

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

ESCUELA DE POSTGRADO

SECCIÓN DERECHO



**“LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ IMAGEN U OTROS
MEDIOS EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
PERSONAL A NIVEL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA

EN DERECHO PENAL

AUTORA: Bach. Gretty Mayeci Angulo Cabrera

ASESOR: Dr. Henry Carbajal Sánchez



Trujillo – Perú

2016

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

ESCUELA DE POSTGRADO

SECCIÓN DERECHO



**“LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ IMAGEN U OTROS
MEDIOS EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
PERSONAL A NIVEL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA
EN DERECHO PENAL**

AUTORA: Bach. Gretty Mayeci Angulo Cabrera

ASESOR: Dr. Henry Carbajal Sánchez



Trujillo – Perú

2016

DEDICATORIA

A Dios

Por todo lo que me ha concedido hasta estas alturas de mi vida, y por sus bendiciones futuras.

A mis padres

A quienes todo les debo, en mi vida personal y profesional; por todo esto les agradezco de corazón que estén a mi lado.

AGRADECIMIENTO

Mi más sincero y eterno agradecimiento a todas y cada una de las personas que contribuyeron en la realización del presente trabajo de investigación, en particular a mi asesor de Tesis por su dedicación y sabios consejos.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

Conforme al Reglamento de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada Antenor Orrego, someto a vuestra consideración el presente trabajo de investigación titulado: **“LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ IMAGEN U OTROS MEDIOS EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL A NIVEL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”**.

Con el objetivo de obtener el grado académico de Maestra en Derecho, con mención en Derecho Penal, el cual ha sido realizada de manera consciente y esforzada, esperando reúna los requisitos y formalidades que se exigen.

.....
Grety Mayeci Angulo Cabrera

RESUMEN

La Tesis denominada “**Licitud en la obtención de voz, imagen u otros medios en el marco del derecho a la intimidad personal a nivel del Código Penal Peruano**”, responde a la necesidad de determinar la fundamentación jurídico doctrinaria de la licitud de la obtención no autorizada de voz, imagen por cualquier medio en el marco del derecho a la intimidad personal en relación con el delito de violación de la intimidad tipificado en el artículo 154 del Código Penal Peruano, y establecer los efectos jurídicos del uso de grabaciones de voz, imagen por cualquier medio, en la figura de intimidad personal y su relación con el interés público y su contribución a la sociedad.

En este sentido, la formulación de nuestro problema fue el siguiente: ¿En qué medida, de manera excepcional será lícita la obtención no autorizada de una grabación de voz o imagen por cualquier medio, sin que constituya el delito de violación de la intimidad tipificado en el artículo 154 del Código Penal Peruano?, para lo cual proponemos la siguiente hipótesis: En la medida que la obtención no autorizada de grabación de voz o imagen por cualquier medio, resulten razonables y de interés público, su obtención de manera excepcional será lícita, sin constituir delito de violación de la intimidad tipificado en el artículo 154 del Código Penal Peruano.

En este orden de ideas, nos abocamos al estudio de la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia para demostrar dicha hipótesis, dado que, si bien es cierto, implica una intromisión a la esfera privada de las personas, no obstante, es de advertir que nuestro trabajo justifica dicha intromisión, siempre cuando la información que se logre obtener sean de interés público y beneficien a la colectividad. De esta forma se ha logrado concluir que los supuestos por los cuales se puede justificar la licitud en la obtención no autorizada de voz o imagen por cualquier medio, sin que constituya delito de la violación de la intimidad personal tipificado en el Artículo 154 del Código Penal, se presentan cuando la información conseguida es relevante por su contribución a la sociedad y manifiesta interés público.

ABSTRACT

The thesis called "Legality in obtaining voice, images or other means within the framework of the right to personal privacy level Peruvian Penal Code", responds to the need to determine the doctrinaire legal basis for the legality of obtaining unauthorized voice, image by any means under the right to privacy in relation to the crime of violation of privacy as defined in Article 154 of the Peruvian Penal Code, and establish the legal effects of the use of voice recording, image for any means, in the form of personal privacy and their relationship with the public interest and their contribution to society.

In this sense, the formulation of our problem was: To what extent, exceptionally be lawful obtaining unauthorized recording voice or image by any means, without constituting the crime of violation of privacy typified in Article 154 of the Peruvian Penal Code ?, for which we propose the following hypothesis: to the extent that obtaining unauthorized recording voice or image by any means, are reasonable and public interest, their production is exceptionally tender, without constituting crime of violation of privacy as defined in Article 154 of the Peruvian Penal Code.

In this vein, we apply ourselves to the study of the Doctrine, Legislation and Jurisprudence to prove this hypothesis, since, if it is true, involves an intrusion into the private sphere of individuals, however, it is noted that our work justify such interference, as long as the information gained obtained are of public interest and benefit to the community. Thus has been achieved to conclude that the assumptions by which they can justify the legality obtaining unauthorized voice or image by any means, without constituting crime of violation of personal privacy as defined in Article 154 of the Penal Code , they occur when the information gathered is relevant for their contribution to society and manifest public interest.

TABLA DE CONTENIDOS

PÁGINAS PRELIMINARES

| | |
|-----------------------------------------|------|
| 1. PORTADA O CARATULA | I |
| 2. CONTRAPORTADA O CONTRACARATULA | II |
| 3. DEDICATORIA..... | III |
| 4. AGRADECIMIENTO..... | IV |
| 5. PRESENTACIÓN | V |
| 6. RESUMEN | VI |
| 7. ABSTRACT | VII |
| 8. TABLA DE CONTENIDOS | VIII |

CAPITULO I

EL PROBLEMA

| | |
|------------------------------------------------|---|
| 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA | 2 |
| 2. FORMULACIÓN DEL ENUNCIADO DEL PROBLEMA..... | 5 |
| 3. HIPÓTESIS | 5 |
| 4. VARIABLES | 6 |
| 5. OBJETIVOS | 6 |
| 5.1. OBJETIVO GENERAL..... | 6 |
| 5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 6 |
| 6. JUSTIFICACIÓN | 7 |

CAPITULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

| | |
|---------------------------------------|----|
| 1. ANTECEDENTES | 11 |
| 2. MARCO HISTORICO Y CONCEPTUAL | 13 |
| 3. MARCO NORMATIVO | 15 |
| 4. BASES TEÓRICAS CIENTIFICAS..... | 20 |

SUB CAPITULO I

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

| | |
|---------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Nociones generales sobre la intimidad | 25 |
| 1.1. Intimidad y persona | 25 |
| 1.2. Noción filosófica y construcción jurídica | 27 |
| 1.3. La intimidad como faceta de la libertad | 28 |
| 1.4. Definición del derecho a la intimidad | 29 |
| 1.5. Deslinde y análisis comparativo con instituciones afines | 30 |
| | |
| 2 Configuración jurídica del derecho a la intimidad | 35 |
| 2. 1. El bien jurídico protegido | 35 |
| 2.2. Sólo el hombre goza de intimidad | 36 |
| 2.3. Todos los hombres gozan de intimidad | 38 |
| 2.4. Contenido y proyecciones del derecho a la intimidad | 41 |
| 2.5. Limitaciones del derecho a la intimidad | 42 |
| | |
| 3.- Derecho a la intimidad | 44 |
| | |
| 4. Protección a la intimidad | 45 |
| | |
| 5. Diferencia con la vida privada | 46 |
| | |
| 6. Diferencia con la vida pública | 47 |
| | |
| 7. Derecho a la imagen | 48 |
| | |
| 8. Derecho al secreto | 48 |
| | |
| 9. La vida íntima como derecho a la personalidad | 49 |

SUB CAPITULO II

NOCIONES GENERALES SOBRE EL INTERÉS PÚBLICO

| | |
|---------------------------------------------------|----|
| 1. Definición | 50 |
| 2. Distinción entre lo público y lo privado | 50 |

| | |
|--------------------------------------------------------|----|
| 2.1. Personajes Públicos | 51 |
| 2.2. Documentos Públicos y Privados | 52 |
| 2.3. Edificios Públicos y Privados | 53 |
| 2.4. Actividades Públicas y Privadas | 54 |
| 2.5. Acontecimientos de Interés Público y Privado..... | 54 |

SUB CAPITULO III

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL, INTERÉS PÚBLICO Y PROPORCIONALIDAD

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Premisa | 55 |
| 2. Intimidad e interés público..... | 56 |
| 3. Pautas a tener en cuenta a la hora de resolver conflictos que involucran a derechos de la personalidad | 58 |
| 4. El Principio de proporcionalidad | 64 |
| 5. El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... | 66 |
| 6. Razonabilidad y proporcionalidad | 67 |
| 7. El caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina (Exp. N° 06712-2005-PHC/ Tribunal Constitucional)..... | 68 |
| 8. La ponderación y los derechos fundamentales | 69 |
| 9.- Concepciones en torno a la “rigidez” y “absolutismo” de los derechos fundamentales..... | 72 |

SUB CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO

| | |
|--------------------------------------------------------------|----|
| 1. El derecho a la intimidad en países de habla inglesa..... | 77 |
| 1.1. En los Estados Unidos de Norteamérica | 77 |

| | |
|---------------------------------------------|----|
| 1.2. En Canadá | 82 |
| 2. El derecho a la intimidad en Europa..... | 82 |
| 2.1. En Alemania | 82 |
| 2.2. En Italia | 83 |
| 2.3. En Francia | 84 |
| 2.4. España | 85 |

SUB CAPÍTULO V

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

| | |
|------------------------------------------------------|----|
| 1.- Derecho a la intimidad | 87 |
| 2.- Bien jurídico protegido..... | 91 |
| 3. Agravantes | 91 |
| 4.- La pena | 92 |
| 5. Elementos objetivos del tipo..... | 95 |
| 6.- Violación del secreto de las comunicaciones..... | 96 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | |
|------------------------------------------------------------|-----|
| 1. MATERIAL Y PROCEDIMIENTO | 101 |
| 1.1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES | 101 |
| 1.2 POBLACIÓN Y MUESTRA | 102 |
| 1.3 FÓRMULA..... | 102 |
| 1.4 CARACTERÍSTICAS DE LA MUESTRA | 103 |
| 1.5 MUESTREO Y PROCEDIMIENTO | 103 |
| 1.5.1 MÉTODOS | 103 |
| 1.5.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS | 105 |
| 1.5.3 PROCEDIMIENTO EN LA RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN | 106 |
| 1.5.4 PROCEDIMIENTO EN EL PROCESAMIENTO | 107 |
| 1.5.5 PROCEDIMIENTO EN LA PRESENTACIÓN DE RESULTADOS | 108 |

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| SUB CAPITULO I: RAZONES PARA CONSIDERAR LA LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ IMAGEN POR CUALQUIER MEDIO, EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL A NIVEL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO..... | 110 |
| SUB CAPITULO II: CASUÍSTICA..... | 120 |
| SUB CAPITULO III: RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS..... | 144 |
| CONCLUSIONES | 155 |
| RECOMENDACIÓN | 157 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 160 |
| ANEXOS | 162 |

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El objetivo central de nuestra investigación abordará los fundamentos jurídicos por los cuales la obtención no autorizada de voz, imagen por cualquier medio, regulado a nivel del derecho a la intimidad personal en el Artículo 154 del Código Penal Peruano, puede ser justificada en atención al interés público y su contribución a la sociedad.

El Derecho a la Intimidad desde un enfoque penal ha sido considerado como un derecho fundamental del ser humano que hunde sus raíces en valores como la dignidad humana, el respeto mutuo, el libre desarrollo de la personalidad y en el conjunto de principios y atribuciones que definen a la persona en nuestra sociedad actual y hacen parte de lo que hoy constituye un Estado de Derecho.

Según la RAE intimidad es parte personalísima, comúnmente reservada de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de una familia, poniendo de relieve en esta especificación que la intimidad es algo que la persona o la familia se reservan para sí, queriendo excluir a los demás con respecto al conocimiento de ese algo.

De esta suerte, la palabra intimidad se emplea para hacer referencia al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por su carácter personalísimo no se encuentran por regla general o de ordinario, expuestos a la curiosidad y a la divulgación. El derecho a la Intimidad protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en medio de determinados espacios y tiempos, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados.

Estas consideraciones de primer orden normativo fueron consideradas en el texto penal que actualmente nos rige, esto es, en el Código Penal peruano. Sin embargo, actualmente la vigencia de los medios electrónicos trae consigo una serie de problemáticas que afectan el derecho a la intimidad personal, el propio espacio y la voz, imagen y otros elementos que lo configuran.

Así, observamos que la doctrina ha consagrado importantes precedentes jurisprudenciales y la mayoría de constituciones del mundo la tienen como un importante derecho autónomo, al punto que no está en discusión que hoy en día se ha ponderado al derecho de la intimidad personal como un derecho fundamental de la persona humana, elevado desde luego a rango constitucional como derecho autónomo pero limitado por otros derechos de igual jerarquía, por el ordenamiento jurídico y por una serie de intereses, valores y principios igualmente constitucionales; pero por sobre todo, se ha considerado también al derecho a la intimidad como un derecho digno de protección por parte del Estado y de los particulares.

Sin embargo, frente a la consagración de tan importante derecho surge otro no menos relevante que tiene que ver con el interés público y su consecuente contribución de la colectividad, al punto que se constata que ciertas circunstancias pueden enervar el reconocimiento de la figura del derecho a la intimidad, si se demuestra que, por ejemplo, la obtención de voz (chuponeo), imagen (filmaciones) por cualquier medio (digitales) resultan de especial importancia para el bienestar común y de inequívocos beneficios para la sociedad.

De suerte que, en términos generales, puede dar la impresión de un sacrificio del derecho a la intimidad, en aras de un bien mayor que es el bienestar común, y por tanto revestirse de licitud a la hora de juzgarse los hechos.

Por tanto se reconoce que toda persona tiene asuntos, designios o afecciones de él o su familia, que prefiere mantener como una esfera secreta, o al menos reservada de su vida, de la que tenga poder de alegar a los demás. Se mencionan en éste ámbito aquellos datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que son verídicos y que están reservados al conocimiento del sujeto mismo, o de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño.

Hoy podemos decir que el derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin

intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada, es decir la exigencia existencial de vivir libre de un debido control, vigilancia o espionaje.

La vida privada es una parte esencial de la persona, que sin resultar secreta ni de carácter íntimo merece el mayor de los respetos para garantizar el normal desarrollo de las libertades.

La doctrina suele distinguir entre vida privada, haciendo referencia a una esfera de aislamiento y retiro donde los demás dejan en paz al sujeto, en intimidad; e intimidad, por lo cual el sujeto tiene un mundo propio, fuera de los ojos de los demás. Mientras el Derecho a la Intimidad tutela zona espiritual, reservada de la persona que permanece en su interior, referida a la conciencia en si mismo como ser humano libre en su ámbito estrictamente personal, de amistad o familiar en que el sujeto decide desarrollar su existir, preservando esa esfera de su existencia del conocimiento general.

El límite entre Intimidad y Privacidad es difuso y no se podrá hallar un derecho preciso que alimente la fuente de protección respectiva; en definitiva, todo conduce a sostener que la limitación que se persigue pretende como mínimo, que nadie se entrometa en la vida de otro sin tener consentimiento para ello, y que el individuo mantenga la libertad de resolver, en todo tiempo y espacio.

Un botón de muestra que en su momento analizaremos lo constituye la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Químpen- Rómulo León, que señala que las conversaciones telefónicas ilícitamente obtenidas significan una injerencia arbitraria en la vida privada; pero luego dice: “En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional”. Y más adelante, invocando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos subraya: “Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima”.

Por todo esto, si bien es cierto que en el caso se trata de una conversación privada, el Tribunal parece desconocer que ésta alude a materias que sí resultan de relevancia pública. Así pues, aunque de forma general el interés público concierne a asuntos que se desarrollan en el ámbito público y no privado, hay circunstancias en las que ciertos asuntos privados pueden convertirse en temas de interés general. Lo cual deberá ser estudiado con detalle en el desarrollo de nuestra investigación.

Corresponderá en todos los casos a los operadores e intérpretes del Derecho brindar la solución a partir de una adecuada legislación acorde con el sentir de la sociedad. De nuestro lado, el propósito de nuestro trabajo intentará aportar con mayores luces al respecto, enfatizando especialmente las propuestas que se puedan formular para resolver los casos determinados, enfatizando sus matices y repercusiones penales que afecten la intimidad y libertad de las personas como bienes jurídicos tutelados por las normas penales y en particular, los efectos jurídicos que ello traiga consigo en la interpretación y aplicación de las normas penales respectivas.

2. FORMULACIÓN DEL ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿En qué medida, de manera excepcional, será lícita la obtención no autorizada de grabación de voz o imagen por cualquier medio, sin que constituya delito de violación de la intimidad tipificado en el artículo 154 del Código Penal Peruano?

3. HIPÓTESIS.

En la medida que la obtención no autorizada de grabación de voz o imagen por cualquier medio, resulten razonables y de interés público, su obtención de manera excepcional será lícita, sin constituir delito de violación de la intimidad tipificado en el artículo 154 del Código Penal Peruano.

4. VARIABLES.

Independiente:

Razonabilidad e interés público.

Dependiente:

La obtención de manera excepcional de la grabación de voz, imagen por cualquier medio no autorizada será lícita.

5. OBJETIVOS

a) OBJETIVO GENERAL.

Determinar la fundamentación jurídico doctrinaria, que de manera excepcional fundamente la licitud de la obtención no autorizada de voz, imagen por cualquier medio en el marco del derecho a la intimidad personal a nivel del artículo 154 del Código Penal Peruano.

b) OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Establecer los supuestos en que serán válidos, de manera excepcional los efectos jurídicos del uso de la grabación de voz, imagen por cualquier medio, obtenidos sin autorización sin constituir delito de violación de la intimidad tipificado en el artículo 154 del Código Penal Peruano y su relación con el interés público y su contribución a la sociedad.

- Determinar los fundamentos teóricos, que hacen posible de manera excepcional el uso de la grabación de voz, imagen por cualquier medio, obtenidos sin autorización sin que constituya vulneración al derecho a la intimidad en el marco de las nuevas corrientes del Derecho Penal.

- Analizar las sentencias emitidas en los casos Fujimori: Sentencia barrios altos y cantuta referido a los vladvideos (Expediente n.º A.V.19-2001) y caso Petroaudios – Recurso de Alberto Quimper (Expediente n.º 00655-2010-PHC/TC Lima), sobre el tema de nuestra investigación interpretando sus resultados.

- Conocer mediante entrevistas la opinión de los especialistas del área penal sobre la justificación de la licitud de la obtención no autorizada de una grabación de voz, imagen por cualquier medio, sin que constituya delito de violación a la intimidad tipificado en el Código Penal Peruano.

6. JUSTIFICACIÓN

✓ Punto de vista Jurídico:

La investigación pretende analizar la figura de la intimidad personal, específicamente respecto a su vulneración regulada por el Derecho Penal, y determinar la posibilidad de que la obtención y uso de la grabación de voz, imagen por cualquier medio, obtenidos sin autorización no constituya delito de violación a la intimidad, en atención a principios de razonabilidad y de interés público en aras de alcanzar la verdad y de contribuir a la sociedad, a través de una modificatoria o regulación específica, lo cual será plasmado en el punto respectivo de los resultados.

✓ Punto de vista Social:

El desarrollo de nuestro trabajo nos permitirá conocer si la figura de la intimidad personal, tal como está expuesta en la norma penal, tiene carácter absoluto en todas las circunstancias, o si su tenor admite cierta flexibilización, específicamente cuando se obtienen grabaciones no autorizadas de voz, imágenes por cualquier medio, pero que tienen que ver con los recursos del Estado, especialmente cuando involucra a funcionarios que administran los recursos del Estado.

✓ **Punto de vista Político:**

El desarrollo de nuestro trabajo nos permitirá conocer si la figura de la intimidad personal, tal como está expuesta en la norma penal, tiene carácter absoluto en todas las circunstancias, o si su tenor admite ciertas vulneraciones, específicamente cuando se obtienen grabaciones no autorizadas de voz, imágenes por cualquier medio, pero que tienen que ver con los recursos del Estado, especialmente cuando involucra a funcionarios que administran los recursos del Estado.

✓ **Punto de vista Económico:**

En este punto de vista nuestra investigación facilitará un mejor manejo de los recursos del Estado en aras de una mayor transparencia y lucha contra la corrupción, pues está demostrado que ésta importa un significativo menoscabo de las principales actividades de los fines del Estado y el relajamiento moral de sus ciudadanos. Por tanto, será menester que los recursos estatales tengan un manejo transparente y que su información trascienda a la sociedad, sin perjuicio que pueda incluso vulnerar ciertos derechos como el derecho a la intimidad personal, por ello también se justifica nuestra investigación.

TIPO DE INVESTIGACION

La presente investigación por su profundidad respondió ser **Descriptiva-Explicativa**, por cuanto la intención de nuestro trabajo obedece a describir una figura jurídica y explicar su posible ilicitud y efectos jurídicos. A su vez, su naturaleza es **Explicativa**, por cuanto nuestra investigación apunta a explicar una figura y sus repercusiones jurídicas en una determinada área del Derecho, en este caso del Derecho Penal.

“Los supuestos por los cuales se puede justificar la licitud del derecho a la intimidad personal de los agraviados se presentan cuando la obtención no autorizada de una grabación de voz, imagen por cualquier medio contribuyen a la sociedad y tengan interés público”

CAPÍTULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1. ANTECEDENTES.

1.- Sandra Fanny Gaitán Miñano. 2001 **“Vulneración del Derecho a la Intimidad a través de la Información Personal Computarizada que manejan las Centrales de riesgo privadas”**. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Privada Antenor Orrego, cuya conclusión principal es:

El análisis realizado del derecho de la intimidad frente al tratamiento computarizado de la información personal en los bancos de datos privados, ya que el informar implica una gran responsabilidad para los medios de comunicación que deben indicar hechos brindando la noticia sin mezclarla con aquellos que involucren la intimidad de la persona.

2.- Kelly Ocampo Preciado, 2002. **“El Derecho a la intimidad personal y su prevalencia relativa sobre el derecho de información”**. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Privada Antenor Orrego, que concluye en:

Que si se vulnera el derecho a la intimidad de la persona cuando se le afecte moralmente y destacando la importancia de dicho derecho personal y de información con respeto y dignidad a la persona y con ellos respetando su calidad de derechos constitucionales.

3.- Betzabé Marciani Burgos. **“Interceptaciones telefónicas ilícitas, vida privada e interés público. O las marchas y contramarchas del Tribunal Constitucional en relación con la libertad de expresión de los medios de comunicación”**. Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 46, cuya conclusión principal es:

Que la sentencia del Tribunal Constitucional (en el caso de Alberto Químpen) introduce un criterio de determinación de lo que constituye información pública que puede ser difundida dada su relevancia pública

vinculada a su fuente y no a su contenido. De este modo, establece de forma tajante que las conversaciones telefónicas entre dos individuos (ciertamente privadas) no constituyen información pública, no obstante la trascendencia de los temas que en ellas se puedan contener (en el caso concreto, un asunto relacionado con la gestión de los bienes públicos). El Tribunal Constitucional establece una relación de causalidad entre la ilicitud de la interceptación telefónica (en efecto, ilícita conforme a la ley penal vigente) y la ilicitud de la difusión pública de dicha información. Así pues, el Tribunal no toma en cuenta el criterio de relevancia pública de la información que, en el juicio de ponderación, introduciría un elemento muy importante en favor de la licitud de la publicación de la información.

4.- Milagros A. Cárdenas Ruiz. 2002. “La violación de la intimidad, violación de domicilio y violación del secreto de las comunicaciones en el derecho penal”, ensayo aparecido en el blog virtual: Derecho y cambio social, donde respecto a nuestro tema se concluye:

“La vista de esta regulación penal se hace difícil precisar con nitidez el concepto de intimidad como bien jurídico protegido. En una primera aproximación, destaca la intimidad un aspecto negativo, una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos. Pero en la segunda acepción se concibe a la intimidad como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para los que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad del titular”.

5.- Huerta Guerrero, Luis Alberto. 2004. “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”, donde respecto a nuestro tema se concluye:

“Como regla general, la referencia a los fundamentos de la libertad de expresión tiene poca relevancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre las restricciones al ejercicio de este derecho fundamental, siendo mencionados principalmente para reforzar el análisis de alguno de los pasos a seguir para analizar la proporcionalidad de la

restricción establecida a nivel normativo. En atención a esta constatación, se puede afirmar que el Tribunal no se orienta por acoger alguna de las teorías sobre los fundamentos de la libertad de expresión, que le sirva de premisa para la resolución de las controversias relacionadas con los límites a su ejercicio; es decir, no ha optado por la teoría libertaria de la libertad de expresión ni por la teoría democrática, por citar sólo algunas, y mucho menos ha asumido una posición integradora”.

2. MARCO HISTORICO Y CONCEPTUAL

La noción jurídica de la intimidad en la esfera del derecho es tardío en relación a la elaboración filosófica, pues ésta remonta al desarrollo de la noción de persona, sobre todo en el pensamiento cristiano, a partir de San Agustín: "La noción de persona se va forjando en San Agustín, se redescubre la intimidad: el hombre a solas, reflejado sobre sí mismo, en una entrañable relación con Dios.

La idea de "intimidad" o, si se quiere, la experiencia y la intuición de la intimidad le sirvió para hacer de esta relación consigo mismo no una relación abstracta, sino una eminentemente concreta y real.

Es que el hombre, a diferencia del animal, tiene conciencia de sí mismo, es dueño de su propio ser, es el único ser "en sí" y espiritualmente incomunicable. Esta facultad es la que le permite "desentenderse momentáneamente del mundo exterior y recogerse en la intimidad, para recordar su pasado, meditar sobre el curso de su vida, musitar una plegaria o una oración. El hombre tiene intimidad, el animal no: esta diferencia es verdaderamente fundamental. Es muy de lamentar, por ello, que los hombres actuales, sobre todo en las grandes ciudades, hayan abandonado casi por completo el goce de esta preciosa facultad y vivan enteramente volcados hacia afuera, como el animal.

Porque hemos perdido la intimidad y, lo mismo que los animales, vivimos hacia afuera y necesitamos el ruido para huir de nosotros mismos, para

no mirarnos por dentro, para no formularnos algunas de las grandes preguntas del hombre como ser espiritual.

A propósito de esta diferencia entre el hombre y el animal, se ha dicho también: El animal no rige su existencia, no vive desde sí mismo, sino que está siempre atento a lo que pasa fuera de él, a lo otro que él. Nuestro vocablo otro no es sino el latino alter. Decir, pues, que el animal no vive desde sí mismo sino desde lo otro, traído y llevado y tiranizado por lo otro, equivale a decir que el animal vive siempre alterado, enajenado, que su vida es constitutiva de alteración". En cambio, "el hombre puede, de cuando en cuando, suspender su ocupación directa con las cosas, desasirse de su derredor, desentenderse de él, y sometiendo su facultad de atender a una torsión radical incomprensible zoológicamente, volverse, por así decirlo, de espaldas al mundo y meterse dentro de sí, atender a su propia intimidad o, lo que es igual, ocuparse de sí mismo y no de *lo otro*, de las cosas; el hombre puede ensimismarse, es decir tiene el poder de retirarse virtual y provisoriamente del mundo, y meterse dentro de sí.

Desde este punto de vista, la intimidad es un concepto específicamente espiritual, que caracteriza fundamentalmente a la persona, y que trasunta una idea de extrema interioridad. La vida del hombre se desenvuelve en círculos concéntricos: el más inmediato o cercano, el más recóndito, el núcleo central, es el que corresponde a la esfera de intimidad.

Como todos los conceptos espirituales, el de intimidad es rico e inagotable. Así pues, aunque parezca paradójico, no encuentra sus límites en el ser psicofísico del hombre, no equivale a la pura y simple soledad, no es un elemento negativo o antisocial, sino todo lo contrario: es la condición básica para que él se proyecte fuera de la cárcel de la propia individualidad y, desbordándola, enlace su propia vida con la de los demás.

3.- MARCO NORMATIVO

CONSTITUCIÓN:

Artículo 2., inc. 10.

Toda persona tiene derecho:

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

CÓDIGO PENAL:

Violación de la intimidad

Artículo 154.- El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos por cualquier medio, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Artículo 154-A. Tráfico ilegal de datos personales.

El que ilegítimamente comercializa o vende información no pública relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en el párrafo anterior.

Agravante por razón de la función

Artículo 155.- Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

Revelación de la intimidad personal y familiar

Artículo 156.- El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.

Uso indebido de archivos computarizados

Artículo 157.- El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Violación de correspondencia

Artículo 161.- El que abre, indebidamente, una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga, que no le esté dirigido, o se apodera indebidamente de alguno de estos documentos, aunque no esté cerrado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a noventa días-multa.

Interferencia telefónica

Artículo 162.- El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4. (*)

(*) Artículo modificado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22 octubre 2013, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con las normas de la materia.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años cuando el delito comprometa la defensa, la seguridad o la soberanía nacionales." (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 4 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años, cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.

Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores.” (*)

(*) Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27 julio 2015, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interviene o interfiere o escucha una conversación telefónica o similar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años:

1. Cuando el agente tenga la condición de funcionario o servidor público, y se impondrá además la inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.
2. Cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
3. Cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.

Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores."

CONCORDANCIAS: Ley N° 30077, Artículo 3 (Delitos comprendidos)

“Artículo 162-A. Posesión o comercialización de equipos destinados a la interceptación telefónica o similar

El que fabrica, adquiere, introduce al territorio nacional, posee o comercializa equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones o similares, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de quince años.”(*)

(*) Artículo incorporado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27 julio 2015.

Supresión o extravío indebido de correspondencia

Artículo 163.- El que, indebidamente, suprime o extravía de su destino una correspondencia epistolar o telegráfica, aunque no la haya violado, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas.

