

I.5 DERECHO PENAL

LA DIVULGACIÓN DE MANIFESTACIONES DE LA INTIMIDAD AJENA OBTENIDAS ILÍCITAMENTE POR OTRO (ART. 197, NÚM. 3, 2.º PÁRRAFO, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL)

Por el Dr. JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Extremadura (Cáceres)

SUMARIO

- I. GÉNESIS DEL PRECEPTO
- II. LA SITUACIÓN LEGAL ANTERIOR
- III. EL NUEVO TIPO DEL ART. 197, NÚM. 3, 2.º PÁRRAFO, N.C.P.
- IV. CONMINACIÓN PENAL DE LA DIVULGACIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN
- V. EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD

I. GÉNESIS DEL PRECEPTO

Además de ampliar el alcance del tipo básico de intromisión en la intimidad ajena empleando medios técnicos, descrito en el art. 497 bis 1.^{er} párrafo C.P., la Ley Orgánica 18/1994¹ introdujo un tercer párrafo en dicho artículo, mediante el que se tipificaba expresamente la divulgación o revelación de aspectos de la intimidad ajena captados subrepticamente (a través de alguno de los medios descritos en el primer párrafo) por parte de no partícipe en dicha captación, perfeccionando así la protección del derecho a la intimidad, mediante la amenaza penal dirigida a formas de ataque antes constitutivas de flagrantes lagunas de punición, advertidas por la doctrina. En concreto, en el art. 497, 3.^{er} párrafo, se imponían las penas de prisión menor en su grado mínimo (privación de libertad de entre seis meses y un día a dos años y cuatro meses) y multa de 100.000 a un millón de pesetas, a: «El que, sin conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior...» (*scl.*, «divulgare o revelare» lo descubierto mediante interceptación de las telecomunicaciones de otro o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen).

La promulgación del precepto fue recibida con división de opiniones, pero ciertamente debía saludarse en razón de su oportunidad, y en la medida en que completaba y reforzaba la protección jurídico-penal de la intimidad², en momentos en que se asiste con estupor a una circulación sin precedentes de dossiers sobre personas de relevancia pública, que contienen por lo general manifestaciones de la intimidad obtenidas clandestinamente, y que pueden servir de instrumento para la comisión de delitos de amenazas condicionales o de simples actos de venganza, y se hacen públicos cuando la oportunidad está en sazón.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 18/1994 se reconoce que la protección de la intimidad establecida en 1984 resultó incompleta debido a que las penas, por su levedad, no resultaban suficientemente disuasorias y porque no

¹ De 23 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en lo referente al secreto de las comunicaciones.

² Acerca del contenido de este derecho, *vid.* Fariñas Matoni, L. M., *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983. En el ámbito penal, Gómez Pavón, P., *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, 1989.

Específicamente sobre el nuevo art. 497 bis, párrafo tercero, *vid.* Cortés Bechiarelli, E., «Comentario al art. 497 bis, párrafo tercero, del C.P.», en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.) y Bajo Fernández (coord.), t. XVII: *Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de comunicaciones y conducción de ciclomotores*, Edersa, Madrid, 1996, págs. 355 y ss.; asimismo, Carmona Salgado, C., «La intimidad como bien jurídico protegido, a propósito de la reforma penal sobre secreto de las comunicaciones, de 23 de diciembre de 1994», *loc. cit.*, págs. 269 y ss., especialmente 280 y ss.

se aseguraba plenamente el secreto de las comunicaciones, a la vista de la gama de conductas que quedaron excluidas de los tipos que se regularon, y de las modalidades de telecomunicaciones susceptibles de ser interceptadas. Tratando de remediar tales deficiencias, se emprendió la agravación de las penas y el incremento del catálogo de conductas típicas.

Se introducía de este modo, anticipándolo, un precepto similar al ahora recogido en el nuevo Código Penal de 1995 (en adelante, N.C.P.), en cuyo art. 197, núm. 3, párrafo 2.º, se establece: «Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su ilícito origen, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior» (esto es, «si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos y las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores»).

En cuanto al catálogo de conductas típicas de partida, el N.C.P. va mucho más lejos que la reforma de 1994, puesto que la hace extensiva a los delitos previos de apoderamiento documental, así como a un abanico más amplio de formas de interceptación y acceso a la intimidad ajena que la moderna tecnología proporciona. En efecto, entre las modalidades de descubrimiento descritas en el art. 197 se incluyen ya, no sólo el apoderamiento de mensajes, cartas, mensajes de correo electrónico, etc., y la interceptación de telecomunicaciones y utilización de «artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen», sino también «de cualquier otra señal de comunicación» (núm. 1), así como el apoderamiento sin autorización de «datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado» y el acceso no autorizado a éstos (núm. 2).

