

LA CAPTACIÓN NO AUTORIZADA DE IMÁGENES EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN: EL § 201A STGB

Gonzalo Medina Schulz*

Resumen: En el año 2004 entró en vigencia en el Código Penal alemán el § 201a StGB, referido a la captación ilegal de imágenes. Esta nueva figura en el ordenamiento penal de ese país completa la protección penal a la privacidad, ya existente en cuanto a las comunicaciones verbales. En este trabajo se analizan los principales aspectos de la norma.

Partiendo con la exposición de los antecedentes que llevaron a la regulación y algunas consideraciones sistemáticas, se continúa con el análisis de los problemas de interpretación que la norma presenta. En primer término, se desarrolla el requisito que la imagen captada lo sea encontrándose la víctima en su vivienda o en un recinto especialmente protegido contra la vista. A continuación se analizan las diversas modalidades típicas de la norma, referidas a la captación, transmisión, utilización y puesta

Recibido: junio de 2006. Aceptado: agosto de 2006

* Doctorando en Derecho, Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, Albert-Ludwigs Universität Freiburg. (gonzalo.medina@jura.uni-freiburg.de). El autor agradece las sugerencias y observaciones formuladas a este trabajo por Rodrigo Aldoney LL.M., doctorando del mismo instituto.

disposición de terceros. En seguida, el artículo se ocupa de la exigencia de lesión del ámbito personalísimo de vida, elemento que ha suscitado un intenso trabajo dogmático, en cuanto a la determinación de los límites de protección de la vida privada que otorga la disposición.

El estudio concluye con algunas consideraciones críticas, planteando escepticismo sobre las posibilidades de aplicación de la norma.

Palabras clave: Alemania, privacidad, fotografía ilegal, imágenes.

Abstract: In the year 2004 came into force in the German Penal Code the § 201a StGB, which deal with the ilegal capture of pictures. This new figure in the legal system of that country completed the penal protection of privacy, which already existed regarding verbal communications. In this work will be analysed the major aspects of the norm.

Starting with the description of the antecedents that take to the regulation and some systematics considerations, it continues with the analysis of the interpretation's difficulties that are present in the norm. First, it will be developed the requisite that the taked picture was captured on a situation, in which the victim is at home or in a room, which ist specially protected against look. Following will be analyse the criminal behaviours, refered to the capture, transmission, utilization and putting at third parties disposal. The article continues with the requirement of violation of the most private sphere, an element which had produce an intense dogmatic work about the determination of the protection of privacy limits by the norm.

Las principales abreviaturas utilizadas en el presente trabajo son las siguientes: AFP: Archiv für Presserecht; BT-Drs.: Bundestagsdrucksache (Boletín oficial del Parlamento federal); BverfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentencias del Tribunal Constitucional federal); GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; HRRS: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht; IIC: International Review of Industrial Property and Copyright Law; JR: Juristische Rundschau; JZ: Juristenzeitung; KUG: Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Ley relativa al derecho de autor sobre trabajos artísticos visuales y a la fotografía) LK: Leipziger Kommentar zum Strafrecht 11. Aufl.; MMR: Multimedia und Recht; MüKo: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl.; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; NK: Nomos Kommentar zum Strafrecht 2. Aufl.; N.m: Número marginal; Sch/Sch: Schönke-Schröder, StGB Kommentar 27. Aufl.; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal); StPO: Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal); ZIS: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft; ZUM: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht.

The essay concludes with some critical reflections, suggesting scepticism about the possibilities of the norm's application.

Keywords: Germany, privacy, illegal photograph, pictures

I. Introducción

El ordenamiento jurídico alemán conocía desde larga data¹ un sistema penal de protección de esferas de privacidad, sin embargo dicho sistema se orientaba esencialmente a la protección penal frente a la revelación de información y a las intromisiones ilegítimas referidas a las comunicaciones verbales.

Una exigencia de la doctrina² en el ámbito de la protección de la vida privada, en cuanto a que ésta se realizara no sólo respecto a la protección contra escuchas ilegales, sino que se equiparara con la intromisión en cuanto a la fijación no autorizada de imágenes, ha sido satisfecha por medio del establecimiento del nuevo § 201a StGB, vigente desde el 6.8.2004³.

Dicha norma sanciona, en su modalidad principal, la captación o transferencia no autorizada de imágenes tomadas a una persona que se encuentra en su domicilio u otro lugar especialmente protegido, lesionando mediante ello el ámbito personalísimo de vida de la víctima. Asimismo se encuentran sancionados el uso y el dar acceso a las imágenes, hipótesis esta última también sancionada en caso de obtención de imágenes de forma permitida,

1 Sobre ello vid. NK/Kargl, Vor §§ 201 ff., N.m. 2.

2 Formulada ya por *Schünemann* en su conferencia ante el Encuentro de Profesores de Derecho Penal en Gießen en 1977, posteriormente publicada: *Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen*, ZStW 90, 1978, p. 11 ss. vid. asimismo sobre la necesidad del establecimiento *Kühl, Kristian*, *Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz gegen Bildaufnahmen*, en: Hefendehl (Ed.) *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Heymanns, 2005, p. 213 s.

3 Sobre esa finalidad sistemática del precepto *Kargl, Walter*, *Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*, ZStW 117, 2005, p. 325.

habitualmente dado el consentimiento del titular, cuando el uso y acceso no están autorizados.

A continuación se tratarán algunos de los puntos que parecen ser más relevantes en la nueva disposición. Entre ellos, la configuración de un ámbito espacial de protección de la norma, así como la fijación en el tipo de la lesión del bien jurídico protegido con el carácter de resultado típico de la conducta.

La disposición no se encuentra exenta de numerosas complejidades interpretativas que encierran el peligro de una dificultosa aplicación práctica. En el mismo orden, la introducción de una serie de nuevos conceptos por medio del establecimiento del § 201a StGB, tales como el de ámbito personalísimo de vida o el de actuar “a sabiendas no autorizado”, permiten desde ya prever la necesidad de una actividad decisoria que vaya fijando el contenido de la disposición.

II. La necesidad de regulación y la legislación existente

Pese a que, como se mencionó, la doctrina penal alemana había ya planteado la necesidad de proteger penalmente la esfera íntima de las personas frente a la fijación no autorizada de imágenes, el legislador tomó en consideración factores que no sólo dicen relación con la sistematicidad del ordenamiento penal, sino más bien con las modificaciones surgidas a propósito de la evolución de la tecnología, en cuanto a la digitalización de imágenes y la miniaturización de los aparatos⁴.

El tema había cobrado en los últimos años especial relevancia en Europa, y en especial en Alemania, con ocasión de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos referida a la protección respecto a la publicación de fotografía tomadas

4 BT-Drs. 15-1891, p. 6. Así también *Borgmann, Matthias*, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB, NJW, 2004, p. 2133.

en lugares públicos, el denominado caso de la princesa Carolina de Mónaco⁵.

También jugó un rol destacado en la elaboración del § 201a StGB el informe del Encargado Federal de Protección de Datos en su informe del 2001 sobre actividades en el período 1999/2000⁶. El párrafo en cuestión está basado en un proyecto conjunto de los principales partidos políticos en Alemania⁷.

Previo a la entrada en vigencia de la ley que estableció la nueva disposición, los casos de fijación no autorizada de imágenes podían ser en algunos casos, dependiendo de la configuración del caso particular, subsumidos en otros preceptos. Así, en términos históricos, encontraron aplicación tanto el tipo penal de allanamiento de morada como el precepto referido a las injurias⁸.