Publicación indebida de correspondencia

Artículo 164.- El que publica, indebidamente, una correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, aunque le haya sido dirigida, será reprimido, si el hecho causa algún perjuicio a otro, con limitación de días libres de veinte a cincuentidós jornadas.

VIOLACION DEL SECRETO PROFESIONAL

Violación del secreto profesional

Artículo 165.- El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

4.- BASES TEORICAS CIENTIFICAS

4.1 El derecho a la intimidad

El bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad, puede analizar el camino distinguiendo, en primer término, la vida privada de la vida pública de una persona, ya que es evidente que el problema de la intimidad no puede plantearse a propósito de esta última.

Excluimos la vida pública de las personas, y no las personas de vida pública, ya que la intimidad de éstas se encuentra también tutelada en aspectos que no conciernen, directa ni indirectamente, a su quehacer social. La diferenciación propuesta es difícil, pues existe una recíproca correlación entre ambas esferas vivenciales.

4.2 Acciones privadas

Se ha indicado que ellas son las acciones interiores del hombre, cuyos efectos quedan en la inminencia del sujeto, y las acciones exteriores no públicas, es decir, los actos que, aunque trascienden del agente, no interesan ni afectan el orden social de la comunidad; o bien, "todo lo que hace al campo de la conciencia íntima" y "los actos personales que pueden reflejarse y constatarse exteriormente, pero que carecen de significación para la vida social".

4.3 Nombre

El nombre es un atributo de la persona que permite distinguirla en su individualidad, y ha sido considerado como un derecho y un deber. Se advierte que aquí no está en juego el interés jurídico específico que resguarda este atributo, ya que no se encuentra afectada la identificación o individualización de la persona por una pretensión del uso de su nombre por otra, sino otros bienes, como pueden ser su honor o su intimidad.

4.4 Derecho a la imagen

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, dice una ley argentina, y muerta ésta, sin el de ciertos parientes; en su defecto, la publicación es libre. Agrega la posibilidad de revocar el consentimiento resarcido daños y perjuicios, y la libertad de la publicación cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales o con

hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

4.5 Personajes públicos

Lo atinente a la intimidad de personas que por cualquier razón han alcanzado notoriedad en la vida social es uno de los aspectos más sobresalientes de este tema, como lo pone de manifiesto el hecho de haber estado presente desde la elaboración inicial del right of privacy, y de ser desarrollado por todos los autores que, con mayor o menor amplitud, abordan el estudio del derecho a la intimidad.

4.6 Protección del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tiene confrontaciones con otro derecho también reconocido en toda constitución el de la información. En el Perú según la Carta Política de 1993, toda persona tiene derecho” ... “a la intimidad personal y familiar” (artículo 2º n° 7), sin embargo, lo que ocurre es que los mecanismos para proteger la intimidad, mediante la forma de esquivar el control social ya han sido superados por la tecnología particularmente así ocurre de modo indirecto sin conocimiento y consentimiento del titular de los datos.

4.7 Documentos públicos y privados

Existen ciertos documentos que están a disposición del público y que su difusión no significa un atentado contra la intimidad personal de una persona; en cambio, otros documentos pertenecen claramente al ámbito de la intimidad, como sería una correspondencia epistolar, un diario, etc., y cuya divulgación constituye un ataque al derecho en comentario. Sin embargo, existe una serie de documentos entre uno y otro extremo cuya determinación no es tan fácil. Por ejemplo, un documento redactado con motivo de ejercicio de una profesión, pueda tener cualquiera de las dos características. El derecho a la intimidad personal se proyecta a la

protección de documentos, cuya divulgación no autorizada está poniendo en evidencia hechos que corresponden a la vida íntima de la persona y/o de su familia.

4.8 Interés público

Las noticias del acontecer diario nos hacen preguntarnos a cada momento si tal o cual reseña periodística tiene o no un carácter público.

La primera impresión que tenemos es que una cosa es pública cuando se trata de un tema que interesa a la comunidad porque la persona sobre la que se habla es "pública". Aquí calza la reflexión acerca de dos cuestiones que tienden a confundirse: la popularidad y la publicidad. Hay personajes populares (como los artistas) y hay personajes públicos (como el presidente). No es lo mismo ser popular que ser público. La popularidad se refiere a la aceptación y el aplauso que se tiene en el pueblo. La publicidad, en cambio, es una característica distinta que alcanza a aquella persona que, por las funciones que cumple en el desarrollo de un pueblo, constituye un tema de importancia para la sociedad en general.

4.9 Información de relevancia pública

Si estamos en presencia de la revelación de un acto, dato o hecho de relevancia pública, la libertad de información prima sobre el derecho al honor, por el derecho que tiene la ciudadanía en un sistema democrático de conocer aquellos hechos y conductas que afecten la conducción de los asuntos públicos y la coherencia de los funcionarios públicos y las autoridades en sus conductas con los valores y principios que determina el ordenamiento jurídico (probidad y transparencia) como con aquellos valores y principios que han explicitado públicamente. Todo lo cual es indispensable en la formación de una opinión pública libre en un sistema democrático y en el control de la ciudadanía respecto de los servidores públicos.

4.10 Honor e intimidad

El bien protegido a título de honor es la honra o autoestima y el crédito, fama, renombre, reputación o estimación ajena. Así se infiere del código penal, que reprime como injuria a quien "deshonrarse o desacreditarse" a otro, siendo la calumnia un tipo especial de conducta deshonrosa o desacreditadora.

En cuanto atinentes de modo inmediato a la personalidad del hombre, existe una estrecha relación entre honor e intimidad, pero cabe diferenciarlos por el bien jurídico respectivamente protegido: la autovaloración o la valoración ajena, en el caso del honor; la reserva de la vida privada en el de la intimidad.

4.11 La prueba

Se trata de transmitir a la inteligencia de otra u otras personas, acontecimientos desconocidos por ellos y presentarlos con apariencia de verdad. Es decir, generar convicción, para ello es necesario estar convencido de lo que se asegura es cierto y que está fielmente apegado a los hechos tal y cual ocurrieron en la práctica

humana y social. Las pruebas en sentido general, forman una ciencia aplicada al derecho procesal y que encuentra una especialización en las pruebas penales, referidas al proceso cuyo fin es aplicar la ley penal a casos en que se ha cumplido con el tipo específico del delito y cuyas características están descritas en la ley punitiva. Generalmente las pruebas se presentan a un Juez para que éste las aprecie en base al sistema de valoración aceptado en la ley y respetando una serie de principios legales relativos a la dignidad humana. Tomando en cuenta que la falta de pruebas y la duda favorecen al imputado, es el acusador quien tiene la carga de conseguir pruebas contundentes sobre la existencia del delito y la participación.

4.12 Vida íntima como derecho de la personalidad

Hasta el momento estamos discurrendo por el amplio camino de los derechos humanos, ubicando los derechos de la personalidad y preciano los caracteres fundamentales de este grupo de derechos. Dentro de los derechos de la personalidad está ubicado el derecho a la vida íntima.

Independientemente de si se trata de un bien protegido por el derecho, o un auténtico derecho subjetivo, la intimidad es inherente al ser humano por cuanto tiene que ver con lo que la persona es, no con lo que está fuera de ella. Este espacio de la vida que el ser humano reserva para sí y su familia, le va a permitir mantener el equilibrio psicológico indispensable para el desarrollo de su personalidad. Por ello es innato, vitalicio e irrenunciable, por cuanto podrá sufrir limitaciones o autolimitaciones, pero nada podrá ser eliminada totalmente y acompañará al hombre hasta después de su muerte.

SUB CAPITULO I

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

1.- Nociones generales sobre la intimidad.

1.1. Intimidad y persona

Es característica del hombre una doble proyección de su personalidad, de modo que son fácilmente perceptibles distintas modalidades en el desenvolvimiento de su conducta.

A veces la actividad humana se enajena en objetos exteriores, en general de conformidad a sus apetitos y preferencias, y se encuentra así derramada y diversificada sobre el mundo circundante, constituyendo una relación exógena, de adentro hacia afuera, cualquiera sea el ámbito en que opera (social, político).

Pero de modo igualmente necesario y constante, se advierte también en el hombre un movimiento concéntrico, un giro hacia sí mismo, una actividad cuyo nudo radica en el propio ser y en lo que lo rodea de modo próximo e inmediato, que tiene en la vivienda su principal ámbito físico y a la propia persona y las de sus familiares como actores relevantes, la consideración de la naturaleza integral del hombre, además de revelar su necesidad de intimidad, también lo muestra como un ser social, que vive en comunidad y requiere de ella para su pleno desenvolvimiento, de lo cual resultarán las correlativas limitaciones o restricciones a la protección jurídica de la intimidad.

De este modo, la doble faceta humana la máscara y el sustrato a que ella se aplica, permite inducir la existencia y el alcance de la intimidad, noción estrechamente vinculada a la de persona entre personas.

Si bien esas facetas son discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así, la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más rica cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado, antes que, hecho y exteriorizado, ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo. A la inversa, como el bumerang que necesariamente vuelve al punto de partida, la relación "hombre-mundo" repercute siempre en aquél, moldeándolo y posibilitando su realización y engrandecimiento.

Esa interrelación, como toda de naturaleza dialéctica, no sólo es dinámica, sino también fundamentalmente conflictiva: su desenvolvimiento supone una pugna, un choque entre la dimensión personal y la dimensión social del hombre, que ofrece estadios de equilibrio y armonía siempre relativos. A su logro debe contribuir el derecho, a través de su misión de regulación y equilibrio entre intereses contrapuestos" (LUCAS MURILLO, 2003).

1.2. Noción filosófica y construcción jurídica

La intimidad como noción filosófica alude a un presupuesto fundamental del hombre en cuanto persona; como construcción jurídica, se proyecta en la estructuración de un derecho subjetivo a la intimidad o, al menos, confiriendo los resortes coactivos del derecho para la protección y defensa de ese decisivo bien personal.

El advenimiento de la intimidad en la esfera del derecho es tardío en relación a la elaboración filosófica, pues ésta remonta al desarrollo de la noción de persona, sobre todo en el pensamiento cristiano, a partir de San Agustín: "La noción de persona se va forjando en San Agustín, se redescubre la intimidad: el hombre a solas, reflejado sobre sí mismo, en una entrañable relación con Dios".

La idea de 'intimidad', si se quiere, la experiencia y la intuición de la intimidad le sirvieron para hacer de esta relación consigo mismo no una relación abstracta, sino una eminentemente concreta y real.

Es que el hombre, a diferencia del animal, tiene conciencia de sí mismo, es dueño de su propio ser, es el único ser "en sí" y espiritualmente incomunicable. Esta facultad es la que le permite "desentenderse momentáneamente del mundo exterior y recogerse en la intimidad, para recordar su pasado, meditar sobre el curso de su vida, musitar una plegaria o una oración. El hombre tiene intimidad, el animal no: esta diferencia es verdaderamente fundamental. Es muy de lamentar, por ello, que los hombres actuales, sobre todo en las grandes ciudades, hayan abandonado casi por completo el goce de esta preciosa facultad y vivan enteramente volcados hacia afuera, como el animal.

Porque hemos perdido la intimidad y, lo mismo que los animales, vivimos hacia afuera y necesitamos el ruido para huir de nosotros mismos, para no mirarnos por dentro, para no formularnos algunas de las grandes preguntas del hombre como ser espiritual.

A propósito de esta diferencia entre el hombre y el animal, se ha dicho también: El animal no rige su existencia, no vive desde sí mismo, sino que está siempre atento a lo que pasa fuera de él, a lo otro que él. Nuestro vocablo otro no es sino el latino alter. Decir, pues, que el animal no vive desde sí mismo sino desde lo otro, traído y llevado y tiranizado por lo otro, equivale a decir que el animal vive siempre alterado, enajenado, que su vida es constitutiva de alteración". En cambio, "el hombre puede, de cuando en cuando, suspender su ocupación directa con las cosas, desasirse de su derredor, desentenderse de él, y sometiendo su facultad de atender a una torsión radical incomprensible zoológicamente, volverse, por así decirlo, de espaldas al mundo y meterse dentro de sí, atender a su propia intimidad o, lo que es igual, ocuparse de sí mismo y no de lo otro, de las cosas; el hombre puede ensimismarse, es decir tiene el poder de retirarse virtual y provisoriamente del mundo, y meterse dentro de sí.

1.3. La intimidad como faceta de la libertad

La protección cabal de la libertad como interés o bien jurídico específico exige ponerla a resguardo no sólo de la fuerza material que priva de libertad física y de la intimidación o coacción que afecta la libertad moral o de decisión, sino también tutelar el espontáneo despliegue de la personalidad en la esfera de intimidad o reserva personal, por vía de la exclusión o reducción al mínimo de las injerencias exteriores en ese ámbito de desenvolvimiento del sujeto.

Dentro de esta línea de pensamiento, estiman algunos autores, con respecto a las figuras penales de violación de domicilio y de secretos, que ellas representan formas ampliadas de tutela de la libertad, para ponerla a cubierto no ya sólo de las formas groseras y directas de la violencia y la coacción, sino también, en ciertos casos, de las sutiles presiones del temor o de la perturbación de la tranquilidad, aserto que posee vigencia más allá de la limitada protección publicista ofrecida por el derecho penal.

Es que la intimidad responde a la necesidad básica de preservar una libertad espiritual indispensable en el campo vital que circunda al hombre de manera

próxima e interior en grado superlativo, eliminando intromisiones, fiscalizaciones e influencias foráneas susceptibles de alterar su tranquilidad.

La libertad no es sólo la posibilidad de despliegue o represión de movimientos voluntarios o de obrar sin presiones psíquicas externas; es, más ampliamente, el poder de ser en sí mismo y no únicamente en los otros; de actuar según los dictados de la voluntad, pero también de hacerlo al reparo de los demás, sin indeseadas proyecciones al mundo exterior ni forzadas penetraciones de éste en la intimidad del sujeto (GANULL HERMOSA, 2001).

Bajo este enfoque se trata de la primera de las libertades que al ser humano corresponden, o visto de otro modo, la última que en el plano jurídico puede ser objeto de limitación, y la única quizás que no puede ser suprimida de modo absoluto, porque si tal sucediera, ello significaría que, ante el Derecho, el ser humano se habría convertido en una cosa, el sujeto en objeto, y habiendo perdido la persona su consideración de tal, mal podría asumir la titularidad de un patrimonio moral, tal como el derecho al honor presupone.

Así entendida, se trata de libertad personal más que de libertad individual, ya que la protección del derecho toma en cuenta en la esfera de intimidad la espiritualidad del hombre y no su realidad física o psíquica.

Con lo expuesto queda dicho también que el desenvolvimiento de la vida íntima ingresa en el amplio campo de la licitud. Esta emerge en nuestro ordenamiento jurídico cuando dice que ninguna persona está obligada a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

1.4. Definición del derecho a la intimidad

Se ha señalado la imposibilidad de definir el derecho a la intimidad con palabras exactas y en términos jurídicos: "Su significado es demasiado amplio y las situaciones que comprende son tan variadas y diversas que es casi imposible encontrar una definición que abarque todas sus facetas" (RODRÍGUEZ RUÍZ, 1998).

No obstante, la delimitación del bien jurídico protegido y el panorama general ofrecido sobre las esferas en que opera, puede servir de base para trazar un concepto de la institución. Ello constituye una tarea difícil, tanto por el reciente advenimiento de la figura en el mundo jurídico, como por el carácter espiritual, inagotable y pletórico de posibilidades del objeto. Por lo tanto, no pretendemos agotar, sino únicamente sugerir el rico cúmulo de direcciones en las cuales podrá desenvolverse la conducta del titular.

El derecho a la intimidad es, entonces, el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos.

De este modo, hemos aglutinado lo concerniente a: a) la naturaleza jurídica de la institución: derecho personalísimo; b) el bien jurídico tutelado: la reserva; c) el ámbito en que éste se preserva: la vida privada del hombre; d) sus proyecciones: el individuo mismo, su exteriorización a través del lenguaje y la conducta, y los vínculos afectivos que lo unen a sus allegados y al lugar donde vive; y e) la significación de este derecho como forma de manifestación de la libertad espiritual de la persona.

El derecho a la intimidad ha sido denominado también: en nuestro país, derecho a la vida privada o con el neologismo "derecho a la privacidad"; en Estados Unidos, right of privacy, cuya fórmula abreviada se expresa generalmente como to be let alone; en Alemania, das rechts des privaten an der eigenen geheimsphäre (derecho a la esfera secreta de la personalidad); en Italia, diritto alla riservatezza o diritto alla íntima integritá privata; en Francia, droit a la intimité o secret a la vie privée.

1.5. Deslinde y análisis comparativo con instituciones afines.

A) Nombre e intimidad.

El nombre es un atributo de la persona que permite distinguirla en su individualidad, y ha sido considerado como un derecho y un deber. Se advierte

que aquí no está en juego el interés jurídico específico que resguarda este atributo, ya que no se encuentra afectada la identificación o individualización de la persona por una pretensión del uso de su nombre por otra, sino otros bienes, como pueden ser su honor o su intimidad.

Ocurrirá lo primero cuando el uso abusivo del nombre de la persona para la designación de cosas o personajes de fantasía implique atribuirle calidades disvaliosas, que lesionen su autoestima o la de los demás; lo segundo, cuando ponga de manifiestos hechos o circunstancias que perturben la reserva de su vida privada.

En ambos supuestos, el uso del nombre es sólo el instrumento o vehículo para el daño causado a otra faceta de la personalidad. Dicha disposición plantea un serio problema interpretativo, al exigir una utilización maliciosa, lo cual no condice con el sistema general de responsabilidad civil, condicionada subjetivamente sólo a la exigencia de culpa, regla que no tiene excepción en el ámbito de los daños ocasionados a los derechos de la personalidad ni, específicamente, en el de la intimidad.

El concepto de "malicia" tiene una significación determinada, intención de causar el daño, es decir, una actitud subjetiva calificada por el propósito de agraviar, por lo que no puede admitirse la interpretación según la cual ella existe no sólo "cuando el nombre se utiliza con la intención deliberada de mortificar o perjudicar a una persona o a su familia, la hay también cuando se la utiliza para designar personajes inmorales o ridículos sin preocuparse ni poco ni mucho de una eventual coincidencia con el nombre de una persona viva. Ello equivale a negligencia, o a lo sumo, a dolo eventual, bajo una calificación que distorsiona el concepto.

La incongruencia de dicho requisito es todavía mayor si se tiene en cuenta que la norma lo exige no sólo como condición de la indemnización, sino también para solicitar el cese del uso.

B) Honor e intimidad

El bien protegido a título de honor es la honra o autoestima y el crédito, fama, renombre, reputación o estimación ajena. Así se infiere del código penal, que reprime como injuria a quien "deshonrarse o desacreditare" a otro, siendo la calumnia un tipo especial de conducta deshonrosa o desacreditadora.

En cuanto atinentes de modo inmediato a la personalidad del hombre, existe una estrecha relación entre honor e intimidad, pero cabe diferenciarlos por el bien jurídico respectivamente protegido: la autovaloración o la valoración ajena, en el caso del honor; la reserva de la vida privada en el de la intimidad.

Ello engendra consecuencias en cuanto a las modalidades agresivas: el acto ilícito contra el honor supone la afirmación de actos, calidades o costumbres peyorativas, disvaliosas o significativas de algún desmedro para la persona; la intimidad puede lesionarse sin atribución alguna o por una de naturaleza axiológicamente positiva o neutra, pero por un hecho que importa la penetración en el ámbito reservado de la persona.

Puede atacarse el honor y no la intimidad, como cuando la imputación se vincula a la conducta pública del sujeto pasivo, al modo de desempeñarse profesionalmente, a sus relaciones sociales; y a la inversa, no toda impertinencia en la vida ajena afectará la honra o la reputación, como, por ejemplo, la difusión de un acto caritativo que el autor deseaba mantener en secreto; la publicación de una fotografía que muestra a la persona en una pose indecorosa; el menosprecio por sustentar una determinada idea religiosa o política.

Los motivos expuestos permiten afirmar la autonomía del derecho a la intimidad con relación al derecho al honor; no puede hablarse de absorción o subordinación alguna. Esto importa advertirlo en el caso en que la invasión en la vida íntima opera a través de manifestaciones aptas para afectar la autoestima de la persona o la opinión de los terceros, y en que existe, por lo tanto, una lesión simultánea a ambos bienes jurídicos. Si bien el juzgamiento será único, pensamos que el juez no podrá dejar de computar la duplicidad de

lesiones a efectos de determinar la medida o extensión del daño, de modo que el causado a la intimidad no será jurídicamente irrelevante (RIVERA LLANO, 988).

Ello es así aunque el hecho constituya una injuria o calumnia típica, a pesar de la subsidiariedad que establece la ley, enderezada solamente, a nuestro juicio, a advertir la mayor amplitud del campo de ilicitud demarcado a través de esa norma. En efecto, dado que el acto ilícito contra el honor hace responsable civilmente a su autor, aunque no exista delito penal, como cuando no es cometido dolosamente sino por ligereza o temeridad, en virtud de aquella autolimitación legal se llegaría a una relación de subordinación si el hecho fuere doloso, delito penal y a otra autónoma o diferenciable en el caso de hecho culposos, cuasidelito civil, para lo cual no media razón alguna.

C) Imagen e intimidad

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, dice una ley argentina, y muerta ésta, sin el de ciertos parientes; en su defecto, la publicación es libre. Agrega la posibilidad de revocar el consentimiento resarcido daños y perjuicios, y la libertad de la publicación "cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

Evidentemente, se trata de una norma metodológicamente desubicada, ya que de su contenido trasciende que no se encuentra directamente en juego la reproducción de la imagen en cuanto entraña creación artística y afecta el derecho del autor del retrato, sino el que tiene el mismo retratado sobre su imagen.

Puede entenderse por "imagen" la "proyección o representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico". Por otra parte, la expresión "poner en el comercio" debe entenderse en el sentido amplio de

exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (ESCOBAR LOPEZ, 2004).

Tradicionalmente, se ha encuadrado la violación de la imagen en la órbita de la protección del honor o de la intimidad. Es que la imagen, en cuanto representación de los rasgos físicos de la persona en que se revela también lo espiritual, es vehículo idóneo para exteriorizar calidades desfavorables desde el punto de vista de la reputación, o circunstancias personales de índole reservada. Esta posibilidad se ve favorecida por las técnicas actuales de información, esparcimiento o propaganda, y afecta especialmente a quienes, por una u otra razón, han alcanzado alguna notoriedad en la vida social.

No obstante, la autonomía de la tutela de la imagen se demuestra, sea que ella constituya o no un verdadero derecho, en razón de que la norma en cuestión no prescribe un daño distinto para la prohibición que consagra: la publicación abusiva es ilícita y puede ser impedida cuando no se ofenda el honor o la intimidad.

Ello es perfectamente concebible en la práctica, toda vez que la captación de la apariencia física se efectúa sin la autorización del interesado o excede sus límites, a pesar de no causarse ningún perjuicio especial. Se consiente, por ejemplo, la exhibición del retrato en vidrieras y se difunde de otra manera, el modelo presta conformidad para su publicación en revista de modas y se propala con fines propagandísticos o, simplemente, la persona no da aquiescencia alguna y no obstante se publica su imagen de un modo que no compromete su integridad moral.

Por consiguiente, el derecho a la imagen protege la fisonomía a fin de evitar que pase al dominio público sin el consentimiento del interesado salvo las excepciones legales, con independencia de la lesión del honor o de la intimidad, ya que cuando éstos son afectados la utilización de la imagen constituye una modalidad de tales hechos ilícitos. No obstante, su contenido como figura independiente es ciertamente restringido, ya que la ley sanciona sólo la publicación y no la obtención misma del retrato.

2. Configuración jurídica del derecho a la intimidad.

2.1. El bien jurídico protegido.

A efectos de precisar el bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad, puede desbrozarse el camino distinguiendo, en primer término, la vida privada de la vida pública de una persona, ya que es evidente que el problema de la intimidad no puede plantearse a propósito de esta última.

Excluimos la vida pública de las personas, y no las personas de vida pública, ya que la intimidad de éstas se encuentra también tutelada en aspectos que no consientan, directa ni indirectamente, a su quehacer social.

La diferenciación propuesta es difícil, pues existe una recíproca interpretación y correlación entre ambas esferas vivenciales. Sin embargo, es posible precisar, como criterio orientador, que la vida pública es la vida social del hombre, que se desenvuelve normalmente en contacto con sus semejantes: vida profesional, vida mundana, en una palabra: vida exterior. Se podría decir, a la inversa, que a vida privada es la vida familiar, personal del hombre, su vida interior, espiritual.

Con respecto a las "acciones privadas", se ha indicado que ellas son las acciones interiores del hombre, cuyos efectos quedan en la inminencia del sujeto, y las acciones exteriores no públicas, es decir, los actos que, aunque trascienden del agente, no interesan ni afectan el orden social de la comunidad; o bien, "todo lo que hace al campo de la conciencia íntima" y "los actos personales que pueden reflejarse y constatarse exteriormente, pero que carecen de significación para la vida social" (NOVOA MONREAL, 1979).

Sin embargo, el derecho a la intimidad no protege todos los aspectos de la vida privada, ni contra cualquier tipo posible de ataque a ella. Esto ya fue advertido por algunos autores como Steinberg, al llamar la atención sobre una precisión terminológica, en el sentido de que el título "derecho de intimidad" con que

tradujo el original right of privacy expresa algo más que éste: "Todo lo íntimo es necesariamente privado, pero no todo lo privado es necesariamente íntimo".

De modo concordante, la interpretación que actualmente tiende a afirmarse en la doctrina es la de perfilar el derecho a la intimidad con caracteres nítidos y autónomos con respecto a otras instituciones que también protegen la vida privada. En esta tarea delimitadora resulta esencial avizorar el bien jurídico específico tutelado por el derecho a la intimidad: la reserva, que constituye una proyección de la libertad espiritual de la persona.

El Diccionario de la Real Academia Española define la reserva como "discreción, circunspección, comedimiento", tipificando así la conducta debida por el sujeto pasivo, y como "prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa", lo cual caracteriza adecuadamente la conducta del titular. Esta interpretación coincide con la definición que suministra el Diccionario de la Real Academia Española sobre "intimidad": "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". Por otra parte, ella es congruente con la etimología de la palabra "intimidad", cuya raíz es el adverbio intus, que significa "dentro" (RAE, 1996).

Por lo tanto, íntimo es "lo que está lo más dentro posible del sujeto", poniendo de manifiesto una idea de extrema interioridad. Se ha dicho por ello que "el mundo es la total exterioridad, el absoluto fuera, que no consiente ningún fuera más allá de él. El único fuera de ese fuera que cabe es, precisamente, un dentro, la intimidad del hombre, su sí mismo.

2.2. Sólo el hombre goza de intimidad

La naturaleza espiritual del bien protegido por el derecho a la intimidad, consustancial a la integridad moral del hombre, y su concepción como manifestación de la libertad, revelan que sólo es compatible con sustrato humano.

Esta afirmación importa una doble exclusión: las personas jurídicas y las personas fallecidas.

A) Las personas jurídicas. Si bien el honor en su faz objetiva, como reputación o estimación ajena, puede predicarse de las personas jurídicas, en cuanto susceptibles de imputaciones que las perjudiquen en la opinión de los demás, no ocurre lo mismo con la intimidad, ya que ellas no tienen "vida" privada en el sentido biológico y espiritual que entraña la expresión "vida ajena".

Por otra parte, únicamente el hombre puede verse mortificado en sus costumbres o sentimientos y padecer el agravio moral que acompaña, en general, y frecuentemente de modo exclusivo, a las perturbaciones a la intimidad.

B) Las personas fallecidas. Más discutida es la cuestión de si las personas fallecidas poseen intimidad. Se ha afirmado que "la intimidad integra la 'memoria' de las personas fallecidas", por lo que "no se opera la caducidad del derecho a la intimidad por la muerte o por el transcurso de plazos después de ocurrida".

Por el contrario, opinamos que la muerte, al extinguir la persona sujeto y soporte de todo derecho, extingue igualmente aquellos bienes jurídicos que le son sustancialmente inherentes. La vida, la libertad, la intimidad, son propios ontológicamente del hombre y media una imposibilidad radical para afirmarlos después de su fallecimiento.

Algo muy distinto de afirmar la supervivencia de la intimidad del muerto es que, en virtud de la estrechez de los lazos familiares, la invasión en lo que constituye la memoria del fallecido afecte la intimidad de sus parientes; pero en tal supuesto son éstos y no aquél, los titulares del bien jurídico correspondiente y directamente ofendidos por un hecho. "El hombre vive en familia y es en ella, precisamente, donde desenvuelve sus afecciones y quereres más íntimos, de modo que el ataque dirigido contra uno de sus miembros, aunque éste haya desaparecido, repercute sobre los demás. El fin de la vida apareja el fin de la intimidad del sujeto, pero el recuerdo de lo que fue integra las afecciones personalísimas de sus familiares.

Por tal razón, si bien la imputación de un hecho deshonroso contra un muerto, como el adulterio, no constituye injuria para los familiares sobrevivientes, en cuanto no lesiona el honor de éstos, sí constituye una invasión en el reducto de su intimidad, ya que mortifica los sentimientos de sus parientes.

Lo expuesto debe discriminarse cuidadosamente del problema de la transmisibilidad de la acción "mortis causa", es decir de la posibilidad de que sea ejercida por los herederos luego de la muerte de la persona cuya intimidad había sido violada en vida: "iure hereditatis" y no "iure proprio". En lo que atañe al daño moral, la acción "no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto".

2.3. Todos los hombres gozan de intimidad.

A) Carácter objetivo de la protección legal.

El papel de la voluntad del interesado. La afirmación contenida en el título supone que el ordenamiento jurídico resguarda la intimidad de las personas siguiendo, en principio, un criterio objetivo y abstracto, sin condicionamiento a la realidad de su condición moral o a sus particulares circunstancias individuales.