La L.O. 18/1994, si bien ampliaba acertadamente el círculo de lo susceptible de interceptación (al sustituir el término «comunicaciones telefónicas» por el más genérico de «telecomunicaciones»), e incluía a los instrumentos técnicos de intromisión en el aspecto visual de la intimidad, había desaprovechado en cambio, lamentablemente, la ocasión para adelantar, asimismo, la entrada en vigor de las modalidades comisivas ya prefiguradas en el P.C.P. de 1994, dejando subsistentes, sin fundamento, algunas lagunas de punición, como, por ejemplo, en relación con la información íntima contenida en soporte informático, que por ello sólo estaba penalmente protegida en la medida en que se transmitía de ordenador a ordenador (esto es, cuando constituía «telecomunicación»), pero no cuando simplemente se encontraba almacenada en disco rígido u otro sistema de almacenamiento de datos³.

³ En el art. 7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, en cambio, se describen con exhaustividad los medios posibles de intromisión en la intimidad: «1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Por otra parte, el nuevo art. 197 viene a subsanar otra laguna de punición existente en la regulación posterior a 1994, en la que no aparecía tipificada expresamente la divulgación de secretos contenidos en cartas o papeles, cuando el divulgador no había intervenido en el descubrimiento, laguna de punición que, dado que existen idénticas razones para punir en un supuesto que en otro, no cabía explicar, salvo atribuyéndola a olvido del legislador.

II. LA SITUACIÓN LEGAL ANTERIOR

Con anterioridad a la introducción del 3.^{er} párrafo del art. 497 bis, por la L.O. de 1994, se tipificaba *expresamente* sólo la revelación o divulgación de secretos o aspectos de la intimidad ajenos llevada a cabo por el mismo que ejecutó los actos de intrusión «técnica»⁴.

La doctrina entendía que la llevada a cabo por el tercero no interviniente constituía una *segunda revelación*, consiguientemente impune, dado que sólo la primera, esto es, la del descubridor al tercero, divulgador, se encontraba tipificada, como una especie de delito de propia mano. La responsabilidad del tercero no participe en el descubrimiento se encauzaría por la vía de la participación accesoria en la conducta de revelación o divulgación que llevaba a cabo el autor del tipo básico, o en el caso de haber sido inductor de la conducta de intrusión, podía ser considerado *como* autor de ésta (en aplicación del concepto extensivo de autor del art. 14), pudiendo, por tanto, realizar asimismo el tipo de divulgación⁵. Cabía, asimismo, solucionar los casos de reparto de funciones entre descubridor y divulgador calificando a ambas conductas de coautoría, en la medida en que se produciría la imputación recíproca de las respectivas aportaciones. Pero en todos estos supuestos se trataba de un divulgador *sí interviniente* en el descubrimiento.

Sin embargo, existían asimismo posibilidades de hacer responder al divulgador *no interviniente* en el descubrimiento. Así, cabía la vía del encubrimiento cuando el no interviniente en el descubrimiento auxiliaba al delincuente descubridor para

La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas...».

⁴ Vid., al respecto, González Guitián, L., en Cobo del Rosal y Bajo Fernández, *Comentarios a la Legislación penal*, ed. Edersa, t. VII: *Delitos contra el secreto de las comunicaciones («escuchas telefónicas»)*. *Delitos contra la Hacienda pública («delito fiscal»)*, 1986, págs. 190 y ss., especialmente en lo que se refiere a la interpretación de los verbos típicos «divulgar o revelar». En el mismo sentido, Cortés Bechiarelli, *op. cit.*, 359 y ss.

Cfr., además, Castiñeira Palou, M.^ª T. y Felip P., «Secreto de las comunicaciones y Derecho penal», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1989; De Vicente Remesal, J., «Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad y recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos», en *Poder Judicial*, n.º 17, 1990; Cobo del Rosal, M., «Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida», en *Política criminal, reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Madrid, 1993; Polaino Navarrete, M., «Interceptación de telecomunicaciones, sonido o imagen para descubrir los secretos o la intimidad personales», en *Comentarios a la legislación penal*, *cit.*, t. XVII, págs. 349 y ss.

⁵ En tal sentido, González Guitián, *op. cit.*, págs. 153 y 193.

aprovecharse de los efectos del delito (en casos en que se realizara el descubrimiento con la finalidad de lucrarse)⁶.