En el caso de la publicación de imágenes resulta aplicable también el § 33 KUG⁹, norma que sanciona supuestos referidos a la publicación o exhibición pública de imágenes sin el consentimiento del titular o autorización legal¹⁰. Sin embargo, se conside-

5 Von Hannover v. Germany, N° 59320/00 (Sección III), de fecha 24.06.2004. Sobre esa sentencia y sus consecuencias en Alemania vid. *Heldrich, Andreas*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW, 2004, p. 2634 ss.; *von Bassewitz, Katharina*, Hard Times for Paparazzi: Two Landmark Decisions Concerning Privacy Rights Stir Up the German and English Media, IIC 6, 2004, p. 642 ss.

6 BT-Drs. 14-5555, p. 7

7 Presentado en conjunto por las fracciones del SPD, CDU/CSU, B90/GR y FDP, BT-Drs. 15-2466. Dicho proyecto fue precedido por proyectos separados de las fracciones FDP y CDU/CSU, sobre dichos proyectos vid. *Wendt, Rudolf*, Das Recht am eigenen Bild als strafbewehrte Schranke der verfassungsgeschützt geschützten Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG, AfP 3, 2004, pp. 181-183; así como *Sauerer, Jürgen*, Bedrohung der freien Berichterstattung durch den neuen § 201a StGB?, ZUM 6, 2005, p. 427 s.

8 Así por ejemplo en la jurisprudencia del Reichsgericht del año 1898 en su decisión sobre “dama en bañador” o la referida al allanamiento de morada en la denominada “Decisión Bismarck”, cfr. *Eisele, Jörg*, Strafrechtlicher Schutz von unbefugten Bildaufnahmen, JR 1, 2005, p. 6.

9 Cuerpo legal que ya en 1907 incorporaba la citada protección penal

10 De acuerdo a lo dispuesto en los §§ 22, 23 de la misma ley.

raba que la protección otorgada por el § 33 KUG era insuficiente, puesto que no se contemplaba la sanción de la sola captación de imágenes¹¹, de ahí la necesidad de profundizar la regulación.

Un antecedente de la nueva norma también puede encontrarse en el proyecto alternativo de 1971, que conteniendo una regulación diferente a la adoptada, presentaba ya elementos que se encuentran recogidos en la disposición en cuestión, como por ejemplo la mención al ámbito personalísimo de vida¹².

III. Consideraciones sistemáticas

El § 201a StGB se inserta dentro del Título 15 del Código Penal alemán, apartado sistemático que lleva por título el de “Lesión del ámbito de vida personal y del ámbito de secreto”¹³. Este apartado sistemático protege el derecho a la privacidad de las personas, en cuanto a proteger ciertos espacios vitales y jurídicos normativamente reconocidos, respecto de los cuales el titular tiene la facultad de excluir a terceros, a ser dejado solo. La protección de la esfera de privacidad encuentra fundamento constitucional en los artículos 1 y 2 de la Constitución alemana, como expresión del derecho general de personalidad¹⁴, cuya manifestación en forma de un derecho a la privacidad a sido reconocida por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que a todos ha de reservárseles un ámbito interno en el cual él individuo se puede retirar, al cual

11 *Eisele, Jörg, op.cit.*, p. 7; *Kargl, Walter, op.cit.*, ZStW, p. 324 s.

12 El proyecto alternativo (AE-BT, Straftaten gegen die Person – 2. Halbbd., presentado por Arzt y otros (1971)) contemplaba la siguiente disposición: “asimismo será sancionado, quién

1. respecto a otra persona, en su espacio privado
2. respecto de otro o de sus recintos privados, con vulneración de la expectativa a la preservación de su ámbito de vida personalísimo sin consentimiento del afectado, produzca o transmita imágenes.”

13 Sin perjuicio de ello, se reconoce que en el apartado se protegen intereses que se encuentran más allá de la sola protección de la esfera de privacidad. Sobre ello *MüKo/Graf*, Vor § 201 ff., N.m. 3.

14 *LK/Schünemann*, Vor 201, N.m. 2.

el medio externo no tiene acceso, en el cual uno ha de ser dejado en paz y en que se goza un derecho a la soledad¹⁵.

Aunque el propósito del legislador fue asimilar la protección penal otorgada en el ámbito de las comunicaciones verbales a las imágenes, como suele suceder en derecho comparado¹⁶, más aún considerando que en cuanto medidas de investigación en el marco del proceso penal la captación de imágenes que se originan en la esfera de privacidad de un persona esta totalmente prohibida frente a la permisión, bajo determinados supuestos, de dicha medida en el caso de comunicaciones verbales, una tal asimilación es sólo parcial.

La nueva disposición otorga una protección penal, en ciertos aspectos, menos intensa que la establecida en el § 201 StGB. Así por ejemplo, el nuevo § 201a StGB no contempla, a diferencia de la disposición precedente, la punibilidad en el caso de tentativa. Asimismo, el § 201 II 1 StGB considera ya penalmente relevante la mera escucha no autorizada de la comunicación verbal, mientras que el § 201a StGB no establece como supuesto típico la mera observación de conductas que se desarrollen dentro de un espacio protegido y que pueda adscribirse al ámbito personalísimo de vida¹⁷. En todo caso, la protección penal iguala a las demás normas del apartado sistemático en cuanto a la exigencia de un requerimiento de la víctima en la persecución para poder dar inicio a esta (§ 205 I StGB).

15 BVerfGE 27, 1, 6.

16 Así, los supuestos de intromisión sea mediante la captación de comunicaciones verbales o de imágenes suelen estar reguladas como distintas modalidades de la misma norma. De ello dan ejemplo el artículo 197 del Código Penal español, el artículo 226-1 del Código Penal francés y el artículo 615bis del Código Penal italiano.

17 Dichas restricciones, supuestamente no pretendidas en el origen de la idea de legislar sobre la materia obedecerían más bien a la presión de grupos de interés, en especial de la prensa. Así en *Hoyer, Andreas*, Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB, ZIS 1, 2006, p. 1.

IV. El tipo penal del § 201a StGB.

El § 201a StGB se encuentra configurado por tres hipótesis. Las dos primeras sancionan supuestos esencialmente correspondientes, variando principalmente la conducta realizada. Por su parte, el inciso tercero hace punible conductas en que cambian los presupuestos establecidos en los incisos precedentes, en cuanto supone la conformidad a derecho de la captación de la imagen, prohibiendo conductas posteriores a ello.

El inciso primero sanciona la captación o transmisión de la imagen captada de otra persona, que se encuentra en un recinto especialmente protegido, en tanto se lesione con ello el ámbito personalísimo de vida. En primer lugar va a tratarse, a continuación, el significado de la restricción espacial de la norma, en cuanto al lugar en el cual ha de situarse la víctima, como elemento común del párrafo, en seguida se analizarán las particularidades de las modalidades típicas de cada uno de los incisos de la disposición, concluyendo con la exigencia de lesión del ámbito personalísimo de vida.

1. La restricción en el ámbito espacial: La vivienda y el recinto especialmente protegido

Un punto esencial respecto a la protección penal otorgada, se refiere a si ella se restringe espacialmente o por el contrario, como lo preveía el proyecto alternativo de 1971, se renuncia a una limitación de esta naturaleza.

El establecimiento de la restricción espacial es uno de los aspectos fundamentales de la disposición, que se encuentra en directa relación con la posterior definición del ámbito personalísimo de vida, con ello del resultado penalmente relevante. Asimismo, la sola vivienda podría estimarse ya como un espacio digno de protección contra intromisiones visuales, en términos absolutos.

Entre los supuestos que podrían considerarse dignos de protección y que pueden tener lugar en un espacio público se encuentran casos tales como el de una pareja en un parque oscuro, el de la víctima de un accidente que yace inconsciente o el de personas que se encuentran ante la tumba de un pariente fallecido¹⁸. Sin embargo, concurren razones tanto sistemáticas¹⁹ como victimodógmicas²⁰ que dan razones suficientes para restringir el ámbito de aplicación de la norma. Con todo, el texto final de la disposición restringe su aplicación a los casos en que la víctima se encuentre en su morada o en un lugar especialmente protegido contra la observación²¹.

