es un profesional, y no ha recibido retribución alguna: Un consentimiento prestado así, ocasionalmente por amistad, tiene un contorno muy precioso de mera colaboración al deseo artístico del autor del retrato, pintura, escultura, etc. y no puede extenderse a la publicidad del mismo. Menos aún para que puedan exhibirse con fines comerciales —clubs nocturnos, lugares de diversión o revistas pornográficas—, porque no puede estimarse que aquel consentimiento alcance esta proyección que implica una finalidad económica, a menos que la naturaleza del contrato entre modelo y autor lleve a otra conclusión.

posible, salvo el resarcimiento de daños por graves motivos, en el Derecho italiano, atribuyendo la calificación de la gravedad al mismo revocante, que no venía obligado a alegar los motivos. En el nuevo Código y legislación complementaria, no se contiene una disposición semejante a la del R.D.L., de 7 de noviembre de 1925. Pero la doctrina sostiene que al tratarse de un derecho a la personalidad es posible la revocación⁴⁴.

CAUSAS JUSTIFICATIVAS

Fuera de esa difusión consentida, el Derecho comparado considera como *casos justificados* de exclusión del derecho a determinadas imágenes, los siguientes: notoriedad de la persona; ejercicio activo de oficio público; necesidad de justicia o de policía; fines científicos, didácticos o culturales; venir unida a la reproducción de hechos, sucesos o ceremonias de interés público o desarrolladas en público.

La justa causa de la notoriedad.—Las excepciones derivadas de la Ley presuponen una justa causa para la publicidad.

La doctrina italiana las configura como limitaciones al derecho de la intimidad, impuestas por la ley. Más bien parecen causas de justificación de una publicidad o casos en que la ley antepone el interés público en el conocimiento de los demás o de sus vicisitudes, bien por razón de la dedicación al público servicio, con posibilidad de crítica por los demás —hombre público, en contraposición a la concepción romana del *homo privatus*, por ej., después de haberse dedicado parte de su vida a la magistratura, Cicerón, etc.—, bien por razones de justicia, policía, etc.

La causa determinante de *la notoriedad* de una persona no es sólo su vocación y dedicación a “la vida pública”, sino que la notoriedad puede derivar de sus propias aptitudes y dotes personales, es decir, por razón de *su arte*, de su *ciencia*, *deportividad*, etc. En particular, para esta justificación de la publi-

(44) Así GITRAMA, *Imagen*, cit. que recoge las posiciones de STOLFI, FERRARA, VALERIO y ALGARDI, y da la misma solución para nuestro sistema.



cidad, se llega a decir que es deseada o, al menos, tácitamente consentida por estas personas y que, en definitiva, aunque se demostrara lo contrario, sería irrelevante frente al reconocimiento que la ley da al interés del público.

Más exacta parece, sin embargo, la puntualización hecha sobre la existencia de un *interés serio y justificado* de la colectividad en el conocimiento de la imagen y de los actos de las personas *célebres*, que llegan a convertirse en factores conspicuos de la misma sociedad, por lo que sobre su conocimiento público no puede echarse el velo de la reserva personal.

De todos modos, es innegable que aún estas personas conservan el derecho a determinadas imágenes, las que reflejen aspectos de su intimidad, de donde se obtiene un argumento más para la correcta diferenciación entre derecho a la imagen y derecho de la intimidad, cuya publicación pueda herir sus sentimientos o lesionar aquel bien. Llega la jurisprudencia alemana (S. T. Supremo Federal, de 20 de febrero de 1968) a considerar interés legítimo del fotografiado el de aprovechar la fama o la popularidad con fines comerciales⁴⁵.

(45) El problema de los límites entre el interés público y el referente a la vida íntima y, por ello, la esfera privada de la persona, en cuanto problema humano, está sin duda afectado por las circunstancias de lugar y tiempo y, por ello, de las costumbres o modos de vida que prevalecen en cada instante y país; según dijimos, en la introducción o premisas de este estudio. No puede intentarse resolverse con criterios absolutos, como el que afirma que el hombre es un todo único, y que los aspectos de su personalidad son inseparables. Que cuando ésta asume las dimensiones de la Historia, se halla siempre ligada a las cualidades y a las acciones más íntimas, es decir, las estrictamente privadas, del individuo, y que por tanto resultará lícito investigar y buscar sobre ellas, para descubrir el nexo existente entre los diversos aspectos de la vida personal. Por consiguiente en tal caso el historiador se transforma en cronista de hechos privados, alimentando al mismo tiempo que la cultura histórica, la curiosidad especiosa. Tampoco negando en absoluto que pueda con justicia mostrarse el ligamen o relación que pueda existir entre ciertos hechos privados y otros aspectos públicos de la vida del personaje, cuando se trate de dar, en los límites sobrios y concretos para aquel fin, unos datos precisos, sin recrearse en la suerte, fausta o adversa, ni recargar las tintas, para sobrepasar los límites del interés público.

Es curioso observar con qué facilidad, en aras a una publicidad eficiente, pueden confundirse ambos límites: Vid. por ejemplo SHEILA *protographiée nue*, en *France Dimanche*, 28/7/1970, pág. 10 y 20, en donde se trata, al parecer, de contrarrestar la acción profanadora de un chantajista, que obtuvo una imagen al desnudo de esta cantante, anticipándose a su intención con la misma publicación de la fotografía, a toda plana, tachados en negro, los senos y las vergüenzas de la cantante. La medida sólo demuestra que SHEILA no desea aparecer retratada como voluntaria nudista, porque no priva al autor de la fotografía de contemplar sus encantos femeninos, ni *de facto*, impide su ulterior divulgación. Por ello, el

El ejercicio activo de un oficio público es también considerado en el Derecho comparado como otro caso de justificación de la publicidad de la imagen, y se justifica en el interés del público en conocer a todos los que desempeñan una función pública de notable importancia y que, por ella, están rodeados de notoriedad, razón por la cual esta hipótesis se presenta como una variedad de la anterior, sin propia autonomía. Por eso se apunta que al fundarse el interés público sobre el oficio público, no puede ir más allá de la esfera en que éste se manifiesta⁴⁶.

La necesidad de justicia o de policía y los fines científicos didácticos o culturales, constituyen otras tantas hipótesis, espe-

sentido crítico hace pensar que pueda tratarse de un complicado número de publicidad para el último disco de la artista: "*Me vie à l'aimer*", con cuyo éxito se conexiona la sorpresiva imagen. Aquí también es importante recoger la S. del T. Sup. Federal alemán de 20/2/68: "Una de las partes había concertado para la temporada venidera contratos con muchos futbolistas, dando a éstos participación en la ganancia y obteniendo la exclusiva para vender sus fotografías o cromos. Los jugadores otorgaron en el respectivo contrato apoderamiento para que el adquirente de las fotos procediese judicialmente contra todo otro comerciante o distribuidor. La otra intentó continuar con la venta de las mismas fotos, al estimar que los futbolistas son personas de la historia contemporánea y por ello, según el parágrafo 23, p. I, de la Ley de producciones artísticas, sus figuras pueden ser divulgadas por cualquiera.

El Tribunal Supremo federal no siguió ese criterio, en base al parágrafo 23, p. II, de dicha Ley, que prohíbe la difusión de la fotografía cuando ello infringe un interés legítimo del fotografiado. Esta infracción hasta ahora sólo fue reconocida por el Tribunal Supremo en caso de lesión de la esfera privada o de empleo de la figura como anuncio; pero en este fallo por primera vez se considera también interés legítimo del representado en la foto el aprovechar la fama o la popularidad con fines comerciales. Se consideró justo que el jugador participe en las posibilidades de ganancias creadas mediante su propia presentación. Se cuida el Tribunal de señalar que esta resolución no afecta a la información gráfica de la prensa, que, dado su fin informativo, no puede confundirse con el supuesto en que se comprenden las fotografías para poseerlas. Cfr.: Hans Stoll. P.D.P. 1970, 213 y ss.

(46) Creemos que hay aquí otro tema de hecho cuya apreciación ha de quedar al arbitrio judicial. La imagen de un funcionario público o de una autoridad que revela actos distintos de los propios de su oficio, según algunos, no hay inconveniente en que se difunda, porque el interés del público en conocer la vida de estas personalidades, parece superior al particular, en guardar a la excesiva curiosidad ajena, actos de su vida íntima. Mas volvemos a insistir que los actos de la vida íntima, familiar o individual, aunque sean del Jefe del Estado, —recordemos a Mussolini y la Clara Petacci, a Hitler y Eva Braun— no pueden divulgarse, no obstante la evidente malsana curiosidad de algún sector público en su conocimiento, sin que resulte inicuo y repugnante a la fina sensibilidad humana, salvo casos de especial razón de justicia, que el Juez habrá de decidir.

Sobre todo, la defensa de la intimidad familiar, del buen nombre que afectará al de los descendientes, etc., no puede entenderse sacrificado por la Ley, a esa curiosidad pública, en ningún caso.

Los Tribunales así lo han estimado. SS. T. Tribunal de Apelación de Milán, de 24 de setiembre de 1953, y S. Trib. Roma 14 de setiembre de 1953, y los co-



cíficamente determinadas en el Derecho comparado⁴⁷ (especialmente en el italiano y alemán) que justifican la publicidad de la imagen, por supuesto, dentro de los límites y con los fines concretos que se indican. Por razón de justicia o de policía, justifican la publicación del retrato de quien se ha evadido de la cárcel o del manicomio, de los niños extraviados o perdidos en orden a facilitar su búsqueda o captura, supuesto el deber de todo ciudadano de cooperar al logro de estos intereses públicos. Mas no sería por fines de justicia publicar el retrato de un detenido o de un condenado, para avivar en el público el interés más o menos fantástico puesto de relieve por el cronista para duradero desdoro del mismo condenado, que viene a encontrarse así con una sanción, aún más grave, por la divul-

mentarios a una y otra el *Foro it.*, 1954, I, 128 y ss. y *Foro pad.*, 1955, I, 170 y ss. La tesis de estas dos sentencias puede resumirse diciendo que aunque no pueda excluirse que en algunos casos el público tenga interés en conocer incluso algún episodio de la vida íntima de alguna persona célebre, el cual haya tenido una relevante importancia en la formación de su personalidad, resulta evidente que, aún en estos casos en que el sacrificio impuesto a esa persona resulta todavía más grave, la divulgación de actos referentes a su vida íntima, deberá ser contenida en los límites de lo estrictamente necesario y deberá producirse siempre con aquella discreción que la delicadeza de la materia comporta.

En la sentencia del T. de Milán, del caso Mussolini, se ha afirmado decisivamente la tutela de los bienes de la intimidad personal, —distinto del bien del honor— y la ilicitud de la divulgación y circunstancias y vicisitudes íntimas y sentimentales de personas absolutamente célebres, siempre que tal divulgación no venga a lesionar las relaciones entre esas vicisitudes con los acontecimientos de naturaleza pública y política. Se recuerda que se trataba de una publicación novelesca de los amores de Mussolini y Clara Petacci. Por ello, los diarios o semanarios de gran sensacionalismo han de cuidar de esa delicadeza y de esos límites, que el Juez podrá precisar en todo caso y de esa finalidad. Ejemplos frecuentes de esta clase de relatos, tenemos por propia configuración periodística en "France Dimanche", vid. el número 1.247, de 28 de julio de 1970, sobre la vida privada del cantante español LUIS MARIANO o de TINO ROSSI: *La vie cachée et tourmentée de Luis Mariano, révélée par la femme qui l'a sorti de la misère*, pág. 11, o *Angoisse folle pour Tino Rossi, por lui aussi le mal a frappé*, pág. 14. En el vecino país, la nueva legislación ha subrayado que el delito no está consumado hasta que lleva a un atentado a la *intimidad de la vida privada*. ¿En qué momento comienza esa intimidad? Pensemos en la fotografía tomada con teleobjetivo de cualquier hombre célebre (v. gr. la de Onassis besando a su antigua enamorada María Callas: 22-8-70, Pyresa). Indudablemente, la obtención de fotografías subrepticamente y a distancia, con teleobjetivo, que excluye en principio la complacencia o conformidad divulgativa del fotografiado es ilícita, y el criterio diferenciador lo hallará fácilmente el juez, a nuestro juicio, en las siguientes notas: a) aparatos no previsibles por la distancia; b) subrepción en el modo, y c) la intimidad de la actitud del fotografiado.

(47) Especialmente en el italiano y el alemán, cfr. GITRAMA, *Imagen*, cit. y ahora también en la reforma del Código civil y penal francés por la ley de 17-7-1970.

gación que la misma pena infligida por el magistrado, que debe ser la única legítima, como magistralmente ha escrito Peretti Griva⁴⁸.

La jurisprudencia americana, que se informa de análogos criterios, ha concretado que la foto de un inculcado o inculpado sólo puede ser usada dentro de unos límites muy precisos; esto es, para su identificación y para su búsqueda; no puede ser difundida, a menos que se trate de persona que se sustrae a la acción de la justicia y, asimismo, la foto de un condenado debe ser usada dentro de unos límites rigurosos, aquellos que la medida de protección de la sociedad requiere⁴⁹.

Por supuesto que en nuestro Derecho falta una regulación semejante; pero no hay duda de que los jueces aplicarían los mismos criterios, ya que si en tema de publicidad —ley 18 de marzo de 1966, y la O. 20/5/1968, sobre disposiciones administrativas vigentes— se prohíbe dar los nombres de los inculcados y procesados —y parece alcanzar esta prohibición a los condenados, aunque la sentencia no sea firme— con mayor razón debe entenderse prohibidas las distintas formas de publicación o divulgación de sus imágenes, siempre que no sea por razones estrictas de búsqueda o captura decretadas judicialmente.

Los fines científicos, didácticos o culturales, según nuestra premisa no tienen excepción alguna. Es evidente que cuanto contribuya a la ciencia o su divulgación, a la enseñanza o al arte, puede reproducirse sin merma de la discreción debida. Ya había revelado Kohler que el arte no puede subsistir sin usar libremente el material humano. El estudio, por ejemplo, de caracteres somáticos del hombre criminal, de Lombroso y Ferri, mediante fotografías o del desarrollo de miembros enfermos —supuestos de elefantiasis, aun en los órganos sexuales— es absolutamente necesario, como nadie duda. No es por ello necesario descubrir, en todo caso, la identidad de las personas retratadas, por lo que debe afirmarse que las exigencias científicas, artísticas o culturales sólo justifican la publicidad del re-

(48) *In tema di diritto propria immagine*, R. D. Com. 1953, II, pág. 35

(49) LICI, *La tutela dell' immagine*, cit. pág. 72, n. 45.

trato y rara vez la identidad de la persona, cuya intimidad, por consiguiente, persiste y vive con independencia y autonomía jurídica propia, separada en ese caso del derecho a la imagen.

Finalmente se estima que el derecho a la reproducción de la imagen no puede impedirse *cuando se trata de hechos, sucesos o ceremonias de interés público o desarrolladas en público*, porque a quien participa en un acontecimiento de esta clase puede imputarse el consentimiento tácito en la reproducción de su imagen encuadrada en aquel acontecimiento o ceremonia.

El argumento pudiera ser válido para quien participa en ceremonias públicas o acontecimientos cuyo desarrollo es previsible. Varía, sin embargo, el supuesto para la persona que, de súbito, se ve circunscrita en el ámbito de un suceso inesperado (v. gr.: una contienda en la vía pública, de la que resulta comparsa involuntario el pacífico transeúnte, etc.). En el primer caso, la *participación* —en la ceremonia, en el concurso, en la fiesta— es, por supuesto, voluntaria y puede imputarse al participante aquel consentimiento, siempre que la fotografía reproduzca *un conjunto*, dentro del cual esté encuadrada, como una más, la imagen cuestionada. En el segundo caso no hay propiamente *participación* en el suceso, sino mera concurrencia casual, por lo que si la ley permite esa publicación ha de ser siempre con una finalidad que trascienda al interés público, y no sería lícito la exclusión del lugar, cosas o datos para individualizar la imagen de una persona, porque separada de tales circunstancias, *deja de ser elemento de un acontecimiento público*, y también queda prohibida toda inserción —*didascalia*— ilustrativa que tienda a alterar u ocultar la realidad histórica ⁵⁰.

2. - El secreto de correspondencia

El secreto de la correspondencia está garantizado mediante la vigorosa protección del Código penal en sus artículos 192

(50) Como presentar una pelea pugilística como imaginaria, con una crónica inventada, siendo el film auténtico, por lo que los púgiles tenían interés en la no divulgación, cfr. MESSINA, S. (J.), *Teoría generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953(?), 322 y ss.

y 497 y ss. en una protección que se extiende a la mera violación material, es decir, la correspondencia está protegida formalmente, independientemente de que con la violación se cause daño alguno. Desde este punto de vista externo, por correspondencia cabe entender el *vehículo* o *instrumento* que permite una *comunicación* entre no presentes. Con esta concepción, es evidente la necesidad de una relación intersubjetiva, con intercambio de pensamientos o ideas, quedando excluido del concepto la divulgación de noticias públicas por medio de instrumentos que no sustraen el contenido a la vista del público, por ejemplo, la tarjeta postal, de propaganda, etc., etc. La divulgación de la recepción de este tipo de escritos, puede constituir una irregularidad de otro tipo —por ej.: administrativa— o consistir en el retraso del reparto, etc. Esta comunicación entre ausentes puede hacerse de diversas formas (cartas, telegramas, conferencias telefónicas, etc ⁵¹.)

A los efectos de su protección, no importa tanto la forma del instrumento que transporta la comunicación —sobre o plisca— cuanto el verdadero contenido del mismo; por ello, en sentido amplio, se protege el secreto tanto de la llamada correspondencia oficial —aunque en tal caso pueden darse otras interferencias con diversas responsabilidades— como la correspondencia privada, sea en forma urgente, normal, certificada, ordinaria, por correo aéreo o de otra clase.

El primer problema que se plantea en tema de correspondencia es si la violación supone la divulgación o la simple toma de conocimiento.

Si realmente se protege *el secreto*, el simple conocimiento por otra persona, una sola persona que no lo divulga, no viola el secreto, por lo que Manzini ⁵² exigía un *quid pluris* respecto a la hipótesis base de la simple toma de conocimiento.