Por otra parte, si se entiende que en los tipos de revelación de secretos el agotamiento material del delito reside en la divulgación⁷, constituyendo el mero descubrimiento o interceptación la consumación formal (téngase en cuenta que el tipo de descubrimiento es más bien un tipo de peligro contra la intimidad y que el tipo de lesión lo constituye la divulgación, o, como también se ha señalado, que el descubrimiento constituye un mero tipo de consumación anticipada en su modalidad de delito imperfecto de dos actos)⁸, *todavía* cabría, según la teoría general de la participación y del *iter criminis*, la intervención accesoria del que, no habiendo tomado parte en el descubrimiento, determina sin embargo la divulgación. Pero se trataría siempre de intervención en un hecho ajeno, de participación en la divulgación de otro, el descubridor.

Por otra parte, si, en la modalidad típica del párrafo 2.º del antiguo art. 497, la divulgación es elemento del tipo, cabe con claridad la participación en la divulgación o revelación (inducción, complicidad o cooperación necesaria) de aquél que, en cambio, no ha intervenido en el descubrimiento.

Se llegaba así, no obstante, a un resultado no enteramente justo en términos de penalidad, dado que la del párrafo 2.º está construida como penalidad agravada, destinada a quien previamente ha intervenido en el descubrimiento, no resultando posible individualizar cuál es la penalidad que corresponde exclusivamente a la conducta principal de divulgación para, a partir de ella, determinar la penalidad del que participa sólo en la divulgación. La cuestión se seguía planteando incluso tras la reforma de 1994, ya que la responsabilidad del que participa en la divulgación de otro que ha realizado previamente la violación de la intimidad ajena, no se sustentaba a través del nuevo párrafo 3.º (dado que éste está pensado simplemente para las conductas de autoría de la divulgación), sino a través del párrafo 2.º. Otro tanto cabe afirmar, *mutatis mutandis*, en relación con el nuevo art. 197.

Con todo, véase cómo técnicamente existían vías para hacer responder penalmente a los que, *sin participar en el descubrimiento* de la intimidad, la divulgan. La principal novedad de la regulación que se inicia en 1994 reside, pues, en establecer la responsabilidad penal *ex novo* y autónomamente para los supuestos, no de participación en la divulgación como hecho de otro, sino previendo un tipo independiente para el que divulga como hecho propio, en que la punibilidad ya no depende de la del autor del descubrimiento.

⁶ Repárese en el parentesco, en general, de estas conductas con la figura del encubrimiento, en su modalidad de auxiliar al delincuente a aprovecharse de los efectos de la infracción penal, o con la receptación, en el supuesto de que el divulgador aprovecha para sí, al divulgar, el producto del delito de descubrimiento de la intimidad realizado por el autor previo.

⁷ Y ello con independencia de la circunstancia —meramente de técnica legislativa— de que el descubrimiento represente la consumación formal de un tipo cualificado, como es el del párrafo 2.º.

⁸ Luzón Peña, D. M., «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», en *A.D.P.*, 1988, pág. 53.

III. EL NUEVO TIPO DEL ART. 197, NÚM. 3, 2.º PÁRRAFO, N.C.P.

Con la regulación del N.C.P., que tipifica expresa e individualizadamente la acción del tercero que, sin haber tomado parte en la acción de violación previa de la intimidad –pero conociéndola–, divulgar o revelar lo descubierto, se plantean aún diversas cuestiones de teoría de la participación. Así, por una parte, siguen siendo posibles todas las mencionadas posibilidades de responsabilidad que permitía la regulación anterior a 1994 (inducción, complicidad o cooperación necesaria en la divulgación). Pero cabe imaginar, a la inversa, la participación del interviniente en el descubrimiento (autor o partícipe en éste) en la divulgación que constituye hecho propio de otro (no interviniente en el descubrimiento). En estos casos, dado que en la acción de divulgación se interviene meramente en calidad de *partícipe*, y no de autor, no se responderá por la vía del núm. 3, párrafo 1.º, art. 197, sino a través del concurso de infracciones entre el tipo de descubrimiento (dependiendo de la clase de intervención: autoría o participación), de los núms. 1 y 2 del art. 497 bis, y el de su núm. 3, 2.º párrafo, a título de la forma de participación de que se trate (inducción, complicidad o cooperación necesaria).

Por otra parte, el requisito de «sin haber tomado parte en el descubrimiento» que debe concurrir en el divulgador tipificado en el núm. 3, presupone que aquel divulgador (*autor*) que sí ha tomado parte en el descubrimiento previo, sea en el concepto que sea (ciertamente como autor, pero también como partícipe accesorio), responderá por la vía del núm. 3, párrafo 1.º.