En otros términos, salvo las excepciones igualmente generales de intervención de una causa de justificación, la intimidad es atribuida a todos los hombres, como bien intangible, cualesquiera que sean las modalidades de su personalidad y de su vida privada. En realidad, la parte más necesitada de protección es la de las miserias y secretos afligentes de la persona.

Resulta manifiesto que la tranquilidad de cada uno y la paz social exigen que la personalidad ajena sea respetada, no con arreglo y en la medida de lo que en cada caso ella es realmente, sino de una manera objetiva, con el mayor margen de independencia de las realidades del caso particular que resulte compatible con el interés general.

Entonces, negar integralmente este derecho entrañaría la supresión de una condición esencial del hombre, contraviniendo el orden público. Pero lo que atenta contra la dignidad humana es la privación absoluta o permanente, o la renuncia general a priori; no, en cambio, la amplitud con que se discierne la protección en algún supuesto particular. Esta se encuentra condicionada a la voluntad del interesado, por ser uno de los casos en que la ley tutela el bien en cuanto es "objeto de interés por el privado", y en que el derecho correspondiente, es, por lo tanto, relativamente disponible.

Cada persona, acorde a las condiciones ambientales en que desarrolla su existencia y a su particular psicología, decide qué parte de su vida desenvolverá a la vista de todo el mundo y cuál, en cambio, reservará de la indiscreción o intromisión ajena; cada cual tiene la llave de su propia interioridad espiritual y puede abrir y cerrar la puerta a voluntad, en tanto no afecte derechos o intereses ajenos.

En consecuencia, si bien la protección legal de la intimidad es en principio objetiva, su extensión en cada caso se subordina subjetivamente: el consentimiento del interesado posee relevancia justificante y su renuncia extingue la acción de responsabilidad.

B) Los personajes públicos.

Lo atinente a la intimidad de personas que por cualquier razón han alcanzado notoriedad en la vida social es uno de los aspectos más sobresalientes de este tema, como lo pone de manifiesto el hecho de haber estado presente desde la elaboración inicial del right of privacy, y de ser desarrollado por todos los autores que, con mayor o menor amplitud, abordan el estudio del derecho a la intimidad (GANULL HERMOSA, 2001).

Es que no puede desconocerse que los medios de difusión se ocupan de modo predominante de las personas que, por diversos motivos, han adquirido relieve público.

Entonces, aunque la intimidad de otras, "cuyas vidas se desenvuelven en zonas más grises, puede ser también alcanzada por formas diversas de intromisión, en la mayoría de los casos el problema se plantea prácticamente a propósito de aquéllas.

No creemos que pueda resolverse la cuestión de manera distinta que por la aplicación de los principios generales si bien, atento las circunstancias especiales de las personas de vida pública, ello entrañará un resultado concretamente diverso al de los casos ordinarios.

Entonces, la sola notoriedad de la persona no le priva de intimidad: "no se paga con tan caro precio el dudoso bien de la celebridad". Los actos vinculados a su quehacer público se encontrarán librados a información y fiscalización por la comunidad y, como en el caso de cualquier otro hombre, estarán protegidos por la reserva los sucesos concernientes a su vida privada que no repercutan en aquél.

Lo que tipifica la situación es que la condición del sujeto aumentará la probabilidad de encontrar alguna ligazón entre lo que constituye su vida íntima y el legítimo interés colectivo de extraer de ella alguna conclusión relevante de índole comunitaria, lo que fácticamente incidirá estrechando el ámbito de reserva.

Ahora bien, es obvio que no medio interés colectivo en difundir indiscriminadamente cualquier aspecto de la vida privada de una persona, sea cual fuere el grado de su celebridad. Nada puede autorizar violaciones groseras, en los reductos más reservados: la dignidad individual impone la incolumidad de lo que atañe a la común condición humana, sin gravitación en el ámbito social.

Rige aquí, además, la regla que impone responsabilidad por el abuso y el exceso en el ejercicio de las causas de justificación. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la mayor exposición a la natural curiosidad de los terceros por la

condición del sujeto pasivo exige, correlativamente, una mayor necesidad de protección; ésta, si no extensa, debe ser intensa (RODRÍGUEZ RUÍZ, 1998).

Otro aspecto que importa considerar en este tema es que es común advertir, sobre todo en el supuesto de los profesionales del arte, el consentimiento, cuando no la búsqueda, de publicidad sobre sucesos de su vida privada. También por aplicación de los principios generales debe entonces decidirse la licitud del acto difusor.

2.4. Contenido y proyecciones del derecho a la intimidad

El ámbito protegido por el derecho a la intimidad no es el de la soledad total del hombre, el de su aislamiento o incomunicación radical. No es, en sentido absoluto, el derecho a ser dejado solo y en paz, o de llevar una vida anónima y al reparo de toda mirada ajena, como si el ser del hombre pudiera desenvolverse en un silencio abismal.

De manera concordante, se ha precisado: "la intimidad no es equivalente a la pura y simple soledad. Por una parte, el 'trascenderse a sí mismo' significa ligar la propia intimidad con otras; además, uno de los sentidos más importantes del término 'intimidad' es el que se refiere a la intimidad de dos o más personas o entre dos o más personas. Por consiguiente, la intimidad no es, o no es sólo subjetividad, sino intersubjetividad o cuando menos, condición básica para la intersubjetividad" (JURISTAS, 1999).

El hombre constituye una realidad cierta y expresiva, y no un ente abstracto, sin ningún tipo de arraigo en lo físico y en lo espiritual.

El reducto de lo personal no encuentra su confín en la cárcel de la propia individualidad y de sus modalidades el nombre, la imagen, la voz, los pensamientos, los secretos, sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el

ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados).

Por consiguiente, el derecho a la intimidad tendrá la misión de tutelar no sólo la reserva de la persona en cuanto ser psicofísico, sino también la de sus expresiones o comunicaciones, la de sus vínculos afectivos más cercanos y profundos y la del lugar donde habita o desarrolla su vida íntima; deberá proteger las proyecciones de su individualidad, su vida de relación personalísima y el espacio en que desenvuelve su existencia privada.

2.5. Limitaciones del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad, como todo derecho, tiene sus limitaciones que pueden estar en la exacta frontera en que la dignidad y la conveniencia del individuo deben ceder ante las exigencias del bienestar general o de la equidad.

Estas son:

1. El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general.

El objetivo general del derecho, es proteger la intimidad de la vida privada de las personas. Los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público, que busca o para el que es propuesto, y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaba un empleo público o cuasi público; entre otros supuestos.

2. El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación, sería calificada de información privilegiada.

El derecho a la intimidad no se transgrede por hacer público algo ante una autoridad judicial, legislativa, administrativa, así como las noticias sobre algunos de estos procedimientos, en la medida que sean concedidas como un Privilegio. Igualmente, no se prohíbe la publicación que uno hace en cumplimiento de un deber público o privado, ya sea jurídico o moral, o en el manejo de sus propios negocios, y en asuntos que no conciernen más que a su propio interés.

3. El derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento.

Esto es una aplicación de la ley de propiedad literaria y artística.

4. La veracidad de lo que se publica no supone una defensa.

Se impide es la publicación incorrecta de la vida privada y el que pueda ser descrita.

5. La ausencia de malicia en quien hace público algo no constituye defensa.

No es causal de excepción al régimen de responsabilidad por daños ocasionados a intimidad, la ausencia de mala fe personal, pues aquí se ampara contra cualquier acción ofensiva, sea punible o no, en sí mismos, los motivos que impulsaron a quien habló o escribió. Esto es lo que ha informado el régimen jurídico de la responsabilidad por daños, en el que alguien es considerado responsable de sus actos intencionados, incluso si son cometidos sin intención malévolamente (un daño contra la sociedad).

3. Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad no aparece enunciado de forma expresa y como categoría independiente en los textos constitucionales hasta fechas muy recientes.

El primer texto constitucional en Europa que recogió de forma expresa el derecho a la intimidad fue la Constitución Portuguesa de (artículo 33. 1) y posteriormente lo hizo la Constitución española de (artículo 18). Anteriormente, tan solo existieron formulaciones filosóficas y doctrinales.

La elaboración doctrinal que sirve de precedente a la constitucionalización del derecho a la intimidad, concebido como “the Right to be let alone” por el Juez Cooley, es decir, el derecho a ser dejado en paz, o a ser dejado solo, se originó en 1890 cuando WARREN y BRANDEIS publicaron un artículo sobre “The right to Privacy”.

El contenido mínimo del derecho a la intimidad puede formularse, según diversos autores, como el derecho a:

- No participar en la vida colectiva,
- A aislarse de la comunidad,
- A establecer una relación-cero,
- A disfrutar de un espacio para respirar,
- A ejercer un derecho al anonimato,
- A un círculo de vida exclusivo,
- A no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás.

El derecho a la intimidad o vida privada se reconoce que toda persona tiene asuntos o negocios, designios o afecciones de él o su familia, que prefiere mantener como una esfera secreta, o al menos reservada de su vida, de la que tenga poder de alegar a los demás. Se mencionan en éste ámbito aquellos datos, hechos o situaciones desconocidas para la comunidad, que son verídicos y que están reservados al conocimiento del sujeto mismo, o de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Hoy podemos decir que el derecho a la intimidad es la

respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada, es decir la exigencia existencial de vivir libre de un debido control, vigilancia o espionaje.

El derecho fundamental ha sido reconocido como carácter universal en el artículo 12 de la declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, en el artículo 8.1 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de derecho Civiles y Políticos de 1966 (MORALES GODO, 2000).

En el caso de nuestro país, su desarrollo ha sido incipiente y, si bien, se han dado enormes pasos en el campo legislativo, al incorporar este derecho en diversos cuerpos normativos, como la Constitución o el Código Civil de 1984, y el Código Penal de 1991; en cambio, el desarrollo jurisprudencial es limitado y en la doctrina poco se ha investigado.

4. Protección a la intimidad.

El derecho a la intimidad tiene confrontaciones con otro derecho también reconocido en toda constitución el de la información. En el Perú según la Carta Política de 1993, toda persona tiene derecho “a la intimidad personal y familiar” (artículo 2º nº 7), sin embargo, lo que ocurre es que los mecanismos para proteger la intimidad, mediante la forma de esquivar el control social ya han sido superados por la tecnología particularmente así ocurre de modo indirecto sin conocimiento y consentimiento del titular de los datos.

Es ante el conflicto “Intimidad vs. Información” que se han ensayado sistemas que delimitan los contornos de estos derechos: subjetivo, espacial, objetivo, cuanto distingue personas públicas y privadas (subjetivo) o cuando reconocen espacios propios, exclusivos y comunes.

El sistema objetivo que diferencia conductas públicas y privadas, es el de mayor adhesión y se sustenta en cuatro principios:

1) Libertad de Información para lo que cualquiera haga al servicio de los demás, ejemplo desempeño profesional; 2) libertad de información para conductas privadas con trascendencia pública así el profesional de la salud que padece enfermedad infecto contagiosa y trata pacientes; 3) restricción de la libertad de información en las actividades que se realicen para satisfacer necesidades propias- sexualidad, economía familiar, etc.; 4) consideraciones especiales en caso de actividades privadas realizadas en espacios públicos, así un personaje que asiste a un evento social, siendo que la información que al respecto se difunda puede afectar el perfil social del notificante.

En todo caso la intimidad como derecho de la personalidad no puede ser eliminado, más se debe propender al equilibrio de los intereses individuales ya frente a los demás o al Estado; para ello se hace indispensable que la legislación precise los límites otorgando facultades claras al ente encargado de la defensa de los derechos del ciudadano, pudiendo invadirse la intimidad por razones de seguridad nacional, guerras o emergencias públicas, desastres naturales, para prevenir desordenes y delitos, protección de la salud pública, asuntos del interés del país.

No podemos olvidar así mismo que en nuestro ordenamiento penal la protección a la intimidad es asegurada por el típico delito de violación de la intimidad que alcanza la vida personal y familiar, su comisión ocurre cuando por cualquier instrumento, proceso técnico por cualquier medio, se observa, escucha o registra (hechos, palabras, escrito o imagen sobre la vida íntima).

5. Diferencia con la vida privada.

El surgimiento de la vida hogareña entendida como aquella demanda contemporánea de conquistar el espacio íntimo y privado en contraposición al espacio público, puede situarse aproximadamente a partir de la 1ª y 2ª revolución industrial, en la que comenzaba a delinearse el tránsito desde un

incipiente agregamiento poblacional hasta las grandes configuraciones y centros urbanos de fines del siglo XIX (LUCAS MURILLO, 2003).

La vida privada está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede molestarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento.

El tratamiento de lo que hoy conocemos como datos de carácter personal no es, en ningún sentido, algo nuevo. La sed por conocer e informarse parece ser una característica constitutiva de los seres humanos. Lo que nos diferencia y distancia hoy en día, es el tratamiento electrónico o automatizado de ellos y la posibilidad de almacenar gran cantidad de información en pequeños contenedores y recuperarlos a través de ciertas instrucciones.

6. Diferencia con la vida pública.

Nuestra vida oscila entre los dos polos extremos de lo absolutamente privado que son lo más íntimo y personal y de lo absolutamente público que es lo que no me pertenece ni a mí ni a ningún sujeto en particular. Entre esos dos polos, los varios momentos de la vida se agrupan, según se aproximen más al uno que al otro.

Así las relaciones conmigo mismo, con las personas de mis familias, con mis amigos, con mis conocidos, pertenecen al hemisferio de lo privado; porque las personas que entran en ellas tienen necesariamente que conservar en ellas sus peculiaridades reales, individuales. En cambio, las relaciones que mantengo con desconocidos, pertenecen al hemisferio de lo público; porque las personas, al entrar en ellas, se han despojado previamente de todas sus peculiaridades reales, para reducirse estrictamente a una mera función abstracta (GANULL HERMOSA, 2001).

El trato entre amigos supone que el uno sabe del otro no sólo que uno y otro son seres humanos, sino qué seres humanos son. El trato con un transeúnte, con un funcionario, con un empleado del Estado, no supone, en cambio, nada más sino que el uno sabe del otro que es ciudadano, transeúnte, funcionario, empleado del Estado, es decir, puras abstracciones funcionales.

7. Derecho a la imagen.

El denominado derecho a la imagen se regula como manifestación de los derechos de la personalidad, junto con el derecho al honor y el derecho a la intimidad: implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, son derechos que forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada.

El interés jurídico que se protege, que trasciende de lo privado, genera la necesidad constitucional de su protección como derecho fundamental, para garantizar el alto valor que se atribuyen a estos derechos y reforzar su tutela. De esta manera, el derecho de imagen. Junto al derecho a la intimidad y el derecho al honor, se contemplan dentro de los derechos fundamentales.

Así pues, el derecho al honor, intimidad y propia imagen están situados al lado del derecho a la vida, a la integridad ideológica y religiosa, la libertad de cátedra, el secreto de las comunicaciones, el derecho de reunión o asociación, a la tutela efectiva o a la educación, entre otros, como los derechos más sagrados y que necesitan una súper protección.

8. Derecho al secreto.

El derecho a la información, asegurado normativamente a nivel internacional, pronto entró en conflicto con el derecho de las personas a reservar para sí ciertos actos, hechos, acontecimientos, datos que corresponden a su vida privada y que no deben ser puestos en conocimiento de la colectividad. Se reconoció así y el conflicto con la información podemos considerarlo como su

origen el derecho a la vida privada, a la intimidad, al secreto o a la reserva como se le conoce indistintamente.

Este derecho ha adquirido cada vez mayor consistencia, a medida que se ha ido reparando que el avance tecnológico permite que fácilmente se penetre en la intimidad de las personas. El derecho de la informática permite que el “cerebro electrónico” que es el computador, recolecte y almacene datos de las personas que, entrecruzados y ordenados entre sí, permite captar los hechos más reservados de las personas con relativa facilidad (ALFREDO RIQUEL, 2001).

9. La vida íntima como derecho a la personalidad

Hasta el momento estamos discurriendo por el amplio camino de los derechos humanos, ubicando los derechos de la personalidad y precizando los caracteres fundamentales de este grupo de derechos. Dentro de los derechos de la personalidad está ubicado el derecho a la vida íntima.

Independientemente de si se trata de un bien protegido por el derecho, o un auténtico derecho subjetivo, la intimidad es inherente al ser humano por cuanto tiene que ver con lo que la persona es, no con lo que está fuera de ella. Este espacio de la vida que el ser humano reserva para sí y su familia, le va ha permitir mantener el equilibrio psicológico indispensable para el desarrollo de su personalidad. Por ello es innato, vitalicio e irrenunciable, por cuanto podrá sufrir limitaciones o autolimitaciones, pero nada podrá ser eliminada totalmente y acompañará al hombre hasta después de su muerte.

SUB CAPITULO II

NOCIONES GENERALES SOBRE EL INTERÉS PÚBLICO

1. Definición

Podemos definir el interés público, como la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos, debe constituir el alma de las leyes y el Criterio del gobierno, aunque se falsee con tanta frecuencia al servicio del partidismo, por la ofuscación personal y hasta el deliberado lucro propio.

2. Distinción entre lo público y lo privado

No existe un concepto preciso para poder distinguir lo público y lo privado y, con mayor razón, cuando se trata de vincularlos al Derecho. Lo público y lo privado son esferas que hoy en día son severamente cuestionados. Sin embargo, es preciso encontrar algunas categorías que nos permita indagar estas manifestaciones de la vida del ser humano, de tal suerte de que la parte superficial de la base está en contacto con las relaciones públicas, pero a medida que avanzamos con el vértice a la intimidad personal se va condensando, se va reduciendo en extensión, hasta que llegado al vértice se encuentra en un punto, en la sociedad del yo viviente. La intimidad personal se desarrolla desde el vértice, extremo de la intimidad, hasta la base del cono que es el límite de la publicidad. Difícil problema es precisar los límites de la vida real.

Obviamente, todo lo extremo al cono puede ser objeto de información, por no pertenecer al campo de la intimidad personal; de la misma forma, los hechos que a pesar de corresponder a la vida íntima de la persona, son autorizadas por ésta para su divulgación, o ella misma se encarga de difundir el hecho. El problema se presenta con los hechos que consideramos dentro del cono, y con mayor razón aquellos que están en el vértice del mismo que constituye lo más íntimo, lo más profundo, lo más genuino. En estos ámbitos se presenta el

conflicto con el derecho a la información que pretende penetrar, para divulgar los hechos que acaecen en dichas áreas. Aquí es donde el derecho debe fijar los límites entre ambos derechos, ya sean a través de una legislación adecuada, de la doctrina y/o de la jurisprudencia que vayan estableciendo pautas que eliminen las aristas conflictivas entre ambos derechos. Para ello utilizaremos algunas categorías que nos permita penetrar en el conflicto (CARRANZA LLOS, 1987).

2.1 Personajes Públicos

Es sumamente difícil hacer los distinguos entre lo público y lo privado; igual ocurre cuando tratamos de precisar sobre las personas públicas o privadas; ¿Cuál es la línea divisoria entre uno y otro? No existe una respuesta precisa. Pero lo que si tenemos presente que existen personas que por su talento, fama o modo de vivir se convierten en personajes públicos. Son personas que adquieren notoriedad en la colectividad en diversos motivos, incluyendo los sucesos o acontecimientos ocasionales que lo colocan en "primer plano", mucho de los cuales constituyen una desgracia, y los medios de comunicación tienden a ocupar sus páginas con noticias respecto a esta clase de personas. Indudablemente que, por el hecho de la notoriedad o celeridad, la persona no ha perdido el derecho a la intimidad personal, pero sí, el mismo se verá restringido en función a la importancia del cargo público o actividad pública que desarrolle (CARRANZA VALDIVIA, 1996).

Podemos distinguir varias clases de personajes públicos; un primer grupo, lo conforman aquellas personas cuya presencia en una sociedad es gravitante; son personas de enorme influencia en la marcha de una sociedad cuyo ámbito de la vida privada se reduce al mínimo; son personajes que determinan y marcan la historia de una sociedad (políticos, pensadores, en general personas que participan de la vida política, económica y social del país).

Un segundo grupo, lo constituyen personas de gran popularidad, cuya actividad implica la presencia de multitudes, y que no tienen una trascendencia gravitante en la marcha de la sociedad, como es el caso de los deportistas y

artistas; estos personajes están en contacto permanente con los medios de comunicación masiva que difunden su imagen por ello es que el ámbito de su vida privada también se reduce, aun cuando no en los términos del primer grupo. Otro grupo, estaría conformado por personas que sin alcanzar las dimensiones públicas que las anteriores desempeñan funciones de trascendencia pública, como sería el caso del funcionario público, el profesional en el ejercicio de sus funciones, empresarios, etc.

2.2. Documentos Públicos y Privados

Existen ciertos documentos que están a disposición del público y que su difusión no significa un atentado contra la intimidad personal de una persona; en cambio, otros documentos pertenecen claramente al ámbito de la intimidad, como sería una correspondencia epistolar, un diario, etc., y cuya divulgación constituye un ataque al derecho en comentario. Sin embargo, existe una serie de documentos entre uno y otro extremo cuya determinación no es tan fácil. Por ejemplo, un documento redactado con motivo de ejercicio de una profesión, pueda tener cualquiera de las dos características. El derecho a la intimidad personal se proyecta a la protección de documentos, cuya divulgación no autorizada está poniendo en evidencia hechos que corresponden a la vida íntima de la persona y/o de su familia.

La protección constitucional peruana no sólo comprende los documentos, sino las comunicaciones en general, las que sólo pueden ser interceptadas, abiertas, incautadas o intervenidas por mandato de Juez, con las garantías prevista en la ley. Dentro de estos supuestos se comprende las comunicaciones telefónicas, los casetes, discos y registros de computadoras, etc. La Constitución vigente reafirma la protección de los documentos privados y las comunicaciones en general, estableciendo la relatividad de los mismos cuando indica que pueden ser abiertas, interceptadas o incautadas por mandato de un Juez. Esto quiere decir que es un derecho absoluto, ya que cuando está de por medio del orden público, que traduce los intereses públicos, el derecho a la vida privada queda en segundo orden (LUCAS MURILLO, 2003).

El problema se planteó cuando no existe una trasgresión al orden público. En este caso rige la protección constitucional, así como la regulación que hace el Código Civil a través del artículo 16. El numeral mencionado protege la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la actividad de la vida personal o familiar, las mismas que no pueden ser divulgadas ni interceptadas sin autorización del autor, y en su caso del destinatario, derecho éste que se trasmite a sus herederos en caso de fallecimiento de uno o de ambos.

En los últimos años, en el Perú se alzaron voces de protesta al descubrirse una oficina equipada para intervenir los aparatos telefónicos, y que supuestamente pertenecía al Servicio de Inteligencia Nacional. El peligro es que, en el pretexto de buscar indicios de culpabilidad por la comisión de algún delito, o por la protección de la seguridad del Estado, los gobiernos de turno o los grupos de poder, lo utilicen para invadir la vida privada de las personas, especialmente de los que tienen una presencia gravitante en la vida nacional.

2.3. Edificios Públicos y Privados

La determinación si un edificio es público o privado, tiene importancia, pero no tanto como la configuración de persona pública o privada. Y ello no es tan fácil, si es que lugares tradicionalmente privados no tienen la gravitación como para considerar que se está atentado contra la vida íntima de la persona, como el caso del detective privado que incursiona en el domicilio de su cliente que lo contrató para que averiguara si su esposa lo traicionaba, usando una llave de la puerta principal otorgada por el propio dueño de casa y de cliente. En este caso, discutible, puede argumentarse que no basta la consideración que el edificio es privado para que se configure el atentado contra vida privada.

De la misma forma, un lugar considerado como público, como pudiera ser un local comercial, donde entran y salen las personas, para ciertos efectos pudiera ser considerado como privado y en consecuencia, susceptible de incurrir en atentado contra la intimidad personal (CARRANZA LLOS, 1987).

2.4. Actividades Públicas y Privadas

Indudablemente que una forma de discriminar entre ambas, es relacionar la actividad con la persona que realiza la actividad, si es una figura pública o no, y probablemente una actividad realizada por una u otra persona merecerá un tratamiento distinto en los medios de comunicación. Existe una serie de actividades de difícil catalogación, como son los casos de las actividades comerciales o profesionales, que, comparados con otras actividades hogareñas, de ocio, su configuración no se torna clara.

Un caso en comentario, trata de una mujer que había ejercido la prostitución, y se vio comprendida en un caso de asesinato. Si bien la prostitución es una actividad pública, no existía razón para que en la película el personaje llevara el mismo nombre de ella, lo que permitiría su identificación, como en efecto sucedió. Existen, pues, ciertas actividades públicas cuyo ejercicio puede ser comprendido dentro de la vida íntima de las personas, por lo que su divulgación sería un atentado contra dicho derecho.

2.5. Acontecimientos de Interés Público y Privado

Existen ciertos acontecimientos que ocurren en la vida de las personas que, sin ser personajes públicos, ni desempeñar actividad pública alguna, los coloca en una situación de interés público. Son sucesos, generalmente, inesperados que convierten a una persona en el centro de la noticia; por ejemplo, de ello lo tenemos en los casos de accidentes graves, incendios, actos de terrorismo, obtención del primer premio de la lotería, etc. En estos casos, los medios de difusión deben tener la medida suficiente para, sin perjuicio de la noticia que deben difundir, respetar los márgenes a la intimidad personal comprendida en el acontecimiento. No siempre hay un correcto proceder de los medios de comunicación masiva, quienes, con el propósito de una mayor comercialización del medio de difusión, o del famoso rating de los programas de televisivos, exponen la noticia sin mayores escrúpulos, agrediendo alevosamente el derecho a la intimidad personal y/o la imagen de la persona.

Esto es posible observarlo en determinados periódicos especializados en brindar al público sexo, violencia y sangre, así como en determinados medios televisivos, evidentemente con fines crematísticos. Es lo que se denomina "prensa amarilla", verdaderos pasquines inescrupulosos que no tienen reparo alguno en no sólo ofender a la dignidad de la persona difundiendo determinados acontecimientos, sino que muchas veces, distorsionan la verdad para llevar al público por el camino del sensacionalismo. La frase muy común para justificar estas acciones es que "están reproduciendo la realidad" o están brindando "lo que le gusta a la gente" (EGUREN PRAELI, 2004).

En este campo, podemos considerar aquellos casos notorios, en los cuales las personas intervienen como delincuentes, víctimas o testigos en un proceso penal, o que estén relacionados con un suicidio o un divorcio sensacional. Estos, puede decirse, constituyen los casos más notables, donde los márgenes del derecho a la información y el derecho a la intimidad personal no se perfilan con claridad, peor aun cuando las personas que intervienen en estos hechos ya han adquirido notoriedad por otras actividades en la sociedad (MENDOZA JOSÉ, 1998).

SUB CAPITULO III

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL, INTERÉS PÚBLICO Y PROPORCIONALIDAD

1.- Premisa

Es obvio que el derecho a la protección de la vida privada de las persona debe ser adecuadamente protegido por el ordenamiento jurídico, como todos los demás derechos, así nuestro ordenamiento constitucional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 11), que conforman parte de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales protegen a la persona de ataques ilegales a su vida privada, honra o reputación.

El principio de unidad de la Constitución exige que el legislador realice el máximo esfuerzo para configurar y regular los derechos en un sistema donde cada uno de ellos colisione lo menos posible con otros, donde los derechos constituyan círculos tangentes y no círculos secantes que se invadan unos a otros, lo que exige la adecuada ponderación y un eventual sacrificio mínimo de cada derecho que exige el principio de proporcionalidad que debe emplear necesariamente el legislador en la regulación de los derechos.

2.- Intimidad e interés público

La noticia del acontecer diario nos hace preguntarnos a cada momento si tal o cual reseña periodística tiene o no un carácter público.

La primera impresión que tenemos es que una cosa es pública cuando se trata de un tema que interesa a la comunidad porque la persona sobre la que se habla es "pública". Aquí calza la reflexión acerca de dos cuestiones que tienden a confundirse: la popularidad y la publicidad. Hay personajes populares (como los artistas) y hay personajes públicos (como el Presidente de la República). No es lo mismo ser popular que ser público. La popularidad se refiere a la aceptación y el aplauso que se tiene en el pueblo. La publicidad, en cambio, es una característica distinta que alcanza a aquella persona que, por las funciones que cumple en beneficio de un pueblo, constituye un tema de importancia para la sociedad en general.

Por otro lado, está el respeto a la vida privada que cualquier ser humano, sea popular o no, sea público o no, puede y debe exigir.

Una segunda cuestión a plantearse es la del derecho que todas las personas tenemos a la privacidad. A este aspecto, la Constitución contempla que *"toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar"* El asunto no queda allí, pues la intimidad engloba muchos más temas de los que solemos suponer y esto impide claramente que las informaciones violen derechos fundamentales y más cercanos al núcleo de la persona (MORALES GODO, 2000).

Sobre este tema es necesario preguntarse hasta dónde el ejercicio profesional (periodístico, por ejemplo) nos exige considerar a unos derechos fundamentales, más que un límite que pueden constituir una excepción. Concretamente, se refiere al derecho al honor, a la intimidad y a la vida privada que no pueden violarse so pretexto de defender el derecho a la información del público o que es de interés general.

Hay una serie de procesos que se pueden seguir cuando los derechos a los que nos referimos se violan con el agravante que supone la difusión de un mensaje deshonroso a través de un medio de comunicación.

A la vez, en el artículo 14 del Código Civil se especifica claramente que la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el consentimiento de la persona. El Código Penal, por su parte, establece en su artículo 154: *"El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años. La pena ser: no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días multa cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad ser no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días multa"*.

Por regla general, se considera que, *«los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público»*. A renglón seguido, los tribunales opinan que *«el derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación, sería calificada de información privilegiada (BALAGER CALLEJÓN, 2001)*.