(51) El problema de qué se entiende por correspondencia a efectos de la protección penal fue debatido hasta extenderse fuera de la llamada correspondencia oficial, cfr. MANZINI, *Trattato*, VIII, pág. 915. En nuestro sistema penal hay una protección distinta para la correspondencia, de los demás secretos documentados, según veremos. Y distinto completamente es la comunicación hecha por medio de telerradio y teléfono, que no goza de aquella protección penal.

(52) *Trattato*, pág. 904, y lo recoge la doctrina más reciente, cfr. PETRONE, *Delitti contra la inviolabilità dei segreti*, cit., pág. 963

Sobre este punto, la doctrina más moderna⁵³ acepta la existencia de ese *quid pluris* como una exigencia lógica indispensable para que pueda plantearse el problema de la violación de secreto; pero tal consideración no impide que en determinadas hipótesis el legislador haya configurado como delictiva, por otras circunstancias, una conducta que por la concurrencia de otros factores adquiere propia autonomía, y éste es, concretamente, el tipo delictual de la violación de correspondencia⁵⁴.

Por consiguiente, la tutela de la correspondencia se otorga, con un valor meramente formal, cuando el medio de comunicación empleado es legítimo, sin necesidad de probar la violación de un secreto, que recibe así una protección por vía abstracta e indirecta siempre en el caso de la correspondencia.

Se ha observado acertadamente que en la correspondencia concurren varios derechos de distinta naturaleza. En efecto, hay, en primer lugar, el *derecho de autor* o derecho de propiedad intelectual, que se destaca más si aquél es un científico, literato o, por otra causa, el contenido de la epístola es extraordinariamente importante (Epístolas morales de Séneca o de San Pablo, por ejemplo, o las Cartas Persas de Montesquieu, o Ginebrinas de Saint Simon, etc.) Estamos, entonces, en presencia de un bien inmaterial protegido en cuanto tal, que se conoce como derecho de autor.

En segundo término está la posibilidad de un *derecho de la intimidad*, que se contempla exactamente mientras la correspondencia no llega a manos de su destinatario o éste toma conocimiento de aquel aspecto de la intimidad del autor.

En tercer lugar, tomado ese conocimiento, *hay el derecho al secreto* respecto a cuanto no tenga un ulterior destinatario y aun para éste se mantiene el derecho al secreto.

Por supuesto que la correspondencia como tal, formalmente hablando, goza de una protección en todo momento, es decir,

(53) PETRONE, loc. cit.

(54) Cfr. CRESPI, *La tutela penale del segreto e concorrenza sleale*, Rel. al II. Simp. Varenna, 1965, págs. 25 y 65; BRICCOLLA, *Prospettive e limite de la tutela penale della riservatezza*, R.I.D. P. pen. 1967, pág. 1.120.

circulante y después, en cuanto bien patrimonial del destinatario.

Hay, por consiguiente, un derecho de propiedad material —derecho real de dominio— sobre el instrumento —papel, pergamino, etc.— en que se contiene la obra epistolar, telegráfica o postal.

Finalmente, puede constituir la correspondencia un medio o instrumento de perpetración de un delito, y por ello un dato o medio de prueba del delito cometido, injuria, calumnia por escrito o desvelación de secretos.

Permitiendo tan variadas configuraciones jurídicas, la correspondencia es estudiada desde esos cinco diversos puntos de vista, siempre bajo las notas de *comunicación personal actual*⁵⁵. Pues si tiene valor histórico, está protegido desde otro punto de vista.

No se castiga sólo la toma de conocimiento, sino también la sustracción y la distracción: la diferencia entre sustracción y distracción radica en que *sustracción* es la remoción de la cosa de la esfera de disponibilidad del titular del derecho, mientras *distracción* es la desviación de la correspondencia de su curso normal. *Destrucción* es la eliminación material de instrumento epistolar, y *supresión* es la ocultación, o sigilamiento, guardar bajo candado, dos expresiones que comportan la definitiva pérdida de la correspondencia para el destinatario. Una y otra pueden ser totales o parciales. Y por supuesto implican una ofensa, o bien a la intimidad, si el delincuente no ha conocido el contenido, o al secreto, si llegó a tomar conocimiento. Por ello resulta exacto decir que con este delito se tutela tanto la intimidad como el secreto⁵⁶.

Sujeto activo puede ser cualquiera, en las cinco primeras modalidades, excepto el destinatario, que, sin embargo, puede ser autor de la sexta.

Desde el punto de vista civil, lo realmente importante radica

(55) Cfr. SANTINI, *La responsabilità dello storico*, en *Giur. it.* 1952, IV, 93 y ss. y vid. infra "Secretos documentales".

(56) PETRONE, ob. cit., pág. 970, donde se detallan los seis tipos de conductas posibles como violadoras de la correspondencia.

en la conducta de quien legítimamente puede tomar conocimiento de la correspondencia (padres, tutores, directores de Centros, censores, o el mismo destinatario de las misivas). Por supuesto que la violación del secreto de la correspondencia por parte de los padres, tutores, directores del Centro de educación o corrección de menores, supone una infracción contra el *Officium*, siempre que no haya justa causa⁵⁷, y a la vez la violación de un deber, aunque no caiga en el campo penal —en determinados supuestos— y por ello siempre constituye un ilícito.

Los diversos criterios propuestos para valorar la entidad de este ilícito (sopesar los intereses⁵⁸ —adecuación del medio respecto al fin—) han de suponer la existencia de una efectiva necesidad de revelación⁵⁹.

La justa causa de revelación parte en este caso de una legítima conciencia del dato, pero su apreciación, sin ser tan restrictiva como en el caso de un conocimiento inicialmente ilegal, plantea problemas de una delicadeza extraordinaria.

Precisamente se plantea en el caso la figura del posible abuso del derecho, por parte de quienes, investidos del poder de comprobar y vigilar el contenido de la correspondencia, pueden, sin embargo extralimitarse. Por consiguiente, el tema del abuso del derecho, siempre de difícil precisión táctica, acentúa la dificultad en el caso, que el Juez habrá de resolver con ponderado criterio, sobre los intereses concurrentes, intención y fines perseguidos.

Entre cónyuges: Es comúnmente admitido hoy que no existe un poder de vigilancia de las respectivas correspondencias⁶⁰, porque desorbitaría la potestad del marido y sería también un contraste con la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, afir-

(57) Sobre las dificultades para determinar la justa causa, vid. PAGLIARO, *La giusta causa nella rivelazione di segreti*, en *Atti del III Con. d. dir. pen. Bressanone*, Padua, 1966, pág. 137, y bibliografía anterior.

(58) Vid. también PETRONE, ob. cit., pág. 963.

(59) Especialmente desde el punto de vista del secreto médico, problema de deontología profesional, y siempre de actualidad: vid. BARNI, *Nocumento iniusto e iusta causa di rivelazione del segreto médico*, en *R.I.D. P. pen.* 1962, págs. 654 y ss. El tema también está muy tratado en nuestra doctrina, *vid. supra*, n. 18.

(60) Fundamentalmente SANTORO-PASARELLI, *Il governo della famiglia*, Iusticia, 1953, pág. 445, que trata exhaustivamente el problema

mado por todas las Constituciones de los países civilizados⁶¹. Sin embargo, llega a admitirse la existencia de un poder —del marido⁶²— encaminado solamente a interceptar las cartas de su mujer para descubrir una relación adulterina. Creemos que este poder ha de reconocerse hoy recíprocamente a ambos cónyuges, puesto que está justificado por el legítimo interés en impedir la ofensa que se está preparando o descubrir para su justo enjuiciamiento, la que ya se ha perpetrado⁶³. Pero adviértase que no basta una mera subjetiva sospecha.

El autor, el destinatario y el tercero: El autor o remitente de la correspondencia, al igual que el destinatario, es uno de los cotitulares del derecho al secreto epistolar en aquella comprendido; pero a la vez está obligado al mismo secreto, de la misma forma que lo está el destinatario o un tercero, siquiera esta tutela jurídica haya de limitarse a la correspondencia de contenido personal (en que se manifiestan hechos, sentimientos, decisiones, etcétera, de tipo personal), no ya a la carente de estas circunstancias relevantes hacia las personas.

Por consiguiente, el autor que conserve el contenido, bien por su memoria, ya por haber dejado copia o alguna forma de registro, está obligado al secreto, y no puede, sin permiso del destinatario, dar a conocer aquel contenido a terceras personas, sin violar el secreto de la correspondencia, y ser sujeto pasivo, así de la acción penal como de la civil, por el daño moral, directo o indirecto, y por el daño patrimonial (el dolor moral que la violación comporta, junto con el daño por la desvelación de aspectos, sentimientos o manifestaciones personales: se cita el supuesto de que una mujer pueda ver resueltas o desvanecidas unas relaciones matrimoniales económicamente convenientes, caso en que la acción debe extenderse a ambos daños).

El destinatario, que es dueño del papel, pergamino, etc., en que se contiene la correspondencia, no puede tampoco revelar su contenido personal porque el derecho al secreto le obliga igualmente. Y, por supuesto, tal secreto obliga a los terceros y

(61) Cfr. *Fuero de los españoles*, artículos 3, 10 y 11; Constitución italiana, artículo 29, etc.

(62) CRESPI, *La tutela penale*, cit. págs. 85 a 87.

(63) CRESPI, ob. cit., pág. 97.

al Estado mismo, que se compromete solemnemente en la Constitución (en España el art. 15 del Fuero de los Españoles), razón por la cual, el secreto de la correspondencia presenta un doble aspecto, penal y civil, público y privado. Hay derecho a la correspondencia como vía de comunicación secreta y *libertad de correspondencia*, como derecho a la comunicación libre y secreta, entre todos y frente a todos.

Cuanto dejamos dicho respecto a la correspondencia postal es aplicable a la telegráfica y telefónica. Y por supuesto que en estos medios de comunicación, la violación realizada por los funcionarios al servicio de correos, telégrafos o teléfonos, implica una doble infracción legal: de la norma que tutela el secreto y del deber específico de servicio de tales funcionarios⁶⁴, y también goza de esa protección la correspondencia oficial. Pero la diferencia radica en la falta de tipicidad penal para los despachos telegráficos y comunicaciones telefónicas⁶⁵.

El *secreto cesa* o se interrumpe por el consentimiento voluntario de los cotitulares del derecho al secreto, frente a una o frente a determinadas personas, a las que convienen en revelar el contenido de una o determinadas correspondencias y, en tales casos, no por ello deja de ser secreto para las demás personas. En rigor el secreto de correspondencia permanece, con más o menos extensión, hasta que la correspondencia se publica. En este sentido, pudiera pensarse que el derecho dura el mismo tiempo que el derecho de autor: en España la vida del autor y 80 años más⁶⁶.

(64) Además de los deberes impuestos en el Reglamento para el régimen y servicio interior del cuerpo, modificado por O. de 21 de febrero de 1961, la posible participación penal en los casos de los artículos 222 y 249, del Código penal, y el 364. Porque nuestro Código, el delito de violación de correspondencia lo tipifica para los funcionarios ajenos al curso de la correspondencia en el artículo 192.

(65) Sobre esa falta de tipicidad penal de la escucha y registro de conversaciones telefónicas o de los secretos confiados a un registro magnetofónico, etc., vid. R. DEVESA, *Derecho penal*, parte especial cit., págs. 298 y ss. Para los telegramas, terminado su despacho y convertidos en documento, la violación de éste podría incriminarse como delito de violación de documentos. Por ello creemos necesario diferenciar que la toma de conocimiento sea durante la transmisión y transcripción, o ya documentado y plegado.

(66) Artículo 6, ley de 10 de enero de 1879, salvo que si fue enajenado *inter vivos*, y al fallecer el autor deja herederos forzosos, pasará del adquirente a éstos a los 25 años de la muerte de aquél, y los conservarán por los restantes 55 años.

Mas no creemos exacta esa asimilación entre derecho de autor y *derecho al secreto de la correspondencia*, ya que, como sabemos, se trata de dos diversas modalidades jurídicas, por lo que el derecho al secreto dura y pervive en los límites temporales que el derecho a la intimidad y al secreto. Según un sector doctrinal, tal derecho se extingue con la muerte de la persona. Otro sector lo prolonga *post mortem*, según luego diremos.

Pero ya hemos advertido que en el derecho al secreto hay siempre más de un cotitular, por lo que a la muerte del remitente no siempre se puede hacer pública su correspondencia, viviendo el destinatario, ni viceversa. El llamado *sentimiento de piedad* que se atribuye a determinadas personas, frente a los recuerdos del difunto, hace que el Derecho otorgue a determinados parientes de aquél (sea autor, sea destinatario de la correspondencia) el derecho a consentir o denegar la publicación de la misma. Tales parientes son el cónyuge y los hijos, o, en su defecto, los ascendientes y los descendientes directos. Mas este derecho, de que ahora hablamos, es distinto del derecho al secreto de la correspondencia: *Se trata de un derecho nuevo* que surge para estos parientes, después de la muerte de la persona que fue titular de aquel derecho⁶⁷.

Por supuesto que la persona puede disponer para después de su muerte del derecho a la correspondencia, sin que pueda eludirse esta disposición, a nuestro juicio, invocando los herederos un derecho forzoso o de tipo legitimario, pues la correspondencia cae en el campo de los llamados "*recuerdos de familia*", sustraídos al determinismo de aquellas normas de la sucesión forzosa⁶⁸, al igual que sucedería con un retrato.

Otras causas justificativas: Fuera de estos casos —de actos dispositivos del derecho al secreto de la correspondencia *inter vivos*, o de la correspondencia misma, *mortis causa*— la Auto-

(67) Así lo configura la doctrina italiana, citando en su apoyo la S. del T. de Milán de 24 de marzo de 1955, sobre la publicación de las cartas de Clara Petacci, que dijo: "Es ilícita la publicación de una carta de un difunto, sin el consentimiento del padre superviviente, aunque éste no fuere hallado". Cfr. Giur. it., 1955, I, 2, 508.

(68) Seguimos en el texto la doctrina que hoy creemos prevalente, cfr. SIMO SANTONJA, V. L., *Los recuerdos de familia*, en R.D.P. 1962, págs. 955 y ss.

ridad, por razones de justicia o de defensa, puede invadir el derecho de propiedad o el derecho del secreto de la correspondencia: Se habla entonces de *superiores intereses del Estado* y de *intereses de la Justicia*.

En ambas hipótesis hay una derogación de la regla general, si bien, en el primer caso, se parte del supuesto de que las noticias contenidas en la correspondencia privada puedan servir para la defensa del Estado —censura en épocas de guerra— o para descubrir conspiraciones —en estos días por ej. en Uruguay, respecto a los “tupamaros”— o en definitiva, referencias de personajes cuyo conocimiento tiene un interés público, que el propio Estado valora. En estos casos, *el contenido secreto* de la correspondencia no goza de la protección jurídica frente al mismo Estado, o frente a los órganos de defensa, etc., del mismo. Otras veces el derecho del Estado recae sobre la propiedad privada, excluyendo o prevaleciendo sobre el particular, ya sea a título originario o a título derivativo. *El secreto de los archivos del Estado*, inversamente, cesa después de 15 ó 25 años, aunque sea precisa una licencia administrativa para investigar y publicar noticias derivadas de esas investigaciones, si versan sobre datos más recientes, según el D. de 8 de mayo de 1969.

El llamado interés en la búsqueda judicial de la verdad es otra causa justificativa de la excepción del secreto, cuando el conocimiento de lo escrito sea necesario para la administración de la justicia, en pleito civil o criminal. El indudable valor probatorio de la correspondencia en determinados procesos (canónicos, civiles, etc. entre cónyuges, por acusación de adulterio, son muy frecuentes estos medios de prueba) plantea dos problemas distintos: La justificación de aportar todos los datos, para el esclarecimiento de los hechos y el triunfo de la verdad, en orden a la correcta administración de la justicia, prevalece sobre el derecho al secreto, cuando ese secreto encubre algo ilícito, —*ocultación* de un antijurídico— o mermaría el descubrimiento judicial de la verdad. En esos casos la reserva individual ha de sacrificarse ante el superior interés de la justicia. Por consiguiente, cuando el contenido de la correspondencia sirva para demostrar una verdad que favorece el interés de una de las partes en litigio, ésta puede aportar esa correspondencia al juicio o

proceso, siempre que se encuentre en posesión de la misma (y aunque estando en posesión, no sea el destinatario de la misma).

Cuando no se halle en posesión del medio de prueba, puede solicitar del Juez que requiera al destinatario o a un tercero, —que no sea parte en el pleito— para que exhiba o permita testimoniar la carta o misiva. Pero nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, a este respecto, distingue entre terceros y contraparte litigante: A ésta parece imponerle la obligación de aportar o la de soportar la investigación y, en determinados casos, la búsqueda —procesos penales— y comunicación de su correspondencia— (entre los comerciantes la comunicación universal está limitada por el art. 46 del Cod. de comercio a los supuestos de quiebra y suspensión de pagos)— mientras para los terceros, no litigantes, permite el art. 603 de la L. E. civil, la posibilidad de negar esa colaboración. Creemos que esta colaboración no podría lícitamente ser negada en un proceso penal, por la prevalencia del interés público, en la busca de la verdad, sobre el interés privado en el secreto protegido. Claro que en tal supuesto, no deja de ser secreto —de otra naturaleza— el contenido del sumario, y la desvelación al público, —salvados los intereses de la justicia— causa de otra acción penal y civil⁶⁹.

El último problema se plantea en la colisión de intereses del secreto y de la propiedad de la carta, cuando no es el Juez el que ordena la aportación, sino que ésta se procura *por cualquier medio*. ¿Justifica la razón de la justicia, la adquisición usurpativa de la correspondencia ajena, con esa finalidad?