Podría pensarse que, entonces, quien ha tomado parte como mero partícipe en el descubrimiento y actúa como autor o coautor en la divulgación responderá con la misma pena (la de prisión de dos a cinco años, prevista en el núm. 3, párrafo 1.º) que quien ha intervenido en ambas fases a título de autor. El hecho de que en la mayoría de las ocasiones se trate de un delito complejo de dos actos en que simplemente se habrá producido un reparto de papeles (según el cual un sujeto se reserva el dominio de la primera fase, auxiliándolo el segundo, mientras que en la segunda sucede a la inversa, o bien sólo divulga el antiguo auxiliador), de donde se deduzca la intervención de los sujetos a título de coautores sobre la base de la imputación recíproca de los acciones típicas realizadas, no obsta para que se ponga de manifiesto la infracción del principio de proporcionalidad que irremediablemente se sigue produciendo, aún hoy, en algunos casos.

La otra opción posible, consistente en reservar la vía del núm. 3, 1.º párrafo, para quienes realizaran la conducta del núm. 1 en concepto de autor, excluyendo a los que fueron partícipes, debe rechazarse, pues conduciría a la intolerable laguna de punición de que tales partícipes no podrían responder tampoco a través del núm. 3, 2.º párrafo, en el que el legislador establece expresamente como requisito negativo, el de «sin haber tomado parte en su descubrimiento.»

Por otro lado, la construcción del tipo del núm. 3, 2.º párrafo como descripción de conducta dependiente de la básica descrita básicamente en el núm. 1, y dado

que en ésta se requiere como elemento negativo la ausencia de consentimiento del titular del secreto o del derecho a la intimidad, implica que cuando para el descubrimiento se prestó el consentimiento, el tercero no partícipe en tal descubrimiento no puede incurrir en el tipo pensado para su conducta en esos casos, aun cuando carezca de consentimiento del afectado relativo a la divulgación⁹. Sólo la divulgación de aquello que se descubrió con el vicio de origen de haberlo realizado sin consentimiento del titular del bien jurídico constituye la materia de prohibición del núm. 3, 2.º párrafo.

En lo que se refiere a la intimidad de la imagen (si bien el planteamiento es extrapolable a las demás manifestaciones de la intimidad), se ha dicho que cuando en su momento se autorizó la grabación, pero exclusivamente para una ocasión concreta o finalidad distinta, ya no se produce atentado a la intimidad de la imagen, puesto que el consentimiento inicial priva al objeto de la grabación del carácter de intimidad¹⁰, de donde se desprende la irrelevancia penal de la posterior divulgación, efectuada bien por el autor de la grabación, bien por un tercero. La conducta sería equivalente a la del que recibe escritos de otro, o con su consentimiento, y los publica, esto es, constituiría una mera *indiscreción*, a cuya relevancia penal se opone el principio de intervención mínima, dado que no constituye un ataque contra la intimidad intolerable, merecedor de punición.

Sin embargo, cabe preguntarse si no estaremos en algunas ocasiones ante supuestos –punibles– de extralimitación con respecto al contenido del consentimiento cuando el titular de la intimidad asiente en la grabación, pero exclusivamente para el conocimiento de un círculo muy restringido de personas, y en cambio se difunda públicamente. Creo que si el autor de la grabación tiene intención desde el principio de no respetar los límites del consentimiento, intención que oculta, y en esas condiciones de exponerse a la divulgación el afectado no habría consentido, se daría un supuesto de ineficacia del consentimiento debida a engaño. El consentimiento sería ineficaz en la medida en que el titular del bien jurídico intimidad fue inducido a error acerca del alcance de la lesión del bien jurídico en que consentía. En tal caso, el descubrimiento se entendería realizado *sin* consentimiento.

En cambio, si el propósito de divulgar surge después de realizada la grabación, no existiendo por tanto engaño, resulta muy difícil entender que posea relevancia penal un ataque sobre el derecho a disponer de la propia imagen, frente a la eventual divulgación, una vez que ésta ha escapado ya al propio ámbito de dominio por propia resolución, pues quien consiente en que se perpetúen manifestaciones

⁹ En el mismo sentido, pero en relación con la divulgación realizada por el autor del descubrimiento, González Guitián, *op. cit.*, pág. 193 y nota 75.