Dado que el hombre público tiene su vida privada muy restringida por los deberes de su cargo y por la atención que la opinión pública le presta en todo momento, particularmente en una época como la actual en que la tecnología de las comunicaciones y de la información reduce cada vez más el campo de lo privado, su derecho a la intimidad es asimismo muy limitado, pues sus acciones pueden influir de una u otra forma en los asuntos de su competencia.

3.- Pautas a tener en cuenta a la hora de resolver conflictos que involucran a derechos de la personalidad.

3.1. Debe distinguirse entre una opinión y una información. En el caso de la opinión, por el hecho de ser subjetiva puede ejercerse ampliamente. En el caso de la información, por tratarse de juicios de ser, requieren mayor objetividad o contrastación.

Si estamos en presencia de una opinión que es la expresión de ideas o juicios de valor, por no ser susceptibles de ser probadas científicamente o verificables empíricamente, no puede probarse su veracidad u objetividad, lo que permite que la libertad de opinión pueda ejercerse en forma amplia, con el único límite de no utilizar expresiones vejatorias o insultos, las cuales son innecesarias para la expresión de ideas.

La facultad de las personas de emitir opiniones y realizar una crítica acerba de los agentes y órganos estatales (gobierno, administración, parlamento, tribunales de justicia) es inherente al régimen democrático.

3.2. En el caso de una información, debe distinguirse si ella es o no de relevancia pública.

Si estamos en presencia de la revelación de un acto, dato o hecho de relevancia pública, la libertad de información prima sobre el derecho al honor, por el derecho que tiene la ciudadanía en un sistema democrático de conocer aquellos hechos y conductas que afecten la conducción de los asuntos públicos y la coherencia de los funcionarios públicos y las autoridades en sus conductas

con los valores y principios que determina el ordenamiento jurídico (probidad y transparencia) como con aquellos valores y principios que han explicitado públicamente. Todo lo cual es indispensable en la formación de una opinión pública libre en un sistema democrático y en el control de la ciudadanía respecto de los servidores públicos.

La relevancia pública de la información, está dada por la importancia o trascendencia pública de los hechos en sí (ámbito económico, político, social, cultural, nacional o internacional) o en virtud de la persona que lo realiza, y la conveniencia o necesidad de su conocimiento por la sociedad, en sentido objetivo. Así la ausencia de relevancia pública de la información emitida determina la prevalencia del derecho a la honra u honor sobre la libertad de opinión e información.

Por consecuencia, en esta perspectiva, la injerencia en el ámbito del honor ajeno encuentra su justificación en la causa del interés público, en la relevancia pública del asunto; precisamente porque, en tales casos, el derecho lesionado (honra ajena) aparece como un valor menor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión sobre asuntos sociales, económicos, políticos, etc. que, en definitiva, posibilita la participación consciente y responsable del ciudadano en la vida pública. Además, la lesión del honor no es producto de la información sino del acto propio lesivo del mismo, es la propia conducta la que produce deshonor y descrédito (CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, 2005).

De esta forma, el valor preferente del derecho a la información no significa vaciar de contenido el derecho a la honra de la persona afectada por la opinión o información, el que se rebaja en su grado de protección proporcionalmente, sólo en la medida que resulte necesario para asegurar una formación libre de la opinión pública en una sociedad democrática en materias de relevancia o interés público, sin emitir expresiones inequívocamente vejatorias innecesarias sin relación con las opiniones de relevancia pública que se expresan.

3.3. Si la información se refiere a un personaje público o a un particular. En el primer caso, el ámbito de la crítica permitida es mayor que en el segundo caso.

Las personas, figuras públicas o personaje público son aquellas personas que adquieren notoriedad o fama de manera que son ampliamente conocidas, que ejercen cargos de autoridad pública o una profesión o actividad de notoriedad o proyección pública, como, asimismo, las personas que se involucran voluntariamente en cuestiones de interés público o se encuentran involucradas en controversias o acontecimientos de relevancia pública o institucional.

Los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a una persona de relevancia pública en las actuaciones correspondientes a sus funciones de tal, por duras e infundadas que aparezcan, pesando en ellos la tarea de dar cumplida cuenta de sus actuaciones referentes a desempeño de sus funciones públicas.

Como ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos, el situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos y por ello debe mostrarse más tolerante.

El ser persona de relevancia pública hace soportar a la persona un mayor nivel de afectación o injerencia en su honra, ya que ello es necesario debido al pluralismo político, la conformación de un espíritu crítico, abierto y tolerante, sin los cuales se vacía de contenido la sociedad democrática y el control y fiscalización de las autoridades que actúan en representación del pueblo.

Ello se deriva de poderosas consideraciones:

a) La crítica vigorosa respecto de la actuación de las autoridades o funcionarios públicos o figuras de relevancia pública es fundamental para la vigencia de las sociedades democráticas, a diferencia de los regímenes autocráticos

autoritarios o totalitarios, lo que justifica desarrollar y potenciar al máximo la tolerancia y el pluralismo en materias de relevancia pública.

b) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública se han convertido consciente y voluntariamente en sujetos pasivos de la observación del público, relegando a un ámbito menor su privacidad y la protección de su honor en relación a sus actividades públicas.

c) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública que no están sujetos al escrutinio público y no realizan su actividad pública sujeta a reglas de transparencia y publicidad, serían fácilmente objeto de chantajes y situaciones de falta de probidad que generarían un grave detrimento para el bien común.

d) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública tienen amplias posibilidades de acceso a los medios de comunicación social para rebatir las críticas que se les formulan sobre su actividad sometida al escrutinio público.

3.4. El derecho a la honra prevalece sobre la libertad de información cuando esta última se ejerce fuera del ámbito de protección jurídica, cuando las opiniones son innecesarias y tienen por objeto sólo vejar a la persona o cuando la información carece de veracidad o de relevancia pública.

Las expresiones que afectan la dignidad de las personas o calificativos innecesarios para expresar un juicio o relatar un hecho no constituyen ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, sino una práctica ilegítima e inconstitucional. Ellas no constituyen abuso de un derecho, sino una situación de no derecho o una conducta contraria al orden jurídico, susceptible de reproche.

Una cosa es efectuar una evaluación personal de una conducta, por desfavorable que sea, y otra cosa es emitir afirmaciones o calificativos

claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre.

Es necesario señalar que la regla general es que la expresión de ideas se apoya en narración de hechos, como asimismo que la comunicación de hechos pocas veces es pura y normalmente va acompañada de juicios de valor, tendiente a formar una opinión, producto del enfoque que adopta el propio transmisor de la información, lo que constituye parte del derecho de información, en el que se incluye el discernimiento y la actitud crítica, propia del pluralismo democrático, sin que ellos sean desproporcionados con la finalidad de repulsar de los hechos considerados negativos.

Por otra parte, la narración de la noticia comporta una participación subjetiva del reportero o periodista, tanto en la forma de interpretar las fuentes que le sirven de base como para escoger el modo de transmitir el acontecimiento, por lo que la noticia es usualmente una reconstrucción e interpretación de hechos reales y la valoración crítica de ellos. En tales supuestos se está ante el ejercicio simultáneo de la libertad de opinión y de información, debiendo discernirse de acuerdo a las pautas respectivas los que son hechos, datos o acontecimientos, que deberán ser evaluados de acuerdo con las pautas de relevancia pública, veracidad y debida contrastación, de aquellos que constituyen juicios de valor (opiniones), las que no pueden comprender juicios vejatorios.

3.4.1. La teoría de la diligente comprobación en el ejercicio de la libertad de información.

Esta concepción parte de la perspectiva de que los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre de ideas y transmisión de informaciones, si se desea un debate desinhibido propio de una sociedad democrática.

Así, una información objetivamente falsa puede estar amparada por el derecho a la libertad de información si es que ha habido un mínimo de diligencia en la

comprobación de los hechos, un mínimo de sustento razonable y no se ha actuado con manifiesto desprecio a la verdad. Esta adecuada contrastación debe ser proporcionada y razonable atendiendo a la fuente de información. Al ejercicio de la libertad de información no se le puede aplicar los criterios de su prueba judicial y su incontrovertibilidad, de lo contrario se constreñiría gravemente el ejercicio de la libertad de información en una sociedad democrática (CARRANZA VALDIVIA, 1996).

La información veraz no se confunde con la verdad incontrovertible, la primera no excluye la posibilidad de errores circunstanciales, siempre que no exista una conducta dolosa y haya existido una proporcionada y razonable contrastación de lo comunicado. Ello es así, ya que los medios deben comunicar muchas veces informaciones transmitidas por fuentes, autoridades, funcionarios públicos, funcionarios policiales, ministerio público, cuerpos sociales, iglesias, agencias noticiosas, por cualquier medio de comunicación social, teniendo cada una de dichas fuentes confiables su propia versión de lo acontecido.

3.4.2. La doctrina del reportaje neutral.

Esta doctrina consiste en que la publicación de una información proveniente de un tercero obliga a identificar la fuente, valorar la relevancia pública de la información y no existir indicios de falsedad de la información.

La doctrina del reportaje neutral determina la inexistencia de intromisión indebida en la honra de una persona si la información se limita a reproducir fielmente informaciones o comunicados de terceros, a los cuales corresponde, en exclusividad, la responsabilidad de sus afirmaciones, los cuales son adecuadamente identificados.

La veracidad que debe ser acreditada en tal caso, es el hecho de la declaración, no el contenido de lo declarado.

Si a los hechos declarados por terceros se añaden juicios propios, y ellos son innecesarios o vejatorios, son por tanto susceptibles de ocasionar un reproche jurídico por una afectación ilegítima al derecho a la honra.

3.5. La utilización de epítetos vejatorios o insultantes sin fundamento en los hechos ni en directa relación con las conductas o actuaciones de relevancia pública no tienen justificación y generan responsabilidad civil o penal.

Los insultos e injurias constituyen una conducta no protegida por el derecho a la libertad de opinión e información, aun cuando ellas no sean creíbles y muestren las miserias o inventivas desafortunadas del informante. La libertad de información se justifica en el fortalecimiento de la opinión pública y no como un medio de diversión a costa de la honra de las personas.

4. El Principio de proporcionalidad

Al hablar del principio de proporcionalidad, es imprescindible mencionar al autor alemán Robert Alexy, quien afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio (FERNANDEZ NIETO, 2008).

Para este autor, una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es propiamente lo que se conoce como ponderación, por lo que, en palabras de Alexy, “la ley de la ponderación” está contenida en dos enunciados: 1) “valorar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro; y 2) “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención.

Así, siguiendo el razonamiento efectuado por Alexy, esta ley de ponderación que postula es posible estructurarla sobre la base de tres etapas claramente definidas:

1. Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
2. Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.
3. Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

En consecuencia, vemos que Alexy da por sentado que los principios (o derechos fundamentales) colisionan entre sí, siendo este un problema que no se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. Así, bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro. Para el autor, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización. Por otra parte, la ley de ponderación, en cuanto tal, no formula ninguna pauta que pueda ayudar a resolver los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada.

5. El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Así, el Tribunal encuentra que el fundamento de este principio proviene de la consideración de que se trata de un principio que se deriva de la cláusula del Estado de Derecho que, a decir del Tribunal, exige concretas exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos (FORES GARAS, 2010).

Para el Tribunal, este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales.

En este sentido, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional ha recibido, al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que nuestro Tribunal ha aceptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales,

siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto.

Conforme se explicó anteriormente, el principio de proporcionalidad en la doctrina alemana ha sido estructurado en tres niveles: idoneidad, necesidad y ponderación. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha necesitado de un cierto grado de desarrollo para configurar en su jurisprudencia la estructura del principio de proporcionalidad. Así, en nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad aparece estructurado de la siguiente manera: a) razonabilidad/proporcionalidad; b) idoneidad del medio o medida; c) necesidad; y d) proporcionalidad o ponderación en sentido estricto; los que continuación serán brevemente desarrollados conforme a los intereses de este trabajo.

6. Razonabilidad y proporcionalidad

Tenemos que en un primer momento, el Tribunal equiparó los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, tratándolos de manera similar, y argumentando que (...) Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (JURISTAS, 1999).

Posteriormente, el Tribunal modificó su razonamiento, estableciendo que dentro de la esfera de la protección de fines constitucional- mente relevantes, una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales sola- mente

se justifica en virtud del principio de razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

7. El caso *Mónica Adaro vs. Magaly Medina* (Expediente Nº 06712-2005-PHC/Tribunal Constitucional).

Siguiendo con la evaluación de nuestro tema, es menester citar un caso emblemático en nuestro país referido al conflicto entre la ex vedette Mónica Adaro y Magaly Medina, a raíz de la propagación de unas imágenes relacionadas con la esfera sexual de los involucrados.

El Tribunal consideró necesario aplicar el test de proporcionalidad por considerar la existencia de un conflicto entre libertad de información y el derecho a la vida privada; estableciendo que para determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del balancing o ponderación.

Ante la exhibición explícita de imágenes en el reportaje, el Tribunal concluyó que se trataba de una medida innecesaria, puesto que, para denunciar un caso de prostitución clandestina, “bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado Democrático y Social de Derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).

8. La ponderación y los derechos fundamentales.

Como bien sabemos, la Constitución y los Tratados Internacionales son los enunciados que tipifican los derechos fundamentales, mismos que se caracterizan por un elevado grado de indeterminación normativa. Las normas de derechos fundamentales, son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones que los contienen, mediante las cuales se establece que algo está ordenado, prohibido o permitido. Son el resultado de la interpretación constitucional. También se conocen como “sub reglas constitucionales” (EGUREN PRAELI, 2004).

La racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en ese sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad. Dichos criterios cumplen con dos funciones: la primera, son criterios orientadores mediante los cuales la Corte constitucional intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente; la segunda, son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la Corte Constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad es la técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador en un derecho fundamental se ajusta o no a la Constitución. Desde los orígenes del derecho constitucional alemán, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima.

Dichas reglas, o también conocidos como sub-principios, son:

Idoneidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Necesidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de 5 entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar su objetivo.

Proporcionalidad en sentido estricto: la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber: la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos. Ha de subrayarse que a pesar de su importancia dentro del orden constitucional, la paz no puede transformarse en una especie de razón de Estado que prevalezca automáticamente, y en el grado que sea necesario, frente a cualquier otro valor o derecho constitucional. Lo anterior no implica que la justicia pueda, a su turno, ser elevada a la categoría de un derecho absoluto, a tal punto que la paz sea sacrificada o su realización impedida. La justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas (OTÁROLA, 2004).

Pues bien, la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar “ponderación” o “balance”. La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto. i) Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía

axiológica supone, por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro.

Por consiguiente, el principio que tiene “mayor valor” prevalece sobre el otro: éste es aplicado, mientras el otro es acantonado. Si observamos: los criterios de solución de los conflictos “lex posterior” y “lex superior” no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien acantonado, no es aplicado, no es declarado nulo, abrogado o inválido.

En otras palabras, éste queda “en vida”, en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias. La ponderación, por tanto, no es una “conciliación”. No consiste en “poner de acuerdo” los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio” entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado. ii) Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida – y que a menudo es revertida- en un caso concreto diverso.

El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el “valor” de los dos principios “en abstracto”, de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. Tampoco aplica – como también podría- el criterio “lex specialis”, decidiendo que uno de los dos principios haga excepción del otro siempre y en todas las circunstancias. El juez se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto.

El conflicto por tanto no es resuelto definitivamente: cada solución vale sólo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura. Por ejemplo, la Corte Constitucional italiana en algunas circunstancias ha aplicado el principio de igualdad formal (o sea, igualdad sin ulteriores especificaciones) y acantonado el principio considerado de igualdad sustancial, declarando la ilegitimidad de una ley que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres (Corte cost. 210/1986),

como también de una ley que establecía “cuotas” femeninas en el sistema electoral (Corte cost. 422/1995). En otras ocasiones, ha aplicado el principio de igualdad “sustancial” y acantonado el principio de igualdad “formal”, reconociendo la legitimidad constitucional de una ley que establecía algunas “acciones positivas” a favor de las mujeres empresarias (Corte cost. 109/1993), como también de una ley que garantizaba un tratamiento a favor de los trabajadores en el conflicto con los empresarios en el proceso laboral (Corte cost. 13/1977).

Es por tanto evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver.

9. Concepciones en torno a la “rigidez” y “absolutismo” de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son tales por emanar directamente como atributos esenciales de la dignidad humana y constituir límites a la soberanía como establece la Constitución, al estar expresamente definidos como emanaciones de la dignidad de la persona humana o como atributos esenciales del ser humanos por los Tratados ratificados por el Estado e incorporados al derecho interno y por poseer un procedimiento especial para su modificación o desarrollo.

Un derecho fundamental se concibe como una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema que le permite realizar o no ciertos actos. Por ejemplo el derecho a la propiedad, le permite utilizar una cosa en su provecho. Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas. Un derecho fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas.

Entre sus principales características vinculadas directamente al tema de nuestra Tesis encontramos las posiciones rígidas y absolutas en cuanto a la

configuración e interpretación de los derechos fundamentales, a saber (SANCHEZ GIL, 2008).

a) La Teoría Absoluta sobre el contenido esencial de los derechos.

Esta teoría enfoca la definición del contenido esencial de los derechos desde el enunciado normativo que contiene el derecho. El contenido esencial en la teoría absoluta es una "magnitud fija", siendo un límite que se opone a todo intento de limitación.

En la doctrina alemana, se sostiene que los derechos esenciales o fundamentales protegen intereses particulares, haciendo posible dicha protección para que las personas ejerzan los intereses garantizados constitucionalmente. Si un derecho se limita hasta el punto de que las personas no pueden disfrutar de ninguna manera de los intereses protegidos por el derecho fundamental, al impedirse su ejercicio, tal limitación afecta al contenido esencial y, por tanto, es inconstitucional. De esta suerte, se identifica el objeto de protección que constituye el contenido esencial del derecho, con los intereses individuales constitucionalmente protegidos.

Düring precisa que los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que naturalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana, por el hecho de ser persona humana. Los derechos tienen así un carácter supra positivo. Para el autor en comento, «la dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio, que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu impersonal, que le capacita a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea». Así, la cláusula del contenido esencial de los derechos se incluye como una positivización de la dignidad de la persona humana inafectable y del contenido inviolable de los derechos humanos.

La dignidad de la persona se protege con el desarrollo de la individualidad a través de los derechos fundamentales del ser humano y su delimitación en función de las obligaciones sociales.

Para mayor ilustración, el Tribunal Constitucional alemán ha dictado diversas sentencias en las que ha determinado la afectación de un derecho en su núcleo esencial, entre ellas destacamos las siguientes:

a) El caso ELFES, donde la Corte Constitucional determinó que las leyes no deben infringir la dignidad de las personas por ser el valor supremo del ordenamiento jurídico, pero tampoco deben restringir las libertades moral, política y económica de las personas, ya que afectaría a su contenido esencial. Concluyendo que las personas tienen reservado un ámbito de configuración de su vida privada que comprendería un último reducto inafectable de la libertad humana excluido de la actuación del poder público en su conjunto. (BV erf GE 6, 32 (41); BV erf GE6, 389 (433=; BV erf GE 27, 1 (6); Bv erf GE 27, 344 (352)).

b) En sentencia sobre extracción de líquido cefalorraquídeo como medio de prueba en proceso penal, la Corte Constitucional estableció que, frente a determinadas intervenciones en la integridad corporal, aun cuando estuvieren establecidas en el cuerpo de una ley, existiría un límite absoluto cuya infracción afectaría el contenido esencial de un derecho fundamental. (Bv erf GE 16, 194 (201)).

c) Sobre la internación de personas sin suficientes medios económicos de subsistencia en instituciones de ayuda social, se estableció que dicho internamiento de personas adultas para mejorar su calidad de vida constituía una intervención que afectaba el contenido esencial del derecho a la libertad personal. (BV erf GE 22, 180 (219-220)).

La teoría absoluta del contenido esencial de los derechos relativiza el contenido periférico de los derechos, lo que puede entenderse si graficamos el núcleo duro como un círculo concéntrico cuya circunferencia constituye el límite o

frontera que el legislador no puede traspasar nunca, sin embargo, el anillo periférico aparece como una zona de libre penetración por el legislador, el cual puede alterar en forma libre dicho anillo periférico, eventualmente en forma arbitraria e injusta. Además, queda el problema de determinar donde se encuentra el límite entre el núcleo duro de los derechos y los contenidos accesorios o periféricos de estos.

b) La Teoría relativa sobre el contenido esencial de los derechos.

Esta teoría sostiene la necesidad en la fase de determinación del contenido esencial del derecho la consideración de las demás normas que contemplan bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Así la teoría relativa del contenido esencial de los derechos, hace que los derechos sean relativos a la valoración de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Un autor alemán que participa de este enfoque, Von Hippel, parte de la consideración de que las normas de derechos fundamentales, regulan cuestiones básicas de orden social, siendo formuladas en forma abstracta y, por tanto necesitan de concreción, los derechos sólo son directrices de los distintos intereses de libertad. Cada norma que contiene un derecho fundamental es aplicable sólo, cuando y en la medida en que a los intereses de libertad protegidos no le son contrapuestos intereses o bienes jurídicos de mayor rango. Cada derecho encuentra su límite natural de carácter inmanente a los intereses o bienes jurídicos de mayor rango o entidad. La tesis de Von Hippel requiere valorar intereses en conflicto y ponderarlos en cada caso concreto, en todo caso, nunca puede un interés de libertad (un derecho), ser necesario para proteger bienes jurídicos de mayor entidad.

Para la teoría relativa, el contenido esencial es lo que queda después de la ponderación de los derechos o del derecho respectivo con otros bienes jurídicos constitucionales, buscando proteger el derecho en toda su extensión, a través de un equilibrio entre los derechos de las personas y los intereses de la sociedad (bien común).

Este enfoque hace del contenido esencial del derecho una noción extremadamente variable e insegura. En efecto, el contenido esencial del derecho, se confunde con la ponderación de derechos, el que pasa a ser el único límite del legislador, con lo que se desfigura el contenido esencial de cada derecho, estableciendo una jerarquización concreta que depende de una valoración subjetiva del interprete que puede variar de contenido un derecho.

Asumir esta concepción parece contrario a la idea contenida en la Carta Fundamental de que haya un contenido esencial objetivo que no pueda ser afectado por el legislador.

Prieto Sanchís llega a afirmar que el concepto de contenido esencial de los derechos se constituye así, en la teoría relativa, no sólo en un "concepto indeterminado, sino más bien en un concepto impredecible".

c) La concepción mixta de Peter Lerche y de Gomes Canotilho.

Hay autores que critican las teorías absolutas y relativas, las primeras son criticadas por ofrecer poca libertad de decisión al legislador, mientras que las segundas son objeto de crítica, porque ofrecen demasiada libertad al legislador.

En esta perspectiva se sitúa Peter Lerche, para el cual el contenido esencial de un derecho protegido absolutamente es el contenido institucional garantizado en el respectivo derecho fundamental. Este primer criterio se complementa con un segundo, que consiste en introducir un factor de ponderación para el examen de medida limitadora o configuradora de derechos fundamentales, el cual estriba en el principio de proporcionalidad (CARRANZA VALDIVIA, 1996).

A su vez, Gomes Canotilho, desde la perspectiva del Derecho Constitucional portugués, se formula dos interrogantes: la primera, si lo que se protege por la garantía del contenido esencial es el derecho subjetivo de la persona o la garantía objetiva; la segunda interrogante es acerca del valor de la protección.

Respondiendo la primera de las interrogantes señala que, para la teoría objetiva, la protección del núcleo esencial se refiere al derecho fundamental como norma objetiva y no como derecho subjetivo, siendo el objeto de protección del precepto una garantía general y abstracta prevista en la norma y no una posición jurídica concreta del particular; en cambio, para la teoría subjetiva, el objeto de la protección del núcleo esencial del derecho es la dimensión del derecho subjetivo del individuo.

SUB CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO

1. El Derecho a la Intimidad en países de habla inglesa.

1.1. En los Estados Unidos de Norteamérica.

Es comúnmente aceptado que el origen moderno del concepto legal de Privacy se encuentra en el artículo doctrinal escrito por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en 1890. Los hechos que llevaron a tales autores a escribir tal artículo son los siguientes:

La esposa de Warren, hija de un conocido senador, llevaba una intensa vida social en la ciudad de Boston, celebrando fiestas en su casa que eran descritas con todo detalle por los periódicos locales, especialmente por la Saturday Evening Gazette. En 1890 se publicó en la prensa un reportaje sobre una comida celebrada en casa de los Warren para celebrar el matrimonio de un familiar. Dicha publicación no fue bien recibida por los Warren. Y ello porque, a pesar de su intensa vida de relación, la gente “correcta” de la sociedad de Boston de finales de siglo evitaba por todos los medios aparecer en la prensa.

Fue entonces cuando Warren, que había ejercido como abogado anteriormente, recurrió a su ex socio Brandeis, quien luego sería juez del tribunal supremo, y redactaron el artículo que tanta influencia posterior tuvo. Es

su escrito adoptan el concepto establecido anteriormente por el juez Cooley del “derecho a ser dejado en paz” (*right to be let alone*), y empiezan a buscar en el derecho existente algún principio que pueda servir para fundamentarlo.

El artículo de Warren y Brandeis tuvo un ascendente muy importante en Estados Unidos, donde no se tardó en aplicar jurisprudencialmente el derecho a la intimidad legislando posteriormente sobre el mismo. El artículo efectivamente ha sido “seminal” porque tuvo importantes consecuencias posteriores; pero lo que no debe olvidarse es que en todos los supuestos estudiados por ellos no había ningún precedente que diera pie a mantener la aplicación previa de un derecho a la intimidad.

En 1902, en el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, en el caso de *Roberson vs. Rochester Folding Box Co.*, se deniega la existencia del derecho a la privacidad. El asunto versaba sobre la utilización de la fotografía de una mujer, sin su consentimiento, para anunciar harina. El tribunal denegó la existencia de un derecho a la intimidad basándose en la ausencia de precedentes, el temor a la restricción de la libertad de prensa y otras consideraciones como la cantidad de pleitos que se generaría si se reconociese el derecho (BALAGER CALLEJÓN, 2001).

Muchos autores sostienen que dejando de lado este último aspecto (que parece una opinión totalmente fuera de lugar), hay que darle la razón al tribunal: no habían precedentes del *right of privacy* en el *common law*, como ya hemos expuesto, y respecto a la libertad de prensa hay que reconocer su especial protección jurídica por parte de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana.

La sentencia provocó un aluvión de críticas que dieron lugar, posteriormente (1903), a la elaboración, en el estado de Nueva York, de una ley, que consideraba a la vez un *tort* y un *misdemeanor* el uso del nombre o imagen de una persona sin su consentimiento para fines comerciales o publicitarios. Esta ley, con modificaciones, sigue vigente en la actualidad en ese Estado.

Posteriormente el derecho fue reconocido en Georgia, en el asunto *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.* (122 Ga.190, 50 SE 68, 1905) que se convirtió en el leading case. El asunto trataba de la utilización indebida en un anuncio publicitario, por parte de una compañía de seguros, del nombre, la imagen y el testimonio de una persona sin su consentimiento.

El tribunal, rechazando la aplicación realizada en el asunto *Roberson* en Nueva York, aceptó la doctrina de Warren y Brandeis y es por tanto la primera sentencia relevante que reconoce el derecho a la intimidad, basándolo en el derecho de las personas a buscar la felicidad:

La persona tiene un derecho a disfrutar de la vida en la forma que le sea más agradable y placentera, de acuerdo con su temperamento y naturaleza, siempre que en tal disfrute no invada los derechos de su vecino o viole el derecho público. El derecho a la seguridad personal no se completa totalmente al permitir al individuo vivir sin lesiones físicas sobre su cuerpo y sus miembros; ni se completa su derecho a la libertad personal simplemente permitiéndole vivir fuera de prisión o libre de otras ataduras físicas. La libertad incluye el derecho a vivir como uno quiera, mientras no interfiera los derechos de los demás o del público. Uno puede querer llevar una vida de reclusión; otro puede querer llevar una vida de publicidad; incluso otro puede querer llevar una vida con respecto a ciertos asuntos y con publicidad respecto a otros.

En la sentencia *Griswold vs. Connecticut*, en 1965, el Tribunal Supremo de dicha entidad federativa norteamericana, reconoció el derecho a la intimidad, entroncándolo con algunas enmiendas constitucionales, especialmente con la Cuarta Enmienda que declara: “No será violado el derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, casas, escritos y efectos, frente a registros y apropiaciones irrazonables”. Ello hay que vincularlo con la Novena Enmienda que dice: “La enumeración, en la Constitución, de ciertos derechos, no será entendida de manera que niegue o desprece otros pertenecientes al pueblo”.

La primera sentencia que reconoce el derecho a la intimidad como derecho constitucional, se dio en el caso *Griswold vs. Connecticut* (381 US 479, 1965);

en ella se declaró inconstitucional (por violar el derecho a la intimidad) la ley del estado de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos a las personas casadas, considerando tal uso como delictivo.

También en Constituciones de distintos Estados se han establecido preceptos relativos al derecho a la intimidad. Significativa al respecto, es la de California, que en su artículo 1 (introducido en 1972), señala: “Todas las personas son por naturaleza libres e independientes y tienen derechos inalienables. Entre éstos se encuentran disfrutar y defender la vida y la libertad, adquirir, poseer y proteger la propiedad y buscar y obtener la seguridad, la felicidad y la intimidad”.

Por otra parte, se han ido publicando distintas leyes, que, de una manera u otra, buscan proteger las distintas facetas del derecho a la intimidad. Así, en 1974, se promulgó la Privacy Act que, tras manifestar que el derecho a la intimidad es un derecho personal y fundamental reconocido por la Constitución de Estados Unidos (artículos 2 a 4), intenta proteger otro aspecto de la intimidad de las personas, cual es la salvaguarda de los datos de las mismas frente al uso de éstos que puedan hacer los organismos públicos, y especialmente, tal como expresa la ley en su artículo 2 de los peligros que representan las nuevas tecnologías informáticas (LUCAS MURILLO, 2003).