El problema llamado de la *directa manumisión del secreto epistolar*, se resuelve sin duda negativamente: Cualquiera que sea la importancia de una carta para el descubrimiento judicial

(69) PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Nápoles, 1966, y fundamentalmente PETRONE, *Divieto de pubblicazione e segreto istruttorio*, n. 9 del trabajo *Segreti (contravvenzioni*, cit. 949). En la doctrina alemana se ha planteado la responsabilidad judicial por haber dado lectura en un proceso al contenido sumarial, en partes que se estimaron violación de secreto por el inculcado, y la S. del T. S. Federal Alemán — de 11-3-68 — no excluye la posible responsabilidad del juez, en general, sino que dice que en el caso “la lectura tuvo lugar con motivo de la sentencia de un pleito”. El problema existe y, por consiguiente, es cuestión de ver en qué medida esa lectura en voz alta es necesaria para la *oralidad* del proceso penal o es suficiente con que se lea en el mismo acto por el Tribunal.

de la verdad, ningún tercero, extraño a la relación epistolar, puede procurarse por propio acto unilateral la posesión de tal carta. Si perpetrara un acto de esta clase, cometería el delito de sustracción o de distracción de documentos, que es uno de los tipos de violación que castiga el art. 497 del vigente Código penal. Ni siquiera la intención de usar la carta con la exclusiva finalidad probatoria, es decir, con un fin de justicia, vale para eximir al tercero de la obligación de respetar el secreto epistolar. Mas si como consecuencia de esa actuación ilícita, no llega a utilizar la carta, pero sí a descubrir los medios para producir unas pruebas más útiles para probar los hechos ilícitos cometidos o a punto de cometer por el contrario, en perjuicio de sí mismo, la limitación al uso de esas otras distintas pruebas parece que caería sólo y exclusivamente en el campo de la moral. Pero esto supone una elusión del problema respecto a esa excepción. Indudablemente el medio empleado para descubrir esa verdad, es un medio ilícito, y por consiguiente, no podría tampoco utilizar lícitamente los otros medios —sugeridos— probatorios en el caso⁷⁰. Parece que lo justo en tal caso, sería acudir al Juez para que provea lo conveniente. Pero por este medio sólo se encubre lo que de suyo puede ser ilícito, aunque se resuelva prácticamente el problema de la prueba, pues el Juez lógicamente habrá de acordar la práctica de las pruebas propuestas, para hallar la verdad, ya que el concepto de “impertinencia procesal” no coincide con el de ilicitud en el medio por el que se descubre la existencia de los datos probatorios.

Otro tema es el de la publicidad de los datos acumulados en el proceso, y disponibilidad de los elementos probatorios. La publicidad del proceso, es cuestión regulada por las Leyes de enjuiciamiento, y consiguientemente, el proceso civil, para las partes y sus abogados, profesionalmente es público siempre (argumento de los arts. 260 y ss. 313 y ss. y salvo la posibilidad de que se haga a puerta cerrada el despacho, según el art. 314 de la L. de E. civil). No así el penal, en la fase sumarial (Vid. art. 301-2 de la L. E. criminal y 680 y 800 sobre

(70) Cfr. CRESPI, *La tutela penale*, cit. pág. 92, y CARRARO, *Produzione di corrispondenza nel giudizio di separazione fra coniugi*, en *Giur. it.*, 1948, I, 1, 193 y ss.

tal juicio oral). Sin embargo la disponibilidad de los datos acumulados en los autos, por vía de aportación de pruebas, no queda al arbitrio de cualquiera de las partes, dado que en rigor cada parte sólo puede disponer —desglosar al final del pleito— los instrumentos aportados por ella, sin que le sea lícito en principio obtener, en casos ni por medio de certificación o testimonio, el contenido de las pruebas contrarias, para usos distintos de sus propias defensas.⁷¹.

3. - Atributos y vicisitudes personales

La intimidad de los atributos personales: Por atributos personales, entendemos aquellas dotes naturales del individuo, aisladamente considerado, que confluyen sobre su propia personalidad, aumentándola y enriqueciéndola. No se trata solamente de cualidades físicas, que los demás pueden externamente apreciar, como la hermosura, la esbeltez, la gallardía, sino fundamentalmente de dotes personales —susceptibles por ello de perfección por la educación y el estudio— y de naturaleza espiritual, que constituyen los que Ortega y Gasset llamaba “los mundos interiores”, o los centros del mundo de la intimidad: aquél que está integrado por nuestras creencias —en el sentido orteguiano, opuesto a nuestras ocurrencias e ideas— y en el sentido ordinario, que hace referencia a nuestro mundo religioso, mundo poético y el mundo de la *sagesse* o “experiencia de la vida”.

Estas dotes personales, puestas en juego por la actividad espiritual (cultural, moral, religiosa, poética o imaginativa) de la persona, constituyen la trama de su vida interior y el sostén de sus más firmes convicciones. En torno a ellas se teje el complejo de sentimientos (desde la nostalgia al pudor, desde el orgullo al remordimiento⁷²), que aún dentro de su extraordinaria variedad, poseen una común característica de intimidad.

(71) La tesis de que los datos se institucionalizan y se convierten en algo público es inaceptable, porque no son menos oficiales los datos de los diversos Ministerios, y por ello no son públicos ni están a disposición de cualquiera. Creemos conveniente recordar aquí la sentencia mencionada en la nota 69.

(72) Si es cierto que no cabe asignar la categoría de derechos a todos los atributos en que pueda manifestarse la personalidad, como sagazmente advirtió Martín Ballesteros (en *La persona humana y su contorno*, conf. CEU, 1948, pág. 49) ello no obsta para reconocer que existen, dentro del contorno de la personalidad, verdaderos derechos destacados como tales, arrancados por la ley o la jurisprudencia.

Aclarar en qué medida posee el hombre esa pluralidad de mundos íntimos, o lo que es igual, por qué y en qué medida el hombre es religioso, científico, filósofo, poeta, "sabio" y hombre de mundo, es tarea del sociólogo, más que del iusprivatista. Pero será suficiente con asomarse a la literatura más señera de nuestros días para dar una respuesta positiva a la existencia de esos mundos interiores y reconocer que la articulación entre ellos ha variado, y sigue variando a cada hora: Ha habido épocas en que lo más próximo a la realidad fué para el hombre la religión y no la ciencia⁷³, y sin embargo en los días modernos parece que el hombre puede dejar de ser religioso, o identificar la religión con el amor⁷⁴.

Ortega sostuvo que la conciencia europea arrastra el pecado de hablar ligeramente sobre esa pluralidad de mundos, que nunca se ha ocupado de verdad en aclarar sus relaciones y en qué consisten últimamente⁷⁵, y que "la religión no es cosa que no tenga que ver con el universo". Hasta en los ensayos de ciencia ficción, tan en voga en nuestros días, en que la técnica pone al servicio de la imaginación y de la fantasía todos los recursos logrados, cuando la narración tiene alguna importancia, vuelve sobre el problema del *ser* y del *conocer*, del hombre y su contorno. Se dirá que hoy "el trabajo intelectual necesita ser justificado"⁷⁶ y que el hombre moderno se deja *alienar* por las circunstancias de un mundo donde para vivir más cómodamente, se despreocupa de todo lo que no sea buscar la salud perfecta,

dencia del campo de las simples facultades, cfr. CASTAN, *Los derechos del hombre*, cit., y Díez Díaz, *Los derechos físicos de la persona*, Madrid, 1963, págs. 51 y ss.; LICÍ, *La tutela*, cit. 394 y ss.

(73) ORTEGA y GASSET, *Ob. completas*, Vol. V, sexta ed., Madrid, 1964, página 406.

(74) El amor es en Feuerbach el dios maravilloso que ayuda a vencer siempre y en todas las partes las dificultades de la vida práctica, y esto en una sociedad dividida en clases con intereses diametralmente opuestos. Cfr. ENGELS, *Ludwig F. y el fin de la filosofía*, cit., pág. 144. En definitiva, Feuerbach traduce a su manera el verso de Virgilio "*omnia vincit amor ut nos cedamus amori*"; pero ENGELS llega más lejos y dice que "la posibilidad de experimentar sentimientos puramente humanos en nuestras relaciones con otros hombres se halla hoy bastante mermada por la sociedad erigida sobre los antagonismos y el régimen de clase en la que nos vemos obligados a movernos; no hay ninguna razón para que nosotros mismos los mermemos todavía más divinizando esos sentimientos hasta hacer de ellos una religión". *Ibi*, pág. 138.

(75) ORTEGA, *loc. cit.*, pág. 407.

(76) HERBERT MARCUSE, *El hombre unidimensional*, prolog. de febrero de 1967.

y en ella la felicidad y la dicha, sin otras dimensiones. El *hombre alienado* en una sociedad de consumo, deja al azar y a la muerte su destino; esa sociedad habrá de ocuparse de su vejez o senilidad. Pero así y todo nunca faltará el tipo del "salvaje" de Huxley que se atreva a afirmar que a él le gustan las incomodidades; y que grite en el fondo de su ser: "Yo no quiero comodidad. Yo quiero a Dios, quiero poesía, quiero peligro real, quiero libertad, quiero bondad, quiero pecado"⁷⁷.

Y es que un hombre, a quien se privara del goce de sus dotes naturales y de poder producir en torno a sí un mundo de vivencias personales, para el jurista sería un hombre a quien se había mermado gravemente su personalidad, se le había inferido una grave *capitis diminutio*, reduciéndole así, en nuestros días, a una especie de esclavitud moral, que no sólo envilece y degrada a quien la padece, sino también a la sociedad que se la hace soportar; de aquí que tanto la sociedad socialista como la capitalista, si quieren sustraerse a esa clamante ola de crítica que cada día pugna más vigorosamente contra ellas, *han de volver al hombre*. No envaguecimiento y etilización de las ideas, no masificación del consumo y colmenas de habitación. La cuestión tiene muchas vertientes... Para el jurista se centra en la legítima aspiración de toda persona a quedar aislada de la indiscreción de los extraños, de mantener las propias vicisitudes, independientemente de su valor social, en el ámbito de la propia esfera íntima⁷⁸.

Este interés que se manifiesta diversamente en cada persona es, sin embargo, universal, de todos los hombres y de cada uno de ellos, y tiene un valor innegable del que no sólo puede disfrutar su titular, sino que también puede realizar actos de dispo-

(77) ALDOUS HUXLEY, *Un mundo feliz*, ed. esp. Plaza y Janés, 1969, pág. 188. Ese importante personaje de la novela, que se resiste a la alienación, busca estar solo: "¿Dónde? En cualquier sitio. No me importa. Con tal de poder estar solo". Página 193. Termina balanceándose, porque su penitenciamiento nativo recobra la autoridad sobre él y acaba su vida en una tortura de maniático con un suicidio de desesperación, que el propio autor revisa en un prólogo que redacta después de la última guerra mundial (1945). Actualmente, dice que cabe alcanzar la cordura (pág. 10 del prolog.) Ya es algo. Se le acusó de ser el "triste síntoma del fracaso de una clase intelectual en tiempos de crisis", y no perdona a los intelectuales que hicieron tal observación que, respecto al contenido de la obra y su desenlace, es exacta.

(78) LICÍ, *La tutela*, cit., 395-6.

sición o de comunicación hacia otras personas de su agrado, excluyendo a las demás.

Por consiguiente, entraña un poder jurídico que positivamente se manifiesta en todo lo que constituye la esfera de los llamados derechos de la libertad (libertad sexual —jurídica— hoy bien precisa—, libertad de pensamiento, de comunicación de ideas, etc.) y que desde el punto de vista negativo tiene como límites, también muy precisos, la no invasión de los derechos del prójimo.

Y en cuanto los demás comunican o participan de estas dotes personales, que son nuestros “*atributos*”, merecen este nombre o calificación. La dificultad para el jurista surge cuando trata en la realidad de las manifestaciones concretas de esas dotes personales que, apreciadas por los demás, constituyen atributos ya publicados. No se discute el goce íntimo (del alma que se recrea en su soledad, o con las Epístolas morales de Séneca, por ejemplo), sino la limitación que la indiscreción ajena ha de padecer, para no invadir ilegítimamente esa esfera íntima. Y aquí no falta quien reduce locativamente esa esfera a un lugar: el cerrado por los muros de la casa. Según Pugliese⁷⁹, la obligación de la discreción no se protege más allá de los muros domésticos: fuera de esas paredes, la *sociabilidad* nos impone soportar toda indiscreción. Esta tesis no puede ser aceptada, porque la intimidad constituye un *derecho esencial* de la persona. Es en este sentido, sumamente sugestiva la indicación de Musatti: “Si se permitiera invadir la esfera de la intimidad, fuera de aquellos muros, la persona vendría a ser objeto, al servicio de la utilización, necesidad y lucro de terceros, por los cuales la persona y la misma personalidad serían ocupadas, invadidas”.

Y así mientras no admitimos que, *invito domino*, pueda nadie utilizar sus cosas, tocar su violín, o montar en su caballo, ¿cómo vamos a admitir, por el contrario, que pueda, sin su consentimiento alguien ser cogido del brazo y exhibido en la plaza? Se produciría así una doble expropiación de la personalidad: De un lado, una expropiación que diríamos instrumental,

(79) *Il preteso diritto*, cit., pág. 119.

por medio de esas relaciones narrativas, figuraciones, representaciones, etc. que toman argumento en ella; de otro lado, por el efecto al que se encaminan y que se sigue de ellas, en las que se concreta y realiza la “publicación” arbitraria de cosas y de hechos, pertenecientes a la intimidad, violada arbitrariamente y sin medida⁸⁰. De donde resultaría más tutelada la propiedad de las cosas que la personalidad de los hombres.

Por consiguiente, hemos de intentar la mayor precisión en delimitar hasta dónde el tributo que rendimos a la libertad, exige un sacrificio del bien de la intimidad de los demás. Porque es necesaria toda cautela para coordinar las diversas categorías de libertades y, muy particularmente, en atribuir valor de principio a unas y carácter de excepción a otras. En este punto debemos citar el art. 2.º de la Ley de Prensa de 18 de marzo de 1966, cuando al desarrollar la libertad de información, de expresión de las propias ideas, señala los límites, uno de los cuales es “*la salvaguardia de la intimidad personal*”. La libertad de pensamiento y la libertad de prensa tienen hoy para el jurista unos límites precisos. Durante mucho tiempo se llegó a considerar —por la deformación que suponía el concepto— que cualquier límite a la libertad de pensamiento, de ideas o de expresión, era un acto de despotismo, propio de Estados totalitarios, o de estructuras de dominación eclesiales o sectarias. Por ello debemos repristinar el concepto de *esas libertades*. Al afirmarlas la Ley, la Constitución de los países civilizados, intenta garantizar la libertad en la formación de los juicios, la libertad en la adquisición o desarrollo de las ideas, y, por supuesto, *la libertad de su expresión* en la elección de los medios, instrumentos o palabras para reflejar nuestras ideas, sentimientos, pensamientos o decisiones: perfecta libertad de elección para que haya la mayor y más exacta correspondencia entre lo ideado y lo expresado; por ello, en definitiva, significa *genuinidad* de las palabras para la expresión del pensamiento; pero no significa que haya libertad para *expresar todo lo que nuestro pensamiento discorra*: no hay una garantía extensible a la *abundancia* de lo que se piense o idee; porque, como advirtió magistralmente Carnelutti⁸¹, tal abundancia o riqueza, a dife-

(80) MUSATTI, *Appunto*, cit. pág. 186.

(81) *Diritto a la vita privata*, cit. pág. 18. Vid. también el BCB, § 824.



rencia de la genuinidad, *non interest rei publicae*, como condición del orden social; muy al contrario, “si todos pudiéramos decir todo aquello que pensamos acerca de todos y de todo, la vida social se convertiría en *un caos*”. Por consiguiente, el art. 12 del Fuero de los Españoles, al decir que todo español podrá expresar libremente sus ideas, mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado, lejos de anular la posibilidad de una vida privada, sustraída a esa actuación informativa difusora, ha creado un cuadro⁸² jerárquico de libertades, de las que el mismo Fuero proclama como fundamental, en el art. 1.º, el derecho de todos los españoles a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, libertad ésta que confrontada con la libertad de pensamiento, supone que la expresión del ajeno, sobre nuestras vicisitudes, no puede ultrajar la intimidad personal. Por ello, ha sido consecuente el Legislador al señalar entre las limitaciones al derecho de información y difusión (además de otras que tienen un contenido ius publicista), ésta de “la salvaguardia de la intimidad personal”, que necesita, sin duda, de mayor desarrollo en otras leyes.

A falta de estas leyes acudimos al Derecho comparado en el que no es sólo la imagen objeto de posibles ataques a la intimidad —determinadas fotografías—, sino también por razón de analogía, la reproducción de la voz, de los gestos, mímica, o de cualquier otro aspecto de la persona, que refleje hechos o actos de su intimidad.

El supuesto más frecuente es la obtención en cinta grabadora, hilo magnetofónico, o por cualquier otro medio, de las conversaciones privadas. El sistema de colocar los llamados “chinchés” transmisores, que en la lucha del espionaje diplomático, científico, etc., ha tenido tanta repercusión, se presenta también con gran frecuencia en la vida de relación. Pensemos, por ejemplo, en las llamadas agencias de investigación privada, que —debidamente autorizadas— llegan, como en las películas, donde todo se consigue, a lograr datos referentes a conversaciones privadas a base de sorprender a los interlocutores, mediante escondidos

(82) Cuadro que, por lo demás, tiene un marco más amplio en el artículo 8, n. 1 del Tratado de Roma de 4-11-1950, donde se consagra el derecho a la intimidad personal y familiar.

“chinchés” radio transmisores. Hay aquí varias cuestiones que debemos analizar:

- El derecho a la investigación privada.
- El derecho a la intimidad personal.
- El derecho a aportar a un proceso esos datos.

Mas la actuación ilícita no se concreta sólo en el empleo de medios de reproducción directa, sino también en aquéllos en que la reproducción pudiera parecer *más indirecta o lejana*: por relatos, aparentemente novelados, o de ficción literaria: Al escritor le es consentido analizar motivos y aspectos de la vida de otra persona, para su obra romántica o dramática; pero le estará prohibido poner en escena tales datos de forma que constituyan una representación histórica⁸³ o circunstancial, en la cual, la persona misma, con sus cualidades y acciones características, pueda ser reconocida.

Mas aún, de ninguna manera y por ningún medio deberá dar arbitraria publicidad a los actos de la persona, que son manifestaciones congruentes de sus sentimientos o de sus pensamientos individuales, porque todos estamos obligados a respetar la natural reserva de cada individuo, en torno a las expresiones de su carácter y de su naturaleza personal y en torno al desarrollo de su vida⁸⁴. Y esto precisamente porque supone una violación de la intimidad personal, siempre, en principio, una violación civilmente sancionada.