¹⁰ Luzón Peña, *op. cit.*, págs. 68 y ss., donde además se aborda la cuestión de la responsabilidad civil a que se daría lugar en supuestos de empleo de la grabación para finalidades distintas a aquellas en que se consintió. En el mismo sentido, Träger, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar* (en lo sucesivo, *L.K.*), 10.ª ed., 5.º vol., 1989, § 201, n.º marg. 9, con bibliografía, si bien refiriéndose al tipo más restringido existente en el StGB.

de su intimidad mediante un «artificio técnico» debe asumir el riesgo de que lo perpetuado escape a su control, dejando por tanto de merecer protección penal. En suma, el principio de intervención mínima impide que quepa hablar aquí de laguna de punición, y el de legalidad apreciar relevancia penal en la divulgación ya no consentida llevada a cabo por el grabador o por un tercero no interviniente.

Asimismo, al tratarse el núm. 3, 2.º párrafo, del art. 197 de un tipo dependiente de otro básico, para que quepa aplicar aquél deben darse en la conducta básica todos los elementos descritos en el art. 197, núm. 1, y en concreto también el aspecto subjetivo de haberse realizado el apoderamiento, interceptación o acceso «para descubrir los secretos o la intimidad de otro», de modo que si se realiza alguno de los comportamientos descritos (interceptación de comunicaciones o uso de artificios técnicos) e *inadvertida y casualmente* se accediera a un secreto o a la intimidad de otro, al faltar la tipicidad del primer acto (al tratarse de un descubrimiento no intencional), no cabrá construir sobre él la tipicidad del segundo acto (revelación o divulgación), aunque de este modo se atente gravemente contra la intimidad, y ello será cierto tanto si el divulgador es simultáneamente el autor del descubrimiento¹¹ como si no. El principio de legalidad obstaría a la solución contraria.

La nueva figura presupone, asimismo, el conocimiento por parte del divulgador del origen ilícito de la información, obtenida clandestinamente mediante artificios técnicos. El desconocimiento de la base fáctica del origen ilícito permite excluir la relevancia penal, dado que el error sobre el tipo sufrido excluye el dolo. Por su parte, cuando el sujeto conoce la base fáctica correctamente, pero yerra en la valoración sobre la licitud del origen, incurre en un error sobre un elemento normativo del tipo que, dependiendo de la opción doctrinal que se siga, debe recibir el tratamiento de error sobre el tipo o analógicamente el de error de prohibición.

Cabe plantear, asimismo, si está castigada la divulgación por parte de tercero no interviniente de manifestaciones de la intimidad ajena obtenidas mediante artificios técnicos por la autoridad, funcionario público o sus agentes, mediando causa por delito, pero con violación de las garantías constitucionales¹². Desde luego, en los arts. 535 y 536, 2.º párrafo, N.C.P., no se tipifica expresamente tal posibilidad, dado que en éste se trata de describir las conductas del círculo restringido de autores posibles, de carácter público; el principio de legalidad se opondría a que respondiera el tercero interviniente. La cuestión entraña una enorme trascendencia práctica, ya que, siendo así, se facilitaría la labor de divulgación de la intimidad ajena en casos como los de servicios secretos o servicios de información de las fuerzas de seguridad que, actuando al margen de la legalidad en causa por delito, con violación de las garantías constitucionales, des-

¹¹ En tal sentido, González Guitián, *op. cit.*, págs. 194 y ss., en los casos de coincidencia.

¹² Acerca del supuesto inverso, en que el funcionario es simplemente el divulgador, Cortés Bechiarrelli, E., *op. cit.*, págs. 364 y ss., entendiendo que, aun considerando la deficiente técnica legislativa empleada, cabe considerar al funcionario como sujeto activo apto.

cubren secretos o la intimidad de personas a las que conviene dañar, *u. gr.*, por motivos políticos, y se sirven del auxilio de periodistas para divulgarlos.

La responsabilidad de los funcionarios que no divulguen o revelen por sí mismos (siempre que se considere que la cesión de información, *u. gr.*, al periodista no constituye ya divulgación o revelación) podría encauzarse, aun así, por la vía de la omisión impropia, si consienten en que otro divulgue, o bien, en su caso, por la posibilidad de autoría mediata en su modalidad de servirse de la actuación de un sujeto que actúa *atípicamente*.

Ahora bien, la protección penal del derecho a la intimidad auténticamente efectiva se alcanzaría si se conminase con pena expresa y directamente la divulgación por parte de tercero en esos casos, sobre la base de los motivos más arriba apuntados, y en este caso *a fortiori*, dado que la infraestructura técnica para el desvelamiento de la intimidad es superior a cuando la conducta la lleva a cabo un particular. Debería haberse incluido, pues, la divulgación por tercero en un tipo aparte, dentro de los propios arts. 535 y 536, evitando una laguna de punición como la que se produce actualmente, no susceptible de ser fácilmente subsanada mediante interpretación.