Vemos pues que el right of privacy tiene una doble dimensión jurídica: por un lado goza de la preferencia que le otorga el ser considerado derecho constitucional, y por otro, se trata de un tort o supuesto de responsabilidad civil.

En ambas dimensiones su importancia práctica es muy grande, demostrada en la gran cantidad de procesos judiciales que genera, así como la ingente obra doctrinal que existe sobre el tema, obra que se acrecienta al tratarse de temas polémicos, por las continuas discusiones dialécticas que se entablan numerosas veces entre los principales autores.

El profesor William Lloyd Prosser clasifica las decisiones judiciales en cuatro tipos, diciendo que se trata de cuatro *torts* muy diferentes entre sí, pero con

una característica común: todos representan de una manera u otra una intromisión en la intimidad. Los cuatro *torts* propuestos por Prosser son los siguientes:

- Intrusión (“Intrusión upon the plaintiff’s seclusion or solitude, or into his private affairs”).
- Divulgación pública de hechos privados (“*Public disclosure of embarrassing facts about the plaintiff*”).
- Publicidad que falsea la imagen de una persona (“*Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*”).
- Apropiación del nombre o apariencia de una persona (“*Appropriation, for the defendant’s advantage, of the plaintiff’s name or likeness*”).

A su vez, de la intrusión derivan dos nuevos *torts* o ilícitos civiles, que son los siguientes:

- Invasión física de la intimidad (*physical invasion of privacy*), supuesto en el que se hace responsable a aquella persona que entra en la propiedad de otro sin permiso con la intención de captar imágenes o sonidos de éste relativos a su vida personal o familiar, siempre que el allanamiento se produzca de una manera ofensiva para una persona razonable.
- Invasión constructiva de la intimidad (*constructive invasion of privacy*), se pretende hacer responsable a cualquier persona que intente obtener, de manera ofensiva, imágenes o sonidos de otra persona que esté desarrollando actividades personales o familiares en las que tenga una razonable expectativa de intimidad. La conducta ilícita ha de realizarse mediante un mecanismo visual o auditivo, aunque no haya un allanamiento de propiedad, siempre que la imagen o el sonido no se hubiera podido captar sin este allanamiento de no haberse usado los medios técnicos oportunos.

1.2. En Canadá

En Canadá, además de la legislación federal, dirigida principalmente a proteger la indebida utilización de información de las personas en poder de la administración, existen algunas provincias que han elaborado leyes de la intimidad en las que se habla de la invasión de la misma por parte de los medios de comunicación.

Así existe la British Columbia Privacy Act de 1979, que tras señalar en su artículo 1 que “constituye un *tort*, demandable sin prueba de haberse producido un daño, el que una persona voluntariamente y sin derecho a ello, invada la intimidad de otra”, exceptúa de la consideración de la violación a las publicaciones cuya “materia publicada fuera de interés público o se tratara de un comentario justo sobre un asunto de interés público” (artículo 2.2).

2. El derecho a la intimidad en Europa

Conviene hacer referencias a la regulación del derecho a la intimidad en una serie de países europeos. No sólo en Estados Unidos existen importantes leyes respecto del derecho a la intimidad, sino que en el mundo occidental y especialmente en Europa hay también formas de protección de la intimidad a las que vale la pena dedicarles un poco de estudio, poniendo el interés, por ejemplo, en examinar legislaciones como la alemana y la interpretación que de la misma hace el Tribunal Constitucional alemán (ESCOBAR LOPEZ, 2004).

2.1. En Alemania

En 1954 el Tribunal Supremo Federal reconoció, en el caso *Shcacht*, el derecho a la protección de la propia personalidad, basándose para ello en los artículos 1 y 2 de la ley fundamental de Bonn, que establecen el derecho a la protección de la dignidad del hombre y el derecho al desarrollo de la personalidad. El derecho se incardina en el Código Civil alemán (BGB) dentro del artículo 823, que declara que la persona que voluntaria o negligentemente dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier derecho

de otra persona contrariamente a la ley debe compensarle por cualquier consecuencia derivada de tal daño. Dentro del amplio concepto de “cualquier otro derecho”, cabe el derecho al honor, el derecho contra la apropiación y por supuesto el de intimidad, incluido dentro del citado derecho, llamado “derecho a la protección de la propia personalidad”

2.2. En Italia

La república italiana no reconoce de manera expresa el derecho a la intimidad en su ley fundamental, aunque éste ha sido reconocido por los tribunales, a través de la interpretación judicial en casos concretos, y se protege mediante la legislación secundaria a través de la Ley 675/96. Se puede decir que el derecho a la intimidad en Italia ha llegado tarde.

La Ley 675/96, que tutela la privacidad, es fruto de la presión social y de las obligaciones impuestas por las directivas comunitarias. Sin embargo, el retardo ha traído una pequeña gran ventaja: la ley pudo nacer siguiendo la directiva 95/46/CE, por lo que representa una normativa que lejos de improvisarse, es moderna y fue bien estudiada.

La ley se ocupa de la información resguardada de cualquier sujeto jurídico, no sólo las personas físicas, y tiene por objeto el tratamiento de los datos personales. Lo anterior se puede disgregar en dos perfiles: el tratamiento de los datos personales y los propios datos personales. La privacidad se protege en diversas vertientes, la más importante es el régimen ordinario, el cual se refiere a la protección de los datos privados, y puede a su vez, dividirse de la siguiente manera:

- a) Derecho a un consentimiento informado.
- b) Derecho a la calidad de los datos.
- c) Derecho de acceso a la información personal.
- d) Derecho a la cancelación de los datos.
- e) Derecho a la rectificación.
- f) Derecho a oponerse a la revelación o uso de la información.

g) Derecho a la seguridad de los datos.²⁴

Por lo que respecta a los otros campos de protección del derecho a la intimidad, en materia civil, se tutela a través de la responsabilidad por daño patrimonial o extra patrimonial.

En el derecho penal, se pueden distinguir dos formas de tutelar la intimidad: la violación de la intimidad individual y la violación a la información reservada.

Como puede apreciarse, el derecho a la intimidad en Italia se encuentra protegido de manera discreta e insuficiente, y en una posición de franca desventaja respecto de otros países europeos, aunque ha avanzado en las últimas décadas.

2.3. En Francia

Tras una larga serie de influyentes artículos doctrinales sobre los derechos de la personalidad, la Ley 70-643 de 17 de julio de 1970 introdujo el artículo 9o. en el Código Civil francés, que se expresa en los siguientes términos: “Todas las personas tienen el derecho al respeto de su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir todas las medidas tales como secuestro, embargo y otras convenientes para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada; estas medidas pueden, si hay urgencia, ser ordenadas sumariamente”.

A pesar de que no se define en el Código lo que es la intimidad, los tribunales incluyen en el concepto de violaciones de L'intimité un gran elenco de materias, tales como las siguientes:

- *Vida sentimental y conyugal.* Así se han considerado intromisiones lo sucedido en hechos como los siguientes: publicar el proyecto de divorcio que había entre unos cónyuges, relatar aspectos de la vida matrimonial de un famoso actor, publicación de anécdotas y relatos de la vida privada de personalidades o narrar aspectos de la agitada vida amorosa de una actriz.

- *Maternidad.* La maternidad, dice una sentencia de 5 de enero de 1983, es uno de los aspectos de la vida privada.
- *El estado de salud.* Una persona tiene derecho a oponerse a que su estado de salud sea comentado en un artículo destinado a suscitar la curiosidad del público y a explotar con fines comerciales su vida privada.
- *El domicilio o dirección personal.* Considerándose la revelación del mismo sin el consentimiento del afectado, un atentado a su vida privada. No se atenta, sin embargo, por la revelación de tal dato con fines electorales o análogos.
- *Intromisiones de autoridades en la vida conyugal.* Así la sentencia de 3 de mayo de 1979 declara que es contraria a las disposiciones del artículo 9 del Código la medida ordenada por un juez en un proceso matrimonial, de obligar a los cónyuges a someterse a un examen psicológico sobre sus relaciones conyugales recíprocas.

2.4. España

En primer término, debemos decir que, en España, no se puede hablar de un derecho a la intimidad en el derecho preconstitucional, es decir, antes de 1978.

En la actualidad, a pesar de los múltiples obstáculos, España se coloca en el círculo de las naciones que pueden presumir de disponer de una legislación sobre el tema (ALFREDO RIQUEL, 2001).

En España el derecho a la intimidad es considerado como un derecho de carácter fundamental. Así, la Constitución de 1978 se ocupa de garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1), y también de facultar al legislador ordinario para limitar el uso de la informática al efecto de garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (artículo 18.4).

El artículo 18 de la Constitución española hay que relacionarlo con lo dispuesto en otro precepto constitucional, el 20, que consagra el derecho a la libertad de expresión e información, y que señala en su cuarto párrafo, que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Por su parte, el derecho a la intimidad hay que relacionarlo con lo que dispone el artículo 10.1 de la Constitución: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

El precepto sirve de antecedente y fundamentación de otros artículos que sientan derechos más concretos, y que son relacionados a continuación en la Constitución, entre ellos el de intimidad. Y en la interpretación concreta de este derecho, el Tribunal Constitucional hará frecuentes alusiones a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución, señalando que el derecho a la intimidad aparece estrictamente vinculado a la propia personalidad, tal como se deriva de la expresión “dignidad de la persona”, reconocida en ese artículo.

SUB CAPÍTULO V

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. Derecho a la intimidad.

1.1 Definición.

El derecho a la intimidad es un bien estrechamente relacionado con la propia dignidad humana. Esto significa que es inherente a tal condición y requisito sine qua non para la plena realización del individuo.

Sin embargo, pese a lo indicado, lo cierto es que no se trata de una protección global ni absoluta del derecho a la intimidad, pues es frecuente que se encuentre en tensión con otros derechos fundamentales y libertades públicas, como las libertades de expresión y de información. La inabarcabilidad de las múltiples facetas que presenta la intimidad en el acontecer de la vida y de las relaciones humanas, junto con el carácter fragmentario del derecho penal (el cual, probable y precisamente en relación con estos delitos, requiere una observancia mucho más escrupulosa), refuerza la necesidad de que la protección de este bien jurídico baya de ser también fragmentaria. Esto significa que solo deben ser objeto de protección penal algunas facetas o manifestaciones de la intimidad, las más relevantes para las personas, e, indudablemente, frente a las agresiones más intolerables contra ellas.

1.2 Origen y evolución.

La acentuación del Estado de Derecho trajo como consecuencia el surgimiento de bases sólidas para respetar un ámbito de independencia de la persona. De allí surge el derecho a la intimidad como pilar fundamental del derecho a la libertad para hacer frente a las primeras formas de intromisión por parte de terceros, en la esfera íntima de la persona.

1.3 Bien jurídico protegido.

El bien jurídico tutelado lo constituye el derecho a la intimidad personal entendida en dos aspectos perfectamente diferenciables: la intimidad personal interna que lo constituye el espacio espiritual únicamente asequible al titular y la intimidad personal externa que constituye el espacio espiritual asequible a quienes aquel titular desee (la que afecta familiares y amigos) para desarrollar su formación y personalidad como ser humano.

En concreto, con la tipificación del delito de violación de la intimidad, el Estado pretende o busca proteger el derecho a la intimidad de las personas, es decir, el Estado busca cautelar la facultad que le asiste a toda persona de tener un espacio de existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

También se pretende proteger la intimidad familiar, entendida como la facultad que le asiste a toda unidad familiar de tener una esfera de intimidad para su normal desenvolvimiento sin la interferencia de personas ajenas al grupo familiar. Lo constituye el espacio que un grupo de personas que conforman una familia han decidido reservar para ellos, cuyas manifestaciones identifican al grupo. Se conoce comúnmente como la vida privada de la familia.

1.4 Tipicidad objetiva.

Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, la construcción típica no exige una cualidad especial para ser considerado autor a efectos penales. Cuando el autor es un funcionario y/o servidor público, habrá que reconducir la conducta típica a los alcances normativos del artículo 155º del CP.

Sujeto pasivo.

Vendría a construirlo el titular de la esfera personal de la intimidad, que se ve afectado con la conducta penalmente antijurídica.

Modalidad típica.

La tipicidad objetiva que se contiene en el artículo 154º del CP ha recogido la acción material de que la afectación de la intimidad (personal o familiar), se configura cuando el agente observa, escucha o registra un hecho, palabra, escrito o imagen.

Primero para que se pueda decir con corrección que la intimidad ha sido “violada”, se requiere que la captación y/o registro de imagen, voz o palabra se haya efectuado en contra de la voluntad de su titular; esto es, el fundamento del injusto típico radica en que se atenta contra la esfera decisoria del sujeto, pues se realizan conductas que esté previamente no ha consentido y/o autorizado. Por tanto, si es que se acredita que la captación de la imagen o las escuchas ha sido obtenida con consentimiento de su titular, estaremos ante una causal de atipicidad penal.

La observación consiste en examinar atentamente la conducta de otra persona, bien a simple vista, o con el auxilio de instrumentos que facilitan la comisión delictiva; no puede tratarse de una imagen que se capta de forma casual o por indiferencia propia titular, por mantener en reserva su intimidad; con ello ha de referirnos, cuando el sujeto pasivo no ha tomado las precauciones debidas, para guardar su intimidad en privacidad y, desatendiendo sus deberes de protección, colocándose en tal virtud, en una situación de exposición frente a los demás, lo cual no puede ingresar a un ámbito de responsabilidad con respecto a los transeúntes de forma fortuita captan ciertas imágenes, sino ingresan a la esfera de ámbitos de organización propias de la víctima.

Escuchar, por su parte, importa oír ciertas conversaciones que efectúa el titular del bien, mediando ciertos mecanismos técnicos el amigo de la familia que de forma intencional deja en la casa una grabadora escondida a fin de conocer detalles familiares. Se puede observar y escuchar al mismo tiempo, o solo escuchar sin necesidad de observar. 44º.

Registrar significa grabar, aprehender cierta información, colocar en un espectro memorístico, a partir de la utilización de ciertos mecanismos tecnológicos que permiten la reproducción de imágenes, escritos, hechos o palabra.

1.5 Tipicidad subjetiva.

De la estructura del tipo penal se evidencia con claridad meridiana que se trata de un delito de comisión dolosa. Ello significa que el agente debe conocer perfecta mente que observa, escucha o registra hechos o conductas íntimas del agraviado sin su consentimiento, sin embargo, voluntariamente decide actuar en perjuicio evidente de la víctima. Saber si el agente conocía que actuaba ilícitamente o en forma indebida corresponderá al elemento culpabilidad. Esto es, determinar si el agente conocía la ilicitud o antijuricidad de su conducta típica y antijurídica. Corresponde a la etapa de la culpabilidad.

De acuerdo a ello, no es posible que las conductas analizadas se materialicen en la realidad concreta por actos culposos. Tampoco aparece alguna modalidad del hecho punible de violación de la intimidad cuando determinada persona por una casualidad o en forma circunstancial no preparada, observa escenas íntimas del agraviado.

Considero que es posible se presente un error de tipo cuando el agente obre en la creencia que el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para observarle, escucharle o registrarle aspectos de su intimidad.

2. Bien jurídico protegido.

Con el desarrollo, el legislador se ha visto obligado a proteger penalmente la intimidad de las personas, teniendo en cuenta sobre todo el avance tecnológico alcanzado.

Con esta rúbrica se está protegiendo la intimidad de las personas y la intimidad familiar: se trata de la protección de hechos o actividades propias o destinadas a la persona o aun círculo reducido de personas, bien jurídico protegido reconocido también en el Artículo 2, inciso de la Constitución.

Descripción legal del Artículo 154 del Código Penal.

Artículo 154: “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos por cualquier medio, sera reprimido con pena privative de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días - multa, cuando, el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días -multa”

3. Agravantes.

1º si el agente revela la intimidad (artículo 154, 2º párrafo CP). La justificación de esta agravante se encuentra en la mayor dañosidad que ocasiona al bien jurídico la revelación a otra persona de la intimidad personal o familiar del sujeto pasivo.

2º Si el agente usa para la revelación de la intimidad algún medio de comunicación social (artículo 154º, 3 º párrafo CP). La agravante esta básicamente configura por el medio empleado un medio de comunicación social.

3º Según la calidad del sujeto activo. Se recoge en el artículo 155, que establece lo siguiente : “si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4”

La agravante se configure por la calidad del sujeto activo del delito: funcionario o servidor público en ejercicio de su cargo. No se requiere para la concurrencia de esta agravante que se revele o se emplee un medio de comunicación social.

4. La pena.

Se castiga con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si se revela la intimidad, se reprime el hecho con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y sesenta a ciento ochenta días – multa.

Si el sujeto active es funcionario o servidor público, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación artículo 1º, 2º y 4º CP

Descripción Legal: **Revelación de secretos obtenidos por el trabajo (Artículo 156 CP)**

Artículo 156: “El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que presto al agraviado o a la persona a quien esté se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”.

Tipicidad objetiva sujeto activo es cualquier persona que trabaja para el sujeto pasivo o que tenga una cierta relación con él, por tanto, no puede ser un desconocido. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona o la familia.

El comportamiento consiste en revelar, es decir, descubrir o divulgar aspectos de la intimidad personal o familiar que se conocieron por motivo del trabajo prestado al agraviado o a la persona a quien esté se lo confió. El comportamiento se realizara por la revelación de aspectos de la intimidad, a los que ha tenido acceso el sujeto activo sin necesidad de realizar ningún acto para obtenerlos, dado que ello tuvo lugar por el trabajo o porque le fueran confiados directamente a él por el propio sujeto pasivo. De ahí que también se dé un abuso de confianza. Este dato es el que precisamente diferencia este delito del anteriormente analizado.

La doctrina considera que cuando se revela un aspecto de la intimidad conocido por motivo de trabajo, se atiende a una relación de dependencia o subordinación.

El consentimiento por parte del sujeto pasivo es una causa de atipicidad del comportamiento.

Finalmente, respecto de las circunstancias agravantes, debe quedar establecido que según la redacción del segundo y tercer párrafo del tipo penal 154, el agente debe revelar o publicar la intimidad conocida de la manera prevista en el tipo básico, es decir, en forma ilícita. En consecuencia, no se comete hecho punible cuando después de observar, escuchar o registrar conductas o hechos referentes a la intimidad personal o familiar de una persona, contando para ello con su consentimiento, se revela a un tercero o se hace público haciendo uso de los medios de comunicación masiva si tener el consentimiento de aquel para su publicación.

De esa forma, por ejemplo, no comete el injusto penal de violación de la intimidad el sujeto que con el consentimiento del afectado, grabó una

conversación referente su esfera íntima, y después por diversas razones y sin tener el consentimiento de aquel, lo hace público por medio de la radio.

No es necesario que el contenido de la comunicación contenga secretos, sino sólo que la correspondencia esté destinada a un destinatario específico y por tanto excluido del conocimiento de los demás. La jurisprudencia constitucional ha establecido que: "El concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, (.. .) Comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello".

La intromisión en las comunicaciones es una clara violación al derecho a la intimidad y la privacidad, siendo irrelevante para la comisión delictiva el uso concreto brindado a la información obtenida con la violación de la correspondencia.

Con el avance de la ciencia, las comunicaciones se han vuelto cada vez más eficientes, habiéndose dejado de lado los medios tradicionales para reemplazarlos por otros más rápidos y eficaces; hoy en día las comunicaciones se realizan preferentemente a través de la telefonía móvil o mediante el empleo de la informática: correo electrónico, chats, video llamadas web, mensajes de texto, mensajes de voz por medio de la telefonía móvil, etc. De ahí que surge la necesidad que la legislación se actualice conforme a los avances de la ciencia y tecnología, a fin de evitar los vacíos o lagunas de impunidad que deja la regulación tradicional de los tipos penales.

5. Elementos objetivos del tipo

1.- SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito común, en tal sentido el agente del delito puede ser cualquier persona. Son sujetos pasivos, tanto el remitente como el destinatario de la comunicación, pues ambos son afectados en su derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones.

2.- OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El objeto de este tipo penal puede ser una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga. Por "carta" ha de entenderse "todo papel escrito, de forma manual o mecánica, introducido en un sobre y destinado a una sola determinada persona, independientemente del procedimiento empleado para su envío, ya sea a través del correo postal, una empresa postal O través de una tercera persona. El "pliego" es todo papel escrito que se encuentra cerrado; es decir, además de estar doblado, lleva consigo algún sello, lacre, etc., que demuestre la voluntad del titular de mantenerlo exento del conocimiento de terceros. El "telegrama" es un documento que contiene escrita una noticia o comunicación cualquiera, siendo indiferente si se encuentra en uno de los formularios del correo o en una hoja de papel. "Radiograma" es todo papel escrito en el que se comunica una noticia transmitida por radio o está destinado a comunicarse por esa vía. Por "despacho telefónico" no ha de entenderse una conversación telefónica, pues en este caso sería imposible hacer referencia a la apertura, por lo que siguiendo a cierto sector de la doctrina penal entendemos que la norma penal se refiere a un pliego escrito en el que se comunica una noticia o llamado transmitido por teléfono, procedimiento común en los hoteles cuando el destinatario lo se halla ausente en el momento de la comunicación.

3.- INTERFERENCIA TELEFÓNICA

Artículo 162º. - “el que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Si el agente es funcionario público la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 36º, inciso 1, 2 y 4.

6. Violación del secreto de las comunicaciones

Violación del secreto de las comunicaciones forma parte de la intimidad del individuo, un aspecto que emana de la propia personalidad humana, donde se entablan las relaciones del individuo con el resto de sus congéneres en el ámbito más estricto de privacidad. Así el derecho a la intimidad lo es de carácter amplio englobando todo aquello que una persona reserva para si y para su círculo familiar más cercano y que, en general, comporta unos confines que van desde la protección del domicilio hasta el propio secreto de las comunicaciones pasando por la intimidad corporal y la específicamente individual, la intimidad entonces engloba toda una esfera personal del individuo, cuyo contenido comprende el secreto de las comunicaciones.

La privacidad en las comunicaciones se extiende a todos aquellos medios o instrumentos que posibilitan el fluido e intercambio de ideas u informaciones, entre estos el teléfono se constituye en el vaso comunicante que por excelencia utilizan los individuos para establecer relaciones continuas de intercomunicación.

Si el operador jurídico verifica que en la conducta no concurre alguna causa de justificación, estará ante una conducta típica y antijurídica lista para ser atribuida penalmente a su autor. Correspondiendo en seguida analizar si el agente reúne las condiciones para asumir penalmente su responsabilidad por el injusto penal verificado. Se analizará si el agente es imputable; si el agente al momento de actuar conocía la antijuricidad de su conducta.

Aquí se verificará si el agente conocía que estaba actuando ilícitamente, es decir, en contra de la prohibición legal. En caso de determinarse que el agente actuó en la firme creencia que lo hacía en forma lícita, es posible que estemos ante un error de prohibición. Y finalmente, deberá determinarse si el agente al momento de actuar tenía otra alternativa factible a la de cometer el injusto penal.

7. Consideraciones sobre el derecho a la intimidad

La razón de aquella protección radica en la libertad del hombre, que se vería seriamente afectada por la invasión de su intimidad, violentando su propia conducta. Es natural la postura de ocultamiento de nuestras propias debilidades y de aquellos aspectos de nuestra personalidad que consideramos desagradables o que, en todo caso, queremos mantener bajo nuestro exclusivo dominio. Al perder el control sobre estos datos íntimos se produciría ineludiblemente un cambio en nuestra actitud por la coacción de hechos revelados, atentando contra nuestra libertad.

Este delito se consuma con la revelación de aspectos de la intimidad, la tentativa es admisible y se daría cuando se empleen medios escritos. Así Por ejemplo existiría tentativa si la secretaria personal de Michael Jackson envía una carta remitida a una revista contando ciertas intimidades del cantante; si esta carta es abierta por un funcionario de la oficina de correos ya se habría consumado el delito, puesto que lo importante es la revelación del aspecto de la intimidad y no que la carta llegue a su directo destinatario.

Nuestra Constitución actual, siguiendo la misma línea ya marcada por otras leyes fundamentales occidentales, asume como uno de los derechos esenciales del ser humano la necesidad de respetar el carácter secreto e inviolable de sus comunicaciones, cualquiera que sea la forma en la que esta se realice, vía documental, vía telefónica, o incluso ahora que estamos asistiendo al boom del Internet, vía electrónica.

Así se recoge expresamente en el inciso 10 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, donde se reconoce como derecho fundamental de la persona el secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Y la razón que motiva la necesidad de elevar este aspecto a la categoría de derecho fundamental estriba, precisamente, en que constituyen parcelas inquebrantables de la intimidad del ser humano, donde se desarrollan los aspectos más personales de este, que configuran su esencia como tal, y en donde toda intervención ajena, realizada por encima de la misma voluntad de la persona, carece de toda legitimación, en cuanto carezca de un mandamiento judicial debidamente motivado, tal y como está expresamente reconocido en nuestra Constitución, según la cual "las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley".

Esta última acotación sin duda resulta bastante interesante, por cuanto en ella se nos está indicando que, aun existiendo mandato judicial, que supone por lo tanto un quebrantamiento -legítimo- de este derecho esencial, no obstante, deberá realizarse restringiendo lo mínimo posible este derecho, lo que será posible en el marco estricto de una ley garantista, de estos derechos, y nunca limitadora de éstos.

Hasta tal punto resulta importante este aspecto que la contrapartida a la violación ilegítima de estos derechos viene sancionada a través de nuestra legislación penal, donde se tipifican estos actos como delitos que atentan contra la libertad del individuo, y la intimidad constituye un aspecto esencial de ella-, en los artículos 161 y 162 del Código Penal.

En ellos se castiga con penas que pueden alcanzar hasta los dos años de privación de libertad a quien abra o se apodere de correspondencia privada, aunque esté abierta, y a quien interfiera o escuche una conversación telefónica o similar.

Por lo tanto, cuando hablemos del marco legal exacto en el que deberá ubicarse el respeto al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, deberemos tener en cuenta que constitucionalmente no hay ninguna restricción que pueda justificar su limitación.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

1. MATERIAL Y PROCEDIMIENTO.

1.1.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

| VARIABLES | INDICADORES | SUB INDICADORES |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>V.I.</p> <p>Razonabilidad e interés público</p> <p>V.D.</p> <p>La obtención de manera excepcional de la grabación de voz, imagen por cualquier medio no autorizada será lícita.</p> | Doctrinarios | <p><u>Nacionales:</u></p> <p>MORALES GODO, JUAN.</p> <p>EGUIGUREN PRAELI. ALONSO</p> <p>RAUL PEÑA CABRERA FREYRE,</p> <p>SALINAS SICCHA.</p> <p><u>Extranjeros:</u></p> <p>MENDOZA JOSE, RAFAEL. MARTÍNEZ DE PINZÓN, CAVERO. CARRANZIA, JORGE, BALAGER CALLEJÓN, MARÍA</p> |
| | Normativos | Constitución: Artículo 2, inc. 10 Código Penal Artículo 154º y 155º,156º, 157º, 158º, 161º, 162º, 163º, 164, |
| | Legislación comparada | <p>En Alemania</p> <p>En Italia</p> <p>En Francia</p> <p>España</p> |
| | Entrevistas | Expertos en materia penal y constitucional |
| | Sentencias | Sentencias de los casos: Vladivideos, Petroaudios y otros |

1.2 POBLACION Y MUESTRA

| TÉCNICAS | UNIDADES DE ANÁLISIS | | POBLACIÓN | MUESTRA |
|---------------------------------------------|---------------------------------------|-----------------------------------------------|------------------|----------------|
| ENTREVISTA | MAGISTRADOS EN DERECHO PENAL | Jueces de instancia | 10 | 5 |
| | ABOGADOS | Asesores litigantes | 5 | 5 |
| | DOCENTES | Universitarios : UPAO- UCV- UPT- UPN | 10 | 10 |
| DE LA RECOPIACIÓN DOCUMENTAL | SENTENCIAS | Corte Superior de Lima | 03 | 03 |
| TOTAL | | | 23 | 23 |

1.3.- FÓRMULA

Como nuestro universo coincide con la muestra y no supera la cantidad exigida para el uso de fórmula, no creemos necesario hacer uso de ella.

1.4.- CARACTERISTICAS DE LA MUESTRA:

- **Representativa:** Nuestra muestra elegida es representativa por cuanto los expedientes y casos se eligieron de la jurisdicción de La Libertad, a nivel de sus juzgados penales. Además, para el caso de nuestras entrevistas, los especialistas en Derecho resultan ser profesionales destacados en las áreas de la especialidad penal, dando por ello autoridad en cada una de sus respuestas.
- **Confiable:** La muestra utilizada para este trabajo es confiable por cuanto los datos que se consignan en esta investigación provienen de una jurisdicción de La Libertad para contrastar nuestra hipótesis referidas al derecho de la intimidad a nivel de nuestro Código Penal.
- **Válida:** La muestra que hemos escogido es válida por cuanto tiene pertinencia y relación con la materia que estamos investigando, que es la determinación del derecho a la intimidad y sus conflictos con la posibilidad de encontrar pruebas referidas a voz, imagen por cualquier medio.

1.5 MUESTREO Y PROCEDIMIENTO

1.5.1 METODOS

a) Método Científico:

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método científico, entendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes al tema de investigación.

b) Método Lógico:

➤ Método Inductivo - Deductivo

Método utilizado tanto en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo

general a lo particular, en el método inductivo; y del particular a lo general, en el método deductivo.