La sanción penal a estas indiscreciones es también posible cuando la violación afecta a un bien protegido penalmente, esto es, cuando la violación afecte al honor, suponga injuria, calumnia, o de otra manera sea tipificable. A este propósito debemos recordar aquí la reciente sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1970, contra Luisa A. M. (Duquesa de Medina Sidonia) —según la Agencia Pyresa— sobre una novela en la que, para llegar a la tesis condenatoria, se dice: “En la creación novelística, el autor puede vagar por tiempos y lu-

(83) Puede ser una narración que sólo contenga un episodio o varios: basta con que suscite el recuerdo o lesione de otra manera la intimidad personal.

(84) Cfr. DE CUPIS, ob. cit., 301.

gares reales o liberarse de ellos, componer personajes, sociedades, instituciones y corporaciones, fustigar vicios, criticar conductas y, libremente, traducir sus ideas y sentimientos en forma literaria; pero cuando de propósito deliene su fantasía en un espacio, en una época determinada, su veracidad no ha de ser exacta, literal, fotográfica, sino valorativa, respetuosa con lo dado para que sus juicios correspondan a su manera de observarlo, cuidadosa de no atribuir a personas físicas o morales determinadas o determinables comportamientos ilícitos, motivo de calumnia o injuria u otros delitos”.

“Esta es la infracción cometida —dice el Supremo— por la autora de “La Huelga”, al situar su acción en una villa andaluza existente, en momento preciso y sobre componentes de corporaciones a las cuales está encomendado el servicio de la Administración de Justicia, sujetos pasivos inequívocamente señalados”.

Es sorprendente que después de esa sentencia condenatoria, *É. Bernard Grasset*, lance una nueva edición (1970) en francés en la que, advirtiendo que toda coincidencia con personas existentes es puramente fortuita e independiente de la voluntad del autor, en la contraportada publique:

“Tout débute par une grève de journaliers agricoles dans la région de Jerez, à l'époque des vendanges. La garde civile incarçère et torture “pour l'exemple” quelques grévistes. L'un d'entre eux, le jeune Antonio, meurt de ses blessures. Don Alberto se chargera de maquiller en mort naturelle le meurtre d'Antonio. Notaires absents, médecins complices, magistrats sourds, témoins aveugles... Nul n'a rien vu...—Gouverneur opportuniste, maire corrompu, bureaucrate des syndicats phalangistes, médecins marrons, Gitanes graciles, boutiquiers et pêcheurs, journaliers et gardes civils: toute la société espagnole d'aujourd'hui défile dans une suite d'instantanés pris sur le vif. *La Grève*, témoignage d'une combattante de la justice, nous présente pour la première fois l'Espagne actuelle dans sa réalité quotidienne”.

Veamos ahora dos nuevas cuestiones:

1.º) *Qué causas determinan excepciones justificadas para investigar esta intimidad personal.*

2.º) *Hasta cuándo dura la protección jurídica.*

Las causas justificativas de la excepción propuesta por el Derecho comparado para la imagen, creemos que son aplicables

por analogía, pero siempre con una interpretación estricta o restrictiva. Así *la notoriedad*, sobre todo la del hombre público, magistrado, Autoridad, en general, autorizarán a lo sumo la divulgación de aquellos datos de la vida privada, cuyo conocimiento pueda decidir una votación: pensemos ahora en la importancia que para los votantes “demócratas” de los EE. UU. puede tener cuanto se relaciona con la vida de T. Kennedy y el suceso, en parte público en parte privado, de Mary Jo Kopeckne. Es indudable en tal caso un interés del público, por cuanto ha de formar un juicio valorativo de las dotes personales del posible candidato o del candidato, en su caso, para la suprema magistratura de la nación. Pero también es indudable que hay una esfera íntima, que no debe ser violada, una vez satisfecho aquel interés, y por supuesto un deber absoluto de respeto a la verdad, lo que es otro tema⁸⁵.

Todas las demás excepciones, propuestas sobre el derecho a la imagen, tienen más restrictiva aplicación en el tema que estudiamos, y por consiguiente queda como posible excepción *el legítimo interés de tercero*, en conocer esas vicisitudes y atributos, positivos o negativos, por ejemplo: *existencia de enfermedad*, tara o defecto de tipo personal, no patrimonial.

El problema se conecta con otros afines, como el referente al derecho a la transmisión de las enfermedades hereditarias⁸⁶.

Y con el problema del Derecho público, referente a la sanidad como bien absoluto de la humanidad, más que de los ciudadanos de cada país, y por conexión con la excepción de exigencias de la justicia y de policía, puede considerarse hoy, sin duda alguna, que hay, en determinados supuestos, una excepción o causa justificativa de la investigación de la salud (caracteres sanguíneos, genes, etc., etc.) y concretamente del grado de alcoholismo, y de enfermedad contagiosa, sobre todo en los conductores de vehículos de motor⁸⁷, sobre los que concurren:

(85) Cfr. DE CUPRS, ob. cit., 304.

(86) Del que ya tuvimos ocasión de ocuparnos en *Los derechos patrimoniales eventuales*, Oviedo, 1961, pág. 271.

(87) Sobre el alcohol y el exceso de fatiga en los casos de accidentes en la circulación de automóviles, vid. GAISBAUER, *Zusammenwirken von Alkohol und Überwindung in der verkehrrechtlichen Praxis*, en la NJW, número 5 de 1968, páginas 191 y ss.

1.º) La posesión de un elemento que por concentración y desarrollo de energías, puede crear riesgo para los demás.

2.º) Ser, por ello, protagonistas singulares en la relación de circulación, en la que son protagonistas los terceros viandantes y los demás conductores, y

3.º) Poder llevar consigo un elemento —alcohol o virus, etcétera, productor de la enfermedad— que no le permita la correcta utilización de aquella fuerza, de la que, por ello, no sea dueño absoluto en todo momento (principio que inspira la seguridad del tráfico en el art. 17 del C. de la circulación). Es indudable que razones de policía y de justicia justifican la excepción de reserva a esa intimidad personal en todo conductor de vehículos de motor, que viene así, al ponerse sobre la vía pública, obligado a soportar los análisis o tomas de muestra de sangre, orina, vaho o aliento, que se estimen necesarias, para mejor reglamentar el tráfico.

Pero no sólo la autoridad y el interés público son los entes y la causa que justifican la no reserva, sino que también pueden justificarla intereses privativos de terceros, que requieren, a nuestro juicio, dos condiciones. Para que un tercero esté legitimado en la investigación de esa esfera personalísima, de cualidades somáticas y psíquicas individuales, es necesario:

a) Que sea polo activo o pasivo de una relación jurídica siquiera sea tan atenuada la juridicidad como en el noviazgo, y

b) Que el privarle de esos conocimientos pueda llevarle a experimentar, en una relación posterior o derivada, daños y perjuicios, que tengan por causa aquella *ocultación*, que deviene así ilícita, *per relationem*.

No se nos oculta la dificultad que el tema encierra y que nuestra tesis parece exigir una *confesión general* de la vida pasada, y un análisis somático, con aportación total del historial familiar, en los casos de promesa de matrimonio o de ulteriores nupcias. Y sin embargo no queremos llegar tan lejos. En tales casos, todavía hay un derecho a una reserva sobre la vida pasada, *iuxta modum*, pero nunca absoluta, por cuanto datos y elementos de nuestra vida pasada o de los que somos portadores, pueden repercutir y crear o alterar consecuencias que son

exactamente deducibles o investigables, que sabemos han de producirse en la vida futura, hacia la que tiende la relación jurídica en que se sitúa el tercero legitimado.

Pensemos en el supuesto de enfermedades ocultas, o de enfermedades anteriores, que fueron declaradas formal u oficialmente como curadas: lues, esquizofrenias, etc., etc.

La respuesta en tales casos es de vigencia de la excepción y, por ello, de licitud de la investigación más profunda, toda vez que, si hubiera existido una enfermedad de ese tipo, es posible que rebrote, afectando así no sólo al otro cónyuge, sino también a la futura descendencia, y en el caso de esquizofrenia, a la validez misma del matrimonio (argumento de la S. de la Rota de 11 de mayo de 1957)⁸⁸. En efecto, si se celebra ese matrimonio, por ignorancia sobre ese dato, que el otro cónyuge tiene derecho a conocer, se ha producido una ocultación ilícita, ya que el matrimonio así celebrado es nulo. Luego, para las ocultaciones ilícitas no hay protección jurídica.

He aquí un ejemplo que ilustra sobre la necesidad, no sólo conveniencia, de agencias de investigación privada, actividad que, a su vez, cae dentro del llamado “secreto profesional”, que luego estudiaremos con algún detenimiento.

La excepción sólo queda justificada por razón del fin, y limitada a ese fin. Y por otra parte la investigación sobre datos patrimoniales o personales, de directísima trascendencia patrimonial, no está prohibida: Rehabilitación del quebrado, cuantía del patrimonio activo o pasivo de una persona, etc., etc., tanto en el mundo de los negocios, como de las relaciones personales y de orden matrimonial.

Por razón de justicia: es evidente que existe un *derecho a la verdad*, proclamado solemnemente en las Encíclicas de los Papas y que constituye un postulado moral: el deber absoluto de ser veraz; pero el tema se centra en si existe un derecho *a conocer toda la verdad*, y a declarar en contra de sí mismo. En muchos países rige el aforismo *neminem contra se deponere tenetur*, significando que nadie está obligado a declarar en contra de su

(88) Y el comentario de LEÓN DEL AMO, en R.D.P., 1970, págs. 612 y ss.



persona, familiar, etc. En nuestro sistema, el demandado y el reo tienen obligación de prestar confesión en pleito civil y penal. Pero ¿puede aplicárseles el *suero de la verdad*? ¿Pueden emplearse procedimientos hipnóticos, psicológicos, o a base de estupefacientes, para conseguir una reproducción o narración exacta de los hechos?

La doctrina sobre este tema da hoy respuesta negativa, tanto para esos procedimientos como para los que tienden a modificar la personalidad del hombre, sea para abolir su voluntad, para anular su memoria, o para introducir en el sujeto ideas extrañas a aquellas que asimila espontáneamente. Se rechazan los llamados "lavados de cerebro", y cualquier medio que tienda a despersonalizar al hombre o a modificar bajo ciertos aspectos o puntos de vista las reacciones psíquicas.

Se produce así un reforzamiento del respeto debido a la dignidad de la persona humana.

Respecto al segundo problema, referente al tiempo de duración de este derecho, siguiendo la sistemática de nuestro estudio, decimos que en principio no resultan aplicables los criterios que lo fijan para la propiedad literaria, el derecho a la imagen, o el derecho al secreto de la correspondencia. No existe una norma que lo precise. La jurisprudencia alemana, sin embargo, se ha pronunciado sobre este punto en la S. de 20 de marzo de 1968 del T. Supremo Federal, que tiene como conclusión que los derechos de la personalidad, que estudiamos, pueden subsistir después de muerto el afectado, aunque no sean transmisibles por herencia. El caso se refería a una novela publicada por Klaus Mann en 1936 en Holanda en lengua alemana, en la que ofrece una semblanza negativa, fuertemente deformada, del actor teatral alemán Gustavo Gründgens, fallecido en 1963⁸⁹.

(89) El autor de la novela conocía desde hacía mucho tiempo a Gründgens, y mientras Klaus había emigrado por motivos políticos en 1933, Gründgens permaneció en Alemania, llegando a ser intendente del teatro oficial prusiano por su fama como autor, lo que causó la irritación de Klaus, que le reprochó haberse aprovechado de las circunstancias, por lo que escribió una novela en la que describe la carrera del actor, al que se tacha de oportunista, cínico y simpatizante del régimen nazi; relatando además sus relaciones con una bailarina negra, de la que se deshizo cuando le fue molesta mediante la Gestapo, y vicisitudes de la vida del personaje imaginario, tan análogas a las que había vivido Gründgens,

En ese año una editorial alemana anunció la publicación de la novela en la zona occidental, y un hijo adoptivo del fallecido actor promovió demanda para impedir la publicación, que fue desestimada en su primera instancia; pero en la segunda se estimó la demanda, revocando el fallo, y el T. Supremo confirmó la sentencia, dando así respuesta a dos problemas concretos:

1) La prevalencia del derecho a la intimidad personal sobre el derecho a exteriorizar las opiniones que nos puedan merecer los demás.

2) Que la acción judicial para la protección de estos derechos puede ejercitarse en vida del perjudicado, y, después de su muerte, también están legitimados los *parientes del ofendido*. Término amplio que, sin duda, debe ser entendido con referencia a los ligados por parentesco, sean o no herederos. ¿Hasta qué grado de parentesco y hasta qué momento? No se ha concretado en la legislación, ni tampoco en la jurisprudencia; pero parece conveniente aplicar, por un criterio de analogía *iuris*, las normas dictadas para las injurias contra las personas ya fallecidas⁹⁰.

4. - La intimidad de la voz

El secreto de comunicación telefónica, telegráfica y verbal.

Nuestro Código penal protege los hilos y postes telegráficos (art. 554) de los llamados "estrágos", y como gravedad

que cualquiera que hubiera vivido los acontecimientos le sería fácil identificarlo. Podía estimarse que se trataba de una novela obtenida de la realidad, aunque el T. S. elude esta expresión.

(90) En contra, GIAMPICCOLO sostiene que no puede admitirse que después de la muerte del sujeto pasivo pueda existir ni siquiera un efecto reflejo o proyección, porque al tratarse de aspectos de la intimidad la ley no los establece expresamente. También DE CUPIS dice que, al igual que sobre el derecho a la imagen, no puede existir un reflejo o proyección después de la muerte. Sin embargo, en la concepción de LICCI, las vicisitudes humanas pueden ser separadas de la persona y objetivadas, y entonces tener un ciclo vital distinto del de la persona misma. Esas vicisitudes son así una manifestación que puede ser ulterior a la muerte de la persona. Cfr. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica*, cit., pág. 472; DE CUPIS, ob. cit., pág. 302; LICCI, *Il diritto alle vicende e la sfera della personalità*, en *Foro it.*, 1955, I, pág. 395.

sediciosa señala la de haber “cortado las comunicaciones telegráficas, ferroviarias”, etc., en el art. 219 - 1.º y finalmente en el art. 249 párrafo 1.º se define y pena el delito de “perturbación de determinados servicios públicos” consistente en causar desperfectos en los caminos de hierro o en las líneas *telegráficas o telefónicas*, o *interceptar* las comunicaciones o la correspondencia, redacción actual, (reforma de 1963) que contempla *tipos básicos* diversos:

1) Causar desperfectos, y 2) *Interceptar*: En el primero, es una *acción* de daño castigada, “no por los desperfectos en sí, sino por los trastornos que ocasiona”⁹¹; en el segundo, la acción de interceptar que equivale a interrumpir, cortar, y también “captar”, distinta por tanto de la violación de correspondencia de art. 192 del mismo Código penal.

Pero no existe en nuestro sistema una norma expresa para proteger el “secreto de la comunicación telegráfica, telefónica y verbal”, semejante a la que este verano se aprobó en la Asamblea legislativa francesa. René Floriot nos informa⁹² de la importancia de estos debates y de que para asegurar el principio que dice “todos tienen derecho a su vida privada”, se han creado nuevos tipos delictivos con penas que pueden llegar hasta un año de prisión y 50.000 francos de multa: En adelante quedará prohibido registrar o escuchar, por medio de cualquier aparejo, las palabras pronunciadas en “privado”, *lieu privé*, sin el consentimiento de las personas que las dicen. Por ello, si alguien recibe una visita en su casa y registra, sin saberlo el visitante, la conversación merced a un magnetófono cuidadosamente disimulado, podría ser denunciado y en la misma situación delincuente se encuentra quien escucha conversaciones telefónicas de un tercero. Por sabido que estas conversaciones se registran más frecuentemente en el espionaje industrial. Las escuchas telefónicas ordenadas gubernativa o judicialmente fueron ampliamente debatidas en el parlamento francés: Se admiten.

(91) Según dicen JASO, ONEGA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II, 1949, página 99.

(92) En *France Soir*, 24 de julio de 1970. Para mayor detalle, remitimos al lector a la ley de 17 de julio de 1970 citada anteriormente, que se extracta en el texto.

La protección de la voz: Goza así de una protección frente a la interceptación y a la difusión, pero también en Francia se protege la *genuinidad* de la expresión, voz, timbre, entonación, énfasis, etc., es decir no está *permitido alterar en forma alguna la conversación*: Por ejemplo, componiendo, en base a trozos de banda sonora, que recoge conversaciones, diversas, otras que tengan sentido o finalidad completamente distinta.

El problema es el mismo que tratamos al hablar de las fotografías a las que se cambia, mediante convencionales montajes y *didascalia*, la genuinidad. Los montajes fotográficos o sonoros susceptibles de equivocar al público o burlar el sentido, constituyen infracciones penales en el vecino país. ¿Qué duda cabe de que en España debemos perfeccionar nuestra Ley sobre este tema?

5. - El secreto documental

Después de la imagen, correspondencia y atributos personales, enunciamos otras aplicaciones del derecho de la intimidad, que versan sobre secretos protegidos, debiendo examinar en primer lugar aquellos *supuestos en que algo íntimo* referente a la esfera jurídica de la persona, *se halla inherente a algún documento*.

No se trata de proteger aquí el secreto de la correspondencia, porque el documento puede no ser un medio de correspondencia. El documento puede ser algo propiamente íntimo de la persona: diario personal, documentos que contienen recuerdos, meditaciones, reflexiones, propias o ajenas, (aquellas notas íntimas, en el sentido de los Soliloquios espirituales, o relaciones de hechos, sentimientos, etc.), o pueden contener secretos dirigidos a otro para su conocimiento particular, inmediato o diferido —incluso *post mortem* del autor— sin constituir correspondencia. Pero aun referidas a otro, estas notas o datos constituyen algo personal, que es digno de protección jurídica.