Bien es cierto que podría argumentarse que, siendo los tipos de los arts. 535 y 536, 1.º párrafo, meros delitos especiales impropios, con respecto al delito común descrito en el art. 197, núm. 1, que coincide en la descripción de la conducta básica, y que meramente difiere en lo que respecta a las peculiaridades de la actuación de los funcionarios públicos que afecten a la intimidad¹³, si cabe la divulgación de terceros con respecto al tipo común, también debería caber con respecto al delito especial. Pero el principio de legalidad parece oponer reparos a tal solución.

Con todo, de seguir esta posibilidad interpretativa, habría de verificarse que la actuación de descubrimiento por parte del funcionario reuniese todos los elementos típicos del art. 197, núm. 1, particularmente en lo que se refiere a la ausencia de consentimiento del titular del derecho a la intimidad y la tendencia subjetiva orientada a «descubrir los secretos o la intimidad de otro», elementos ambos que a buen seguro se darán prácticamente siempre. Obviamente, tal verificación resultaría innecesaria en los supuestos de comportamientos de intrusión en la intimidad llevados a cabo por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley, *sin mediar causa legal por delito*, y prevaliéndose de su cargo, descritos en el art. 198 mediante remisión directa al art. 197, ya que en ellos se produce la plena coincidencia de comportamiento típico entre sujeto público y particular.

Finalmente, el N.C.P. acoge con buen criterio las sugerencias doctrinales que, desde el punto de vista político-criminal, preconizaban la conveniencia de que, en

¹³ Como por ejemplo, la alusión a la «violación de garantías constitucionales», requisito indispensable para cualquier interceptación, grabación, etc., de la intimidad del ciudadano, alusión innecesaria en el art. 197 en la medida en que la ley no prevé la posibilidad de permitir al ciudadano particular entrometerse mediante artificios técnicos en la intimidad ajena.

las intromisiones en la intimidad, se estableciera como requisito de perseguibilidad –en la línea en que se orienta actualmente el Derecho Comparado¹⁴ y los P.C.P. 1980 y P.A.N.C.P. de 1983 españoles– la necesidad de instancia de parte¹⁵, a fin de dejar en manos del propio afectado la entrada en juego de la protección penal del bien jurídico intimidad, protección cuyo despliegue en ocasiones comporta una profundización del menoscabo, por cuanto entraña otorgar más publicidad aún a lo indebidamente descubierto y divulgado. En esta línea, el nuevo art. 201 establece la necesidad de denuncia del agraviado o su representante legal para proceder por estos delitos, a excepción de los supuestos de interceptación de comunicaciones realizados por autoridad o funcionario público (núm. 2).

IV. CONMINACIÓN PENAL DE LA DIVULGACIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

El art. 497 bis, tercer párrafo –que a grandes rasgos pervive en el nuevo art. 197, núm. 3, 2.º párrafo– creó una figura delictiva que, en tono desaprobatorio, recibió el calificativo de «peculiar»¹⁶, y en esta línea se ha llegado al punto de discutir su constitucionalidad, debido al supuesto peligro de que extremar la protección penal del derecho a la intimidad entrañe la colisión de éste con otros derechos y libertades constitucionales, en concreto con la libertad de expresión, en su manifestación moderna de derecho a la información (consagrado en el art. 20 C.E.), entendido con su doble vertiente de libertad para comunicar y derecho a recibir información.

A efectos de plantear el conflicto entre derechos fundamentales, se parte de concebir el derecho a la información como presupuesto indispensable para la formación de una opinión pública libre y responsable, fortaleciendo el pluralismo político y fomentando la participación política de los ciudadanos. Dado, pues, que el derecho a la información constituye uno de los pilares fundamentales de toda sociedad libre y democrática, se subraya que el T.C. ha llegado a atribuirle una posición preferencial (p. ej., en las Sentencias 106/1986 y 159/1986, entre otras), de donde se quiere deducir la necesidad de rigurosa ponderación de cuantas normas pretendan limitar su ejercicio, en el sentido de que debe preservarse el contenido fundamental del derecho, evitando su desnaturalización¹⁷.

Se reconoce, no obstante, que, en vista de lo vulnerable de la privacidad de las comunicaciones, la intromisión ilegítima mediante artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen, cuando se realizan para descubrir secretos o la intimidad, debe ser castigada para preservar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, no se considera justificada la extensión de la sanción penal al informador que, sin haber

¹⁴ Cfr. González Guitián, *op. cit.*, págs. 196 y ss.

¹⁵ En contra, Luzón Peña, *op. cit.*, pág. 61.

¹⁶ Montiel Márquez, A., «Malas noticias», en el diario *El País* de 25 de marzo de 1995.