El concepto de morada ha recibido un intenso tratamiento dogmático con relación a otros tipos penales. En particular, el § 123 StGB (allanamiento de morada) y el § 244 I 1 StGB (hurto calificado por la entrada en un recinto) han permitido el desarrollo y comprensión de dicho término. En cuanto al § 201a StGB no se estima que el concepto de morada o vivienda desarrollado a partir de esas disposiciones sea trasladable sin más, a efectos de determinar el ámbito espacial de protección de la nueva norma, puesto que respecto del § 201a StGB han considerarse las particularidades del concepto interpretado como manifestación de la expectativa de privacidad constitucionalmente asegurada.

18 Ejemplos en *Eisele, Jörg, op.cit.*, p. 8; crítico frente una restricción, *Kühl, Kristian, Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen*, AfP 3, 2004, p. 194; del mismo, *Lackner/Kühl, StGB*, § 201a, N.m. 2.

19 Sobre ello *Eisele, Jörg, op.cit.*, p. 8, señalándose que las normas que regulan fenómenos similares (referidos a la fijación de comunicaciones verbales) no otorgan protección en los casos en que el hecho sucede en un espacio público. Lo mismo puede indicarse respecto al caso de quién deja una carta abierta. Junto a ello, ha de considerarse como suficiente la protección penal dispensada a los casos de publicación ilegal de las imágenes establecida en el § 33 KUG.

20 Sobre ello vid. *Kühl, Kristian, op.cit.*, AfP, p. 194.

21 Ampliándose de esta forma la protección a lugares como un domicilio ajeno, habitaciones de hotel, casetas, confesionarios o habitaciones de atención médica, así *Hoppe, Tilman, Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich – der neue § 201 a StGB*, GRUR, 2004, p. 992.

Se considera que el concepto de vivienda establecido en el § 201a StGB es más amplio que el comprendido en los tipos penales antes mencionados²², en particular a la interpretación realizada respecto al § 244 I 1 StGB²³. Ya la comprensión del término vivienda en normas como el § 123 StGB incluye supuestos como la habitación de un hotel en que alguien se hospeda²⁴. Sin perjuicio de lo anterior, se puede estimar que el concepto de morada en el § 201a StGB excede aún el ámbito de protección establecido en el § 123 StGB²⁵. Así la protección se extendería aún a los casos en que el ocupante de la vivienda no pueda reclamar para si una permanencia justificada en el lugar.

La disposición en cuestión no sólo limita su campo de aplicación a la vivienda, sino que extiende su aplicación mediante el término genérico de lugares especialmente protegidos contra la vista²⁶. Ese concepto es nuevo en la regulación penal alemana y, por tanto, requiere de otros elementos, en comparación al concepto de vivienda, para la precisión de su contenido.

Bajo el concepto de recinto especialmente protegido contra la vista tuvo el legislador en mente sitios tales como vestuarios

-
- 22 Así *Rahmlow, Matthias*, Einzelne Probleme des Straftatbestands der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen“ (§ 201a StGB), HRRS 3, 2005, p. 85 ss.
 - 23 Puesto que las razones que concurren en caso de dicha disposición, como argumentos para restringir el concepto de vivienda, no son trasladables al fenómeno regulado en el § 201a StGB, así *Sch/Sch/Lenckner*, § 201a, número marginal 5; en el mismo sentido *Eisele, Jörg*, *op.cit.*, p. 86.
 - 24 El concepto de morada en el § 123 StGB comprende todos los sitios que sirven a una persona de alojamiento, inclusive los sitios móviles. Sobre la extensión del término vivienda vid. *Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben*, § 123, N.m. 4.
 - 25 Sobre ello *Rahmlow, Matthias*, *op.cit.*, p. 86. Sobre la mayor extensión del ámbito de protección en el caso del § 201a StGB en comparación con el § 123 StGB vid. tb. *Kargl, Walter*, *op.cit.*, ZStW, p. 332, así como *Borgmann, Matthias*, *op.cit.*, p. 2135.
 - 26 No ha de considerarse en todo caso a la vivienda como un caso especial de un recinto especialmente protegido contra la vista, puesto que aún en los casos en que la vivienda este construida de tal forma que posibilite una fácil

en piscinas o tiendas, baños o salas de atención médica²⁷. Que criterios ha de cumplir un determinado recinto para considerarse como especialmente protegido contra la vista es una cuestión no simple de responder. Para ello pueden recurrirse a criterios referidos a la intención manifestada en la configuración del espacio físico²⁸. No obstante, tal criterio no es suficiente, sino que requiere ciertos elementos que permitan objetivar el ámbito de aplicación de la norma²⁹. En tal sentido, se plantea la necesidad que respecto al carácter de “especialmente protegido contra la vista” se ha de estar al establecimiento de barreras físicas o el aprovechamiento de obstáculos naturales, que por su calidad, tengan la virtud de impedir o dificultar la simple observación sin ayuda de otros medios.

De los ejemplos mencionados por el legislador puede deducirse que ha de tratarse de recintos que cuenten con obstáculos físicos que cumplan la función de barreras contra la vista³⁰. También se plantea que el contenido del concepto puede determinarse con vista a criterios funcionales³¹ orientados al bien jurídico protegido, esto es, estarían comprendidos en el concepto de recintos especialmente protegidos contra la vista, aquellos que cuenten con medios de protección tales que impidan el acceso visual directo y sin obstáculos a escenas que se desarrollen dentro del denominado ámbito personalísimo de vida³².

observación (grandes ventanales en lugar de paredes) sigue siendo aplicable la protección a título del § 201a StGB, así Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 2.

27 Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 2; Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 8.

28 Cfr. Rahmlow, Matthias, *op.cit.*, p. 87.

29 Sin perjuicio de ello, el concepto de recinto encuentra recepción en la regulación del § 306a I 3 StGB (incendio grave), sobre el concepto de recinto en esa norma vid. Sch/Sch/Heine, § 306a, N.m. 8.

30 Kargl, Walter, *op.cit.*, ZStW, p. 332.

31 Así Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 9.

32 Sin embargo, esta perspectiva funcional obliga a precisar que ha de comprenderse como el ámbito personalísimo de vida, cuestión especialmente

En ese sentido, ha resuelto la jurisprudencia que la fotografía de una persona que se encuentra en un recinto (no domiciliario) con grandes ventanales, estando las cortinas abiertas, no es subsumible bajo el § 201a StGB³³.

2. Las conductas típicas

Como se ha señalado, el § 201a StGB sanciona diferentes modalidades de conductas relacionadas con la afectación del ámbito personalísimo de vida mediante la captación de imágenes pertenecientes a éste. La estructura sigue en forma análoga la establecida para la intromisión en caso de comunicaciones verbales, sancionando conductas similares.

2.1. La captación y transmisión de imágenes de una persona

El inciso primero de la disposición establece dos conductas sancionadas. La toma y la transmisión de las imágenes.

a) Captación de imágenes

Por captación de una imagen ha de comprenderse la elaboración, en el sentido de producción material, de la imagen de una persona³⁴. En dicho proceso se comprenden todas las acciones que permiten la fijación de la imagen de una persona en un soporte material³⁵. Resulta claro de la disposición que objeto de la acción ha de ser una persona, con ello se deja fuera de la protección penal los casos en que se fija visualmente objetos que se encuentran

compleja en este precepto y que será tratada más adelante. Sobre el peligro de la incorporación de la discusión sobre el bien jurídico ya en el marco de la discusión sobre el ámbito de protección material se pronuncia *Bosch, Nikolaus*, *Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi*, JZ 8, 2005, p. 379.

33 OLG Karlsruhe, sentencia de 07.04.2006 - 14 U 134/05.

34 Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 12.

35 Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 12; Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 4.

al interior del ámbito protegido³⁶, tales como la pantalla de un ordenador, documentos o fotografías.