Esta problemática en nuestro sistema tiene dos vertientes, penal y civil: El Código penal castiga a quien, para descubrir secretos de otro, se apodera de sus papeles o cartas, en el art. 497, variando la pena, según los divulgare o no. Como dice el pro-

fesor R. Devesa, no hay restricciones en orden a los sujetos *activo o pasivo*, ni en cuanto a la índole del secreto, que puede referirse lo mismo a la vida familiar o a la de relación, a hechos inmorales o meritorios, profesionales o no, siempre que sea personal. *Pero es esencial* que el secreto se haya reflejado documentalmente, en cartas o *papeles* (los "yellow papers"), porque los secretos confiados a un registro magnetofónico, o de palabra, no hallan tutela en nuestra ley y están abandonados al tráfico⁹³; y R. Devesa exige la *toma de conocimiento*, porque sin ella no se produce el hiato entre apoderamiento y divulgación. Pero ya vemos que son dos conductas distintas.

Conforme a la doctrina española, la *acción* consiste en apoderarse de los documentos⁹⁴.

La tipicidad penal de nuestro Código es, según la doctrina enseña⁹⁵, muy estricta, por cuanto la restringe al supuesto de que las cartas o papeles contengan *secretos de su propietario*, porque si son relativos a otra persona, su descubrimiento es penalmente atípico y señala que la antijuridicidad se caracteriza por el elemento subjetivo: finalidad de descubrir los secretos; y que la culpabilidad requiere el dolo, para el que es necesaria la conciencia de que los papeles contienen el secreto que se trata de descubrir. Si la finalidad del apoderamiento es otra (defraudar, falsear, etc.) se podrá dar otro tipo delictivo.

Un grado mayor es la desvelación o divulgación, distinto por tanto de la mera toma de conocimiento, aunque sea a una sola persona (aumenta la posibilidad de la multa, de 25.000 pesetas como máximo, a 100.000 en la redacción actual del art. 497 del C. penal).

La tutela civil se actúa mediante el resarcimiento de daño, que puede ser solamente moral o también patrimonial.

Pero lo importante en el tema radica en el llamado *derecho a lo inédito*, que además del derecho de autor, y su protección,

(93) R. DEVESA, *ob. cit.*, págs. 298 y ss.

(94) CASTAN VÁZQUEZ, RIERA, R. DEVESA, también la italiana, en CARRARO.

(95) CUELLO CALÓN, JASO y ONEGA, PUIG PEÑA, etc. y especialmente ahora R. DEVESA. QUINTANO admite incluso la frustración, si abierto el sobre, no tuvo tiempo para enterarse de su contenido, *Tratado*, I, 1962, pág. 876.

según la importancia y originalidad de las ideas reflejadas, puede consistir en trabajos de simple labor mecánica, de recolección o acopio de datos —*corpus mechanicum*— que pueden tener gran utilidad práctica, a pesar de la carencia de originalidad: colección de recetas, lista de establecimientos, etcétera. Para nuestro estudio importa resaltar que el derecho a la intimidad requiere que el contenido de lo inédito sean precisamente datos íntimos, en el sentido concretado anteriormente al tratar del concepto, p. ej.: una confesión de paternidad, de delincuencia, de amor, de fe, etc., etc. ¿Existe un derecho al secreto de lo inédito en tal hipótesis?

Comencemos por concretar que el verdadero significado de la expresión *derecho a lo inédito* se refiere al derecho moral del autor o la paternidad literaria o inventiva, y que prácticamente se traduce en la libertad del autor de ejercitar o no el derecho (patrimonial) de publicación, es decir, uno de los aspectos del derecho de libertad negocial y por lo tanto, en caso de muerte del autor, es aquél el único derecho sobre lo inédito que se transmite a los herederos. En rigor, si llegara a publicarse —por estar completa la obra o no estar prohibida la publicación parcial— esta publicación constituye un bien patrimonial —no un bien de la personalidad—, que sigue la suerte de todos los de su clase.

Mas en orden al *secreto de lo inédito* hay que distinguir, según el contenido de la obra sean *datos íntimos personales*, o sean ideas intelectuales, científicas, investigaciones, problemas parcial o totalmente resueltos o sólo planteados, proyectos de ingeniería en curso, bocetos artísticos o teatrales, esbozos, etcétera, etc.

Por cuanto respecta a los primeros, afirmamos que gozan de la *protección del secreto*, tanto en vida del autor como después de su muerte, en la medida anteriormente referida.

Respecto a los segundos, hay que ver si las ideas literarias, científicas, etc., entran dentro de la categoría de los llamados *derechos conexos* al derecho de autor, o constituyen un avance en el proceso de invención, que tiene protección, tanto desde el punto de vista de la autoría, como del secreto industrial, en su caso —según luego veremos—, o, por el contrario, son tra-

bajos que *carecen del mínimo carácter creativo*, y, por ello, no entran en el cuadro de las obras legalmente protegidas. La doctrina alemana ha llamado a estas segundas *kleine Münzen des Urheberrecht*⁹⁶, y se estiman no susceptibles de ser registradas o patentadas, y que no alcanzan la categoría de la *invención*.

Para esta clase de datos en que la idea en sentido propio brilla por su ausencia, no se discute que el autor tenga derecho a mantenerlos ocultos (v. gr.: una colección de soluciones a problemas planteados por un tercero), pero se niega que tenga acción contra quien eventualmente los haya conocido y aprovechado y por ello es concluyente que *no existe un derecho al secreto* de tales obras, porque la protección del secreto no se otorga a cualquier cosa que se quiera tener oculta. Distinto es el problema del posible hurto o atentado contra la propiedad ordinaria de la cosa en sí.

6. - Secretos no documentales

Hipótesis previstas y atípicas.

La protección penal de otros secretos no reflejados en documentos, sólo tiene dos tipos concretos en nuestro sistema: En los arts. 498 y 499 que castigan, respectivamente, al administrador, dependiente o criado que *supiere* —por razón de su empleo— los secretos de su principal y los divulgar, y al encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria.

(96) HAUFFE, *Der Künstler und sein Recht*, Munich, s. f. (1954 ?) pág. 132. Para enumeración caústica de supuestos, BAPPERT u. WAGNER, *Internationales Urheberrecht*, Munich y Berlín, 1956, pág. 52 y ss. Para la americana, LEAPER, *Copyright and Performing Rights*, Londres, 1957, pág. 52.

Por razón de síntesis hemos de eludir la problemática diferenciadora entre "ideas" protegidas industrialmente y las que no alcanzan esa protección, tema que por lo demás sale del marco de nuestro trabajo para caer en el de la propiedad industrial. Un intento feliz puede verse en SANTINI, *I diritti della personalità*, cit., pág. 92 y ss. Sobre la protección de la invención (en su proceso o curso), BERTIN, *Le secret en matière d'inventions*, París, 1965, pág. 127 y ss. Finalmente sobre este problema en el Derecho suizo, TROLLER, A., *Der Besitz eines Geheimnisses*, en *Immaterialgüterrecht*, I, Basilea, 1968, págs. 85 y ss. Vid. infra., *el secreto industrial*.

Se estima posible la comisión culposa, si por error inexcusable el sujeto activo ignora el carácter secreto de la noticia que divulga. La dolosa, implica el conocimiento de que se trata de un secreto y se quiere divulgar, y se discute si cesa la legitimación pasiva al extinguirse la relación laboral o empresarial, o si no debiera cesar, tesis de Groizard, *lege ferenda*.

Prescindiendo de estos dos tipos, que luego analizaremos en los supuestos concretos de secreto bancario y secreto industrial, desde nuestro punto de vista privado, hay en el Código penal tipos concretos de violación delictiva de secretos profesionales, del procurador y del abogado, en el art. 360, y del funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio en el art. 367.

Secretos atípicos: Es indudable que los secretos pueden producirse u originarse en otras muchas relaciones, a más de las laborales, empresariales o profesionales. Incluso puede llegarse a una distinción entre secretos originados en una relación jurídica básica, y los que se generan fuera de esta relación jurídica —profesional en sentido muy amplio—.

Nos referimos aquí a todos los supuestos de secretos que se confían a una persona por una especial predisposición psíquica del que los confiere (debilidad, angustia, excitación) o confianza que inspira quien los recibe: familiar, amigo, benefactor o protector, o simplemente como persona de grandes experiencias, "hombre de mundo", lo que nuestro Gracián llamaba "*el discreto*".

¿Puede esta persona ser, por el contrario, indiscreta inmundemente y divulgar aquellas confidencias? Es indudable que el tratamiento jurídico no ha de ser el mismo que en los secretos profesionales, precisamente porque en éstos se da el *estado de necesidad* objetivamente considerado, que obliga a revelar nuestra intimidad al profesional, para que pueda aplicar el remedio o cumplir la obligación derivada de su carrera, su profesión o su arte. En los casos atípicos que estudiamos esa necesidad puede existir subjetivamente considerada, y aunque no hay una

normativa expresa, creemos no es acertada la tesis⁹⁷ de que estos secretos no gozan de tutela jurídica alguna.

Para sostener la tesis de la obligada discreción bajo sanción jurídica, pasamos a analizar los argumentos que nos ofrece nuestro viejo y pobre en la materia, ordenamiento jurídico:

1) Un primer argumento indirecto brota de la letra de los arts. 418, en relación con el 416 y 417 de la Ley de E. criminal, y de los arts. 648-2.º y 5.º y 660 de la Ley de E. civil, más contundente expresado en el art. 1.247 del Cód. civil: Si ningún testigo está obligado a declarar —que es tanto como colaborar en la búsqueda judicial de la verdad—, acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de sus parientes, y si el parentesco consanguíneo o afín, y la amistad, son causas de tacha legal del testigo en pleito civil, es indudable que esas normas contienen una advertencia sobre la salvaguardia de los secretos entre personas ligadas por esos vínculos.

El art. 1.247-5.º del Código civil dice con carácter general que son inhábiles para ser testigos, por disposición de la ley, *los que estén obligados a guardar secreto por su estado o profesión*, en los asuntos relativos a su profesión o estado, —salvo que el delito sea contra la seguridad del Estado o contra “la sagrada persona del Rey” (art. 416 L. E. crim.), o que en el pleito civil se trate de probar el nacimiento o defunción de los hijos “o cualquier hecho íntimo de la familia” que no sea posible justificar por otros medios” (art. 1.247 del C. civil, al final).

De estos preceptos resulta no sólo la legitimidad de la discreción frente a la Justicia —y al mismo Juez se le impone la obligación expresa de advertir la ausencia de obligación de declarar—, sino lo que es más: la letra del Código civil, presupone la *obligación de guardar secreto por su estado o profesión*,

(97) Para el Derecho italiano, tal es la opinión de DE CURTIS, *ob. cit.* pág. 343, quien cita a BIZZARINI y a BRASIELLO, en *Dig. it. y Nuo. Dig.*, respectivamente. Para el Derecho alemán, la protección contra la indiscreción, y casos en que se concede, puede verse HELLE, *Der Schutz*, cit., pág. 176 y ss. más concretamente ARTZS, G., *Der strafrechtliche Schutz*, cit. pág. 162, donde estudia la indiscreción y la amistad y 171 y ss., la indiscreción en la esfera familiar.

a determinadas personas. Pero no se infiere que fuera del estado o profesión exista aquélla.

2) Un segundo argumento, en principio extrajurídico, parece milita en contra de la tesis positiva: Se indica⁹⁸ que ésta supondría una exigencia desmesurada, porque se verificaría una excesiva restricción de la libertad de los demás. Con lo cual se concluye admitiendo un derecho a la indiscreción, en los llamados secretos confidenciales no documentados.

Pero pensamos que la palabra *libertad* se emplea en sentido equívoco: Los demás son libres para oír o rechazar la confidencia, la revelación de la intimidad bajo secreto previamente postulado o naturalmente exigido; pero decir que son libres para divulgarlo, es dar carta de libertad para la procacidad. Quienes así piensan y razonan, al legitimar la indiscreción, no contribuyen a estrechar los lazos de solidaridad y confianza que son indispensables para una vida comunitaria eficaz, supuesta la existencia de una esfera privada. La sociedad no puede disimular que en nombre de la libertad se defraude la confianza.

En conclusión: 1) Creemos que existe una obligación de secreto, civilmente protegida y exigible, para todas las personas que mantienen un *estado*, respecto de otras, que es causa de la desvelación o comunicación del dato íntimo. Por ejemplo el *status familiae*, en sentido amplio. También, por sabido, para toda profesión.

2) Creemos que defraudar el secreto conocido por razón de amistad, confianza inspirada, etc. supone siempre *cometer una indiscreción*, que traducida a términos jurídicos de nuestro actual ordenamiento, es equivalente a la imprudencia o negligencia del art. 1.902 del C. civil, y por ello, siempre que de esa divulgación redunde un daño moral o patrimonial —y esto será lo normal—, habrá una acción civil para conseguir la reparación de ese daño. A más no podemos llegar, en el estado actual de la cuestión dentro del Derecho positivo español.

(98) Tesis de DE CURTIS, *loc. cit.*, pág. 343.

7. - El secreto profesional

Estado de la cuestión en nuestro Derecho positivo.—De todas las clases de secreto que venimos estudiando es, sin duda, el secreto profesional el que ha dado lugar a una literatura más copiosa⁹⁹ y la hipótesis más exhaustivamente estudiada en el Derecho comparado y, por paradoja, desconocido en nuestro Código penal que, como advierte R. Devesa, presenta “la más sensible laguna por la ausencia de protección del secreto profesional, salvo la precaria que se otorga en el caso del abogado y procurador, a título de *prevaricación*, en el art. 360 y el supuesto de los funcionarios”, en el 367¹⁰⁰. Sin ese apoyo legislativo penal, volvemos los ojos al Código civil, que en el artículo 1.247, 5.º, presupone la existencia de la obligación de guardar secreto, *por su estado o profesión*, en los asuntos referentes a su profesión o estado —repite el Código— a determinadas personas que son declarados *inhábiles* por ministerio de la ley para actuar como testigo, sin la salvedad ya comentada del párrafo final: es decir, para esta hipótesis no rige la excepción de que se trate de un hecho íntimo de familia que no sea posible justificar por otros medios.

La primera consideración que nos ofrece este precepto del Código civil, es si impone un deber o crea un derecho. De una interpretación literal cabe colegir que el Código parte ya de la existencia del *deber de secreto* por razón de estado o profesión, que ninguna otra ley positiva ha dispuesto, porque introduce una dispensa de la obligación de declarar sobre *los asuntos* relativos a la profesión o estado; pero, implícitamente, “lejos de atentar contra el secreto, lo consagra y hasta le da mayor autoridad y fuerza por medio de la prohibición del art. 1.247”, comenta M. Scaevola¹⁰¹.

La jurisprudencia lo aplicó restrictivamente y, sin duda, presuponiendo otra ley positiva —la penal— que estableciera la obligación de guardar el secreto dijo la S. de T. Supremo de 9 de abril de 1908 que “es inaplicable este número 5.º tra-

(99) Vid. supra nota 18.

(100) *Ob. cit.*, pág. 297.

(101) *Comentarios al Cód. civil*, tomo XX, edi. 1958, pág. 506.

tándose de declaraciones que no tienen relación alguna con el secreto obligado —abogado y procurador— de la profesión de los testigos”. No puede extrañarnos que en nuestra doctrina se haya reducido el tipo a las singulares figuras del abogado, el procurador y el sacerdote en secreto de confesión, quizá por la civilización de los cánones 889 y 890 del Cód. Jur. Can., y se llegue a decir que “no resulta de aquí que los médicos tengan *de plano* el derecho a negarse a hablar cuando son citados a declarar en un proceso criminal; sería necesaria una ley expresa para conferírsele, y hay en el proceso un interés de orden público y de verdad superior a todas las consideraciones particulares”¹⁰².

Adolecen así nuestras leyes en este punto también de la falta de previsión que hemos lamentado en los anteriormente tratados, quedando sin una protección tanto las conversaciones telefónicas como el secreto profesional.

En la doctrina y Derecho comparado.

Conceptos previos: La doctrina distingue el “secreto profesional” del “secreto de oficio” y del “secreto de Estado” (militar, diplomático, etc.) y del mismo “secreto industrial”. El matiz tiene aquí extraordinaria importancia, porque nos permite distinguir quiénes son profesionales y quiénes funcionarios y también cuándo un funcionario custodia secretos particulares o un profesional posee secretos públicos: el diplomático y el espía, el notario y el secretario judicial, por ejemplo, pueden participar en esa doble actividad. Por ello, intentaremos esa precisión conceptual en la siguiente forma¹⁰³:

(102) M. SCAVELLA, *ibi*.

(103) Intentamos ofrecer un concepto válido en el Derecho comparado. Así vemos —art. 622 del C. penal italiano, el parágrafo 30 del StGB, y el art. 378 del *Code pénal* francés— que para la delimitación del ámbito subjetivo los legisladores han preferido, en vez de una enumeración taxativa, hacer unas indicaciones de tipo general, que tienen de común denominador la *profesión* en sentido amplio: el estado, el oficio, la profesión en sentido estricto y el arte. Así, por ej., dice el art. 622 del C. civil italiano: “Quien teniendo noticia, por razón del propio estado, u oficio, o de la propia profesión o arte, de un secreto, lo revela, sin justa causa, o lo emplea en provecho propio o de otro... si del hecho puede derivarse daño...”

Cabe hablar de profesión¹⁰⁴ en sentido amplio como “aplicación continuada y característica, aunque no necesariamente habitual, principal o exclusiva de la actividad de la persona, con un fin de ganancia o con otro fin no inmoral, al servicio personal o a prestaciones reales en favor de necesitados o de quienes lo requieran” o como una situación personal particular en el ambiente en que se verifica el ejercicio profesional, o bien una capacidad técnica que puede determinar una intervención ocasional¹⁰⁵.

El concepto de profesional, en sentido estricto, incluye a quienes, en posesión del título que legitima su actividad, la adoptan como medio de trabajo con compensación, ofrecido al público indiscriminadamente —ejercicio libre de la profesión— o contratado con determinados entes (Estado, empresa, particular). Hablamos así de licenciado en Derecho, que ejerce como abogado; el licenciado en Farmacia, que regenta su botica o actúa como analista; el procurador, que está inscrito en el Colegio y actúa ante los Tribunales; el sacerdote, con licencias ordinarias o especiales; el licenciado en Medicina, inscrito como médico libre o de empresa; el periodista, el arquitecto, el ingeniero, químico, físico, etc.

El profesional en sentido estricto necesita, pues, el título¹⁰⁶ que lo legitima y, normalmente, el cumplimiento de otros requisitos, administrativos y fiscales (inscripción, colegiación, alta en contribución, etc.), que lo habilitan para esa actividad, de forma que no es ni *excepcional*, ni *clandestina*.