➤ **Método Analítico- Sintético**

Este método fue empleado especialmente en la elaboración de las conclusiones y recomendaciones; en la conclusiones para determinar de la manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación y ser coherente con lo estudiado, y respecto de las recomendaciones a fin de proyectarse a futuro y que la propuesta presentada sea un beneficio en mejora de la normatividad.

➤ **Método Estadístico**

Método que fue empleado para la tabulación de datos, una vez utilizada las técnicas de la encuesta, y recopilación documental.

➤ **Método Matemático**

Método que ha sido empleado para establecer tanto el tamaño de la población y muestra, así como la distribución de la misma, a efecto de que ésta sea válida, representativa y esencialmente confiable.

➤ **Método Histórico**

Este método nos permitió tener una visión amplia en la evolución histórica del derecho a la intimidad personal a través de grabaciones de voz, imágenes por cualquier medio.

c) Métodos Jurídicos

➤ **Método Doctrinario**

Utilizado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas sobre el tema a investigar tanto de autores nacionales como internacionales sobre nuestro tema de Derecho penal.

➤ **Método Exegético**

Por el cual hacemos una paráfrasis directa del texto, es decir extraer el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas que tienen que ver con nuestro tema.

➤ **Método Interpretativo**

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos.

1.5.2 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Las técnicas y los instrumentos utilizados en la presente investigación han sido:

➤ **De la entrevista:**

Técnica con el instrumento el cuestionario, empleada a través de la ayuda de un rol de preguntas. estructuradas en número de 7 preguntas, las cuales fueron en su mayoría del tipo abiertas, las mismas que se aplicaron a los docentes y abogados especialistas en Derecho Penal, Constitucional y periodistas.

➤ **De la Recopilación Documental:**

Técnica con el instrumento de una guía documental. Aplicada mediante la referencia de sentencias y páginas web que nos permitió profundizar el tema de nuestra investigación.

➤ **Del Fotocopiado:**

Técnica que mediante el instrumento fotocopia, nos permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que me sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y procesamiento de la información relacionada a ello, analizarlas una y otra vez hasta poder entenderlas y comprenderlas en su verdadera dimensión.

➤ **Internet:**

Técnica por la cual nos hemos agenciado las leyes, sentencias, y cierta información para nuestro marco teórico, especialmente en lo concerniente a las ejecutorias nacionales.

1.5.3 PROCEDIMIENTO EN LA RECOLECCION DE LA INFORMACION

1º PASO: Creación de archivos y carpetas para almacenar la información que se recabe para almacenar todo lo que pueda conseguirse sobre nuestro tema, desde doctrina, ensayos, tesis, etc, que alimenten nuestra investigación. El nombre que recibirá dicho archivo será: “Desarrollo – tesis UPAO”.

2º PASO: Búsqueda de muestra a partir de la población elegida para sustentar nuestro trabajo, a la cual se definirá si se aplica o no la fórmula respectiva para la obtención de la muestra.

3º PASO: Se visitará las bibliotecas a fin de encontrar, recabar información necesaria de libros, y en ello la aplicación de la técnica de observación. Se visitará las bibliotecas locales (Universidades UPAO, UNT, UCV, Colegio de Abogados en la Corte de Justicia y bibliotecas de Estudios Jurídicos particulares); posteriormente se procederá a fotocopiar la información correspondiente relacionada a la elaboración de nuestro marco teórico.

4º PASO: Se empleará el servicio de internet para recopilar información (libros electrónicos, blogs, portales oficiales, revistas on line, entre otros) sobre nuestro tema de investigación, lo cual será indispensable a la hora de elaborar el marco teórico del presente trabajo.

5º PASO: De igual manera se procederá a buscar jurisprudencias, doctrina y teorías referidas a nuestro tema de investigación en Revistas especializadas de alcance nacional.

6º PASO: Construcción de los instrumentos, como el diseño y rol de preguntas para llevar a cabo las entrevistas, así como la elección de los entrevistados a nivel local.

7º PASO: En base al paso anterior se realizara citas con las personas elegidas y se procederá a visitarlas en sus centros de trabajo o se dejará el rol de preguntas para luego recabarlas.

8º PASO: Se procederá a analizar y disgregar la información obtenida en las entrevistas, así como la elaboración de los cuadros y gráficos sobre las diversas opiniones de los especialistas.

9º PASO: Se procederá a clasificar y discriminar la información obtenida para nuestro marco teórico, con el fin de ajustarlo a los objetivos de nuestra investigación y contrastarlo con los resultados que se obtendrán, tanto a nivel teórico como con las entrevistas.

10º PASO: Visita general a la Corte Superior de Justicia en sus dos locales, donde se comentará adicionalmente a nuestras entrevistas, con algunos operadores del Derecho, con el fin de recabar la mayor información posible respecto al tema de nuestra investigación.

11º PASO: Se procederá a la selección definitiva de los materiales a utilizarse y dar paso a la redacción última del trabajo, teniendo en cuenta factores de estilo, metodológicos y pedagógicos.

12º PASO: Se procederá al diseño final de la Tabla de Contenidos, redacción de las páginas preliminares y el informe último de los resultados, conclusiones y recomendaciones de nuestro trabajo.

1.5.4 PROCEDIMIENTO EN EL PROCESAMIENTO:

➤ **Ordenar:** ordenar la información obtenida de acuerdo a nuestro tema de investigación.

- **Tabular:** Se discrimina y clasifica los datos obtenidos en la investigación,
- **Organizar:** estructurar la información de acuerdo al interés del investigador.

1.5.5 PROCEDIMIENTO EN LA PRESENTACION DE RESULTADOS

La investigación será realizada mediante el Planteamiento del Problema, se formulara el problema, enunciado de la hipótesis, variables, objetivos y su respectiva justificación de la investigación, seguidamente se explicará la metodología aplicable, partiendo de la unidad de análisis, población y muestra, así como la elaboración del marco teórico de la Tesis; finalmente presentaremos los resultados de la investigación, empezando por las entrevistas realizadas a especialistas del área penal, docentes universitarios, magistrados y periodistas, acompañadas de su respectiva interpretación, análisis y discusión.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

SUB CAPÍTULO I

RAZONES PARA CONSIDERAR LA LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ IMAGEN U OTROS MEDIOS, EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL A NIVEL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.

1.- EL INTERÉS PARTICULAR DEBE QUEDAR SUBORDINADO AL INTERÉS PÚBLICO EN ALGUNOS CASOS PUNTUALES, CUANDO LA INFORMACIÓN INVOLUCRADA CONTRIBUYE SIGNIFICATIVAMENTE A LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD.

El objetivo general del derecho, es proteger la intimidad de la vida privada de las personas. Los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, que no tienen nada que ver con el interés público tales como: opción religiosa, opción sexual y demás datos personales que pertenecen a la vida íntima del sujeto o de su familia. No obstante, somos de la opinión de que cuando la información tiene un interés público, esta no debe subordinarse a un interés particular, es decir, que frente a una colisión o enfrentamiento de derechos, lo que debe primar es el interés público por encima de cualquier interés particular, pues en los términos de beneficios sociales hay que cautelar el interés del colectivo y no de un particular, precisamente porque el interés general importa un mayor peso cualitativo.

Sin embargo, hay que hacer mención que las expresiones que afectan la dignidad de las personas o calificativos innecesarios para expresar un juicio o relatar un hecho no constituye ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, sino una práctica ilegítima e inconstitucional. Ellas no constituyen abuso de un derecho, sino una situación de no derecho o una conducta contraria al orden jurídico, susceptible de reproche.

Una cosa es efectuar una evaluación personal de una conducta, por desfavorable que sea, y otra cosa es emitir afirmaciones o calificativos

claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan manifestados, gratuitamente, sin justificación alguna y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre.

Es necesario señalar que la regla general es que la expresión de ideas se apoya en narración de hechos, como asimismo que la comunicación de hechos pocas veces es pura y normalmente va acompañada de juicios de valor, tendiente a formar una opinión, producto del enfoque que adopta el propio transmisor de la información, lo que constituye parte del derecho de información, en el que se incluye el discernimiento y la actitud crítica, propia del pluralismo democrático, sin que ellos sean desproporcionados con la finalidad de repulsa de los hechos considerados negativos.

Por otra parte, la narración de la noticia comporta una participación subjetiva del reportero o periodista, tanto en la forma de interpretar las fuentes que le sirven de base como para escoger el modo de transmitir el acontecimiento, por lo que la noticia es usualmente una reconstrucción e interpretación de hechos reales y la valoración crítica de ellos. En tales supuestos se está ante el ejercicio simultáneo de la libertad de opinión y de información, debiendo discernirse de acuerdo a las pautas respectivas los que son hechos, datos o acontecimientos, que deberán ser evaluados de acuerdo con las pautas de relevancia pública, veracidad y debida contrastación, de aquellos que constituyen juicios de valor (opiniones), las que no pueden comprender juicios vejatorios.

El interés público es un principio informante de todas las causas de justificación, ya que éstas reposan en la prevalencia jurídica de aquel interés que la sociedad estima como superior. Somos de la opinión de incorporar el interés público como excepción frente al derecho a la intimidad de las personas, no obstante reputarse este como un derecho absoluto. La relación del interés público con el manejo del Estado estriba en que siendo este un ente representativo debe observar los principios elementales de toda gestión eficiente pues es su deber tratar de corresponder con los intereses de todos, atendiendo sus necesidades más apremiantes. Por ello el manejo de Estado

debe estar en función necesariamente de los intereses de las mayorías, dado que nada puede estar por encima de los intereses generales, por ello cualquier otra disposición debe desestimarse.

2.- PARA CONSIDERAR LA LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ, IMAGEN U OTROS MEDIOS ES NECESARIO QUE LA INFORMACIÓN SEA DE RELEVANCIA PÚBLICA.

Si estamos en presencia de la revelación de un acto, dato o hecho de relevancia pública, la libertad de información prima sobre el derecho al honor, por el derecho que tiene la ciudadanía en un sistema democrático de conocer aquellos hechos y conductas que afecten la conducción de los asuntos públicos y la coherencia de los funcionarios públicos y las autoridades en sus conductas con los valores y principios que determina el ordenamiento jurídico (probidad y transparencia) como con aquellos valores y principios que han explicitado públicamente.

Todo lo cual es indispensable en la formación de una opinión pública libre en un sistema democrático y en el control de la ciudadanía respecto de los servidores públicos.

La relevancia pública de la información, está dada por la importancia o trascendencia pública de los hechos en sí (ámbito económico, político, social, cultural, nacional o internacional) o en virtud de la persona que lo realiza, y la conveniencia o necesidad de su conocimiento por la sociedad, en sentido objetivo. Por consecuencia, en esta perspectiva, la injerencia en el ámbito del honor ajeno encuentra su justificación en la causa del interés público, en la relevancia pública del asunto; precisamente porque, en tales casos, el derecho lesionado (honra ajena) aparece como un valor menor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión sobre asuntos sociales, económicos, políticos, etc. que, en definitiva, posibilita la participación consciente y responsable del ciudadano en la vida pública. Además, la lesión del honor no es producto de la información sino del acto propio lesivo del mismo, es la propia conducta la que produce deshonor y descrédito.

De esta forma, el valor preferente del derecho a la información no significa vaciar de contenido el derecho a la honra de la persona afectada por la opinión o información, el que se rebaja en su grado de protección proporcionalmente, sólo en la medida que resulte necesario para asegurar una formación libre de la opinión pública en una sociedad democrática en materias de relevancia o interés público, sin emitir expresiones inequívocamente vejatorias innecesarias sin relación con las opiniones de relevancia pública que se expresan.

3.- EL BENEFICIO A LA COLECTIVIDAD EN LA INFORMACIÓN DEBE SER RAZONABLE Y MANIFIESTA.

De acuerdo a esta razón las grabaciones de voz, imagen resultan lícitos porque se complementan con el interés público, en tanto que es una categoría que debe estar presente a la hora de sopesar la información que se disponga para justificar el interés público. De esta suerte, la intromisión a la vida privada de las personas solo y solamente se verá justificada cuando cumpla con estas dos variables jurídicas que hemos propuesto en el trabajo, una junto a la otra necesariamente, pues no se entendería que una información tenga relevancia pública y no beneficie a la colectividad. La dialéctica exige que ambas variables vayan juntas a la hora de evaluar cuando una información es de carácter público y beneficie a la sociedad, de otro modo no podría justificarse excepcionalmente que se vulnere la esfera privada de las personas. Agregamos que un caso en concreto será de beneficio cuando en él se traten asuntos relevantes de interés público y beneficio social, esto es, información sobre el manejo del Estado o los recursos. *Contrario sensu*, se desestimaría cuando la información tenga que ver con los rasgos personales de los sujetos o la vida íntima de ellos o sus familiares, pues sino no tienen interés público no benefician a la colectividad.

Otro punto a partir del cual podemos reflexionar es que estas variables, el interés público y el beneficio social, resultan ser un indicador del grado de desarrollo democrático de los Estados, pues al juzgar la información con prevalencia de los intereses generales y el beneficio social se está

manifestando un interés por beneficiar al colectivo, por sobre cualquier otro interés particular. Todo sistema vinculado a un genuino régimen democrático reconoce la figura el derecho a la intimidad a nivel constitucional, especialmente en las sociedades más avanzadas como la normativa americana o europea, y en esto insistimos en el tenor de nuestro trabajo.

4.- SI LA INFORMACIÓN SE REFIERE A UN PERSONAJE PÚBLICO, CON MAYOR RAZÓN DEBE ADMITIRSE SU LICITUD EN TANTO Y EN CUANTO DICHA INFORMACIÓN SE REFIERA A LA PROPIA NATURALEZA DE SUS FUNCIONES.

Como hemos dejado sentado en el desarrollo de nuestro marco teórico, los autores Warren y Brandeis que «el derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general», y citaban, al respecto, la Circular del Ministerio de Justicia de Francia de 4 de junio de 1868, según la cual «todo hombre que llama la atención o las miradas del público, sea por una misión que ha recibido o que se arroga, sea por el papel que se atribuye en la industria, las artes, el teatro, etc., no puede invocar contra la crítica o la exposición de su conducta otra protección que las leyes contra la difamación y la injuria».

Dichos autores citados reconocen las dificultades inherentes a la aplicación de esta regla que pretende trazar un límite entre lo público y lo privado, partiendo de la premisa de que los actos de los hombres públicos son de interés general y deben, por ello, ser publicados. Por regla general, dicen, «los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público». A renglón seguido, sin embargo, opinan que «el derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación y libelo, sería calificada de información privilegiada. Esta regla no prohíbe tampoco agregan la publicación que uno hace en cumplimiento de un deber público o privado, ya sea jurídico o moral, o

en el manejo de sus propios negocios, y en asuntos que no conciernen más que a su propio interés».

Dado que el hombre público tiene su vida privada muy restringida por los deberes de su cargo y por la atención que la opinión pública le presta en todo momento, particularmente en una época como la actual en que la tecnología de las comunicaciones y de la información reduce cada vez más el campo de lo privado, su derecho a la intimidad es asimismo muy limitado, pues sus acciones pueden influir de una u otra forma en los asuntos de su competencia.

Entendemos por hombre público no sólo al político u hombre de Estado, sino a toda persona hombre o mujer a quien se ha confiado la administración de una parcela de asuntos de interés público, sea en las comunicaciones en general, en la educación, en las letras, las artes, las ciencias y las industrias, etc. La sociedad civil quiere saber cómo vive y se comporta el hombre público en su hogar, en sus relaciones sociales y en sus asuntos particulares, para conocer la personalidad de alguien a quien le ha confiado la administración de la cosa pública, en el entendido de que en la personalidad se reflejan los atributos y calificaciones de cada quien. En este sentido, no es exagerado decir que el hombre público no tiene vida privada, y que en su caso prevalece el derecho a la información sobre su derecho a la intimidad.

Las personas, figuras públicas o personaje público son aquellas personas que adquieren notoriedad o fama de manera que son ampliamente conocidas, que ejercen cargos de autoridad pública o una profesión o actividad de notoriedad o proyección pública, como asimismo, las personas que se involucran voluntariamente en cuestiones de interés público o se encuentran involucradas en controversias o acontecimientos de relevancia pública o institucional.

Los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a una persona de relevancia pública en las actuaciones correspondientes a sus funciones de tal, por duras e infundadas que aparezcan, pesando en ellos la tarea de dar cumplida cuenta de sus actuaciones referentes a desempeño de sus funciones públicas. Como ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos, el

situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos y por ello debe mostrarse más tolerante.

El ser persona de relevancia pública hace soportar a la persona un mayor nivel de afectación o injerencia en su honra, ya que ello es necesario debido al pluralismo político, la conformación de un espíritu crítico, abierto y tolerante, sin los cuales se vacía de contenido la sociedad democrática y el control y fiscalización de las autoridades que actúan en representación del pueblo.

Ello se deriva de poderosas consideraciones:

a) La crítica vigorosa respecto de la actuación de las autoridades o funcionarios públicos o figuras de relevancia pública es fundamental para la vigencia de las sociedades democráticas, a diferencia de los regímenes autocráticos autoritarios o totalitarios, lo que justifica desarrollar y potenciar al máximo la tolerancia y el pluralismo en materias de relevancia pública.

b) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública se han convertido consciente y voluntariamente en sujetos pasivos de la observación del público, relegando a un ámbito menor su privacidad y la protección de su honor en relación a sus actividades públicas.

c) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública que no están sujetos al escrutinio público y no realizan su actividad pública sujeta a reglas de transparencia y publicidad, serían fácilmente objeto de chantajes y situaciones de falta de probidad que generarían un grave detrimento para el bien común.

d) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública tienen amplias posibilidades de acceso a los medios de comunicación social para rebatir las críticas que se les formulan sobre su actividad sometida al escrutinio público.

5.- LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL POR RELEVANCIA PÚBLICA DEBE PROCEDER DE FORMA EXCEPCIONAL Y NO COMO REGLA DE APLICACIÓN ORDINARIA.

Si bien nuestro trabajo apuesta dogmática y principistamente por el respeto irrestricto a la defensa de la intimidad personal, no obstante, considerando que no hay derecho absoluto, la vulneración que admitiremos tiene dos condicionamientos: el interés público y el beneficio social. De esta forma, la vulneración del derecho a la intimidad, de manera excepcional, opera teniendo en cuenta estos factores, de modo que la vulneración no es gratuita ni antojadiza, sino técnica.

El bien protegido a título de honor es la honra o autoestima y el crédito, fama, renombre, reputación o estimación ajena. Así se infiere del código penal, que reprime como injuria a quien "deshonrarse o desacreditarse" a otro, siendo la calumnia un tipo especial de conducta deshonrosa o desacreditadora. En cuanto atinentes de modo inmediato a la personalidad del hombre, existe una estrecha relación entre honor e intimidad, pero cabe diferenciarlos por el bien jurídico respectivamente protegido: la autovaloración o la valoración ajena, en el caso del honor; la reserva de la vida privada en el de la intimidad. Ello engendra consecuencias en cuanto a las modalidades agresivas: el acto ilícito contra el honor supone la afirmación de actos, calidades o costumbres peyorativas, disvaliosas o significativas de algún desmedro para la persona; la intimidad puede lesionarse sin atribución alguna o por una de naturaleza axiológicamente positiva o neutra, pero por un hecho que importa la penetración en el ámbito reservado de la persona.

Puede atacarse el honor y no la intimidad, como cuando la imputación se vincula a la conducta pública del sujeto pasivo, al modo de desempeñarse profesionalmente, a sus relaciones sociales, etcétera; y a la inversa, no toda impertinencia en la vida ajena afectará la honra o la reputación, como, por ejemplo, la difusión de un acto caritativo que el autor deseaba mantener en secreto; la publicación de una fotografía que muestra a la persona en una pose

indecorosa; el menosprecio por sustentar una determinada idea religiosa o política.

En este orden de ideas, al ser un caso de relevancia pública cuando se vulnera el derecho a la intimidad personal, se admite que el honor de uno de los involucrados pueda ser afectado en un caso concreto; sin embargo, al tratarse de una información relevante, se acepta que la intromisión se fundamente en la vulneración de su esfera privada, dado que la otra parte no tendría argumentos para impugnar la licitud de la obtención no autorizada de voz, imágenes, pues hay un respaldo jurídico que defiende a esta prueba obtenida de manera no autorizada.

6.- LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN DEBE QUEDAR A SALVOFRENTE A LA CONSECUSSION DE LA INFORMACION DE RELEVANCIA PÚBLICA POR PARTE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION.

En principio todos los estudiosos del tema plantean que se debe de garantizar la libertad de expresion y tambien la intimidad y el honor de las personas. Hay quien plantea que entre la defensa de la vida privada y el interes público siempre debe prevalecer éste último, pero otros sostienen que el derecho a la informacion no puede estar por encima del derecho a la intimidad. Se discute tambien si ciertas técnicas utilizadas por los periodistas son o no permitidas, por ejemplo la cámara oculta para obtener la informacion que se quiere, la técnica del camuflaje para tender trampas a los personajes famosos, entre otros.

La tension entre intimidad e informacion, para el caso de los personajes públicos es evidente. Hay un problema real a la hora de aplicar el buen juicio, el juicio ético, en las situaciones límites que viven con mucha frecuencia los personajes públicos. Frente a esto, reconociendo que no es un asunto sencillo, la solución iría en línea de que si se obtiene una conversacion privada de un personaje público que es realmente de interes público, el derecho a la privacidad queda relegado.

El punto remite entonces, a determinar qué de la vida privada de un personaje es realmente de interés público. De entrada se puede afirmar que no todo el espacio de la vida privada, aunque pueda ser escandalosa, es de interés público. Si un funcionario público engaña a su esposa es algo que está en el ámbito exclusivo de su vida privada y ahí debe permanecer porque eso no tiene relación con su trabajo y tampoco afecta el patrimonio público que él administra.

7.- LA LICITUD DE LA INFORMACIÓN DE RELEVANCIA PÚBLICA CONTRIBUYE A LA TRANSPARENCIA DEL MANEJO DEL ESTADO Y LOS RECURSOS PÚBLICOS.

Los recursos por definición son escasos, por tanto su manejo debe estar orientado por una gestión eficiente en su administración, pero sobre todo transparente, esto es, que los administrados deben conocer el manejo de los destinos que se haga de aquellos, con el fin de que la misma sociedad disponga de los instrumentos necesarios para vigilar y fiscalizar los recursos.

De esta forma se contribuye a que la sociedad se beneficie. Así, tratándose de información sobre el manejo del Estado, no obstante haber sido conseguido sin autorizaciones de sus involucrados, será beneficioso para la sociedad su conocimiento y divulgación. En este sentido, los mecanismos por los cuales conseguimos la información pasan a un segundo plano cuando la información tiene que ver con el manejo del Estado o sus recursos, pues lo que se privilegia es la calidad de la información y la importancia que pueda tener ésta para el colectivo, esto es, para todos. Por tanto, aún cuando la información haya sido conseguida sin autorización de los involucrados, se opte por hacerlo con este medio a fin de conseguir la información relevante y trascendente sobre el manejo del Estado, siendo conseguida de esta forma del modo más genuino.

SUB CAPÍTULO II

CASUÍSTICA

SENTENCIAS

1.- CASO FUJIMORI: SENTENCIA BARRIOS ALTOS Y CANTUTA REFERIDO A LOS “VLADIVIDEOS”. (Exp. Nº A.V. 19-2001. Fecha: 7 abril 2009).

La pertinencia del estudio de la emblemática sentencia del caso Fujimori por los crímenes de Barrios Altos y La Cantuta se da porque contiene un conjunto de méritos de carácter sustantivo y procesal. En lo que atañe a nuestro trabajo es importante por el manejo y procedencia que hace el máximo tribunal del Poder Judicial en el caso de las pruebas que se incorporan al proceso, todas ellas (o la mayoría) conocidas como los “vladivideos” (audios o filmaciones conseguidos sin el consentimiento de los actores), cuyo carácter y valor es sopesado por los magistrados en cada caso concreto, sentando así una posición para la evaluación futura de estas pruebas, y de gran utilidad para el entendimiento de nuestro trabajo.

Veamos los argumentos y resoluciones de algunas partes de este proceso referidas a las Objeciones Probatorias.

147°. ENTREVISTA DEL PERIODISTA ALEJANDRO GUERRERO TORRES AL GENERAL EP JOSÉ PICÓN ALCALDE.

El video forma parte de un reportaje periodístico, titulado “detrás de cámaras” y propalado por el programa “La Ventana Indiscreta” de Canal Dos el día dos de junio de dos mil ocho. La entrevista al citado militar, realizada el catorce de mayo de mil novecientos noventa y tres, se transmitió en el programa “Panorama” de canal cinco emitido el dieciséis de mayo de ese año. El periodista GUERRERO TORRES, que concurrió al acto oral sesión centésima trigésima tercera, hizo entrega tanto de copia del master de su entrevista,

archivado en el Canal cinco se denomina, edición de archivo, cuanto de lo que efectivamente se difundió de la misma en el programa “Panorama”; ambos videos también fueron visualizados.

De las declaraciones formuladas por Guerrero Torres se advierte lo siguiente:

1. Que “Panorama” sólo incluyó una versión pequeña del reportaje que hizo al general EP Picón Alcalde fragmentos muy breves, cuya duración era de algo más de catorce minutos, según la edición de archivo. 2. Que la entrevista que hizo al general EP Picón Alcalde se realizó en las instalaciones del SIN, y fue muy completa y absolutamente corrida, sin interrupciones. 3. Que los momentos previos y toda la entrevista, con la presencia de Vladimiro Montesinos Torres, fue grabada por un funcionario del SIN. 4. Que a él no se le permitió grabar los momentos previos, la cámara inició el trabajo precisamente cuando empezó a entrevistar al general EP Picón Alcalde. 5. Que Montesinos Torres se encontraba en el ambiente de la entrevista, pero al empezar ésta se retiró; Montesinos Torres conversaba con el general EP Picón Alcalde y le daba indicaciones para declarar, incluso le decía “no, no, creo que no, debe ser así...”. 6. Que notó que Montesinos Torres tenía mucha preocupación por la habilidad o facilidad con que el general EP Picón Alcalde podría expresarse frente a las cámaras. 7. Que los momentos previos a la entrevista, que pasó el programa de la ventana indiscreta no pertenecen a la edición de archivo de Panamericana así consta, en efecto, del video que se pasó en la audiencia, por lo que estima que la fuente sería del vídeo que grabó el camarógrafo del SIN, que incluso en el reportaje se crearon imágenes para desprestigiarlo, aunque reconoce que eso fue lo que dijo Montesinos Torres se trata de dos intervenciones: **a)** “hay dos puntitos, más énfasis en la cuestión de que la opinión pública debe tener la certeza de que los Tribunales militares vamos a ser drásticos y duros”; y, **b)** “¡los tribunales militares vamos a ser drásticos y duros!”.

En el documental de “La Ventana Indiscreta” aparecen no sólo momentos previos a la entrevista, sino unos pasajes que no están en la edición de archivo, en los que el general EP Picón Alcalde, sin perjuicio de desmentir que conversó con el general EP Robles Espinoza, sostiene que la denuncia pública de dicho

general EP compañero de promoción y compadre espiritual, según piensa, no es cierta, que en el Ejército no pueden haber asesinos ni sicarios, y que está convencido de que en el Ejército no existe un grupo de asesinos esos términos habrían sido cuestionados por Montesinos Torres para dar paso a las afirmaciones de una actuación severa y drástica de los tribunales militares. Además, en un momento de la entrevista dijo que había conversado con anterioridad de estos hechos con el general EP Robles Espinoza, entre febrero y marzo.

La defensa cuestionó el video alegando, **primero, que fue adquirido ilegalmente**, no lo proporcionó Panamericana legalidad de la posesión del documento; y, **segundo, que se trató de un documento creado exprofesamente**, con ocasión de la declaración del general EP Robles Espinoza en este juicio, carece del requisito de extraneidad.

148°. Es claro, a partir de las declaraciones del periodista Guerrero Torres y de los videos que presentó, que en la edición de archivo de Panamericana Televisión no aparecen las escenas propaladas por el programa “La Ventana Indiscreta”; por tanto, la entidad afectada de alguna posible sustracción de un documento de archivo no es Panamericana de Televisión. No existe, por tanto, conocimiento exacto del modo cómo se obtuvo el documento fílmico que sirvió de fuente al programa “La Ventana Indiscreta”. Ahora bien, si este documento fílmico se hurtó o no, carece de relevancia constitucional pues en todo caso está probado que uno de los intervinientes en la escena de la entrevista personal del SIN, con la obvia autorización y conocimiento del entrevistado y entrevistador, más aún si la entrevista se produjo en la sede de esa institución fue quien grabó lo acontecido. Más allá de cualquier defecto del video – concretamente la edición ‘cuestionable’ de su contenido para configurar un documento fílmico específico acorde con un reportaje de actualidad se ha producido un supuesto muy claro de **“atenuación del vínculo”** pues el entrevistador afirmó la realidad de conversaciones previas y la intervención anticipada de Montesinos Torres, quien le transmitía consejos o le daba indicaciones al general EP Picón Alcalde sobre cómo debía declarar.

Interesa a los efectos del elemento de prueba destacar, de un lado, la presencia de Montesinos Torres en una entrevista que desde la estrategia del SIN era necesaria que consolidara determinados mensajes; y, de otro lado, la declaración de un personaje citado en la denuncia pública del general EP Robles Espinoza, en un contexto de persecución judicial contra este último y de una campaña de desprestigio en la que participó, en bloque, el Ejército a través de sus altos mandos. No está en discusión que la entrevista se hizo en la sede del SIN, que por lo menos en sus pasos previos intervino Montesinos Torres, quien indicaba al entrevistado lo que debía declarar, y que hizo énfasis en la actuación drástica del fuero militar, mientras el general EP Picón Alcalde estaba convencido que la denuncia carecía de asidero. El periodista Guerrero Torres ha reconocido lo que dijo Montesinos Torres, aunque ha destacado que no lo hizo interrumpiendo la entrevista ni tampoco la controló dato que a los efectos de la cuestión probatoria y la información que se busca carece de significación.

