

LA INTIMIDAD Y EL DERECHO PENAL (*)

SERRANO NEVES

Algunos autores remontan a la antigua Inglaterra el nacimiento del llamado *derecho a la intimidad*. En efecto, el dicho *My house is my castle* reconoce tales rancios orígenes en la austeridad británica, como lanzando las raíces del *right of privacy*.

Lord Chatham (William Pitt), analizando la inviolabilidad del lema y de su significado, expresaba: “El más pobre y desamparado de los hombres puede desafiar, en su morada, a todas las mismas fuerzas de la Corona. Aunque su vivienda amenace ruina, tenga tinieblas o permita el paso del viento o deje reinar a la tempestad entre sus paredes: nada importa; es que la garantía que allí reina hasta contra el propio rey de Inglaterra prevalece, en su reducto, contra toda y cualquier fuerza exterior”.

En 1820, en su *Tratado histórico*, Lobão también sentenciaba: “La casa es para su habitante, cualquiera sea su condición, un total refugio”. Y en 1879, continuando con este sucinto repaso de antecedentes, recordamos que el párrafo xvii de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* propiciaba a Royer-Collard la redacción de la terminante frase: *La vie privée doit être murée*.

(*) Artículo aparecido en la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, v. 5, Nº 1/2, Uberaba, 1976, págs. 71 - 77.

Existen tres principios —apuntaría a poco Eugène Pierre— que dan a las naciones la fuerza necesaria para reprimir el desorden interno y para repeler las agresiones externas: el respeto absoluto del domicilio privado; la protección sincera de las libertades individuales; y la completa seguridad de la propiedad de las personas. Coherentemente, se dan tres hechos que infaliblemente arruinan la autoridad en una nación: la invasión ilegal del hogar doméstico; la supresión violenta de las libertades del ciudadano; y la confiscación arbitraria del derecho de propiedad.

Urge señalar, de todos modos y con Hésio Kleber Fernandes Pinheiro, que “La violación práctica de un domicilio no se verifica sólo materialmente, con la entrada de una persona extraña. Se da también, sabemos, con la indiscreta actitud de alguien que, premeditadamente, invade ese interior con ojos u oídos, incluso valiéndose de instrumentos para ese fin”.

Ya a esta altura de la recopilación de antecedentes, podemos sin embargo acotar que este culto a la intangibilidad del hogar no nació ni en Inglaterra, ni en Portugal, ni en Francia.

Es que el propio autor apenas arriba citado, basado en Amélineu y en su obra *La Morale Egyptienne*, nos recuerda que ya en los *Papiros de Voulaq* se recomendaba (en la traducción de Capdevilla): “No andes mirando la casa ajena; que tu lengua calle lo que sepa tu ojo”. ¡Bien se comprueba entonces que ya en los áureos tiempos de los rotundos faraones se espía a la casa del vecino!

Mirando y escuchando, así, desde los más remotos días se practicaron lecciones de espionaje, y se transmitió luego —no pocas veces corregido y aumentado— aquello que subrepticamente se conocía. En nuestros días, a menudo los sentidos son sofisticadamente reemplazados por técnicas de espionaje momento a momento superadas.

En los Estados Unidos, antes de la invención del teléfono pero en tiempos en los que ya se interceptaba por

ejemplo la correspondencia, se promulgó una ley que punía (en caso de delito flagrante) a aquellos que a través de puertas, ventanas o sobre muros escrutaban —con fines ilícitos— lo que se hacía o se dialogaba en lugares ajenos.

Tiempo después esta ley relativamente inocua quedó atrapada por el artículo 721 del viejo Código Penal de Nueva York, que sancionaba toda curiosidad como la relacionada, cometida para molestar, injuriar o avergonzar a otra persona. De todos modos, esta figura penal rápidamente cayó en desuso atento a las obvias dificultades probatorias del caso.

Con la aparición del teléfono en 1876 y del telégrafo en 1884, la legislación norteamericana necesariamente debió reformular sus textos, configurando una modalidad delictiva ya más amplia en cuanto a sus posibilidades que, recordamos, recibió el nombre de *felony*. Parejamente, una enmienda a la Constitución del Estado de Nueva York (art. I, inc. 12) fue entonces propuesta, con el objeto de proteger a los habitantes contra interceptaciones como las referidas. En 1942, inspirada precisamente en esa enmienda, la codificación del Estado en cuestión (art. 813) dispuso que este tipo de espionaje quedaba bajo un absoluto y riguroso control del Poder Judicial.

El 10 de diciembre de 1948, con la presencia del representante brasileño Austregesilo de Athayde, se proclamaba en París la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, cuyo artículo XII, recordamos, establecía: “Nadie será interferido en su vida privada, en su familia, en su hogar y en su correspondencia, o será pasible de ataques a la honra o reputación. Todo hombre debe ser protegido por las leyes respecto de tales agresiones”.