El oficio, al igual que el oficial, en nuestra concepción, presupone unos conocimientos que se constatan a través de las llamadas *Escuelas de Maestría* y, por supuesto, de los Institutos

(104) Adoptamos la definición ofrecida por MANZZINI, *Trattato*, cit. vol. VIII, pág. 959.

(105) Quedarían fuera del concepto de *profesión*, las prestaciones excepcionales y aquéllas meramente fácticas, desarrolladas por sujetos no autorizados, en cuyo caso pudieran surgir responsabilidades de otra clase. Cfr. PETRONE, *Segreti*, cit. pág. 974, n. 11.

(106) Esta exigencia del título se aprecia más rigurosamente en tema de intrusismo profesional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo llega a ser de una exigencia grave, en casos determinados, así por ej. en los *Odontólogos*, en que se castiga, no sólo a los llamados *mecánicos dentistas*, que de alguna forma se atreven a “tocar” en la boca del paciente, —SS. de 26 de marzo de 1965, 28 de

Laborales, y prescindiendo de la política tendente a parificar estos estudios, desde nuestro punto de vista, oficio y profesión *strictu sensu*, se diferencian por el distinto grado académico¹⁰⁷. El oficio de mecánico, conductor, tornero, tejedor, zapatero, etc., es distinto de la profesión de ingeniero industrial, textil, etc., etc., que requieren históricamente una formación superior. Mas, legalmente, también el oficio requiere una *habilitación*, mediante la prueba o pruebas previstas en la ley. (Así, es reo de conducción ilegal el que lleva en vía pública un vehículo de motor sin estar legalmente aprobado, aunque su pericia en el manejo y conducción sea extraordinaria; art. 340 bis, C, delito de conducción sin permiso¹⁰⁸.)

Se habla de “secreto de oficio”, con un significado jurídico preciso, distinto del conocimiento de “*la técnica propia del oficio*”. Secreto oficial o secreto que se posee *por razón de un oficio público*. La línea que diferencia los secretos por razón del oficio, de los secretos “de oficio”, es muy sutil, dado lo anfibológico de la terminología. El dependiente, el administrador, el gerente, el ejecutivo de una empresa puede violar secretos que conoce por razón de su oficio y caer en la figura ya comentada de los arts. 498 y 499, mientras que se discute si la violación cometida por el notario del secreto del protocolo (art. 21 L.N.) es una violación *de secreto profesional* o de *secreto de oficio*. En relación a la *cualidad subjetiva*, el notario es un profesional; pero desde otro punto de vista, el notario es el fedatario público ordinario y, como tal, cualificado para *realizar una función pública*,

mayo de 1969—, o a trabajar, sin hacerlo bajo la dirección y dependencia de un Odontólogo, (S. 17 abril 1970), sino a los mismos Médicos, no especialistas, rigor que se aprecia en la S. de T. S. de 18 de octubre de 1969, de la que es corolario que el médico que no haya obtenido el título de especialista en Odontología en la correspondiente Escuela, si ejerce la especialidad médica de Estomatología, incurre en el delito de ejercicio ilegal de la profesión de odontólogo.

(107) Bien es sabido que históricamente el aprendizaje se realizaba bajo la dirección de un Maestro del oficio, y que la adquisición de estos conocimientos es posible fuera de las Escuelas de Maestría aún hoy; por ello nuestra legislación laboral parte de la aptitud y conocimiento, más aún que del título, para atribuir determinadas categorías laborales. Pero también hoy inspira la nueva Ley de Enseñanza, la idea de una adecuada instrucción técnica, al menos, para todos los españoles, art. 15, final, y 40 y ss.: Ley de 4 de agosto de 1970. Emplea la voz *profesión* y *profesional*, tanto para la enseñanza Universitaria (art. 30), como para la llamada hasta ahora “laboral”, art. 40 y ss., a la que titula “La formación profesional”. Vid. también art. 2.º-1 y art. 41: *Deberán* adquirir esta formación los que no siguen estudio de Bachillerato, verbo empleado en imperativo legal.

(108) Vid. por ej., la sentencia de 22 de marzo de 1970.

por lo que, por razón de ésta, sería equiparable al funcionario público, de donde la desvelación del secreto pudiera calificarse a nuestro juicio, más correctamente “como descubrimiento de secreto de oficio referente a los particulares” (o al Estado, en caso de ser éste titular del bien o derecho protocolizado), y tal conducta “como violación de secretos particulares” del artículo 368, por lo que sólo el consentimiento del particular excluye la ilicitud. Veamos, por tanto, que en el notario cabe la doble condición de profesional y funcionario y, por ello, la posible doble violación y el consiguiente concurso de delitos.

El “secreto de oficio” obliga así a los funcionarios públicos (art. 301 L. E. criminal en relación con el 367 y 368 del C. penal) y es distinto del secreto obtenido por razón del empleo u oficio (administrativo, laboral, empresarial) de la misma manera que el *secreto de Estado* que se viola por el delito de *espionaje* (art. 122, 6.º del C. penal) es distinto del secreto obtenido por razón del estado (familiar, sacerdotal, etc.) que expresamente se cita en el art. 1.247, 5.º del C. civil.

Conocidos los distintos significados de las expresiones que dejamos analizadas, conviene puntualizar que la doctrina sugiere y la jurisprudencia acepta¹⁰⁹ para la voz *profesional* el significado más amplio o extenso, que comprende la profesión en sentido estricto, el oficio o empleo, y el arte, cuando la relación, en la que se genera o produce el secreto, se estima *necesaria* o *cuasi necesaria*. Son, por lo tanto, dos las circunstancias que cualifican este tipo de secretos, a más de la noticia o dato que lo integra: que se genere en una relación profesional, y que esta relación obedezca precisamente al servicio que presta el profesional; que no sea algo excepcional, que se produzca en unas circunstancias de hecho, que no tengan nada que ver con la profesión u oficio, aunque en tal caso se pueda dar la obligación de secreto, por amistad, etc., ya estudiado en los secretos no documentales en general.

La razón de esta tutela (penal y civil, en su caso) la encuentra

(109) MANZINI, SANTUCCI, PETRONE, DE CUPIS. En la doctrina alemana se distingue entre la profesión, *Beruf*, término también usado en el Derecho en expresiones muy variadas, y oficio, *Gewerbe*, que se concibe como un legítimo modo de trabajo ejercido de forma regular. Respecto a la jurisprudencia, nos remitimos a las sentencias citadas en notas anteriores.

la doctrina¹¹⁰ en la finalidad de proteger la libertad y la seguridad de las relaciones íntimas profesionales, determinadas por la necesidad derivada de la estructura de la sociedad y particularmente de la sociedad moderna, una de cuyas características es la distribución de las competencias y de las funciones, por cuya virtud algunas personas, y sólo ellas, están en condiciones de desenvolver determinadas funciones en interés de otras, y por razón de tales funciones, se encuentran en condiciones de descubrir el velo de importantes secretos personales. Pero esa misma necesidad determina que el profesional no pueda revelar el secreto a ninguna otra persona¹¹¹ y ya dijimos que se quebranta cuando se revela a una sola persona¹¹².

La doctrina, al lado del secreto profesional, enumera el secreto por *razón del estado de la persona*, dándole por ello el mismo trato e importancia. Se discute acerca de las relaciones que deben concurrir en el *status* para constituir el presupuesto subjetivo de la hipótesis y la recepción de la noticia. De una parte, no se estima necesario que la noticia se haya adquirido en una revelación hecha *en vía confidencial* —ya estudiada por nosotros—; de otra, se subraya que entre la especial posición del sujeto y el conocimiento del secreto debe subsistir un nexo de causalidad necesaria y no de mera ocasionalidad. La tutela y por ello la equiparación al secreto profesional, viene así a cualificarse sobre un doble plano: El subjetivo, que lo limita a las personas dotadas de un particular *status*; el objetivo, que excluye de su ámbito toda noticia cuyo conocimiento no se adquiriera en aquella particular situación que constituye un supuesto de relación *cuasi necesaria*¹¹³.

Así pues, parece que el secreto familiar es siempre un se-

(110) Es tan unánime, que constituye doctrina común. Sin embargo, no faltan ensayos para justificar la obligación de secreto en otras consideraciones: la del contrato o relación contractual, en que implícita o explícitamente se conviene, es otra frecuentemente invocada principalmente para el secreto bancario, según luego veremos.

(111) La parodia del secreto, con referencia a un secreto de Cámara legislativa, puede verse en un editorial de “ABC” del 2 de julio de 1970, en que se nos dice que el secreto queda mejor custodiado por las 3.000 personas que llegan a conocerlo bajo secreto al siguiente día en virtud de revelaciones confidenciales o familiares.

(112) Supra, págs. 43 y ss., 68 y ss. con cita de autores que así opinan.

(113) Tesis de PETRONE, ob. cit., pág. 972, que sigue a MAGGIORE.

creto protegido, al igual que el honor familiar, y por ello la intimidad familiar presupone que todos los miembros que gozan del *status familiae* —y aun los que en nuestro Derecho positivo carecen de él, el hijo ilegítimo no natural— *tienen el derecho al secreto*, son titulares del mismo, y no se les puede obligar a declarar, con la salvedad ya comentada del punto final del artículo 1.247 del C. civil. Por razón del mismo *status* puede hablarse del *secreto de confesión*, ya que el sacerdocio, a este respecto, se presenta antes como un *status* que como una profesión, y se nos antoja que si llegara a ser más profesión que *status*, ese secreto no tendría el carácter que hoy tiene. Y también por razón del *status* hay derecho al secreto en algún otro supuesto: v. gr. estado matrimonial.

Materia y objeto de estos secretos.—La característica especial del secreto que ahora estudiamos y que le da un aspecto diferenciador de los anteriores, es que *su objeto o materia no es necesariamente algo íntimo* —referente a las cualidades personalísimas que constituyen la intimidad y la razón de la protección de la misma, ya estudiadas— sino que el secreto profesional puede consistir en la comunicación de algo con valor puramente patrimonial o referente a terceros, por ejemplo, el secreto bancario, el secreto de confesión, el secreto del abogado, el del médico, el del periodista, etc., etc.

Incluso puede resultar necesario para que el profesional cumpla su misión *revelarle secretos referentes a otras personas*, por ejemplo, del contrario en un litigio, de quien contagió la enfermedad, etc. Y entonces el profesional viene obligado a guardar el secreto y se convierte éste en objeto de protección jurídica (salvo la necesidad social de desvelar la existencia de la enfermedad, p. ej.: cólera, lepra, etc., con la discreción obligada respecto al nombre del paciente).

Por ello, la ley veda al profesional en tal caso utilizar el secreto en provecho propio o de persona distinta *al cliente* que lo comunica. La razón de estos límites o contornos, con que la ley circunscribe la situación, se ha dicho que es la *necesaria fidelidad entre profesional y cliente*. Efectivamente, la palabra cliente —de la raíz *cluens, cliens*— significa *in fidem esse, in fidem se dedere*, e históricamente se empleó para la clientela en

el mundo primitivo romano¹¹⁴. Por ello hay un deber de fidelidad del profesional al cliente, que se viola si se descubre su secreto, su dato, su noticia o se aprovecha de ella. El problema, sin embargo, se complica en gran medida cuando un tercero se interfiere en la situación o en otra análoga, sin que se dé incompatibilidad entre ellas. El caso es muy frecuente en el médico o en el abogado. Piénsese en que, por razón profesional, se conoce un foco de enfermedades venéreas, localizado en determinada familia o persona, o se conocen “las malas mañas” de un deudor para ocultar o malbaratar sus bienes. Un nuevo cliente acude al mismo médico o al mismo abogado. ¿Pueden emplear sus conocimientos de datos anteriores en provecho de este nuevo cliente? Si lo hacen, ¿no se valen para provecho de terceros —y en el fondo para el éxito de su actuación— de noticias secretas ya poseídas por ellos? Si no lo hacen, ¿no prevarican por negligencia?¹¹⁵

Pensamos que en los casos planteados, el utilizar las noticias secretas en provecho de nuevos clientes, no es ilícito porque el profesional no busca con ello su particular provecho, sino el éxito de la justicia, de la sanidad, etc.

El problema sigue aún con otras posibles implicaciones, en el caso de que se trate de clientes que actúan, inicialmente al menos, o en la consulta conjuntamente.

Entonces es evidente que la fidelidad les es debida de consuno y que ninguno de ellos puede pretender, por separado, la desvelación, en forma verbal, escrita o real, de cualquier dato.

8. - Particularidades más frecuentes

El abogado y procurador.—La particularidad más señera se presenta en las causas penales y, por ella, ni el procurador ni el

(114) Aspecto que estudiamos con detenimiento en *El precario en Derecho romano*, en IJ, mayo de 1949.

(115) La prevaricación del abogado aparece más frecuentemente en tema de tipo pecuniario y en negligencia profesional —vid. SS. 31-1-1970; 1-4-1970, Sala 2.ª T. S., por vía de ejemplo— que en materia de desvelación de secretos propiamente dicha.

abogado del reo están obligados para ser testigos en contra del mismo, en ningún proceso o instancia. Esta especial obligación de secreto es indispensable para cohonestarla con la sagrada misión de la defensa; pero no se extiende ni al abogado ni al procurador de la acusación, que pueden ser citados en el mismo pleito como testigos de la defensa y tienen el deber de declarar. Y tal vez, en ocasiones, sean testigos de importancia (lo decimos por experiencia propia).

Otra particularidad de estos profesionales se presenta en el caso frecuente de la consulta conjunta. Es famoso el proceso seguido en tiempos de Napoleón contra el abogado Bailly que se negó a devolver, por separado, a un consultante, un documento que le fue confiado conjuntamente por él y otro interesado en su contenido. Hoy tiene, para gloria de la abogacía correctamente ejercida, una monumental estatua en el Tribunal Supremo de París cabe a la cual, nos dicen, cada día se sientan los clientes a consultar con sus abogados, y Bailly que presencia todas las consultas, sigue guardando los secretos... Sin embargo, pueden ser autorizados por el cliente para revelar o declarar.

El sacerdote.—La particularidad del secreto de confesión, que establecen los cánones 889 y 890 del Cod. Iu. Can., a nuestro juicio radica en que ni siquiera con el consentimiento del penitente puede revelarse. Esta conclusión parece deducible de la sacramentalidad del acto, y por consiguiente sólo es aplicable al secreto sacramental. El sacerdote puede ser depositario de otros secretos, extrasacramentales, por razón profesional de consulta moral, y en este caso el consentimiento del consultante pudiera ser suficiente para dispensar la obligación.

Y ¿por qué no en la confesión? En principio parece que ésta tiene por materia exclusiva actos propios, y que el consentimiento o la petición —proposición del confesor como testigo— por parte del mismo penitente, pudiera dispensarle de aquel secreto, que sólo redundaría en salvaguardia de la intimidad del interesado. Mas es evidente que los “actos propios” pueden guardar, y frecuentemente así sucede, una *relación de alteridad*, con lo que un tercero pudiera verse afectado por esa desvelación y, en todo caso, la sacramentalidad padecería.

La tesis de los moralistas que estiman lícita la ulterior

comunicación entre confesor y penitente, autorizada por éste, no supone publicación del secreto que, en este caso, presentaría concurso o concurrencia del secreto sacramental y profesional —como moralista— con la consiguiente doble violación si se produjera.

El médico.—La delicada función social ejercida por el médico, al que se confían las vidas —también el honor y la hacienda, como al abogado, aunque por vía distinta—, presenta conexiones con el Derecho en el llamado problema de la eutanasia y de los transplantes, en el aborto y abortivos, en la actuación profesional negligente y, por fin, también en el *secreto profesional*. Tradicionalmente se ha venido diciendo que el médico no está dispensado de ser testigo en causas criminales ¹¹⁶.

Sí está dispensado, como todo profesional, en las civiles (artículo 1.247-5.º Código civil), precepto que nos permite afirmar la existencia de una obligación profesional de secreto.

En las causas penales el límite de su obligación puede ser violentado por la pregunta de la acusación, de la defensa o del Juez. ¿Puede negarse a declarar? Respondemos negativamente. Supuesta la pertinencia de la pregunta, el médico no tiene excusa para negarse a declarar, basada en su secreto profesional, a diferencia del abogado y procurador del reo, y del confesor.

Queda por tanto circunscrito el secreto del médico al Derecho privado y en ese campo tiene especiales obligaciones derivadas de la necesidad superior de sanidad y salubridad pública, en los casos de epidemias y enfermedades infecto-contagiosas, en las que, al igual que en el aborto, tiene obligación de dar cuenta a los efectos consiguientes.

El periodista.—Profesionalizada hoy (Estatuto del periodis-

(116) M. SCAEVOLA, ob. cit., 506. Por sabido que el secreto del médico se estudia bajo el aspecto del deber profesional frente al mismo cliente: ¿debe revelarle la gravedad de su estado, una enfermedad que ocasionalmente descubre, v. g.: el odontólogo, que aprecia la existencia de un cáncer, etc.? También se estudia desde el punto de vista jurídico, en tema de indemnizaciones por causa de muerte, en orden a fijar la responsabilidad penal —“cráneo de papel”, etc.— y la misma responsabilidad civil: muerte próxima por padecimiento de enfermedad de fatal desenlace inmediato, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización. Pero esa problemática, que entra dentro de la deontología profesional del médico, como la de las demás profesiones, cae fuera del marco de nuestro estudio actual.

ta de fecha 13 de abril de 1967) esta carrera, el periodista puede ser confidente de secretos, por razón de la noticia, o por el origen o fuente de ella. El supuesto más frecuente se referirá al origen o fuente, porque siendo misión del periodista informar sobre las noticias, parece que éstas no podrán ser el objeto material del secreto. Sin embargo, cabe que sean hechos o datos, de los que el periodista deduzca la existencia de un deber de informar, denunciar o acusar una corruptela, una lacra social o un vicio, y por ello, obligarle el secreto, en cuanto al dato en sí. También, por supuesto, en cuanto al comunicante. Este aspecto cobra especial relieve en los supuestos de sediciones, revueltas y altercados. ¿Debe guardar secreto sobre la identidad de los sediciosos, revolucionarios, etc? El tema se conexas con los llamados delitos contra la seguridad del Estado —exterior o interior— o políticos ¹¹⁷.