¹⁷ En tal sentido, Montiel Márquez, *loc. cit.*

participado en la captación ilícita, se limita a su reproducción en los medios en ejercicio de su derecho a comunicar información (art. 20 C.E.), poniendo los hechos a disposición de los ciudadanos, en su derecho a recibir información (art. 20 C.E.). La cuestión se pretende centrar en si el informador que realiza esa divulgación se mueve aún dentro del ámbito reconocido constitucionalmente al ejercicio del derecho a comunicar información, para resolverla a renglón seguido señalando que se encontrará en ese ámbito siempre que no exceda los límites del derecho, añadiendo que hasta la fecha los únicos límites impuestos al derecho por el T.C. son el de veracidad de la información, su relevancia y el interés que pudiera presentar en orden a la formación de una opinión pública libre. Por tanto, continúa el razonamiento, si se ha cumplido con el deber de contrastar la veracidad de los datos, empleando la diligencia profesional razonablemente exigible; si, por afectar a la actividad de ciertas personas, materias o argumentos, tiene relevancia en razón de su carácter público, o revisten interés por su incidencia en la vida colectiva, *con independencia de su origen*, la divulgación de aspectos de la intimidad ajena habrá de ser constitucionalmente protegida¹⁸.

Bien es cierto que se admite que lo dicho no obsta para que el profesional de la información se sustraiga a responsabilidades civiles o penales de todo orden, y así se propugna que la participación directa o mediata del periodista en la interceptación de comunicaciones, bajo cualquier modalidad de intervención, debe de ser sancionada con rigor. Lo que no se comparte es que la preservación del secreto de las comunicaciones exija cercenar el derecho a informar y a recibir información¹⁹.

El planteamiento acabado de exponer, inclinado unilateralmente en favor del derecho a la información, no atiende como debiera a los *límites* señalados por la propia Constitución, en su art. 20.4, al derecho a la información: «el respeto a los derechos reconocidos en este título, (...) y, especialmente, (...) el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...», límites de los que se hace eco la doctrina del T.C., al negar que «el valor preferente del derecho de información... deje vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información»; el T.C., con buen criterio, ha entendido (S.T.C. 171/1990) que dichas personas «han de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática»²⁰.

Por otra parte, no se repara lo suficiente en la dimensión positiva del derecho a la vida privada, que se traduce, no ya en la potestad meramente negativa de excluir a terceros de su ámbito reservado (en aspectos como los secretos documentales o la inviolabilidad del domicilio), sino en las facultades de controlar

¹⁸ Montiel Márquez, *loc. cit.*

¹⁹ Montiel Márquez, *loc. cit.*

²⁰ Cfr., al respecto, Bel Mallen, J. I., en Desantes Guanter, J. M., *et al.*, *Derecho de la información (II)*. *Los mensajes informativos*, Madrid, 1994., págs. 167 y ss.

el alcance de la circulación, en la sociedad, de las informaciones sobre ámbitos estrictamente personales²¹. Someter, pues, el ejercicio del derecho a la información a los únicos condicionantes de la veracidad de la información, su relevancia y el interés que pudiera presentar en orden a la formación de una opinión pública libre –como pretende Montiel Márquez–, no reconociendo además como límite el del poder de disposición y dominio del ciudadano sobre su propia intimidad, supondría vaciar de contenido sustancial a este derecho, en su dimensión positiva, en favor de aquél.

En la lesión a esa legítima expectativa de que esté garantizado socialmente el control de la propia intimidad aporta tanto o más quien revela o divulga que quien se entromete en la intimidad, sea éste o no un periodista, o haya intervenido o no en el descubrimiento. Piénsese en supuestos prácticos como el de la fotografía o grabación en vídeo de unas relaciones sexuales mediante una cámara automática oculta por uno de los participantes, que después es difundida, bien por el autor de la intrusión, bien por un periodista en un medio de comunicación. Es más, el informador tiene acceso al potencial de difusión, infinitamente más amplio, de su medio. Lesiones de tal calibre de la intimidad, pues, revisten la suficiente gravedad, son lo suficientemente intolerables para la ordenada convivencia, como para merecer su tipificación penal. De otro modo, conminando con pena únicamente la divulgación llevada a cabo por el autor de la intromisión, la tutela penal de la intimidad, mediante el efecto de prevención general negativa, seguiría siendo insuficiente, ya que sólo se pretendería disuadir al descubridor, pero no al divulgador no participante en el descubrimiento.