No se estima necesario que la imagen fijada sea inmediatamente reconocible, sino que basta para satisfacer el tipo la posibilidad de hacer reconocible la imagen mediante procedimientos técnicos³⁷. No obstante lo anterior, la imagen captada ha de dar cuenta de una persona determinada, siendo insuficiente la captación de imágenes difusas³⁸. Asimismo, la sola observación tampoco satisface lo dispuesto por la norma, pues es necesaria la fijación de la imagen captada³⁹.

La realización de la toma de la imagen no requiere que el autor se encuentre fuera del domicilio o lugar especialmente protegido contra la vista en la cual se encuentra la víctima, la captación puede también verificarse encontrándose el autor en el mismo espacio protegido que la víctima⁴⁰, tal como el caso de un invitado.

Adicionalmente, la imagen captada ha de ser de una persona viva, la toma de imágenes de un cadáver esta fuera de los supuestos típicos, en términos de la afectación del ámbito personalísimo de vida⁴¹. También irrelevante para la realización de la conducta es que de la imagen captada tome conocimiento

36 Crítico *Wolter, Jürgen*, Der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs in § 201 a StGB – ein Kommentar zu Kristian Kühl, en: Hefendehl (Ed.) Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, p. 232 s. El autor remarca que ese „vacío” de punibilidad no se producía con la redacción de la correspondiente norma en el proyecto alternativo de 1971.

37 *Rahmlow, Matthias, op.cit.*, p. 88.

38 Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 4.

39 Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 12; Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 4.

40 Sch/Sch/Lenckner, StGB, § 201a, N.m. 7; Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 3.

41 Cfr. *Hoppe, Tilmann, op.cit.*, p. 494, con referencias a la extensión del tipo en la legislación suiza a una protección postmortal. Vid. tb. *Rahmlow, Matthias, op.cit.*, p. 89.

un tercero⁴², en ese sentido se afirma que constituye un delito de peligro abstracto⁴³.

b) Transmisión de imágenes

La segunda modalidad contemplada por la disposición se refiere a la transmisión de las imágenes, lo que permite subsumir bajo la prohibición los casos en que la captación de la imagen se realiza con un medio que no fija la imagen en un soporte, sino que sólo transmite ésta⁴⁴.

Esta modalidad típica permite afirmar que el injusto sancionado en el § 201a StGB excede el fenómeno de la fijación de la imagen, fenómeno que es presupuesto de aplicación de las demás normas contenidas en la disposición. En ese sentido, se acerca a la estructura del § 201 II 1 StGB, esto es, la escucha ilegal por medios técnicos sin fijación de la comunicación verbal en un soporte físico, al sancionar la mera observación de las conductas pertenecientes al ámbito personalísimo de vida, también sin exigir su respaldo en un medio. Sin embargo, esto sólo llega a ser relevante en cuanto el observador no se sirva de medios técnicos que le permitan de manera directa acceder a las imágenes, sino que sólo se realice a través de su transmisión.

Esta hipótesis plantea asimismo dificultades en caso de que quien realice la transmisión de las imágenes sea quién perciba el contenido de éstas, utilizando este sistema como un mecanismo

42 Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 4.

43 Si el acento se pone en la intromisión en el ámbito personalísimo de vida se considera al delito como de lesión, así *Eisele, Jörg, op.cit.*, p. 9; *Kühl, Kristian, op.cit.*, AfP, p. 195. Como delito de peligro lo comprenden *Bosch, Nikolaus, op.cit.*, p. 378; *Hoppe, Tilman, op.cit.*, p. 991; *Koch, Arnd, op.cit.*, p. 592. Sobre un doble carácter, tanto de lesión respecto al ámbito personalísimo de vida como de peligro frente al prestigio social vid. *Hoyer, Andreas, op.cit.*, p. 4.

44 Por ejemplo webcams o spycams, sobre esto vid. *Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 13*, donde se estima la conducta como una modalidad autónoma frente a la captación de imágenes. Como sólo una función aclaratoria lo comprende *NK/Kargl, § 201a, N.m. 6*.

de mera observación, cuestión en principio irrelevante en términos de la disposición, que pasaría a ser penalmente sancionable en virtud de la utilización de un medio técnico.

En tal caso, cuesta encontrar buenos argumentos que sustenten un mayor reproche a la observación mediante un dispositivo que, sin fijar en soporte las imágenes, permita la observación en tiempo real de una conducta con la sola particularidad de que la imagen es digitalizada por el aparato que capta y reproducida por un medio que traduce en señales ópticas la información digital, mientras que en el caso de que la observación en tiempo real se realice con medios mecánicos, tal como un lente de larga vista, la conducta no es penalmente relevante.

Frente a ello, podría interpretarse la disposición de manera restrictiva, de tal modo que en el caso que la transmisión sirva sólo como reemplazo de un mecanismo de observación directo sin la existencia de terceros que pueda acceder a la imagen transmitida, se asimilara la conducta a la de la sola observación, excluyendo por tanto dicho supuesto de aquellos subsumibles bajo la norma.

2.2. *El requisito de no estar autorizado*

El inciso primero del § 201a StGB requiere que las conductas allí descritas sean realizadas sin autorización, dicha exigencia es paralela a la establecida en otras figuras del mismo apartado, tales como el § 201 StGB (vulneración de la confidencialidad de la palabra) y § 203 StGB (violación de secretos privados).

*Dicha exigencia se puede entender como una referencia a la antijuridicidad*⁴⁵ o bien como un elemento con doble función⁴⁶: en caso de acuerdo (*Einverständnis*) cumple el rol de exclusión de la tipicidad, en los restantes casos, el de justificación⁴⁷.

45 *Eisele, Jörg, op.cit.*, p. 10; *Lackner/Kühl, StGB*, § 201a, N.m. 9.

46 *Sch/Sch/Lenckner, § 201a, N. m. 8.*

47 Si existe una diferencia entre consentimiento (*Einwilligung*) y acuerdo (*Einverständnis*) que justifique un tratamiento sistemático diferenciado de

El principal supuesto que puede concurrir es el del consentimiento. Dicho consentimiento se refiere no al titular de derechos sobre el espacio en el cual se encuentra la persona cuya imagen es captada, sino al consentimiento eficaz de la víctima cuyo comportamiento se desarrolla en un espacio físico-normativo protegido⁴⁸, pues en ese caso ha dispuesto el mismo titular la realización de una apertura de su ámbito personalísimo de vida, de ahí que se afirme la atipicidad de dicho caso. Dado que como se señaló, procede la protección también en el caso que la víctima se encuentre en una vivienda que no sea propia, la ausencia de consentimiento del titular de derechos sobre la vivienda o el lugar especialmente protegido no impide considerar la captación de la imagen como no autorizada⁴⁹.

El consentimiento esta sometido a las mismas exigencias generales que rigen para los demás casos, requiriéndose éste de todas las personas cuya imagen es captada⁵⁰, en tanto el comportamiento que es capturado por medio de la imagen pertenezca al ámbito personalísimo de vida.

Como causa de justificación fue objeto de discusión parlamentaria la introducción de una cláusula relativa a relevantes intereses públicos⁵¹, en términos similares a los establecido en el § 201 II 3 StGB⁵² o en el § 193 StGB (para el caso de los delitos contra la honor)⁵³. Dicha cláusula hubiese tenido por objeto prin-

sus efectos es una cuestión más que discutible, vid. por todos *Roxin, Claus, Strafrecht AT I*, § 13, N.m. 11.

48 Tröndle/*Fischer*, StGB, § 201a, N.m. 16.

49 Sobre ello *Kühl, Kristian, op.cit.*, AfP, p. 196 s.; NK/*Kargl*, § 201a, N.m. 16.

50 NK/*Kargl*, § 201a, N.m. 16.

51 En particular se solicitó la incorporación de una cláusula en ese sentido por parte de los representantes de los medios. Sobre ello vid. *Medienverbände und -unternehmen: Kritik am Gesetzentwurf zum Bildnisschutz im Strafrecht*, MMR 3, 2004, p. XII s.