Pero el deber de secreto profesional es innegable.

Las agencias de investigación privada.—Todos conocemos hoy día, siquiera sea por el tic tac de los letreros luminosos, la existencia de Agencias de investigación privada, debidamente autorizadas por la Legislación administrativa. El valor de los datos que proporcionan lo juzgan sus comitentes y, en último análisis, los Jueces. Por consiguiente, la actividad investigadora es lícita: *iuxta modum*, diríamos nosotros, con expresión conciliar.

El agente de investigación ofrece sus servicios indiscriminadamente al público, constituyendo esta actividad una profesión de especialísima delicadeza, que los llamados agentes a lo James Bond han contribuido a deformar y desprestigiar en la medida en que las cintas cinematográficas, buscando *efectismos* y *novedades*, se separan de la realidad y de la ética. Esta investigación puede ser lícita, y quien la contrata o encarga tener un interés protegible, siempre que aquélla y éste se muevan dentro

(117) El caso más reciente lo tenemos en el periodista Julio Camarero, al informar desde el Uruguay de determinadas noticias de los "tupamaros". Emilio Romero pretende incluirlo dentro del deber de secreto profesional y sostiene —en "Pueblo" del día 18 y 19 de agosto de 1970— que lo más que puede hacer el Gobierno de aquel país es invitarlo a salir de sus fronteras. Los jueces parece que estimaron la existencia del derecho al secreto y le permitieron la salida, sin otras consecuencias.

del respeto debido a la intimidad personal y a las situaciones jurídicas protegidas; en manera alguna puede ser lícito instalar, para sorpresa del interlocutor, transmisores en el hogar de otra persona —porque se perpetra una violación de la intimidad del hogar— y semejantemente es ilícita esa actividad investigadora si lesiona cualquier otro derecho de la intimidad o de la personalidad. El problema se complica si quien facilita los medios para procurar la investigación tiene verdaderamente derecho a participar esa actividad: Por ejemplo, la esposa que facilita, en caso de sospechar la infidelidad del esposo, la instalación de grabadores en el hogar, oficina o automóvil familiar, o que supone usará su esposo infiel. En tal caso, ¿es lícito al agente de investigación privada aceptar y utilizar esos medios para la obtención de los datos?

La respuesta es que la licitud se mide en función del fin buscado. Es decir, que las informaciones son lícitas cuando conciernen a la esfera patrimonial ajena ¹¹⁸. Es más, en tal caso se considera que la obtención de datos constituye una exigencia de orden económico, cada día más necesaria en el mundo moderno; pero cuando la investigación sale del campo patrimonial (no sería tal supuesto el de informaciones sobre la situación patrimonial de un pretendiente para el matrimonio, aunque otra cosa pudiera parecer, dado que a la vez que comunidad de vida, constituye el matrimonio un contrato social) y recae sobre la intimidad personal, es evidente que puede pugnar con lo lícito, tanto por el fin como por el medio que se emplee.

Por supuesto que se dará una violación de secretos siempre que se atente contra un secreto jurídicamente protegido, que es por tanto, algo radicalmente distinto de las ocultaciones ilícitas. Por ello, en caso de adulterio, no hay secreto protegido, sino ocultación ilícita, y el fin justifica la investigación, por lo que resta únicamente emplear medios auténticamente lícitos. Claro que aún en estos casos en que está justificada la investigación, el problema cae en el campo del *secreto profesional*.

(118) Sobre las que en principio parece lícita toda investigación, según dijimos anteriormente (pág. 63 y ss.) Lo que es distinto de que no haya personas obligadas a un secreto sobre datos patrimoniales, lo cual, siendo el reverso de aquella investigación, no convierte de suyo en ilícita la pesquisa, sino la desvelación sin causa.

Agente investigador —debidamente habilitado— y profesión que obliga bajo secreto a custodiar los resultados, son inseparables, por lo que el agente jamás podrá divulgar los datos conseguidos, sino a lo sumo, facilitarlos al cliente legitimado para obtenerlos, o, al Juez en su caso.

Finalmente la gravedad y la seriedad del fin sobre el que se construye la investigación pueden excluir la ilicitud, aunque tenga aquélla por objeto actos, datos, etc. desfavorables para la persona a que se refieren, que sean incluso perjudiciales para su honor. La medida de esa licitud, viene dada por la educación con la del fin, por lo que jamás debe sobrepasar el fin informativo que se intenta satisfacer, mediante comunicación de noticias verdaderas el fundado interés en conocerlas, propio de determinadas personas, legitimadas así para encargar y obtener esa información. Si se supera tal fin, ya no está justificada la lesión del bien del honor o de la intimidad ¹¹⁹.

9. - El llamado secreto de empresa

Estado de la cuestión en nuestro Derecho penal.

Sobre los secretos industriales en general, al tratar anteriormente de los secretos no documentales, tuvimos ocasión de ver la tutela penal otorgada en los arts. 489 y 499 tanto a los secretos divulgados por los administradores, dependientes o criados, respecto a su principal, como por los encargados empleados u obreros de una fábrica o establecimiento industrial: La doctrina española no le confiere relevancia especial, al exigir que cause perjuicio ¹²⁰.

En el Derecho comparado: El secreto científico o industrial, adquiere especial relevancia autónoma con una *species* del más

(119) Cfr. ARTZS, *Der strafrechtliche Schutz*, cit. págs. 41 y ss., 144 y ss., 174 y ss. y 206.

(120) Es necesaria la producción de un perjuicio, aunque no necesariamente económico", dice el prof. R. DEVESA, ob. cit., 301. Análogamente, QUINTANO, I (1962), pág. 885, nos habla de "lesión al patrimonio". Vid. supra, págs. 68 y ss. el llamado *secreto de lo inédito*.

amplio *genus* constituido por el secreto profesional, distinguiéndose de éste por el especial contenido de la noticia tutelada en el Derecho italiano ¹²¹. Esta debe referirse a los descubrimientos o invenciones científicas o aplicaciones industriales. Para la hipótesis, la norma no exige la existencia de un daño —real o potencial— sino, tratándose de revelación, la ausencia de una justa causa. Por ello distingue este tipo de revelaciones, de aquéllas que se refieren a la marcha interior de la empresa ¹²², que exigen positivamente que de la divulgación pueda sobrevenir un perjuicio.

Falta en nuestro sistema esa diferenciación tan rigurosa, para los conceptos de *descubrimiento* (que consiste en reconocer cualquier cosa de la realidad, ignorada hasta aquel momento: un fenómeno, un cuerpo, una ley natural, etc. de modo que con él resulta enriquecido el patrimonio cultural); *la invención* (que, por el contrario, implica la realización de nuevas combinaciones en el campo de las fuerzas naturales) y *la aplicación industrial*, por la que debe entenderse aquél y ésta, en cuanto se dirigen a aplicaciones prácticas, y aunque el Estatuto de la llamada propiedad industrial otorga protección jurídica en nuestro país, el *invento patentado*, al *modelo industrial* y al mismo *nombre comercial* (vid. arts. 42, 46 y 47 del Estatuto), en orden a la protección del *secreto comercial*, no hay otra normativa distinta de la ya citada.

Se castiga en nuestro Código penal sin duda la *falta de lealtad* de los subordinados en la empresa, más que la actuación investigadora de terceros que quieran descubrir esos "inventos". Esta ausencia de tipicidad penal, para la investigación de terceros —el llamado espionaje industrial— se explica por la carencia de una seria investigación científica e industrial, en tiempos pasados, en nuestra patria. Hoy sin duda es de urgencia una legislación punitiva en el tema, inspirada en un criterio subjetivo, que prescinda del daño, y construya la hipótesis sobre la in-

(121) Cfr. PETRONE, *Segreti*, cit. pág. 975.

(122) El Derecho italiano diferencia unas y otras, de manera concreta, de un lado en la regulación civil del art. 2.622, de otro, en la penal del art. 623, exigiendo el perjuicio en las que se refieren a la marcha del negocio empresarial, dato que, como vimos en la nota 120, reclama también nuestro Derecho, que no regula el *secreto industrial* propiamente dicho.

tención subjetiva de causarlb. Más progresivo aún nos parece establecer la obligación de patentar, por un procedimiento rápido y gratuito, todo descubrimiento, a nivel universal, sin perjuicio de los derechos del descubridor, y en orden a la aplicación industrial, mantener una protección represiva, tanto de la concurrencia desleal, —tan frecuente en la propaganda malintencionada— como de la copia o falsificación del *producto*, con sanción incluso penal, para aquellos que con un insignificante aditamento o mero cambio de nombre, inducen al público a conclusiones inexactas, tan frecuentes en productos farmacéuticos, como industriales en general. La materia incide así en el campo de la protección eficaz a la llamada propiedad industrial, más que en el espionaje industrial, que es lo que lesiona los secretos.

Variedades de este secreto

Debemos resumir diciendo que hay *dos conceptos distintos en tema de secreto industrial*: Uno, el que llamaríamos *secreto de fábrica, de comercio o sencillamente el secreto del negocio mercantil*, que obliga a todos los que dirigen o trabajan dentro de la empresa, por *razón de lealtad*, tipificando como delito en nuestro sistema, y que tiene también la variante del *secreto o reserva justificada aún para los mismos socios*, especialmente regulado por el art. 110 y siguientes de la vigente Ley de sociedades anónimas, sobre el que luego volveremos.

Una variedad de esta reserva es el *secreto de contabilidad*, dentro del ámbito que luego estudiaremos.

Por otra parte tenemos el *secreto industrial* propiamente dicho, que no recae sobre las invenciones ya patentadas, sino sobre las investigaciones en curso, tendentes a lograr una invención o a perfeccionar la ya lograda y aún no patentada, y aunque en nuestra patria, así como en Alemania y Japón, se admite la posibilidad de patentar no sólo la *invención* (con su variante de patente de *introducción*), sino también la figura del llamado *modelo industrial*, de menor entidad técnica que aquella, cabe aún hablar de *secreto industrial*.

El secreto industrial

La doctrina (Santini, Bertin, Troller¹²³) europea viene concediendo gran atención a este aspecto secreto de la labor investigadora, contra el espionaje industrial, principalmente a partir de 1963 sobre la base elaborada por la doctrina americana para la protección de *know-how*: Las conclusiones en el tema son:

- a) Que no se trata de un derecho de la personalidad, y por consiguiente, no cae dentro del derecho de la intimidad, que es derivación de aquél.
- b) Se concibe el *know-how* como todo conocimiento técnico aplicable, a la industria, considerado como novedad por su poseedor, pero que desea *guardar secreto*, ya para su uso personal, ya para transferirlo (de manera confidencial) a un tercero, ya combinando los dos métodos¹²⁴.
- c) La diferencia entre el *know-how* y el contenido de la patente de invención consiste precisamente en el deseo del poseedor del *know-how* de guardar secreto su conocimiento, y no en la naturaleza o grado de la técnica alcanzada.
- d) Consiste, por tanto, en un secreto de naturaleza patrimonial, que en nuestro Derecho positivo español se intenta enmarcar en el ámbito de los arts. 131 y ss. del Estatuto de la propiedad Industrial.

El secreto comercial

El segundo aspecto de este tema consiste en el llamado *derecho de información de los socios*. En efecto, si el socio de una empresa industrial o comercial tuviera derecho a una *informa-*

(123) SANTINI, *I diritti della personalità*, cit., pág. 92. BERTIN, *Le secret en matière d'inventions*, cit., págs. 25 y ss. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, I, cit., págs. 85 y ss. En el año 1963 toman extraordinaria importancia los trabajos del Comité privé d'Experts en propriété industrielle de l'industrie européenne, bajo la presidencia del doctor D. A. WAS, actuando de secretario F. S. MULLER.

(124) BERTIN, ob. cit., pág. 27 y n. 301.

ción universal, para él no podrían existir secretos, y sería fácil adueñarse legítimamente de los secretos de empresa, con adquirir un paquete de acciones, suficientes para tener acceso a las Juntas y examen de los datos que reflejen la vida social. Para evitar este efecto contrario, *el derecho de información se limita* con un doble criterio de oportunidad y de materia: Oportunidad, en las sociedades por capital, en los arts. 110 de la L. Sociedades Anónimas, a los quince días que preceden a la Junta general ordinaria o al momento de la Junta para su aprobación del Balance y Cuentas de Pérdidas y Ganancias y aplicación de resultados; de materia, porque ésta, en principio, es sólo la reflejada en "Estados" contables, que, de suyo, no suelen permitir descubrir otros secretos que los referentes al resultado positivo o negativo de *la actividad*; pero no a la actividad misma, ni al secreto de producción, fabricación, comercialización, etc., etc., etc.

Para mejor concretar esa posibilidad de discreción comercial e industrial la Ley permite a los Administradores —en su nombre al Presidente de la Junta de accionistas— negar aclaraciones a preguntas que comprometan el secreto industrial (art. 65 L. S. anónimas), salvo que la soliciten accionistas que representen al menos la cuarta parte del capital desembolsado.

El secreto de contabilidad

De aquí que sea conclusión admitida por la doctrina (Garrigues, Uría, etc.) la de existencia de un *secreto de la contabilidad* en las sociedades por acciones —no así en las personalistas del tipo de las Regulares Colectivas, art. 133 del Cod. de com.— que implica la prohibición de toda otra investigación que se refiera a *la consulta directa* de los libros de contabilidad, o de cualquier otro dato, ya conste en los libros oficiales o extraoficiales.

Por eso, anteriormente, al referirnos al *derecho de información* de los accionistas hablamos de *Estados contables*, expresión que comprende los estados de situación: Balances, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, Memoria y anexos explicativos; pero no los libros de contabilidad.

El secreto bancario

El llamado *secreto bancario*, que tiene por objeto "el conocimiento que posee con exclusividad un Banco en relación con las operaciones que con él realiza un cliente"¹²⁵ es para nosotros otra modalidad del secreto profesional¹²⁶ porque obliga a todos los directores y empleados de los establecimientos bancarios y a las personas que lo conozcan como consecuencia de su situación o función, en definitiva por una razón de profesión en sentido amplio. Presenta en España las particularidades de cesar ante inquisiciones de la Justicia, en materia penal siempre. En materia civil, justifica también la excepción Garrigues¹²⁷. Pero creemos que habrá de tenerse presente la norma procesal del art. 603 de la L. de E. civil, y atender a quien es parte en el litigio, ya que si no lo es el Banco, cabría en principio la excusa que esa norma autoriza.

La otra particularidad del secreto bancario hace referencia al Fisco. Frente a las investigaciones fiscales desde la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 se consideran exentas de la investigación administrativa las cuentas corrientes acreedoras a la vista (art. 62), norma para cuya observancia se dictaron la O. de 17 de abril de 1941, el art. 2.º del art. 6 de la Ley de Inspección de Tributos de 20 de diciembre

(125) Definición que ofrece JIMENEZ DE PARGA, R., en *El secreto bancario en el Derecho español*, en R.D.M. 113 (1969), pág. 382.

(126) Se discute el fundamento jurídico del derecho al secreto bancario, y se ofrecen varias soluciones: la contractual de SCHEERER; la de la responsabilidad del acto ilícito, como una derivación profesional, en base al art. 2.043 del C. civil italiano, de SANTINI; la del deber profesional de HAMEL; la del uso interpretativo de los contratos, de GARRIGUES, en base al art. 1.258 del C. civil español, y, finalmente, la de derivación de una norma estatutaria, que propugna JIMENEZ DE PARGA, para el Derecho español, en base al art. 23 de los estatutos del Banco de España y la S. T. S. de 28 de noviembre de 1928. Cfr. JIMENEZ DE PARGA, ibi. 393 a 399. El fundamento desde un punto de vista ideológico, será tanto más discutible cuanto que se aplica fundamentalmente este secreto a los saldos acreedores de cuentas corrientes, frente a la Hacienda.

(127) GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid (1958), págs. 55 y ss. La razón para la desvelación se funda en el art. 32 de los Estatutos del Banco de España, de 24 de julio de 1947, que prohíbe al Banco facilitar noticia alguna de los fondos que tenga en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona determinada, a no ser al propio interesado, a su representación legal o en virtud de providencia judicial. Y se basa en los artículos 410 L. E. cr. y 643 L. E. civ., para llegar a la conclusión de que no podrá oponerse la excepción del art. 1.247-5.º del C. c. A nuestro juicio, aquella norma estatutaria impone



de 1952 y el art. 22 del D. L. de 27 de noviembre de 1967, que se reputan vigentes. Sin embargo tal secreto no podrá extenderse a las cuentas de valores o de otro tipo de depósitos, razón por la cual cabe la investigación fiscal a efectos del Impuesto sobre las rentas del capital.

Es concluyente que este secreto no guarda relación con la intimidad de las personas y sí sólo con su patrimonio, proyectos negociales, etc., etc. La razón de su existencia está fuera de todo derecho de la personalidad, y frente al Fisco es muy convencional, propia del mundo capitalista.

10. - El secreto doméstico y sexual

Los muros del hogar, especialmente protegido como sede de la vida íntima, desde el punto de vista constitucional (art. 15 del Fuero de los Españoles) y penal (delito de *violación de domicilio* por agente de la autoridad, art. 191 del C. penal y *de allanamiento de morada*, cuando el autor del ilícito no está investido de autoridad, art. 490 del mismo C. penal) tiene extraordinaria importancia, porque ese recinto constituye el sagrario de la intimidad de vida, que comporta la posibilidad de derechos al secreto y correlativas obligaciones jurídicas, que vamos a estudiar, bajo dos rúbricas distintas:

1.ª) *Secreto doméstico* (intimidad del hogar).

una prohibición y señala los casos en que la misma cesa. Pero no significa que ante cualquier providencia judicial quede obligado el Banco a dar noticia: si se dictó en causa criminal, incluso en aquellas en que el tipo penal viene dado por leyes fiscales especiales, como las de Contrabando y Defraudación, la revelación está justificada por el interés superior de la justicia. El art. 643 de la L. E. civ., en las causas civiles, no significa más que la obligación que tiene el testigo citado por Juez competente de su domicilio, *de comparecer ante el Juzgado*, si quiere evitar ser conducido por miedo de la "fuerza pública". Pero ello no significa que tenga obligación de declarar sobre cualquier materia: está la excepción del art. 1.247-5.º que le inhabilita para ser testigo y *le impone la obligación de guardar secreto* en los asuntos relativos a su profesión o estado, y entendida como profesión la del "banquero", el Juez habrá de ser el primero en aceptar la excusa si se invoca, porque el C. c. es posterior a la Ley de E. civil. Si el dato se solicita mediante certificación, como prueba documental, y el Banco no es parte en el pleito, ya dijimos que puede ampararse en la norma del art. 603 de la L. E. civ. Luego el secreto bancario en nuestro sistema existe dentro de esos límites.