En 1950, la *Convención Europea de los Derechos del Hombre*, por su lado, también sentaba enfáticamente estos principios elementales: “Art. 8º - 1º Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia; 2º No puede darse interferen-

cia de la autoridad respecto al ejercicio de esos derechos salvo en la medida en que esa interferencia esté prevista por la ley; democráticamente, por ser necesaria a la seguridad nacional, la tranquilidad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

Discurriendo acerca de esta disposición, Varela Feijóo, en su aplaudido trabajo *La protección de los derechos humanos* (Ed. Hispano Europa, Barcelona, 1972), observa: “El respeto a la persona humana no ha de manifestarse solamente a la vida e integridad personal, a la libertad, la honra, etcétera, sino también en torno de algo acerca de lo cual debe insistirse, hoy en día, particularmente: el respeto a la intimidad personal, la vida privada, el secreto en el ámbito de la familia y del domicilio, de la correspondencia, etcétera... Empero, cabe también subrayar otros ángulos o ámbitos de intimidad: el secreto telefónico, el derecho a la imagen, el secreto profesional, etcétera, y consiguientemente, la necesidad de ampliarse la protección del hombre en relación de ciertas técnicas modernas capaces de destruir todos esos derechos de que hablábamos”.

Atento a los estudios preparatorios de la *Convención Europea*, el Código Penal de Nueva York, a través de su artículo 522 A, ha dado una nueva y más adecuada redacción a los textos anteriores, amparando así, más eficientemente, a la persona humana y a su intimidad.

El *espionaje acústico*, anteriormente desarrollado en los Estados Unidos por sindicatos criminales, gangsterismo, fuerzas policiales y parapoliciales, por políticos inescrupulosos y hasta —*mirabile dictu!*— por abogados perillanes, pasó a ser rigurosamente reprimido; y el espionaje que podríamos llamar “oficial” o legal, también superlativo, fue controlado por los magistrados o por la organización ejecutiva del caso. A esa orientación, sabemos, adhirieron los Estados de Arkansas, Arizona, California, Louisiana, Conne-

ticut, Delaware, Florida, Illinois, Iowa, Michigan, Montana, Nebraska, Oklahoma, Rhode Island, Utah y Wyoming tal como revistaran Norman Birkett, Walter Monekton y Gordon Walker, en su ponencia del 29 de junio de 1957 publicada en el volumen I, N° 2, de la *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, 1958.

Toda esta reacción del Derecho penal contra el “detectivismo” aficionado o interesado, contra los indiscretos innatos, los pescadores de escándalos y contra —en los Estados Unidos— el espionaje “oficial”, abrió nuevos horizontes a la prevención y a la represión, dentro del mundo civilizado, de este tipo de delitos.

De todos modos, ocurre actualmente —por ejemplo en el Brasil— que los medios técnicos siguen proveyendo a este tipo de invasiones ilícitas a la intimidad de novedosos artificios, al tiempo que el principio de autoridad no va a la raíz del problema.

En mayo de 1967, y bajo los auspicios de la Comisión Interministerial de Juristas, se reunió en Estocolmo un importante Congreso sobre este tema del *derecho a la intimidad*. Participaron del mismo representantes de Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega, y observadores de Austria, Brasil (José Thomaz Nabuco), Ceilán, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, India, Japón y Países Bajos. Pues bien: en dicho evento se decidió, con aplauso general, que el derecho a la intimidad debe resguardar al individuo: a) contra cualquier intromisión en su vida privada, familiar o doméstica; b) contra todo atentado a su integridad física, psíquica o mental o a su libertad moral o intelectual; c) contra todo atentado a su honra y reputación; d) contra toda interpretación distorsionada de sus palabras y de sus actos; e) contra toda divulgación fuera de lugar de hechos pertenecientes a su vida privada; f) contra la utilización de su nombre, de su identidad o de su imagen; g) contra toda actividad tendiente a espiarlo, vigilarlo o molestarlo; h) contra la intercepta-

ción de su correspondencia; i) contra la utilización maliciosa de sus comunicaciones privadas, escritas u orales; y j) contra la divulgación de asuntos comunicados o conocidos en virtud de un secreto profesional.

Celebrado este congreso como dijimos en 1967 y con gran repercusión, lo cierto es que un año después abrió sus puertas en Milán un supermercado, pomposamente montado, dedicado a vender elementos para el “espionaje”: lentes de gran alcance disfrazados de lapiceras, minúsculas cámaras fotográficas colocadas en botones, sensibles grabadores adaptados a relojes de pulsera y hasta teleobjetivos submarinos preparados para procurar imágenes incluso en balnearios privados. Jackeline Onassis, tal como todo el mundo sabe, fue víctima de fotografías difundidas indiscretamente en su momento en los medios sensacionalistas de difusión de imágenes; la propia reina de Inglaterra, a su turno, fue también retratada con estas técnicas faldas al viento...