52 Introducida por el legislador mediante al 29. StrÄndG en 1990, sobre el particular vid. LK/*Schünemann*, § 201, N.m. 46; Sch/Sch/*Lenckner*, § 201a, N. m. 33a.

53 Sobre ello LK/*Hilgendorf*, § 193.

principal la protección de la actividad del denominado periodismo investigativo, pero en el trabajo parlamentario fue finalmente descartada, considerándose que una cláusula de justificación de ese tipo, cuyos límites son muy difusos, restringiría excesivamente la norma, como también en consideración a que la disposición no trata el supuesto de la difusión y publicación de las imágenes⁵⁴.

A favor de una ausencia de regulación sobre la materia hablan buenos argumentos, en especial, la valoración jurisprudencial de la esfera de intimidad como un ámbito protegido de forma absoluta⁵⁵. La concurrencia de otras causas de justificación es, atendido el supuesto punible, poco relevante en la práctica⁵⁶.

2.3. Utilización y dar acceso a terceros

El inciso segundo amplía la gama de conductas básicas establecidas a dos supuestos, a saber, la utilización y el proporcionar acceso a terceros.

a) Utilización

Por utilización se entiende cualquier forma uso de la imagen, propia o ajena, pública o privada, tenga o no fines comerciales⁵⁷, por ejemplo la grabación, copia o el archivar la imagen captada⁵⁸ o hacer esta visible⁵⁹. Ha de tratarse de una imagen en el sentido del inciso primero, esto es, obtenida de forma antijurídica⁶⁰.

La regulación del inciso segundo iguala la establecida en el § 201 StGB para el caso de la reproducción de las comu-

54 Vid. NK/Kargl, § 201a, R.m. 15.

55 Vid. Eisele, Jörg, *op.cit.*, p. 10.

56 Sobre la procedencia de otras causas de justificación, como legítima defensa o estado de necesidad vid. en detalle NK/Kargl, § 201a StGB, N.m. 17 ss.; Wolter, Jürgen, *op.cit.*, p. 233.

57 Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 18.

58 Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 6.

59 Sch/Sch/Lenckner, § 201a, N. m. 9.

60 Vid. Kargl, Walter, *op.cit.*, ZStW, p. 333; Sch/Sch/Lenckner, § 201a, N. m. 9

nicaciones verbales ilegalmente captadas. Dicha asimilación al caso de imágenes produce algunos problemas interpretativos que obligan a un esfuerzo que permita una lectura razonable de la disposición. Así, la circunstancia de que quién haga uso de la imagen sea quién la ha captado o un tercero resulta irrelevante. Ello requiere de una precisión adicional en el caso que la utilización de la imagen esta dada por la mera observación de la misma: dicha observación puede ser realizada por quién ha captado la imagen, o bien por un tercero. Parte de la doctrina considera que en ambos casos se realiza la conducta típica⁶¹. Por otra parte, se argumenta que en caso de la mera observación por un tercero⁶², la conducta no ha de ser subsumible en los términos de la norma, puesto que la conducta de mera observación, aún en el caso de observación directa, no realiza el tipo⁶³. Ello nos reconduce a la interpretación del supuesto de transmisión y la relevancia que puede otorgarse como supuesto típico a la transmisión como forma de mera observación.

b) Dar acceso a terceros

La segunda modalidad consiste en hacer accesible la imagen a un tercero, sea por medio de la entrega o la exhibición, bastando para ello el posibilitar el acceso a la imagen, por el contrario, la mera comunicación del contenido visual captado no es relevante a efectos penales⁶⁴. A diferencia de la modalidad del inciso primero referida a la transmisión, la conducta de posibilitar el acceso a terceros implica que la imagen ha de estar respaldada en un soporte físico y que el acceso a la imagen no ocurre en tiempo real.

61 Así Kargl, Walter, *op.cit.*, ZStW, p. 334; Sauren, Jürgen, Bedrohung der freien Berichterstattung durch den neuen § 201a StGB?, ZUM 6, 2005, p. 429; crit. en el mismo sentido vid. Borgmann, Matthias, *op.cit.*, p. 2135

62 En el caso de quién ha captado la imagen se trata de un problema concursal fácilmente resoluble.

63 En ese sentido Bosch, Nikolaus, *op.cit.*, p. 380; Sch/Sch/Lenckner, § 201a, N. m. 9; Koch, Arnd, Strafrechtlicher Schutz von unbefugten Bildaufnahmen. Zur Einführung von § 201a StGB, GA, 2005, p. 600 s.

64 Kargl, Walter, *op.cit.*, ZStW, p. 334.

2.4 La regulación en el inciso 3°. ¿Extensión del ámbito personalísimo de vida o vulneración de confianza?

El inciso tercero del § 201a StGB regula una modalidad ya contemplada en el inciso segundo, la puesta de la imagen a disposición de terceros, pero con el presupuesto que la imagen haya sido obtenida de forma autorizada. En este caso el requisito de antijuridicidad, sin autorización, no se refiere a la obtención de la imagen, sino sólo a la puesta a disposición de terceros. El caso de aplicación que habitualmente es expuesto como paradigmático de esta norma, es aquél representado por la existencia de fotografías de desnudos tomadas en el marco de una relación de pareja que ha cesado, existiendo ahora el riesgo de poner las imágenes, originalmente tomadas con el consentimiento de los participantes, en conocimiento de terceros con el sólo consentimiento del poseedor actual de las imágenes.

Debido a que la norma presupone el consentimiento en la captación de las imágenes, se puede considerar que el fundamento de la punibilidad en el caso del inciso tercero es controvertible. Por una parte pareciese ya no serlo la intromisión, sin o contra la voluntad de la víctima, en el ámbito personalísimo de vida, sino que más bien obedecería a otros criterios, como por ejemplo una vulneración posterior de confianza⁶⁵. El inciso tercero del § 201a StGB ha sido también caracterizado como una norma que rompe con los parámetros fundamentales en el sistema de protección establecido en el Título 15 del Código Penal alemán, pues éste se estructuraría, ya sea con base en casos de ruptura de una relación de confianza, encontrándose el autor en una posición que establece deberes especiales de custodia de la información (§ 203 StGB) o bien, en una intromisión en la esfera de privacidad de la víctima (§ 201 StGB y demás normas del apartado sistemático). En ese marco, se puede considerar que la modalidad sancionada en el

65 Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 22; Kühl, Kristian, *op.cit.*, AfP, 2004, p. 195; crítico Rahmlow, Matthias, *op.cit.*, p. 93.

inciso tercero conjuga en forma asistemática los dos criterios legitimatorios antes indicados⁶⁶.

Por otra parte, puede considerarse que no es en sí la vulneración de una relación de confianza⁶⁷ lo que justifica la punibilidad en este supuesto, sino más bien una extensión del derecho de la víctima a conservar su capacidad de disposición sobre el contenido de su ámbito personalísimo de vida, evitando el acceso a imágenes pertenecientes a ese espacio⁶⁸. En ese sentido, se trataría en todo caso de una afectación del ámbito personalísimo de vida, de forma indirecta, puesto que el titular de la imagen si bien ha consentido en la “vulneración” respecto de ciertas personas, no renuncia por ese hecho a la posibilidad de excluir a terceros del acceso a dicho espacio protegido de su vida. En esa línea, el elemento “no autorizado” pasa a ocupar, a diferencia del inciso primero, el carácter de elemento del tipo⁶⁹.

Dadas las dificultades planteadas en la orientación de la norma a la protección del ámbito personalísimo de vida, puesto que el titular ya ha dispuesto de él, se plantea que ha de exigirse por parte de la víctima que exprese su disconformidad, sea en forma expresa o conclusiva, con la puesta a disposición de terceros de la imagen captada⁷⁰.