2.ª) *Secreto de alcoba* (intimidad sexual).

Digamos en primer lugar que toda persona puede ser titular de estos derechos, incluso la persona dotada de la máxima notoriedad: El Rey, el supremo magistrado del Estado, el hombre célebre, tienen, sin excepción derecho a estas intimidades.

La intimidad del hogar

El hogar, como casa habitación, donde tiene lugar nuestro descanso físico y la satisfacción de nuestras necesidades —alimento, reposo, etc.— ha de ser un lugar sustraído a la inspección y conocimiento ajenos, un lugar de paz, donde la persona encuentra o crea el ambiente de intimidad necesaria para su vida. La casa es así *res sacra*, objeto de especiales cuidados, porque en sus muros, en las cosas que guardamos en ella, proyectamos nuestra personalidad, dejando perceptible la impronta de nuestra idiosincrasia, y a sus paredes confiamos la custodia de lo que nos es *más propio*. La casa es así el sostén físico y cuasi prolongación de nuestra existencia. Sus rincones evocan el recuerdo de nuestra niñez, de las figuraciones primeras de nuestra imaginación, de las horas más largas de nuestro bregar, y, hasta parece que retienen el último hálito de los seres queridos, que en ellos pasaron la barrera misteriosa de la vida al mundo de las tinieblas o de la luz.

Por ello el Derecho protege el hogar, sin otras limitaciones que las derivadas de *exigencias de justicia*: Es necesario un mandamiento judicial para que la penetración de la autoridad o sus agentes tras el umbral de la puerta de nuestra casa, deje de ser delito (art. 191, 1.º) y aún en ese caso, la intromisión se justifica sólo por el *fin concreto* de la resolución pesquisidora. En todo supuesto el registro o entrada ha de hacerse con todo respeto para las personas, cometiendo el delito de *vejación* del art. 191, 3.º del C. penal el funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles o efectos de un súbdito español, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o daño innecesario en sus bienes.

¿Qué sucede si la autoridad o agente extiende su pesquisa a otra *cosa* distinta, por ejemplo se busca un objeto precioso,

una joya, y se toma conocimiento de un recuerdo de familia íntimo totalmente distinto? Se busca un documento, por ej., un testamento ológrafo, y se aprovecha la ocasión para recoger (copiar, fotocopiar, etc.) una carta o escrito que contiene datos íntimos? La respuesta es clara: Violación de la intimidad por ese agente o autoridad (registros no autorizados del art. 191, 2.º del C. penal). Si es un particular quien penetra en morada ajena contra la voluntad del morador, comete el delito de allanamiento de morada del art. 490 del C. penal¹²⁸.

Si un particular que nos visita ocasionalmente o como amigo, toma conocimiento de nuestro hogar, y en el mismo descubre *algo* íntimo, es indudable que surge para él un deber de secreto. No significa que exista un deber de colaboración para ocultaciones ilícitas. Por ello si en el hogar visitado se encuentra el *cuerpo del delito* —objeto robado, arma homicida, etc.— el superior deber de colaboración con la Justicia, convierte nuestra visita en obligada declaración en el supuesto del art. 410 de la L. de E. crim. Pero fuera de esa hipótesis, la obligación de secreto existe, y comete una indiscreción, con la posible repercusión civil, quien toma nota de esa intimidad —el totem o el tabú, el símbolo religioso o el recuerdo de familia— y la pública. Podrá no existir un daño patrimonial, y la acción civil quedar reducida al daño moral. Pero creemos que ésta debe concederse siempre en tal caso, porque no puede ser irrelevante la violación del secreto doméstico.

El *secreto de alcoba* (la *intimidad sexual*). La alcoba es el aposento destinado a dormitorio, y por ello la parte más reser-

(128) La jurisprudencia del T. S. en sus últimas sentencias viene invocando la *intimidad* como bien protegido o *causa de la protección*: así, la de 17 de abril de 1970, que condena al yerno que penetra en la morada de su suegra para hacer pesquisas sobre su mujer, dice que la Ley, "defendiendo la *intimidad de la vida hogareña y la paz doméstica*"... Y la voluntad del morador se presume contraria a la entrada en el hogar de una persona extraña al mismo SS. 7-12-1906: 10-1-1927; 14-5-1970, diciendo ésta: "El permiso es necesario para introducirse en el *íntimo recinto familiar ajeno*", por lo que el delito de allanamiento de morada "no requiere —como viene declarando esta Sala 2.ª— una entrada *contra la voluntad expresamente manifestada de su morador, sino que basta que esa voluntad obstativa se presuma racionalmente*", dijo la sentencia de 19 de mayo de 1970. La S. de 26 de mayo de 1970 nos dice que es un delito esencialmente *intencional* y tiene que caracterizarse por el propósito doloso de entrar en morada ajena, frente a la voluntad *clara y ostensible* de su morador...

vada de cada hogar, porque el sueño y el reposo necesitan de esa especial sacralidad y porque la alcoba es el lugar de consumación de las relaciones sexuales, y por ser éstas una exigencia biológica necesaria —sin que neguemos el mérito de la castidad en singulares situaciones—, es evidente que la unión de los seres, cuando es muy íntima se realiza en lo inefable, y necesita la paz garantizada de la alcoba, por lo que el aposento goza de esa protección jurídica, sin la cual la relación sexual no sería ni libre ni íntima.

Hay así un derecho al secreto sexual que obliga absolutamente a las partes y a cualquiera que *ex occasione* lo descubra.

Por consiguiente con esta expresión —secreto de alcoba— no queremos aludir a las cosas que normalmente se guardan en la habitación o aposento —arcas, armarios, baúles, cofres, o cualquier otro aparato suelto o adosado a los muros— objetos que siguen la regla dada para el secreto doméstico, siendo inspeccionable en el caso que el mandamiento se extienda a ellos, sino que *por esta modalidad aludimos sólo al secreto que brota de la relación sexual*, como libertad esencial para la vida y conservación de la especie, que sólo viene garantizada en la medida en que lo sea la habitación o alcoba.

Causas justificativas de la desvelación de este secreto: Por ser sin duda el que mayor intimidad alcanza, sólo pueden ser causas justificativas de la desvelación aquellas hipótesis en que un daño grave se cause a otro bien tan importante como la citada libertad, o en que, por carecer de ella una de las partes, en realidad, la relación sexual no hubiera de ser considerada como libre, y por ello, *materia* propia de secreto. Mas la delicadeza de la cuestión obliga a un análisis más detenido, aún en estos casos:

a) *Carencia de habilidad legal de una de las partes*: La libertad sexual no la reconoce el Derecho a la persona al llegar a la edad biológica de la pubertad, más que para contraer matrimonio, supuesto en que tal libertad cesa. Para la mujer la retrasa hasta los veintitrés años y para el varón hasta la mayoría de edad. Antes de esas edades, la relación sexual puede ser delictiva (los diversos delitos sexuales, desde la violación

al estupro y los abusos deshonestos, artículos 429, 434 al 437 y 462, del Código penal) o puede desaparecer aquélla por decisión propia o por incapacidad sobrevenida: supuesto del celibato, desde el punto de vista canónico, del matrimonio o de impotencia. El problema de si el menor de edad sexual cae en prostitución por el acto sexual voluntario, es en cada país objeto de regulación distinta. En general, el consentimiento prestado por los inhábiles, en esta materia, no excluye la anti-juridicidad del acto en nuestro sistema. En conclusión, si hay una inhabilidad, la relación sexual no es libre, y no surge el derecho al secreto, sin perjuicio de la posible calificación de injuria a la imputación no judicial.

El problema se complica cuando sólo una de las personas es libre y a la vez ignora, con error disculpable, la inhabilidad de la otra (su ligamen, menor edad, etc.) Es indudable que la buena fe demanda que esta persona goce del derecho al secreto, aunque la normativa penal española, en el supuesto de adulterio y acción penal, exija que esa acción se dirija conjuntamente contra ambos, como culpables en principio —legitimación pasiva necesaria— de aquel delito, artículo 450 del Código penal; mas en el artículo 449 exige que quien yace con mujer casada sepa que tiene ese estado para que sea correo.

Es indudable que demostrada aquella circunstancia, el procesado sería absuelto, porque inexistiría un “adulterio formal” por su parte. Y si comprendemos la dificultad de que el supuesto se dé en la realidad, teóricamente no cabe excluirlo, y por ello, en el Derecho canónico y en el Derecho civil, la obligación de hacer abstracción de los datos que permitieran su identificación personal es obligada derivación del derecho al secreto que unilateralmente le asistiría a esta persona en el caso.

b) *Necesidad de reconocimiento de la filiación*: Será siempre causa justificativa de la desvelación del secreto sexual para cualquiera de las partes, en el supuesto de procreación, porque el hijo ha de ser considerado como el sujeto activo de un derecho inviolable a su filiación (legítima, natural, etc.) El tema se conexiona con la paternidad responsable y con la llamada investigación de la paternidad (y maternidad, en su caso).

Admitida la libertad sexual, con aquella extensión ya estudiada, la consecuencia inmediata es la atribución de la paternidad —en sentido amplio—, si de la relación sobreviene descendencia y, por consiguiente, el derecho de cualquiera de los progenitores y, en su caso, del hijo a exigir el reconocimiento y los derechos propios de su estado. Nuestro Derecho, a diferencia del de otros países, inglés, alemán, etc., no admite el aborto, ni aun en los tres primeros meses del embarazo, práctica que constituiría, al igual que la esterilización y la castración, en los supuestos permitidos, otros tantos secretos sobre aspectos personalísimos íntimos. Por consiguiente, cabe hablar de un derecho al nacimiento y de que el concebido tiene derecho además a que sus progenitores le den el nombre y asuman las obligaciones derivadas de su paternidad. La investigación de la paternidad, tradicionalmente admitida en nuestro Derecho histórico¹²⁹, la limita hoy nuestro Código civil, por influencia francesa, a los casos de delito, escrito indubitado del padre o posesión de estado de hijo (base 5.º y artículo 140 Código civil). No se restringe la investigación de la maternidad, y en la hora actual encuentra favorable acogida en la doctrina la tesis permisiva total, porque la restricción se estima odiosa, y como necesitado ya de revisión urgente el régimen previsto para los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales¹³⁰.

(129) Que en el Derecho histórico castellano no estaba prohibida la investigación de la paternidad lo afirman POU DE AVILES, en *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (VII Congreso, Upsala, ponencias españolas, 1966, pág. 237; CASALS COLLEDECARRERA, en la misma Revista, 1962, pág. 140, invocando en apoyo de su afirmación la l. 7.ª del tít. 19, Partida IV, la l. 11 de Toro reproducida en la l. 1.ª, tít. V, libro X de la Novísima. Recp. DIAZ PICAZO en la misma Revista, 1962, pág. 209, dice que parece que en Derecho castellano tradicional en este punto se admitía la libre investigación de la paternidad hasta que penetró en él el influjo de las ideas procedentes del C. c. francés. Que esta norma restrictiva no se aplicó en Cataluña, al menos en algún tiempo, lo demuestra PINTO RUIZ, *Investigación de la paternidad*, citando la que llama “famosísima” sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña, de 17 de julio de 1937, de la que fue ponente R. M. ROCA SASTRE, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2 (1968), págs. 308 y ss.

(130) Sobre este punto citamos las interesantes aportaciones españolas al VII Congreso Internacional de Upsala, principalmente la de CASALS COLLEDECARRERA, cit., también POU DE AVILES, CASTILLO MANRUBIA, DIEZ-PICAZO y CASTAN VAZQUEZ, sin olvidar los interesantes trabajos extranjeros, debiendo citar el *Rapport général* de IONESCO, A., que resume la labor del Congreso y resalta que “si ancore de nos jours, quelques législations modernes traitent particulièrement mal les enfants incestueux et adultérins, comme issus *ex damato coitu*, c'est le droit canonique qui en est surtout responsable”.

La desigualdad de las filiaciones civiles y el secreto sexual, se armonizan más difícilmente aún en el supuesto del llamado *concubinato en casa* de personas libres, que adquiere en la realidad las notas de "estabilidad, conocimiento o publicidad efectiva", y a la vez el comportamiento de los concubinos es notoriamente fiel entre sí, en cuyo caso, sólo falta para que entren en juego las presunciones de paternidad, la formalidad legal de su directo reconocimiento como *status*. Para negarle este reconocimiento, hay la razón de la falta de voluntad excluyente de la libertad sexual. Los concubinos *de facto* se respetan, pero siguen siendo legalmente libres. Sin embargo, respecto de sus hijos, nada mejoran su condición jurídica. Facilitan la investigación en caso de ser necesaria la vía de reconocimiento (llamado forzoso).

Mas como tal situación fáctica, el *concubinato en casa* de personas sexualmente libres carece de toda trascendencia jurídica en nuestro Derecho positivo, a diferencia de lo que sucede en otros países: Méjico, Francia, etc., en los que tiene relevancia.

c) *¿Será causa justificativa el contagio de enfermedades?*
El problema del contagio venéreo, eventualmente de otras enfermedades, como causa de acción penal y/o civil, por lesión, guarda conexión con el derecho al secreto sexual, si el contagio se produjo en aquella relación. ¿Da derecho a la desvelación del secreto?

La respuesta para esta cuestión hoy nos parece clara: depende del consentimiento prestado. La libertad sexual comporta derechos y deberes. Y el primer deber es que la relación sexual se produzca con la debida sinceridad y lealtad. No contemplamos aquí la relación de meretricio, porque derogada la reglamentación de las casas de prostitución, la situación protegida por la ley en cuanto al secreto sexual ha de ser siempre la amorosa en sentido propio. Si en ella hubiera ocultación dolosa de la enfermedad contagiosa, hay posibilidad de acción por lesiones, y aunque pudiera argüirse que el consentimiento prestado para el acto sexual, acarrea las consecuencias infecciosas y, por ello, priva de antijuridicidad al contagio, esa tesis nos parece inadmisibile y civilmente al menos habría un dolo exigible.

Mas si la enfermedad o sus derivaciones fueron previamente comunicadas, el consentimiento para el acto excluye la antijuridicidad, como hoy claramente dispone para diversos supuestos, el parágrafo 112 de la ley alemana de 1962, contra la inmoralidad sexual ¹³¹.

(131) La Ley penal alemana E 1962, contra la inmoralidad sexual, en el parágrafo 112 dispone: "Eine Körperverletzung ist nicht rechtswidrig, wenn der Verletzte eingewilligt hat". Para un estudio especial sobre el "consentimiento" en esta Ley y en los llamados delitos sexuales, vid. ahora *Alternativ-Entwurf*, 1970, págs. 51 y ss.

INDICE

	<u>Página</u>
I. — INTRODUCCION	7
Libertad de ideas y derecho de comunicación	9
Necesidad de la esfera de la intimidad	10
II. — LA CUESTION EN LA DOCTRINA	13
A) Doctrina americana	13
B) Doctrina italiana	14
C) Doctrina alemana	16
D) Doctrina francesa	17
E) Doctrina española	17
III. — CONSTRUCCION DOCTRINAL	21
A) Conceptos previos: Lo íntimo y lo secreto	21
Derecho y deber de secreto	23
B) Naturaleza del bien protegido	26
C) Manifestaciones de este derecho	28
IV. — ESTUDIO ESPECIAL DE CADA MODALIDAD	31
1.—El llamado derecho a la imagen	31
Su naturaleza	31
Imagen directa	32

	<u>Página</u>
Imagen indirecta	34
Supuestos de excepción	36
Causas justificativas	37
La notoriedad	37
El ejercicio de oficio público	39
La necesidad de justicia o de policía. Los fines científicos, didácticos o culturales	40
Hechos o ceremonias desarrollados en público	42
 2.—El secreto de correspondencia:	
Problemas que suscita	42
Causas justas de desvelación	46
Por razón del oficio	46
Entre cónyuges	46
El autor	47
El destinatario	47
El tercero	47
El secreto cesa	48
Intereses del Estado: la censura	50
Interés en la búsqueda judicial de la verdad	50
La aportación de cartas a los procesos	50
La directa manumisión del secreto epistolar	51
La publicidad indirecta (de los datos acumulados a un proceso)	52

	<u>Página</u>
 3.—Atributos y vicisitudes personales	
La intimidad de los atributos personales, concepto y justificación	53
La salvaguardia de la intimidad personal	57
Libertad y genuinidad en la expresión del pensamiento	57
Reproducción genuina y reproducción indirecta	59
Causas determinantes de excepciones de la intimidad	60
- La notoriedad	61
- Interés legítimo de tercero	61
- Razón de justicia y policía	63
Tiempo para ejercicio de la acción protectora	64
 4.—La intimidad de la voz	
El secreto de comunicación telefónica, telerradiada y verbal	65
La protección de la voz (genuinidad)	67
 5.—El secreto documental	
Descubrimiento de secretos documentados	68
El derecho a lo inédito	68
El secreto de lo inédito, ¿cuándo se da?	69
 6.—Secretos no documentales	
Hipótesis previstas	70
Atípicas	71

	Página
7.—El secreto profesional	74
La cuestión en nuestro Derecho positivo	74
Idem en el Derecho comparado	75
Profesión y oficio	76
Secreto por razón del status personal	79
Materia de estos secretos	80
8.—Particularidades más frecuentes	81
El abogado y procurador	81
El sacerdote	82
El médico	83
El periodista	83
Las agencias de investigación privada	84
9.—El llamado secreto de empresa	86
La cuestión en nuestro Derecho	86
Idem en el Derecho comparado	86
Variedades de este secreto	88
El secreto industrial (know-how)	89
El secreto comercial	89
El secreto de contabilidad	90
El secreto bancario	91
10.—El secreto doméstico y sexual	92
Sus modalidades	92
Intimidad del hogar	93
El secreto de alcoba (intimidad sexual)	94
Causas justificativas de la desvelación de este secreto	95