Por todo ello en Italia, y a despecho de la “specificata tutela della riservatezza fotografica”, no fueron pocos los hombres respetables y las austeras damas víctimas de esta tecnología por ejemplo de los teleobjetivos a cargo de los *papparazzi* maliciosos, cuyas imágenes escandalizaban al mundo.

La cinematografía, por su lado, no se quedaba atrás: la película que se intentó lanzar al mercado sobre la vida amorosa de Benito Mussolini y Clara Petacci y aquella otra sobre las intimidades de Caruso, demuestran tal aserto.

Al mismo tiempo que en esta Italia se divulgaban comprometedoras y sorprendentes imágenes de artistas, políticos, escritores y magnates, la mafia (o *cosa nostra*) maniobraba con sofisticados elementos de espionaje, extorsionando a sus víctimas.

En los Estados Unidos, igualmente, la violación de la intimidad hacía escuela. Fueron víctimas —entre muchísimas otras— de esta actividad Charles Lindberg, Edward Brow-

ning, Kip Rhineland, el director de la "Pepsi Cola", los socios de la usina "Bristol Myers and E. R. Squib Inc.", los directores de la "Knoedler Art Galleries", así como Brigitte Bardot, Marilyn Monroe y tantas otras estrellas cinematográficas. De fotos sorprendentes y de fotos montadas o trucadas también fueron víctimas, recordamos, Richard Nixon, el príncipe Rainiero II, Fidel Castro y Mao-Tsé-Tung.

Es que en los propios Estados Unidos llegó un momento que persona alguna se sentía segura ni siquiera en el seno de su hogar o en su lugar de trabajo. Médicos, abogados y confesores, ya no hablaban por teléfono. Los gabinetes ministeriales tenían las grabaciones ocultas y las fotografías indiscretas. El famoso —y no menos lujoso— salón de madame Warren, en Boston, todo lo veía y todo lo escuchaba... para el mundo. El *Federal Communications Act*, por su lado, si bien riguroso, era a menudo violado hasta por policías deshonestos y políticos inescrupulosos. Todo este fenómeno comenzó incluso a desarrollarse en el Japón, hasta la reacción del Tribunal Distrital de Tokio en el caso de la obra *Después del banquete*, en la cual el laureado escritor Kimi-take Hiraoka, disfrazadamente y a través de su personaje de ficción, contaba las mayores intimidaciones del propio Ministro de Gobierno.

Es que todo el mundo —urge aquí la franqueza— gusta de oír o de ver lo que no se debe. Se trata de un viejo descaro, de una sempiterna curiosidad, propia —parece— de nuestra naturaleza.

Infelizmente, el Código Penal brasileño no ha buscado las mejores fuentes de inspiración para reprimir todo este tipo de violaciones a la intimidad.

En efecto, pese a tener el legislador brasileño en sus manos buenos antecedentes del Derecho comparado (verbi gracia la citada *Federal Communications Act* y el nuevo Código Penal alemán), no ha sabido distinguir entre violaciones a cargo de particulares o legales autorizadas, pergeñando en cambio un proyecto de tipificación que pensamos in

suficiente, y que Manoel Pedro Pimentel, incluso, ha llamado “delito de vitrina”; tal proyecto, recordamos, propugna este delito de *violación a la intimidad*: “Violar, mediante un proceso técnico, el derecho a la intimidad de la vida privada o el derecho al resguardo de las palabras pronunciadas en discursos u ocasiones no públicos”. La práctica, bien sabemos, ha ya demostrado la insuficiencia de esta figura tal como está concebida.

Esta disposición, a su turno, fue complementada con el proyecto N° 633 de Código Procesal Penal, que establecía: “La reproducción mecánica como fotográfica, cinematográfica, fonográfica o por medio de procesos electrónicos, podrá valer como medio de prueba en cuanto representa, si la persona contra quien ilustran la reconoce de conformidad; en caso contrario, el juez podrá ordenar la realización de un examen pericial”.

Aquí, como se percibe, el legislador ha abierto campo a los oportunistas y bellacos que procuran un “mercado negro de pruebas judiciales”. Por otro lado, y temerariamente, proclama la posibilidad y excelencia de una pericia para reconocer una voz humana, en materia técnica, bien sabemos, tan polémica.

Esto privará de algún sosiego al habitante, pues surgirán, a no dudarlo, los especialistas en interferencias y los *experts* en “fotografías providenciales”, y hasta los imitadores de voces, que ya pululan en teatros y radios.

Hagamos votos, entonces, para que la legislación brasileña actualice y haga más comprensivas sus normas en terreno tan delicado y fundamental.