Adicionalmente, la norma requiere que la puesta a disposición de terceros no autorizada, ocurra por parte del autor a sabiendas (*wissentlich*). Esta exigencia se considera como el elemento fundamental que permite una restricción razonable del campo de aplicación de la disposición, pero cuyo significado es

66 En ese sentido vid. *Rahmlow, Matthias, op.cit.*, p. 92 s.

67 Comprendiéndolo así, pero crítico al respecto vid. *Borgmann, Matthias, op.cit.*, p. 2135

68 Sch/Sch/Lenckner, § 201a, N. m. 10.

69 Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 8.

70 Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 8.

complejo de determinar, puesto que el legislador ha ocupado una formula casi ajena a la regulación existente⁷¹.

El sentido que debe darse a la exigencia de “a sabiendas no autorizado” no quedo determinado en el proceso parlamentario. De acuerdo al proyecto respectivo, la función era clarificar el carácter del concepto “no autorizado” como elemento del tipo, y el “a sabiendas” estaba destinado a la exclusión del dolo eventual⁷². Por ello, cuál es la extensión del dolo según la que ha de juzgarse la relevancia penal de la conducta resulta ser una cuestión discutible que puede plantearse en dos sentidos. Por una parte, puede entenderse que la exigencia de la norma es tal, que el autor en el caso del inciso tercero debía saber de manera segura que él no posee ninguna autorización para poner la imagen a disposición de terceros, por otra parte, que el autor debía saber que el titular de la imagen no había entregado ninguna autorización expresa⁷³.

A la primera alternativa se puede objetar que, en la práctica, resulta carente de significado, dado que la prueba forense sería difícilmente realizable⁷⁴. La segunda alternativa no implica una restricción de la responsabilidad, sino que se privaría al autor del recurso a un acuerdo tácito (*konkludentes Einverständnis*) o a un error sobre la extensión de un acuerdo expreso⁷⁵.

3. El resultado típico, la lesión del ámbito personalísimo de vida

La inclusión del resultado lesivo del bien jurídico como resultado del tipo penal es uno de los aspectos que más interés

71 Presente en escasas normas, como por ejemplo el § 108 UrhG, norma referida a determinadas afectaciones a derechos relacionados con el derecho de autor, norma que a la vez se reconduce (también en cuanto a la terminología utilizada) a la Directiva 2001/29/EG. Sobre la relación de la protección en materia de derechos de autor y su posible vinculación con la regulación establecida en el § 201a StGB vid. *Bosch, Nikolaus, op.cit.*, p. 381.

72 De ello se deja constancia en el BT-Drs. 15/2995, p. 6.

73 *Bosch, Nikolaus, op.cit.*, p. 381.

74 *Bosch, Nikolaus, op.cit.*, p. 381.

75 *Bosch, Nikolaus, op.cit.*, p. 381.

doctrinario ha despertado. El § 201a StGB exige que las conductas allí descritas produzcan como resultado la lesión del ámbito personalísimo de vida (*Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs*), concepto que se entiende como una manifestación del derecho general de personalidad⁷⁶.

El establecimiento del requisito de vulneración del ámbito personalísimo de vida como resultado de la conducta típica persiguió claros objetivos por parte del legislador, en concreto, la intención de evitar una vulneración de la prohibición de exceso así como dar satisfacción al mandato de determinación de la norma penal⁷⁷. Una restricción similar no se encuentra en ninguno de los demás párrafos que componen el Título 15 del Código Penal alemán, pese a que la denominación del título hace referencia a la protección del ámbito de vida personal, además del ámbito de secreto, el otro elemento protegido en el apartado sistemático.

El establecimiento de este requisito de la conducta típica obliga a considerar en qué casos la fijación no autorizada de imágenes en el campo privado de la víctima no produce una lesión del ámbito personalísimo de vida, lo cual puede conducir a dificultades en la aplicación del precepto⁷⁸, más aún si se considera la exigencia de lesión junto a la ausencia de punibilidad en caso de tentativa⁷⁹.

Las dificultades en cuanto a la determinación del contenido del ámbito personalísimo de vida se encuentran, en primer término, dadas por la introducción de este nuevo concepto en el derecho penal alemán. Hasta ahora, el ordenamiento jurídico alemán conocía nociones tales como el de vida privada, ámbito

76 Sch/Sch/Lenckner, § 201a, N. m. 2; Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 1; Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 3.

77 BT-Drs. 15/2446, p. 4.; Vid. tb. Bosch, Nikolaus, *op.cit.*, p. 379.

78 Kühl, Kristian, Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz gegen Bildaufnahmen, *op.cit.*, p. 222.

79 Así Wolter, Jürgen, *op.cit.*, p. 229 s. quién además se manifiesta en general crítico a la formulación y escéptico frente a la efectividad de la norma, p. 233 s.

personal de vida (§ 68a 1 StPO, § 171b 1 GVG) u otras de carácter similar, cuyos contornos habían sido delineados con mayor o menor exactitud tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en especial mediante el desarrollo de la teoría de esferas. Según dicho modelo, que ha encontrado recepción en la jurisprudencia constitucional, se ha de considerar la existencia de tres esferas. La más amplia, la denominada esfera pública, en un nivel intermedio se encontraría la denominada esfera privada, en la cual las interacciones de terceros, sean particulares o agentes del Estado, puede tener lugar de acuerdo a una ponderación de los intereses en juego y, finalmente, la esfera íntima, la que se comprende como un espacio intangible⁸⁰. Según las nociones desarrolladas a propósito de la teoría de las esferas, se ha intentado comprender el alcance de la disposición⁸¹.

En relación con lo anterior, se hace necesario indagar en que medida el ámbito personalísimo de vida se relaciona con la denominada esfera íntima⁸² (a la cual se vincula esencialmente los supuestos vitales relacionados con enfermedad, desnudez y sexualidad)⁸³ o si el concepto de esfera privada se identifica con el de ámbito personal de vida y que consecuencias se sigue de ello para la interpretación del § 201a StGB. Queda también, entre otros puntos, por clarificar las relaciones entre el concepto de ámbito personal de vida y la esfera de secreto, en cuanto ámbito principal del protección del Título 15 del Código Penal alemán⁸⁴. Estos

80 Sobre la teoría de esferas de protección vid. *Alexy, Robert*, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, p. 327 ss. Crítico sobre la esta teoría y su recepción en las decisiones del Tribunal Constitucional vid. *Schünemann, Bern*, *op.cit.*, ZStW, p. 17 ss. y en LK/Schünemann, Vor §201, N.m. 3.

81 Vid. *Wolter, Jürgen*, *op.cit.*, p. 228.; *Bosch, Nikolaus*, *op.cit.*, p. 379.

82 O si procede una identificación de ambos conceptos, así a lo menos se ha formulado en la, hasta ahora escasísima, jurisprudencia vid. OLG Köln, NJW, 2005, 2999.

83 Una identificación entre esfera íntima y ámbito personalísimo de vida quiso evitarse expresamente por el legislador. BT-Drs. 15-1891, p. 7, es dudoso en que medida esa diferenciación se logra.

84 Sobre estas preguntas, la influencia de la legislación vigente y los conceptos utilizados en proyectos que han regulado materias relacionadas vid. *Wolter, Jürgen*, *op.cit.*, p. 225 ss.

tópicos se encuentran asimismo ligados a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán sobre protección de la vida privada, en particular, a las decisiones sobre la valoración procesal de antecedentes contenidos en el diario de vida⁸⁵ y la reciente decisión sobre escuchas telefónicas domiciliarias⁸⁶.