En consecuencia, no puede prosperar la objeción de la defensa.

También se cuestiona la vulneración de la regla de extraneidad, pues el video visionado se armó ex profeso para que sirva en esta causa. Lo que interesa, sin embargo, no son los comentarios del periodista ni los agregados a determinados sucesos filmados tiempo atrás que es lo que propiamente vulnera ese requisito muy reconocido en la doctrina procesalista italiana. Lo útil en términos probatorios o, mejor dicho, la consideración típicamente documental por cumplir con los requisitos procesales exigibles es la escena que contiene una información específica, más allá que luego se agreguen datos o comentarios o que se adicionen otras filmaciones. Si la información es autosuficiente y permite concretar un mensaje determinado, sin peligros de confusión o tergiversación, no cabe anular su virtualidad probatoria. Y, en el presente caso, por lo expuesto en los párrafos anteriores, esto último ha quedado satisfecho: el general EP Picón Alcalde declaró contra su compañero de promoción y compadre espiritual, general EP Robles Espinoza, en un ámbito impropio –no en la sede del CSJM y siguiendo sus propias motivaciones y condicionado por la influencia de Montesinos Torres, jefe de facto del SIN

organismo que dirigió la campaña de desprestigio contra el citado general EP, lo que determinó que, sobre el caso La Cantuta, incluso adelantara una convicción de inexistencia de la participación en el crimen de efectivos del Ejército.

Como puede apreciarse, el tribunal apuesta por un método utilitario y finamente práctico para valorar la pertinencia de la prueba fílmica e incorporarla al proceso. Desestima la observancia de ilegalidad, dado que fue propalado por un medio de comunicación y los entrevistados prestaron libremente su consentimiento para su realización. Además pondera el fondo del asunto, que es el hecho de que el jefe de facto del SIN, Vladimiro Montesinos, se encuentra presente en la filmación con el fin de asegurar un mensaje determinado. De otro lado, descarta la objeción de extraneidad alegada por la defensa, por cuanto es más importante la información específica que transmite la prueba y la autosuficiencia en el mensaje, al margen de cualquier riesgo de manipulación o agregados.

149°. AUDIOS ENTREGADOS POR EL PERIODISTA UCEDA PÉREZ PROCEDENTE DE GRABACIONES REALIZADAS POR EL AIO SOSA SAAVEDRA.

Los audios, presentados por la Fiscalía contienen: i) Cinta uno–A: conversación entre el coronel EP Oliveros Pérez, Jefe del SIE, y los miembros del Destacamento Colina Chuqui Aguirre y Sosa Saavedra; ii) Cinta uno–B: conversación entre el general EP Rivero Lazo, el coronel EP Navarro Pérez, el mayor EP Pichilingue Guevara, y los AIO Sosa Saavedra, Chuqui Aguirre y Carbajal García; iii) Cinta Uno–B– dos: conversación entre el general EP Rivero Lazo y el AIO Sosa Saavedra; iv) Cinta Tres–A: conversación entre el coronel EP Oliveros Pérez y los AIO Chuqui Aguirre y Sosa Saavedra; v) Cinta Tres–B–Uno: conversación entre el coronel EP Oliveros Pérez y los AIO Chuqui Aguirre y Sosa Saavedra; vi) Cinta

Dos–A: conversación entre el general EP Rivero Lazo y los AIO Sosa Saavedra y Carbajal García. Estos diálogos se realizaron el día veintidós de marzo de mil

novecientos noventa y cuatro, en el Cuartel Simón Bolívar donde todos ellos cumplían carcelería –salvo el coronel EP Oliveros Pérez– [las cuatro últimas cintas fueron disgregadas de los audios UnoA y UnoB].

Del conjunto de audios fluye que los detenidos conversan entre sí y con el coronel EP Oliveros Pérez, indistintamente, y tienen muy claro de la ley de amnistía ofrecida especulan acerca de la fecha de su promulgación, de su forma y de los efectos que podría ocasionar y de los pagos que durante su estadía en prisión les entrega el Ejército; mencionan que están protegidos por la institución dicen incluso de diálogos que mantienen y no sólo respecto del proceso militar; es más, el general EP Rivero menciona una conversación con el general EP Nadal Paiva, director de la DINTE, que dispuesta la amnistía no van a ser expulsados del Ejército a lo más, serían invitados al retiro, lo que no los perjudicaría económicamente y que ellos han sido leales y han cumplido con la institución su silencio y tranquilidad es su mejor carta y por eso los va a ayudar el Comando del Ejército y el gobierno.

150°. *La defensa impugna la **licitud** de los audios denunciando la vulneración de dos derechos fundamentales: **intimidad y no autoincriminación**. De un lado, en los audios se mencionan temas familiares, de salud y problemas personales, tiene un contenido íntimo; y, de otro lado, hacen referencia a hechos que comprometen a los que conversan como posibles autores de un delito algunos de los allí presentes han negado los cargos, tanto más si el derecho a la no autoincriminación nace cuando frente a una persecución penal el emplazado decide si opta por confesar, rechazar los cargos o guardar silencio.*

Los temas abordados en las conversaciones grabadas por uno de los intervinientes en ellas, el AIO Sosa Saavedra, están referidos a la amnistía, a sus vinculaciones con el Ejército y a las promesas de apoyo que recibieron. Desde luego, pero siempre en ese contexto, hacen mención a problemas personales y a la necesidad de apoyo económico derivado de su carcelería dato que, por cierto, no interesa a estos efectos y, en modo alguno, es significativo para la dilucidación del caso. No sólo es evidente, desde una

perspectiva material, que los temas significativos abordados en la conversación no inciden en aquellas áreas privativas de la persona, referidas a un ámbito de la misma propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de las demás. Todo lo dicho en las conversaciones, incluso las menciones a necesidades económicas y problemas de salud expuestos de modo genérico, sin mayores precisiones que pudieran denotar la trasmisión de un dato comprometedor o que quisiera ocultarse más allá del círculo de personas allí presentes no entra dentro del ámbito muy restringido de la personalidad.

Los comentarios y expresiones que formula una persona a otra en una charla voluntaria y sin coacción alguna no atentan el derecho a la intimidad ni su grabación puede ser tildada de fraudulenta. No hay, incluso, un recíproco deber de secreto o deber horizontal que implique la persona a quien le es transmitida una comunicación tenga la obligación de discreción o silencio.

El derecho a la no autoincriminación, que es un derecho instrumental que integra la garantía de defensa procesal, funciona respecto de agentes públicos y evita que los imputados o quienes puedan serlo sean forzados o engañados a declarar y admitir responsabilidades penales. Éste no es el caso de conversaciones sostenidas entre personas naturales en las que voluntariamente se transmiten ideas e intercambian datos o expresiones.

151°. *También cuestiona la defensa la conducencia de las cintas de audio porque no son originales, y no se ha constatado que sean copias fieles de los originales.*

Según la afirmación de Ricardo Uceda Pérez contenida en su escrito de fojas treinta y siete mil setecientos veintisiete el AIO Sosa Saavedra le entregó los originales de los audios, del que obtuvo copia, una de las cuales es la que envió al Tribunal. El periodista Uceda Pérez en ese escrito y en su declaración plenaria expresó que Sosa Saavedra le entregó los audios voluntariamente, del que sacó copia y utilizó como fuente para su libro "Muerte en el Pentagonito". Ahora bien, las conversaciones, en si mismas, han sido reconocidas por Navarro Pérez y Chuqui Aguirre es el más directo en hacerlo, pues no solo

reconoce su voz sino la de todos los que allí aparecen; Rivero Lazo ha reconocido su voz en algunas partes aduce que no sabía que estaba siendo grabado, y por eso la conversación es natural, mientras que Sosa Saavedra admite que fue él quien grabó las cintas y las entregó a Uceda Pérez, pero no le autorizó a entregarlas él tiene los originales; Pichilingue Guevara negó las voces grabadas.

En consecuencia, de las declaraciones de Uceda Pérez y de los reconocimientos producidos en audiencia se deduce que las conversaciones que los audios contienen efectivamente se produjeron; por tanto, el juicio de autenticidad está confirmado. Sosa Saavedra no cuestiona la falsedad de los audios presentados por Uceda Pérez, sólo el que este último los haya entregado pero, como ya se dijo, no existe un deber de secreto horizontal respecto de los interlocutores de una conversación; Chuqui Aguirre los avala absolutamente, Navarro Pérez no pone objeciones, al igual que Rivero Lazo, quien si bien dice que en parte, en la audición, se guió por los subtítulos debido a sus problemas de audición recién referidos, y no alegados cuando declaró, tal circunstancia no es determinante para negar la autenticidad de los audios. Es de aclarar, por lo demás, que la limpieza y subtítulo que se ordenó realizar de esos audios así consta de la sesión correspondiente en modo alguno significó una variación o manipulación de los mismos, tanto más si las partes conocieron de ambas ‘versiones’ la entregada por Uceda Pérez y los materiales devueltos luego del procedimiento técnico, tuvieron la oportunidad de revisarlas y, en su caso, de objetarlas.

El cuestionamiento se desestima. Los audios son plenamente valorables.

Como podemos apreciar, el tribunal da por sentado que cualquier objeción de la defensa es irrelevante para desestimarla la presente prueba en el proceso, por cuanto no vulnera del derecho a la intimidad, dado que las conversaciones de los protagonistas fluyen de un modo natural y con su consentimiento. A las observaciones que se hacen sobre los datos personales de los involucrados, el tribunal jerarquiza la información más relevante para los fines del proceso, argumentando que “sus necesidades económicas u otros problemas” no

constituyen una parte medular de su personalidad, por tanto mal podría afectarse. De otro lado, respecto del derecho a la no incriminación, se señala que los actores, que tienen calidad de servidores públicos, no fueron cooptados para prestar sus testimonios, por tanto también desestima el extremo de la defensa.

152°. EI AUDIO DENOMINADO “DIALOGO FUJIMORI – MONTESINOS”.

Contiene las conversaciones entre Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás Hermoza Ríos y Alberto Fujimori Fujimori –conversaciones sucesivas: Montesinos / Hermoza y Montesinos / Fujimori– en el curso de la insurrección militar del trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos. Fue transmitido por el Programa “La Ventana Indiscreta”.

El general EP Hermoza Ríos expresó que el medio de comunicación fue telefónica; que él se encontraba en la casa oficial asignada al comandante general del Ejército; que en plena crisis como consecuencia de una insurrección militar se abre el secreto, sus teléfonos no se encontraban encriptados; que supone que Montesinos Torres grabó esas conversaciones y debidamente editadas las hizo públicas salieron al aire en los noticieros nocturnos, aunque es auténtica; que, sin embargo, cuando reclamó por esa publicidad se le dijo que había sido interceptado por algún personaje, ex militar o ex marino, pero luego analizando los hechos consideró que fue Montesinos Torres el que dispuso su publicación.

153°. *La defensa impugna el audio como ilegal. Son conversaciones interceptadas, que descartan una casualidad; no existió orden judicial. Como ha quedado indicado el secreto de las comunicaciones, telefónicas o de otra clase, sólo puede ser violado por terceras personas que intercepten la comunicación mantenida por otros, lo que demanda una necesidad particularmente intensa para su tutela, especialmente frente al avance tecnológico que facilitaría su vulnerabilidad y pondría en crisis el propio sistema de los derechos fundamentales. La especial entidad de este derecho exige ser muy cautelosos en la necesidad de que sólo puede ser alzado mediante orden judicial, lo que debe estar rigurosamente probado, así como el hecho de que*

alguno de los que intervino en la conversación haya sido el autor de la grabación y difusión.

En consecuencia, si en autos no está probada acabadamente alguna de estas dos circunstancias o, mejor dicho, la obtención lícita de las grabaciones carga que corresponde a quien introduce la prueba, no es posible admitirlas como prueba documental. El general EP Hermosa Ríos no grabó las conversaciones que sostuvo con Montesinos Torres y su deducción acerca de que este último las grabó y difundió no tiene aval probatorio categórico. No está probado que las conversaciones fueron interceptadas judicialmente, que es un hecho relativamente fácil de acreditar.

Por tanto, el audio en cuestión se excluye del acervo probatorio.

COMENTARIO:

Este acápite es un claro ejemplo de la utilidad que podría darle un tribunal al núcleo de nuestra tesis: la de incorporar las categorías de “interés público y beneficio de la colectividad” al texto de nuestra Constitución. Como hemos apreciado, el tribunal desestima el audio presentado al proceso, con los argumentos clásicos de no estar autorizado por un juez, en salvaguarda del secreto de las comunicaciones. Sin embargo, hay que advertir que las circunstancias de un levantamiento militar, interesan a la sociedad, por tanto debieron haber sido incorporadas como legítimas al proceso, lo cual no se hizo no solo por tutelar los derechos de las comunicaciones, sino, creemos, porque no se contaba con el basamento suficiente para autorizar su incorporación al proceso, de ahí que resulte de gran utilidad la modificatoria que proponemos.

2.- CASO PETROAUDIOS- RECURSO DE ALBERTO QUIMPER (EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC LIMA).

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez

Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO: *Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 730, su fecha 12 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.*

ANTECEDENTES: *Con fecha 25 de junio de 2009 doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alberto Químper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, a cargo del Juez Jorge Octavio Barreto Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N. ° 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alega que el auto de apertura cuestionado viola el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.*

Señala que con fecha 5 de octubre de 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” difundió cuatro audios ex-profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios ex-profesamente editados y obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas del favorecido que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

Por último refiere que en el proceso penal que se le sigue a don Elías Manuel Ponce Feijoo y otros, el beneficiario ha sido admitido como parte civil, por cuanto había sido objeto de interceptaciones telefónicas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda expresando que el auto de apertura cuestionado ha sido emitido sin contravención de algún derecho constitucional del beneficiario, por cuanto el juez emplazado ha valorado las pruebas al momento de dictarlo. Añade que en el proceso penal que se le sigue al beneficiario puede cuestionarse la razonabilidad de los elementos de prueba que sustentan el auto de apertura cuestionado.

Realizada la investigación sumaria el juez emplazado manifiesta que la causa seguida en contra del beneficiario es compleja y se encuentra en estado de investigación. Asimismo señala que las resoluciones judiciales que ha emitido han respetado los derechos fundamentales del beneficiario.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 21 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que lo que en puridad se pretende es que el juez de hábeas corpus se arrogue las facultades reservadas al juez ordinario y proceda al reexamen o revaloración de los elementos probatorios que sirvieron de base para el dictado del auto de apertura de instrucción.

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación de la pretensión y de la materia controvertida

- 1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocínio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible.*

Se alega que el auto de apertura cuestionado afecta los derechos al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con su derecho a la libertad individual, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan el auto de apertura de instrucción son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas.

En dicha línea argumentativa, también se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. *Delimitadas las pretensiones y los alegatos que sustentan la demanda, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que plantea la denominada prueba prohibida en el proceso penal, también conocida en la doctrina como prueba ilícita o prueba inconstitucional. Para ello, se habrán de responder las siguientes interrogantes ¿cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida?; ¿la prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o es el contenido implícito de un derecho constitucional?; y ¿qué efectos genera la prueba prohibida en el proceso penal?*

A continuación de ello se analizará el contenido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como sus límites, debido a que en la demanda se alega que se habría producido la presunta vulneración de este derecho.

2.2. La prueba prohibida en la Constitución

3. *Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2º de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados,*

interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.

En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura, y c) los tratos humillantes o denigrantes.

- 4. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.*
- 5. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.*

2.3. Los efectos de la prueba prohibida

- 6. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.*

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.
- 7. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las*

declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

3. Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas

8. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.*

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela “a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

9. *Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse*

previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

10. Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima.

11. *Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.*

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso Schenk vs. Suiza, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

12. *Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, ha enfatizado que:*

- a. *Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].*
- b. *La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].*
- c. *La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].*

13. *En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”.*

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO: Declarar

IMPROCEDENTE la demanda.

COMENTARIO:

La presente resolución del TC enfatiza que efectivamente, el derecho a las comunicaciones tiene un carácter privado por ser parte de la intimidad de las personas, y así ha sido reconocido en las principales convenciones internacionales. Con respecto a la admisión de la prueba de los audios que son materia de análisis por parte del tribunal, el colegiado reconoce el fundamento de la prueba prohibida, su inconstitucionalidad, así como los responsables vinculados a su difusión. Sin embargo, concluye que se hace necesario un examen global del caso del recurrente, especialmente si afecta la garantía constitucional del debido proceso, siendo que no puede pronunciarse sobre la situación jurídica del encausado dado que el proceso aún no ha terminado, postergando así su pronunciamiento definitivo.

3.- EL CASO DE LAS AGENDAS DE LA PRIMERA DAMA NADINE HEREDIA

En esta parte de nuestra investigación hemos creído conveniente reseñar un caso muy actual vinculado de alguna forma a nuestro tema de investigación, y que tiene hasta ahora repercusiones de diverso índole, especialmente jurídicas y políticas.

Resumen del caso

El caso puede resumirse a partir del reportaje del programa Panorama del 16 de agosto del 2015, donde se muestran cuatro agendas y otros documentos atribuidos a la primera dama, conteniendo desde cuestiones domésticas vinculadas a sus menores hijos, montos de dinero, contactos judiciales, entre otros detalles.

Después de una serie de reportajes subsiguientes y negaciones de la propiedad de las agendas por parte de la misma Nadine Heredia, finalmente ella reconoció ante la Fiscalía que las cuatro agendas que se le atribuyen son suyas. Luego de esta revelación, la primera dama ofreció una conferencia de prensa en el local del Partido Nacionalista.

Explicó que recién se dio cuenta que eran suyas tras revisar exhaustivamente la copia que le entregó la Fiscalía cuando fue citada el 22 de setiembre en calidad de “testigo impropio”. En esos días, comprobó que habían sido robadas de su domicilio junto a otros documentos. Cuando esto sucedió, Nadine Heredia había pasado de ser “testigo impropio” a “investigada”, motivo por el cual pidió a la Fiscalía una nueva citación. Agregó que hasta ahora esta entidad no la ha citado.

Las declaraciones de Nadine Heredia han sido interpretadas para algunos como un cambio en su estrategia de defensa. Esta consistiría en reconocer la propiedad de las agendas, evitar que se realice el peritaje grafotécnico y alegar que, en tanto fueron sustraídas ilícitamente de su vivienda, no podrían ser

reconocidas como pruebas válidas en el marco de la investigación penal por lavado de activos.

Muchos se preguntaron a raíz de las declaraciones de la Primera Dama: ¿No se dio cuenta Nadine Heredia que las agendas que hoy reconoce como propias no estaban bajo su propiedad para cuando denunció penalmente a Vargas por “hurto agravado” un mes antes? ¿O es que, sabiendo desde un comienzo que eran suyas, formuló la denuncia indicando que le hurtaron “diversos documentos” para que, de proceder la denuncia, todos estos – incluido las agendas – pudieran ser eventualmente reconocidos como prueba ilícita?

Pareciera que la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, lo que significaría que Heredia sabía desde antes de setiembre que las agendas eran suyas. Esto se evidencia en el escrito que envía al Ministerio Público el 12 de noviembre de 2015, donde sustenta que las agendas que hoy reconoce fueron obtenidas en virtud del “hurto agravado” que denunció en agosto. Es decir, los “diversos documentos” que señaló habían sido sustraídos en agosto, incluían las agendas, pero omitió cautelosamente hacer referencia a ello, pues para entonces, se había abocado a negarlas como propias.

Prueba Ilícita

Según el artículo VIII del Código Procesal Penal, la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales carece de valor legal. Asimismo, la Constitución reconoce como derecho fundamental el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y a la intimidad personal y familiar.

El reconocimiento de Heredia de las agendas y la reiteración de que fueron “robadas” y “sustraídas ilegalmente” da cuenta de una nueva estrategia legal que consistiría en invalidar como prueba las mismas por haber sido obtenidas en virtud del “hurto agravado”.

De acuerdo con el ex procurador Julio Arbizu, esta decisión dependerá del juez, quien debe evaluar si pesan más los asuntos de interés público que contengan las agendas o la violación a la intimidad de la señora Heredia. En su opinión, el principio constitucional de lucha contra la corrupción debería llevarlo a preferir lo primero sobre lo segundo.

Por su parte, el abogado Carlos Caro ha explicado que “en delitos graves, las cortes peruanas suelen admitir todo tipo de prueba y el mejor ejemplo es el chuponeo en el caso Petroaudios”. Otro ejemplo es el caso de los “Vladivideos” admitido por el Tribunal Constitucional en los procesos de corrupción del régimen 1990-2000. Caro añadió que las agendas además, demostrarían la existencia de una doble contabilidad, una práctica común en el lavado de activos.

Posición a favor:

La pregunta es: ¿puede un documento personal servir como una fuente legítima de prueba en una investigación penal? La respuesta no es sencilla, pues no existe una fórmula matemática que resuelva la pregunta ni mucho menos criterios estrictamente objetivos que deban ser aplicados a todos los casos por igual sin hacer mayor distinción entre las características de los documentos que pretenden ser incorporados como prueba y la naturaleza de información que ellos contienen.

Se debe tener presente que el artículo VIII.2 del Código Procesal Penal señala que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Es decir, todas las pruebas, ya sean documentos o no, carecen de eficacia y, en consecuencia, no pueden ser valoradas en el marco de ninguna investigación penal si han sido obtenidos en franca violación del contenido esencial de un derecho fundamental.

Un sector de nuestra sociedad ha opinado que, no obstante la prueba se haya obtenido en violación de un derecho fundamental, se debe efectuar un juicio de ponderación y preferir el interés estatal de perseguir y sancionar un delito por encima del derecho fundamental lesionado y legitimar la prueba. Sin embargo, este es un razonamiento superficial que desconoce enteramente los criterios vinculados al juicio de ponderación de intereses que la doctrina y la jurisprudencia vienen construyendo hace varios años.

La solución al problema debe alcanzarse analizando caso por caso de manera independiente, identificando cuáles son los derechos fundamentales que se han lesionado y, sobre todo, el nivel de afectación. Esto último es determinante. Imaginemos que se tortura a una persona para obtener una declaración a través de la cual confiesa que ha cometido un delito. Si se recurre de manera superficial al criterio de ponderación, entonces no importará que se haya lesionado la integridad física del declarante torturado, porque más importante será el interés del Estado de perseguir y sancionar delitos.

Independientemente de a quién le pertenezca el documento o los presuntos indicios que contenga, la respuesta es afirmativa. Esto en la medida que nos encontremos frente a un documento que tenga como antecedente la vulneración del núcleo duro de un derecho fundamental. Derecho altamente sensible como la vida, la integridad o la intimidad, los que por su naturaleza ocupan una posición preponderante frente a otros intereses.

Posición en contra:

En los últimos años, es frecuente escuchar que los principales sospechosos de casos de corrupción se amparan en el argumento de la prueba ilícita para tratar de evadir la acción de la justicia. Basta recordar que el propio Vladimiro Montesinos utilizó esta tesis para intentar que los cientos de videos que lo inculpan a él y a decenas de otras personas no fueran valorados como prueba incriminatoria en los procesos seguidos en su contra, señalando que los mismos habían sido incautados ilegalmente por el falso fiscal enviado por Alberto Fujimori a irrumpir en su domicilio al amparo de una orden judicial

válida. Pese a ello, la justicia, con un criterio adecuado, procedió a desestimar su argumento y le dio plena validez a los videos.

Frente a ello, y para evitar situaciones absurdas de impunidad, es necesario precisar a qué nos referimos cuando hablamos de prueba ilícita o prueba prohibida y cuáles son las características de la misma. El concepto de prueba ilícita surge con una doble finalidad. Por un lado, evitar abusos y arbitrariedades del Estado, que –al menos teóricamente– es la parte fuerte en la relación procesal penal de acusador-acusado. Por otro, asegurar que se descubra la verdad, en la medida en que las pruebas obtenidas violando derechos, pueden haber sido manipuladas para distorsionar la realidad.

Desde esa perspectiva, para que una prueba sea prohibida, debe obtenerse violando derechos fundamentales de la persona humana y esta violación tiene que ser cometida por el Estado. Aunque no hay unanimidad al respecto entre los doctrinarios, una corriente mayoritaria sostiene que la evidencia obtenida mediante la comisión de delitos por terceras personas no es prueba prohibida en tanto sea auténtica, pues lo contrario implicaría una extensión inadecuada de la protección a los derechos fundamentales, que por cierto, en materia procesal penal, no son absolutos, como lo demuestra la existencia de la detención preliminar o provisional como limitación a la libertad individual.

Debido a que la tesis del “fruto del árbol envenenado” (no son admisibles las pruebas que directa o indirectamente se hayan obtenido violando derechos fundamentales) genera desprotección social frente al crimen, algo que hoy está en el tope de nuestra agenda nacional por los altos niveles de inseguridad ciudadana que vivimos, se ha puesto en revisión. Hoy se considera que tiene que haber un análisis de proporcionalidad entre el derecho protegido y el daño social derivado del delito y, por lo tanto, la declaración de ilegalidad de una prueba debe analizarse y decidirse caso por caso.

Respecto a la admisibilidad como prueba de cargo de las agendas de la señora Heredia (de ser auténticas como todo indica), al haber sido sustraídas de su domicilio por un particular, no el Estado, y conteniendo información que parece

muy relevante para determinar la existencia de delitos graves como los de lavado de activos o corrupción, debe ser procedente para ser verificada. El contenido de estos cuadernos será gravitante para descubrir la verdad sobre el movimiento de importantes sumas de dinero de origen sospechoso. Por ello, en lugar de recurrir al subterfugio de alegar “prueba prohibida”, lo que debería hacer la aludida es someterse cuanto antes a un peritaje grafotécnico y evitar dar la impresión de que tiene algo grave que ocultar, más aun tratándose de la esposa del presidente, quien, precisamente por serlo, debería dar el ejemplo si quiere ostentar el título de primera dama de la nación.

Nuestra posición:

Primero, lo cual nadie niega como lo fueron los vladivideos de montesinos y que sirvieron para meter en la cárcel a más de la mitad de los más grandes funcionarios que tuvo el presidente Fujimori, de que la prueba que se deriva de las agendas de Nadine, están bajo la esfera de la prueba ilícita, nadie dice lo contrario.

Segundo, esta es prueba ilícita porque fue hurtada si o si, siendo obvio en consecuencia que se lesiono por lógica el derecho de la primera dama.

Tercero, que no obstante esto cabe señalar que para la incorporación de los vladivideos, la justicia que obviamente no sería la actual sino a partir de julio del 2016 ya con un nuevo gobierno y estando la familia Humala fuera de palacio, uso lo que en doctrina se llama ponderación de intereses llamada en los estados unidos el balancing test, que tiene como razonabilidad el que si bien existe afectación y lesión de derechos fundamentales, sin embargo existen otros intereses de jerarquía constitucional peruana más importantes que así lo permiten, que en este caso al igual que lo que ocurrió con los vladivideos se justifican por cuanto el derecho individual de la primera dama es inferior al derecho colectivo de la población, por lo tanto a pesar de ser considerada como prueba ilícita mantiene su efectividad y es utilizable en un proceso penal a aperturar no solo a Nadine Heredia sino también a todos los involucrados en el delito de lavado de activos.

SUB CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

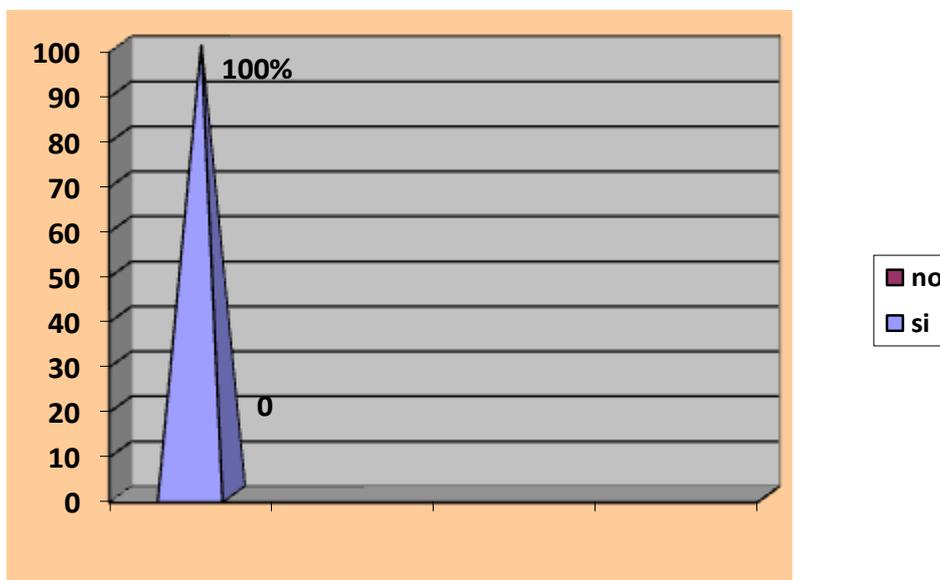
PREGUNTA N° 01: ¿QUÉ NOCIÓN JURÍDICA TIENE USTED SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL?

CUADRO N° 01

Noción jurídica sobre el derecho a la intimidad personal

| RESPUESTA | Nº ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-----------|----------------|------------|
| SI | 20 | 100 % |
| NO | 0 | 0 % |
| TOTAL | 20 | 100% |

GRÁFICO N° 01



Interpretación:

Al responder nuestra primera pregunta, la unanimidad de encuestados, esto es, la totalidad de personas que representan el 100% de nuestra muestra (20 personas) admitió contar con su propia noción sobre el derecho a la intimidad

personal, lo cual en buena medida resultó ser una satisfacción a la hora de tabular los resultados para los que desarrollamos este trabajo.