En la discusión parlamentaria sobre el precepto se intento dejar en claro con el concepto de ámbito personalísimo de vida, que en este caso se trataba de la protección de un determinado espacio en el cual las ponderaciones de intereses público-privados no procedía, cuestión distinta a lo que sucede en espacios de todas formas protegidos pero con una mayor extensión, tal como el caso de la esfera de privacidad. Así, el ámbito personalísimo de vida debiese abarcar en su contenido al concepto de esfera de intimidad (*Intimsphäre*)⁸⁷, pero sin la connotación restrictiva que dicho concepto tiene referida más bien a los supuestos de enfermedad, muerte y sexualidad.

El denominado ámbito personal de vida ha tenido recogida expresa en el Derecho Procesal Penal. En ese contexto se ha comprendido como aquél en el cual se ha de garantizar a la persona la posibilidad de desarrollar su personalidad⁸⁸. Sin perjuicio de ello, no ha de olvidarse que el concepto del ámbito personal de vida no puede sin más ser trasladado al ámbito penal⁸⁹, ya que él ha sido desarrollado en cuanto construcción de barreras frente a los peligros derivados de las ataques a derechos fundamentales producto de actuaciones relacionadas al proceso penal. El contenido del ámbito personal de vida es, asimismo, controvertido en cuanto parte de la doctrina lo identifica esencialmente con la esfera de intimidad⁹⁰, mientras otros lo definen de una manera

85 BVerfGE 80, 367.

86 BVerfG NJW 2004, 999; StV 2004, 169.

87 Así Tröndle/Fischer, StGB, § 201a, N.m. 3.

88 Meyer-Göfner; Lutz, Kommentar zur StPO, § 68a, N.m. 4, § 171b, N.m. 3.

89 Vid. Rahmlow, Matthias, *op.cit.*, p. 90 s.

90 En ese sentido Pfeiffer, Gerd, StPO Kommentar, § 68a, N.m. 1; tb. vid. Senge, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 68a, N.m. 1a.

más amplia, comprendiendo en dicho ámbito las preferencias y cualidades de una persona, su estado de salud, su posición política y religiosa, su vida sexual, así como hechos pertenecientes a su vida familiar, a los cuales terceros no autorizados no tendrían sin más acceso.⁹¹

Dada la falta expresa de correlación entre la terminología del § 201a StGB con los conceptos existentes en la materia, se presentan alternativas⁹² para la interpretación de la norma, cada una de las cuales representa respectivamente un acercamiento de la disposición sea más a la estructura y significado del § 201 StGB o bien al § 203 StGB, esto es, el centro del injusto estaría, o bien dado por la intromisión en un espacio físico-normativo protegido, o por otra parte, más bien en la ruptura de la relación de confianza mediante la revelación de informaciones ya conocidas⁹³.

Por una parte se puede considerar que el criterio decisivo para la determinación de la vulneración del ámbito personalísimo de vida se encuentra en la ruptura de la esfera privada a través de la captación de la imagen (considerando especialmente la significación del lugar y la situación captadas), en ese sentido la norma habría de encontrarse en mayor sintonía con la protección otorgada en el párrafo precedente, acentuando el carácter de fugacidad de la imagen (del mismo modo que el § 201 StGB se dirige esencialmente a la protección de la volatilidad de la expresión verbal).

La otra opción es atender fundamentalmente a la significación que la imagen tenga y si el contenido de ésta ha de considerarse como parte integrante del denominado ámbito personalísimo de vida (con lo cual se orienta la interpretación de la norma más a la información estimada como secreto, de modo similar al § 203 StGB). En tal sentido, debería producirse una valoración de las conductas que, por ejemplo, se desarrollan al interior de

91 *Meyer-Göfner, Lutz*, Kommentar zur StPO, § 68a, N.m. 4, § 171b, N.m. 3.

92 Así en *Rahmlow, Matthias*, *op.cit.*, p. 91.

93 Vid. *LK/Schünemann*, Vor § 201, N.m. 6.

la propia vivienda pero cuya significación es tal que su fijación visual no implica una vulneración del ámbito personalísimo de vida. Así, acciones neutrales (cenar, leer, dormir⁹⁴) no estarían bajo la protección penal otorgada por el § 201a StGB. En el caso de una persona enferma, no sería suficiente el captar la imagen de la persona, cumpliendo los requisitos referidos al lugar donde la víctima debe encontrarse en el momento de la realización de la acción, sino que debería exigirse adicionalmente para la satisfacción del resultado penalmente relevante que de la imagen captada pudiese reconocerse el estado de enfermedad de la víctima⁹⁵.

Desde una perspectiva similar Hoyer⁹⁶ propone que las alternativas de interpretación de la norma, en cuanto a la realización de una vulneración del ámbito personalísimo de vida, dependen en buena parte del sentido que se le atribuya a la expresión “por medio” (*dadurch*) en cuanto relación existente entre la captación de la imagen y el resultado requerido por la disposición. En esa dirección, lo que el autor propone es diferenciar si el acento ha de ponerse en la acción de captar la imagen, o bien en el resultado de la imagen captada. Con base en la irrelevancia de la mera observación, así como en la impunidad de la tentativa, concluye Hoyer que lo determinante del injusto en el § 201a StGB esta dado por el resultado de fijación de la imagen, en la perceptibilidad por parte de terceros del contenido captado⁹⁷, el cual ha de mostrar un comportamiento perteneciente al ámbito personalísimo de vida que se realiza. En el intento por determinar que conductas pertenecen al denominado ámbito personalísimo de vida Hoyer propone como centro del injusto un daño al reconocimiento social (*sozialer Geltungsschaden*)⁹⁸, de tal forma que aún sin exigir el tipo tal clase de daño, ha de interpretarse dicha exigencia a lo

94 Que dichas acciones hayan de calificarse como neutrales es una cuestión que depende del contexto y circunstancias en las que se desarrollen.

95 Rahmlow, Matthias, *op.cit.*, p. 91.

96 Hoyer, Andreas, *op.cit.*, p. 2.

97 Hoyer, Andreas, *op.cit.*, p. 2.

98 Hoyer, Andreas, *op.cit.*, p. 4.

menos en realización de un peligro. En la determinación del daño al reconocimiento social recurre el autor a la cláusula de aptitud establecida en el § 187 StGB (difamación) que contempla, entre otros, el supuesto de denigrar a la víctima⁹⁹. De esa forma, *Hoyer* pretende transformar el § 201a StGB en una disposición que protege, antes que la privacidad, más bien el honor de la víctima, con la particularidad que aquí se trataría de un contenido comunicacional verdadero, a diferencia del caso de afectación del honor.

Tal construcción escapa por completo al fin de protección de la norma, el cual se refiere básicamente a la salvaguarda frente a la posibilidad de intromisiones en un cierto ámbito en el cual se desarrollan conductas, respecto de las cuales el agente tiene un razonable y legítimo interés en excluir a terceros. Que ello no se concrete a partir de la mera observación, sin fijación de la imagen, no impide seguir afirmando que el contenido del injusto no está en modo alguno determinado por la posibilidad de que la víctima vea dañado su prestigio social en virtud de la valoración del contenido de la imagen captada. De seguirse esa interpretación se restringe inapropiadamente el campo de aplicación de la norma, debiendo recurrir a dudosas construcciones para mantener una mínima lectura del tipo, afirmando por ejemplo, que en el caso de la captación de imágenes de una persona enferma, el tipo se realiza en tanto se pone en peligro la confianza en la capacidad productiva de la víctima¹⁰⁰.

La determinación de que conductas pueden comprenderse dentro del ámbito personalísimo de vida es una cuestión que obedece esencialmente al elemento determinante del injusto, esto es, la contrariedad de la voluntad de la víctima, voluntad que le permite al titular excluir a indiscriminadamente a terceros de tomar parte o conocimiento, en hechos pertenecientes al ámbito en que el Estado le asegura la posibilidad de no interferencia. Es la falta de ausencia de consentimiento del titular, con independencia de

99 Las otras modalidades se refieren a la afectación del crédito, en un sentido patrimonial, y el hacer a la víctima aparecer como despreciable.

100 *Hoyer, Andreas, op.cit.*, p. 5.

una determinada valoración de la imagen captada lo que constituye el supuesto que se quiere proteger. Así como se garantiza, bajo amenaza penal, la posibilidad de excluir a terceros de tomar parte en procesos de comunicación verbal, ha de garantizarse también, por medio del § 201a StGB, la posibilidad de excluir a terceros de presenciar determinados comportamientos que se producen en un determinado ámbito normativo protegido. Que la extensión de la protección penal en este caso no alcance a la mera observación, sino que requiera por regla general la fijación de la imagen, es más bien una concesión a la insignificancia aparente de esa sola conducta, cuestión por demás contingente en los ordenamientos jurídicos.

Las demás restricciones que la misma disposición entrega, proporcionan algunas orientaciones adicionales para una acertada determinación del contenido del ámbito personalísimo de vida. Por lo pronto, este ámbito ha de restringirse más allá de la vivienda y de los recintos especialmente protegidos¹⁰¹, pues la exigencia de un resultado que implique la afectación del ámbito personalísimo de vida obliga a delimitar los casos de captación de imágenes en dichos recintos que no materializan el resultado exigido¹⁰². Asimismo, que la imagen captada corresponde a un proceso vital que ha de entenderse como perteneciente al ámbito personalísimo de vida ha de ser algo reconocible para terceros no involucrados en la captación de la imagen¹⁰³.

Es claro que los contenidos tradicionalmente relacionados a la llamada esfera de intimidad se encuentran incluidos en el ám-

101 Así Lackner/Kühl, StGB, § 201a, N.m. 3.

102 Crítico contra la exigencia de una vulneración del ámbito personalísimo de vida, aún cuando la imagen hubiese sido captada encontrándose la víctima en su vivienda se manifiesta Wolter, Jürgen, *op.cit.*, p. 229 ss. Entre los múltiples argumentos que Wolter señala de acuerdo a los artículos 13, I, I, y 79 III GG la vivienda constituye un espacio intangible, constituyendo ese “espacio interno espacial-normativo” una zona que ha de quedar desde ya protegida, sin el requisito adicional del tipo en cuanto a la exigencia de una afectación del ámbito personalísimo de vida. La vivienda es, en términos de Wolter, la muralla de protección del individuo.

103 Así Rahlmow, Matthias, *op.cit.*, p. 91 s.; Hoyer, Andreas, *op.cit.*, p. 2.

bito personalísimo de vida, por tanto, la pregunta que se plantea es qué elementos han de incluirse en dicho espacio normativo de protección, sin que este alcance la comprensión del ámbito personal vida. Ello depende también del peso que se le quiera otorgar a la interpretación sistemática del concepto de ámbito personal de vida y que tanta validez pueda tener la aplicación en el campo procesal penal para la determinación del injusto propio de la captación no autorizada de imágenes.

V. Consideraciones finales

La introducción del §201a StGB se puede observar desde diversas perspectivas. Desde una perspectiva más bien político criminal, representa una excepción al denominado fenómeno de la expansión, puesto que el tipo escapa a los análisis referidos a la legitimidad del bien jurídico protegido o a si existe una suficiente conexión en términos de la lesión-puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Nadie pone en cuestión la legitimidad de la protección penal de la esfera de privacidad de las personas y, tratándose de un delito de lesión¹⁰⁴, no existen mayores interrogantes que resolver en cuanto a la existencia de una innecesaria anticipación de la punibilidad o una excesiva abstracción del peligro. Mejor aún, ni siquiera da pie a preguntarnos si se tratará de una expresión del llamado derecho penal del “enemigo”.

En consonancia con lo anterior, y he aquí uno de los aspectos más atractivos de la disposición en cuanto fenómeno normativo, nos pone nuevamente en la situación de abocarnos al análisis de problemas fundamentales del Derecho Penal a propósito de la protección de un bien jurídico, por llamarlo de algún modo, tradicional y de una importancia creciente en las sociedades complejas, como lo es la privacidad. Dicha noción ha encontrado recepción y desarrollo primordialmente en el campo de las garantías frente a la persecución penal. Con el establecimiento del § 201a StGB, se presenta una nueva dimensión de este derecho, en cuanto a su

104 Sobre esto vid. N. 42.

carácter de bien jurídico protegible mediante disposiciones penales. Sin embargo resta por elaborar el concepto en una función limitadora de la potestad punitiva estatal¹⁰⁵.

Que el respeto a los principios constitucionales que legitiman – limitan el Derecho Penal puede producir disposiciones no felices, lo demuestra de manera ejemplar la norma que trata el presente trabajo. Un celoso apego del legislador al principio de legalidad, rayano en una paranoia que no suele presentarse en la elaboración de muchos tipos penales, ha colocado a la norma en una difícil situación de aplicación. La doble restricción, en cuanto al espacio físico así como al resultado normativo, ha creado una disposición que no peca de exceso en sus posibilidades de aplicación, sino por el contrario amenaza con convertirse en una legislación insuficiente a objeto de proteger espacios privados de vida. En efecto, la norma intenta delimitar cuales es el contenido de los espacios de vida en los cuales las personas tienen el derecho a no ser interferidos, que límites tiene un sujeto en cuanto a posibilidades de sustraerse a la interacción con terceros.

Junto a lo anterior, la ausencia de protección post-mortal así como la desprotección en recintos públicos, son decisiones

105 En esa línea pareciese enfocarse el planteamiento de *Jakobs* en cuanto a la consideración de un ámbito interno (*Intembereich*) como uno tal que debiese garantizarse como libre de persecución penal. Expuesto en su ya clásico artículo *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, ZStW 97, 1985, p. 51 ss. (hay traducción al español “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Jakobs*, Estudios de Derecho penal, trad. e int. de Peñaranda Ramos / Suárez Montes / Cancio Meliá, Madrid, 1997, pp. 293 y ss.) Sin embargo, *Jakobs* se aboca esencialmente a explicitar dicha restricción de la punición a propósito de los delitos de peligro abstracto, sobre ello vid. tb. *Anastasopolou, Ioanna*, Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter, München, 2005, p. 123 ss. En qué medida el denominado *Internum* recoge la idea de una amplia recepción de la esfera privada como un criterio que pueda fundamentar la restricción del Derecho Penal es una cuestión no aclarada. Por un rol más directo de la esfera privada en cuanto a límite general del Derecho Penal aboga *Andrew von Hirsch* en *Toleranz als Mediating principle*, en: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (eds), *Mediating Principles*, Baden-Baden, 2006, p. 105 ss.

legislativas discutibles, pero legítimas dentro del margen decisorio del órgano generador de normas. En ese punto, se ve satisfecho el mandato de determinación. Sin embargo, la exigencia de la vulneración del ámbito personalísimo de vida parece más que cuestionable. Aquí la doctrina se ve obligada a optar por una interpretación que casi iguala la intromisión en cierto espacio con la vulneración requerida u optar por una restricción excesiva de la norma, que priva al afectado de la decisión de excluir arbitrariamente a terceros de la participación en eventos de su vida, con independencia de que dichos sucesos hayan de tener características tales que puedan permitir su adscripción al denominado ámbito personalísimo de vida. En ese sentido, la protección de la imagen debiese a lo menos igualar a la protección de las comunicaciones verbales. De igual modo, en poco contribuye el hecho de utilizar una terminología tal que, queriendo precisar el contenido de la norma, por su novedad en el sistema jurídico así como por su falta de coordinación con los conceptos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, parece más que nada ocasionar confusión al momento de determinar el ámbito de aplicación.

Parece evidente que la suerte que ha de correr el párrafo en el derecho penal alemán depende, como suele ser, de la construcción que los órganos aplicadores del derecho vayan realizando. Que extensión se le de al ámbito personalísimo de vida es una cuestión aún por definir y, con ello, queda buena parte de la discusión acerca del § 201a StGB aún por realizarse.