Análisis:

La totalidad en la afirmación de las respuestas sobre la noción del derecho a la intimidad personal se explica porque los entrevistados son personas vinculadas al derecho (abogados, magistrados), por ende la calidad de las respuestas terminan enriqueciendo la investigación. Los encuestados en su integridad resaltaron *prima face* que se trata de un derecho humano o fundamental, protegido por la Constitución y tratados internacionales; algunos otros incluyeron en su definición el reconocimiento de la esfera privada, la autonomía de la voluntad y la naturaleza humana; y otros más puntualizaron que no basta un mero reconocimiento, sino que el Estado es el llamado a garantizar su protección jurídica en todos sus niveles, especialmente en el plano constitucional.

Discusión:

No hay mayor discusión sobre el tenor de esta pregunta, en tanto, existe unanimidad en el conocimiento y definición de los rasgos fundamentales de la figura del derecho a la intimidad. Sin ánimo de problematizar, asumimos que la intimidad es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta sólo a la propia persona. Se incluye dentro del “ámbito privado” de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. Una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida personal.

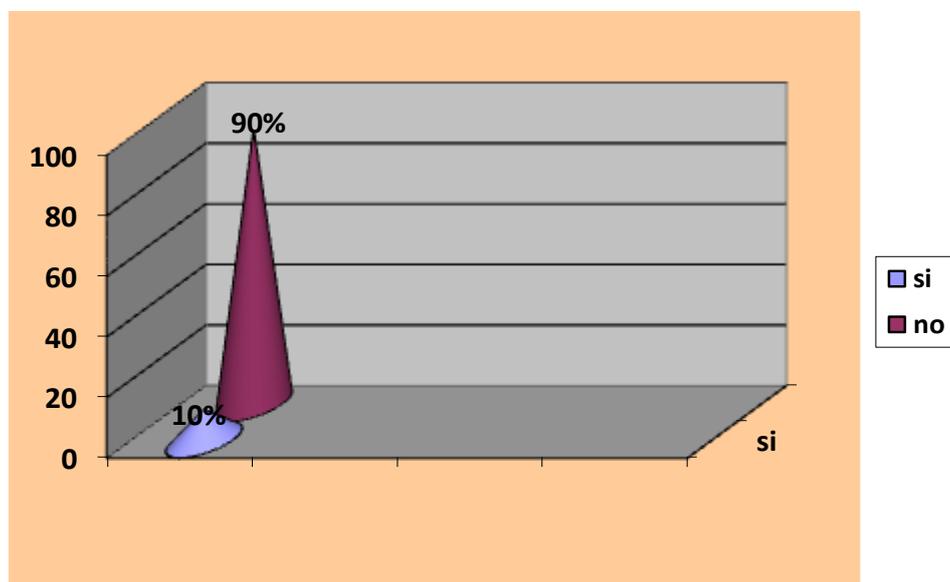
PREGUNTA N° 02: ¿CREE USTED QUE LA OBTENCIÓN NO AUTORIZADA DE VOZ IMAGEN U OTROS MEDIOS REFERIDOS AL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS ES LÍCITO, EN EL CONTEXTO DE NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN PENAL?

CUADRO N° 02

Licitud de la obtención no autorizada de voz, imagen u otros medios en la legislación penal

| RESPUESTA | Nº ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-----------|----------------|------------|
| SI | 02 | 10 % |
| NO | 18 | 90 % |
| TOTAL | 20 | 100% |

GRÁFICO N° 02



Interpretación:

Del total de encuestados, 18 de ellos, que representan el 90%, afirmó que, efectivamente, toda obtención no autorizada de voz, imagen u otros medios de las comunicaciones de las personas no es lícito; mientras que un escaso 20%

(02 entrevistados) manifestó su concordancia con la licitud, o sea, a favor de aquella obtención.

Análisis:

Como puede apreciarse, una gran mayoría de entrevistados no está de acuerdo con la licitud de la obtención no autorizada de la información o comunicaciones de las personas, pues la mayoría asumió que el derecho a la intimidad personal se trata de un derecho fundamental de las personas, y como tal no debe violentarse, por cuanto se vincula con su propia esencia y personalidad. Un punto que mereció especial atención de los encuestados fue cuando se subrayó la autonomía de la voluntad de las personas, por encima de la cual no debe estar ninguna pretensión de carácter legal. Entre las opiniones en contra podemos citar por ejemplo: “El derecho a la intimidad como derecho fundamental puede ser limitado o restringido en los casos señalados por la ley, pero siempre con autorización judicial salvo los supuestos excepcionales de flagrancia delictiva”. De igual forma: “Porque existen normas que regulan de modo y forma para solicitar al juez la restricción de este derecho de control de comunicaciones”.

Discusión:

Nuestra opinión está a favor de la mayoría de los entrevistados, en tanto, tal como está formulada la pregunta, creemos que no hay razones suficientes para conculcar el derecho a la intimidad de las personas, pues siendo sus comunicaciones de carácter privado y por tanto de interés únicamente de los involucrados, no hay razón para que esta información trascienda a la escena pública, en atención a que se trata de un derecho fundamental.

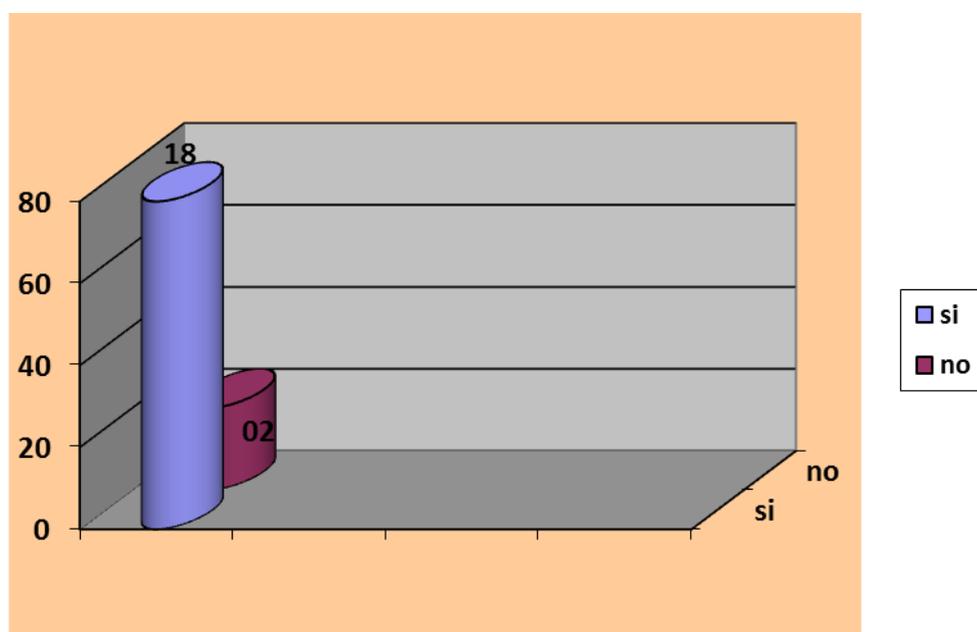
PREGUNTA N° 03: ¿Estaría usted de acuerdo con la licitud de la intervención de comunicaciones de las personas, si dicha información es de interés público y beneficia a la colectividad?

CUADRO N° 03

Licitud de intervención de las comunicaciones y su relación con interés público y el beneficio a la colectividad.

| RESPUESTA | N° ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-----------|----------------|------------|
| SI | 18 | 90 % |
| NO | 2 | 10 % |
| TOTAL | 20 | 100% |

GRÁFICO N° 03



Interpretación:

Del total de nuestros encuestados, un amplio margen de respuestas (18 entrevistados, que representan el 90%) afirmaron estar de acuerdo en la licitud

de la intervención de las comunicaciones de las personas, siempre que dicha información sea de interés público y beneficie a la colectividad. En tanto, un 10% (2 encuestados) se decantó por estar en desacuerdo con la licitud de dichas intervenciones, pese a que dicha información resultara de interés público y beneficie a la colectividad.

Análisis:

Tal como puede apreciarse, hay una generosa corriente a favor de considerar que la intromisión de la esfera privada es posible siempre cuando la información obtenida sea de interés público y beneficie a la colectividad, por tanto esto quiere decir que el entendimiento de la figura del derecho a la intimidad personal no es de carácter absoluto, sino que puede admitir excepciones. Si lo relacionamos con los resultados de la pregunta Nro. 2, donde una gran mayoría (90%) considera que cualquier intromisión en la esfera privada tiene un carácter ilícito, podemos afirmar que la respuesta a la pregunta 3 resulta ser un paso claro y ventajoso en el objeto de nuestro trabajo. Entre los mayores argumentos que dieron los entrevistados tenemos, a favor: “Siempre que se trate de un interés público predominante pero para ello tendría que verse caso por caso la legitimidad de la medida, aplicando el principio de proporcionalidad”. Además: “Porque existiría un bien jurídico mayor, que afectaría a la colectividad, solo ante esa situación si sería factible la licitud de la intervención de comunicaciones”. Por el contrario, en contra, se señaló: No debe ser una regla sino una excepción, y que es suficiente que en casos concretos se requiera previamente autorización judicial para ello.

Discusión:

Esta pregunta resulta ser un tópico medular de nuestra tesis, pues nosotros abogamos por una mejor regulación del derecho a la personalidad en la Constitución, y sobretodo que se admita con todas sus letras que la información y comunicaciones de las personas puedan ser interceptadas teniendo en cuenta el interés público y el beneficio a la comunidad, por tanto, solo se ordenará una vulneración del principio jurídico del derecho a la personalidad únicamente cuando la información obtenida tenga interés

relevante para la sociedad y la beneficie; *contrario sensu*, no se admitirá un resquebrajamiento de dicha figura. En este sentido, entonces, las respuestas dadas por los encuestados en este punto vienen a reforzar el cuerpo de nuestra tesis, y nos insuflan de mayor autoridad para efectos de plantear un mejoramiento en el texto constitucional, o una reforma que incluya precisamente el “interés público y el beneficio a la colectividad”.

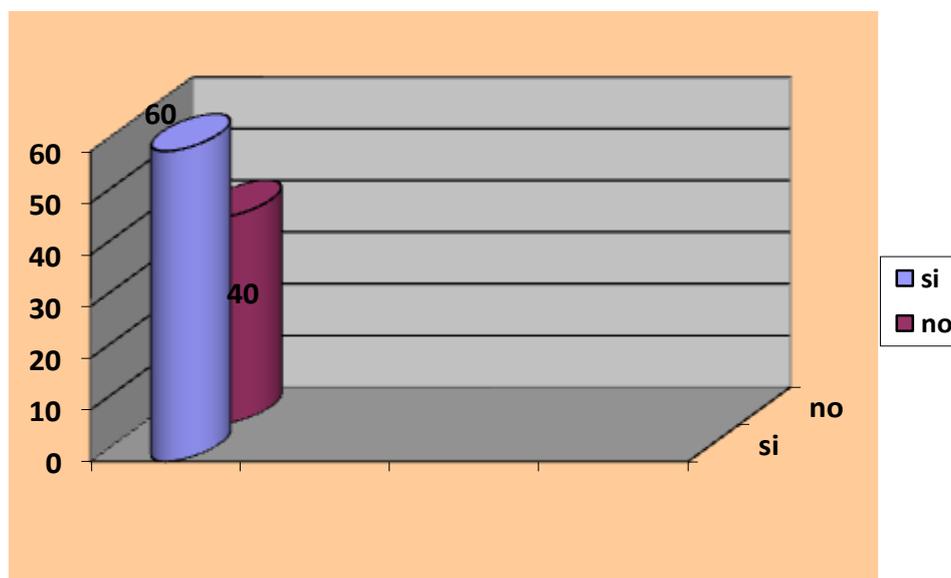
PREGUNTA N° 04:¿ Sugeriría usted una mejor regulación a nivel del Artículo 154 del Código Penal Peruano, atendiendo las consideraciones de Interés Público y beneficio a la colectividad, a fin de encuadrar mejor la figura jurídica?

CUADRO N° 04

Regulación del Artículo 154 del Código Penal Peruano.

| RESPUESTA | Nº ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-----------|----------------|------------|
| SI | 14 | 60 % |
| NO | 06 | 40 % |
| TOTAL | 20 | 100% |

GRAFICON°4



Interpretación:

Un 60% de nuestros encuestados (14 personas), consideró que el Artículo 154 del Código Penal podría tener una mejor regulación, si es que pueden integrarse las categorías de “interés público y beneficio a la colectividad”. A su vez, un estimable 40% consideró que tal como está redactada la figura es suficiente y no admite mayor objeción.

Análisis:

Como se puede observar la mayoría juzgó que el texto penal tal como está redactado presenta ciertas carencias o puede mejorarse, a fin de encuadrar mucho mejor la inviolabilidad de las comunicaciones. Esto es importante resaltar porque se bien ninguna redacción es definitiva, los encuestados tienen conciencia que el texto constitucional puede perfectamente abarcar el “interés público y el beneficio de la colectividad”, sin causar grave daño a la figura de la intimidad personal, máxime si el mismo artículo ordena que cualquier medida ordenada por el juez deba ser debidamente motivada, con las garantías de ley. Entre los argumentos a favor, según nuestros encuestados, podemos citar a favor: Porque se deben tener en cuenta que hay situaciones especiales, como el interés público que van más allá del interés personal.

En contra podemos mencionar: “Porque existen otros mecanismos lesivos para obtener esta información sin vulnerar la intimidad, se trata de recurrir al principio de necesidad (con un test de ponderación)”. Además: “La aplicación de un tipo penal no es obstáculo para la intervención lógica o teleológica y en ese contexto la aplicación del test de proporcionalidad podrían ser suficiente para no configurar el tipo penal frente a un hecho realizado para valorar un interés público predominante”.

Discusión:

Nuestro parecer va más allá de palabras más o palabras menos, y apostamos por una mejor regulación en las circunstancias de la obtención de información o comunicación de las personas, a partir de un mejoramiento en el encuadre del texto referido, esto es, apostamos por la inclusión de las categorías de “interés

público y beneficio de la colectividad”, que salvaguarden intereses que tienen que ver con la mayoría social y el manejo de los recursos del Estado, de suerte que el texto de nuestra constitución regule mucho mejor esta figura y precise inobjetablemente que las intervenciones de las comunicaciones, en aras de intereses públicos, no devengan en ilícitos.

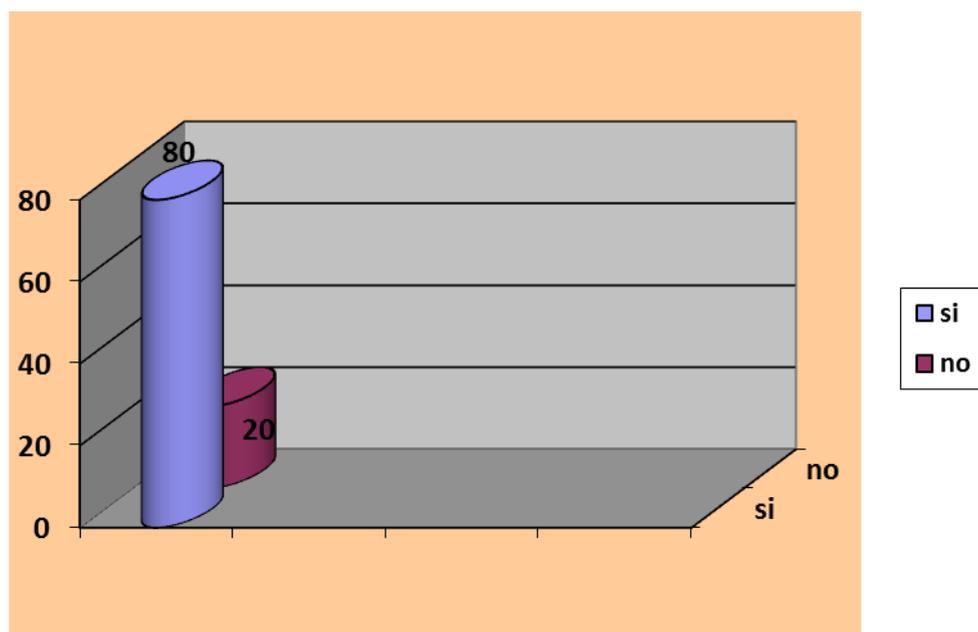
PREGUNTA N° 05: ¿Finalmente, conoce usted algún caso o proceso referente a la obtención no autorizada de voz, imagen por cualquier medio en el cual se haya publicado información de Interés Público y haya beneficiado a la colectividad; o que por el contrario, dicha información haya sido sobresaliente?

CUADRO N° 05

Conocimiento de casos concretos de obtención no autorizada en relación al Interés público y beneficio a la comunidad.

| RESPUESTA | Nº ENCUESTADOS | PORCENTAJE |
|-----------|----------------|------------|
| SI | 18 | 90 % |
| NO | 2 | 10 % |
| TOTAL | 20 | 100% |

GRÁFICO N° 05



Interpretación:

Frente a esta última pregunta, la mayoría de nuestros entrevistados respondió afirmativamente, 90% (18 personas), y por tanto sí conocía algún caso concerniente a la obtención no autorizada de voz, imagen por cualquier medio que sea de interés público, mientras que un 20% (2 entrevistados) de ellos respondió que no conocía de estos casos.

Análisis:

Esta pregunta dio pie a una serie de entrevistas donde podemos citar los casos que conocía sobre el tema que nos convoca respondió casi en automático los casos más emblemáticos que nos fueron dados a conocer por los medios, con evidente interés público y beneficio social: El caso de los “petroaudios” o BTR, y los famosos “vladivideos”.

Respecto del caso de los llamados “petroaudios”, vemos que la palabra “faenón” se puso de moda en el país desde que el 5 de octubre de 2008 el programa *Cuarto poder* difundiera los audios en los que quedaron registradas las conversaciones entre Rómulo León Alegría y Alberto Quimper. “Faenón” significa, desde esa fecha, alcanzar un objetivo a través de componendas. Y eso fue lo que León Alegría y Quimper –de acuerdo con la denuncia fiscal del

21 de octubre de 2008– hicieron para lograr que la empresa noruega Discover Petroleum (DPI) se hiciera de cinco lotes petroleros concesionados por Perupetro. Ha transcurrido varios años desde que se escucharon los audios que provocaron el mayor escándalo de este gobierno y la consecuente caída del gabinete presidido por Jorge del Castillo –uno de los asiduos concurrentes a la suite de Fortunato Canaán, el lobbista de DPI– y, sin embargo, los cuestionamientos a la labor del juez anticorrupción Jorge Barreto no han cesado desde que el expediente cayera en sus manos. No solo se demoró ocho meses en iniciar la revisión del CPU incautado a León Alegría, sino que se supo desde siempre que el mismo ponía trabas a la intervención de la Fiscalía y de la Procuraduría en el análisis de los correos electrónicos copiados del equipo de cómputo del ex ministro. A la fecha, son más de 4 mil los e-mails revisados, pero de ese total solo 160 han sido incluidos en el expediente que guardan relación con los hechos investigados, siendo por tanto que los otros no son de interés público. El caso tiene para más, y hay varios detenidos, y lo último que hemos conocido es que el mismo ex presidente Alan García por fin ha ido a declarar sobre su supuesta participación en el caso.

Discusión:

Nosotros tenemos claro que los casos que se mencionan son inobjetablemente asuntos que involucraban a funcionarios públicos, personajes cercanos al poder y círculos de influencia. Todos giraban alrededor de las relaciones de alto nivel y de los fondos públicos, por tanto dinero de todos los peruanos. En este sentido, estos casos y los futuros que puedan presentarse han sido el principal motor de nuestro trabajo, por ello nuestra propuesta estriba en que todos estos hechos puedan ser válidamente recogidos por las autoridades pertinentes, no obstante, en algunos casos, se haya vulnerado el derecho a la intimidad de las personas, pues de no haber sido así seguramente un manto de impunidad seguiría cubriendo toda clase de delitos, este análisis incluye casos tan sonados como el caso de la primera dama Nadine y sus agendas. De suerte que el interés público y el beneficio de la colectividad ha resultado de gran importancia para sopesar objetivamente las circunstancias de cada caso concreto.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La teoría de la rigidez de los derechos fundamentales, la prevalencia del interés público y el beneficio social de la información conseguida determina la fundamentación jurídico doctrinaria para que excepcionalmente sea lícita la obtención de voz o imagen u otros medios obtenidos sin autorización en el marco del derecho a la intimidad personal a nivel del artículo 154 del Código Penal Peruano.

SEGUNDA: En supuestos en que los encargados de la transparencia en la administración del Estado y los recursos públicos se han convertido consiente y voluntariamente en sujetos pasivos de la observación pública, relegando a un ámbito menor su privacidad, los efectos jurídicos del uso de la grabación de voz o imagen obtenidos sin autorización u otros medios, excepcionalmente no constituirá delito de violación a la intimidad.

TERCERA: La relevancia y trascendencia e importancia para el colectivo de la información en el uso de la imagen o grabación de la voz que se obtenga sin autorización por cualquier medio, de manera excepcional, no constituirá vulneración al derecho a la intimidad en el marco de las nuevas corrientes del Derecho Penal concordante con la teoría de la flexibilización o rigidez de los derechos fundamentales y el principio de la ponderación de los derechos.

CUARTA: De las sentencias caso Fujimori: Sentencia barrios altos y cantuta referido a los vladivideos (Expediente n.º A.V.19-2001) y caso Petroaudios – Recurso de Alberto Quimper (Expediente n.º 00655-2010-PHC/TC Lima), es de advertir el criterio de la valorización o pertinencia de las pruebas advertidas en el caso de audios o filmaciones conseguidos sin autorización de los actores apostando por un método utilitario y finalmente práctico para valorar la pertinencia de las pruebas incorporadas al proceso; de igual modo, si bien se reconoce el carácter privado al derecho a las comunicaciones por ser parte de la intimidad de las personas, se concluye que se hace necesario un examen global del caso si se afecta la garantía constitucional del debido proceso, respectivamente.

QUINTA: De las entrevistas realizadas se evidencia una generosa corriente a favor de considerar que la intromisión de la esfera privada es posible siempre que la información obtenida sea de interés público y beneficie a la colectividad, en el entendido que la figura del derecho a la intimidad personal no es de carácter absoluto, que puede admitir excepciones. Entre los mayores argumentos en los entrevistados tenemos, a favor: “Siempre que se trate de un interés público predominante pero para ello tendría que verse caso por caso la legitimidad de la medida, aplicando el principio de proporcionalidad”. Además: “Porque existiría un bien jurídico mayor, que afectaría a la colectividad, solo ante esa situación si sería factible la licitud de la intervención de comunicaciones”.

RECOMENDACIÓN

PROPUESTA LEGISLATIVA

Consideramos que es necesaria la modificación del artículo 154 del Código Penal, con el objeto de regular la licitud de la obtención no autorizada de una grabación de voz, imagen por cualquier medio, sin que constituya el delito de violación de la intimidad, cuando resulte razonable y de interés público.

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO PENAL, REGULANDO LA LICITUD DE LA OBTENCIÓN NO AUTORIZADA DE GRABACIÓN DE VOZ, IMAGEN POR CUALQUIER MEDIO, SIN QUE CONSTITUYA DELITO DE VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD”

Visto:

El proyecto de ley presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad, suscrito por su decano Dr. Luis Saldaña Ruidias en virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, relacionada con la modificación del artículo 154 del Código Penal, regulando la licitud de la obtención no autorizada de grabación de voz, imagen por cualquier medio, sin que constituya delito de violación de la intimidad.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo N° 635 se promulgó el Código Penal, aprobado por su Comisión Revisora constituida por Ley N° 25280.

Qué; el referido Código Penal tipifica y sanciona el delito de Violación de la Intimidad; por el que la Doctrina y la Jurisprudencia ha consagrado importantes precedentes, por lo que la mayoría de Constituciones del mundo la tienen como un importante derecho autónomo, al punto que no está en discusión que hoy en día se ha ponderado al derecho de la intimidad personal como un derecho fundamental de la persona humana, elevado desde luego a rango

constitucional como derecho autónomo pero limitado por otros derechos de igual jerarquía, por el ordenamiento jurídico y por una serie de intereses, valores y principios igualmente constitucionales; pero por sobre todo, se ha considerado también al derecho a la intimidad como un derecho digno de protección por parte del Estado y de los particulares.

Sin embargo, frente a la consagración de tan importante derecho surge otro no menos relevante que tiene que ver con el interés público y su consecuente contribución de la colectividad, al punto que se constata que ciertas circunstancias pueden enervar el reconocimiento de la figura del derecho a la intimidad, si se demuestra que, por ejemplo, la obtención de voz (chuponeo), imagen (filmaciones) por cualquier medio (digitales) resultan de especial importancia para el bienestar común y de inequívocos beneficios para la sociedad.

Por tanto, para fundamentar nuestra propuesta legislativa, debemos considerar que la información obtenida es de relevancia pública evidentemente contribuye con la sociedad, no obstante que dicha consecución pueda haber colisionado con la figura del derecho a la intimidad. Por tanto, esta modificación aborda la preocupación social por el destino de los recursos que administra el Estado para cumplir con sus funciones, los cuales deben orientarse a los principios contenidos en la misma Constitución y el Código Penal, y que deben ser de conocimiento de la sociedad en tanto que tales recursos se generan a través de la recaudación de sus contribuciones.

Estando a lo expuesto y, de conformidad a la Constitución Política del Estado.

SE RESUELVE:

Artículo Único: Modificar el artículo 154 del Código Penal, promulgado a través del Decreto Legislativo N° 635, regulando la licitud de la obtención no autorizada de una grabación de voz, imagen por cualquier medio, de manera excepcional sin que constituya el delito de violación de la intimidad, cuando resulte razonable y de interés público, en consecuencia:

REDACCIÓN ACTUAL: ARTÍCULO 154 Código Penal

Artículo 154.- El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos por cualquier medio, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

PROPUESTA DE REDACCIÓN:

Artículo 154.- *El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos por cualquier medio, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. **El juzgador deberá tomará en cuenta la relevancia de la información conseguida en atención a su contribución a la sociedad y el interés público, siendo lícita la obtención no autorizada de una grabación de voz, imagen por cualquier medio, de manera excepcional sin que constituya el delito de violación de la intimidad, cuando resulte razonable y de interés público.***

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

6.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALFREDO RIQUET, M. (2001). *PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD EN EL ESPACIO VIRTUAL*. BUENOS AIRES: CAEM.

BALAGER CALLEJÓN, M. (2001). *EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR*. MADRID: TECNOS.

CARRANZA LLOS, J. (1987). *EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LOS MEDIOS DE COMUNICACION*. BUENOS AIRES: ASTREA.

CARRANZA VALDIVIA, J. (1996). *LOS MASS MEDIA Y EL DERECHO PRIVADO*. BUENOS AIRES: ASTREA.

CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, J. L. (2005). *HONOR, INTIMIDA E IMAGEN*. MADRID: M- Y.

EGUREN PRAELI, F. (2004). *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACION*. LIMA: PALESTRA.

ESCOBAR LOPEZ, E. (2004). *EL DERECHO UNIVERSAL A LA INTIMIDAD*. LIMA: DOCTRINA Y LEY.

FERNANDEZ NIETO, J. (2008). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. MADRID: DYKINSON.

FORES GARAS, M. (2010). *APUNTES DE DERECHOS FUNDAMENTALES*. LIMA: JURIS.

GANULL HERMOSA, V. (2001). *DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO*. MEXICO: UND.

JURISTAS, C. A. (1999). *PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*. LIMA: CAJ.

LUCAS MURILLO, J. (2003). *DERECHO CONSTITUCIONAL HUMANO*. MADRID: LIJS.

MENDOZA JOSÉ, R. (1998). *EL DERECHO A LA INTIMIDAD*. VENEZUELA: RAST.

MORALES GODO, J. (2000). *DERECHO A LA INTIMIDAD*. LIMA: PUCP.

NOVOA MONREAL, E. (1979). *DERECHO A LA VIDA PRIVADA*. MEXICO: SIGLO XXI.

OTÁROLA. (2004). *LA CONSTITUCION DE 1993*. LIMA: RAO.

RAE. (1996). *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. MADRID: RODAS.

RIVERA LLANO, A. (988). *LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y LA INFORMÁTICA*. MEXICO: TEMIS.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (1998). *EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES*. MADRID: MC GRAW- HILL.

SANCHEZ GIL, R. (2008). *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA*. MEXICO: VALROZ.

PÁGINAS ELECTRONICAS:

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista005/violacion%20intimidad.htm>)

<http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/Libertad%20de%20expresion%20fundamento%20y%20limites%20a%20su%20ejercicio%20Luis%20Huerta%20Guerrero.pdf>),

ANEXOS

CUESTIONARIO SOBRE “LICITUD EN LA OBTENCIÓN DE VOZ, IMAGEN U OTROS MEDIOS EN EL MARCO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL A NIVEL DEL CÓDIGO PENAL PERUANO”

Nombre:.....

Profesión:

1.- ¿Qué noción jurídica tiene usted sobre el Derecho a la Intimidad Personal?

2.- ¿Cree usted que la obtención NO autorizada de voz imagen u otros medios referidos al derecho a la intimidad de las personas es lícito, en el contexto de nuestra actual legislación penal?

Si

No

¿Por qué?

3.- ¿Estaría usted de acuerdo con la licitud de la intervención de comunicaciones de las personas, si dicha información es de interés público y beneficia a la colectividad?

Si

No

¿Por qué?

4.- ¿Sugeriría usted una mejor regulación a nivel del Artículo 154 del Código Penal Peruano, atendiendo las consideraciones de Interés Público y beneficio a la colectividad, a fin de encuadrar mejor la figura jurídica?

Si

No

¿Por qué?

5.- ¿Finalmente, conoce usted algún caso o proceso referente a la obtención no autorizada de voz, imagen por cualquier medio en el cual se haya publicado información de Interés Público y haya beneficiado a la colectividad; o que por el contrario, dicha información haya sido sobresaliente?

Si

No