En contra de una interpretación excesivamente amplia del derecho a la información cabe argüir, asimismo, que no hay derecho a comunicar y recibir *toda* información. El derecho de informar o a ser informado no puede alcanzar genéricamente (distinta es la cuestión en ciertos supuestos excepcionales, como se verá *infra*) a los aspectos de la intimidad que el ciudadano ha mantenido razonablemente reservadas y que sólo mediante «artificios técnicos» han llegado a conocimiento de otros, superando la barrera de la discreción²². No hay derecho a difundir la información que debe permanecer reservada, debido a los canales por los que se ha transmitido (en los que el orden social debe garantizarle al usuario la confidencialidad), canales a los que el autor de la intromisión ha accedido ilícitamente. Creo, pues, que el alcance del ejercicio legítimo del derecho a la información no puede abarcar a toda información de interés *con independencia de la licitud o ilicitud de su obtención*, como pretende Montiel Márquez.

²¹ Morales Prats, F., «Delitos contra la intimidad: "Privacy" y reforma penal», en *Documentación Jurídica*, vol. 1, 1983, pág. 578; asimismo, García San Miguel, L., «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión», en García San Miguel, L. (editor), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Madrid, 1992, pág. 17. Pérez Luño, A. E. («Intimidad y protección de datos personales: Del *habeas corpus* al *habeas data*», *ibidem*, pág. 399, con bibliografía al respecto en págs. 44 y ss.) recuerda el concepto, elaborado por la doctrina alemana, de «autodeterminación informativa».

²² En el mismo sentido, Espinar Vicente, J. M., «La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor», en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, *cit.*, pág. 66.

De ese modo, se estaría coartando el libre desarrollo de la personalidad²³, también protegido constitucionalmente, uno de cuyos contenidos esenciales reside ineludiblemente en que el sujeto goce de un ámbito de intimidad en el que expresarse sin trabas, lo que entraña que pueda decidir el alcance de la difusión que tendrán las manifestaciones de su intimidad que se producen en un contexto no público, esto es, la amplitud que alcanzarán manifestaciones determinadas del libre desarrollo de su personalidad. Elemento esencial de la configuración de la vida privada es la confidencialidad de sus manifestaciones, en el sentido de que el ciudadano debe poder decidir *qué* ámbito de ésta manifiesta y *a quién*²⁴. La intimidad debe poder desplegarse al margen del recelo o temor de que algo vocacionalmente efímero llegue a conocimiento (mediante la captación técnica subrepticia) de quien no es destinatario legítimo, así como al margen del temor de que posteriormente se aproveche, divulgándola (no como mera referencia de lo oído o visto sin auxilio de medios técnicos, sino captado clandestinamente a través de tales medios), sin el consentimiento del afectado, e incluso contra su veto expreso.

Además, téngase en cuenta que mediante la intrusión en la intimidad ajena se puede acceder a (y conservar) manifestaciones de la vida del individuo, dichas en tono despreocupado debido al contexto de intimidad, que después pueden ser utilizadas fuera de contexto y consiguientemente desvirtuadas²⁵. En efecto, la vida se convertiría en intolerable si no se garantizara que se puede conservar la decisión sobre el alcance de las manifestaciones de la intimidad. A la libertad de conducta se opondría el temor a que la propia imagen o las propias palabras pronunciadas despreocupadamente en ámbitos íntimos alcance a espacios más amplios.

De esta última idea se deriva precisamente un argumento más en favor de la relevancia penal de la divulgación sin haber participado en el descubrimiento: el verdadero perjuicio para la intimidad se produce con la divulgación, que permite a una generalidad más o menos amplia acceder a las manifestaciones de dicha intimidad, mientras que mediante el descubrimiento acceden simplemente los intervinientes en dicho descubrimiento (y no siempre, dado que el interceptador no necesariamente tiene que llegar a conocer los datos de la intimidad ajena). Que por lo general sean los descubridores los más interesados en desvelar la intimidad ajena, así como en aprovecharla, no desvirtúa lo indicado con anterioridad, ya que precisamente la forma más usual de aprovechamiento consistirá en la divulgación. En suma, lo que contradice abiertamente a la discreción que debe rodear lo íntimo es la divulgación, más que el descubrimiento. Y no se entiende por qué la

²³ Así, genéricamente sobre el derecho a la intimidad, Luzón Peña, D. M., «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, cit., pág. 69.

²⁴ En sentido semejante, Träger, en *L.K.*, § 201, n.º marg. 2, en relación con un ámbito más restringido, el de la confidencialidad del uso de la palabra.

²⁵ En tal sentido, Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. II: *Besonderer Teil*, 4.ª ed., 1988, § 201, n.º marg. 1.

relevancia penal expresa de la divulgación debe limitarse a la realizada por quien intervino en el descubrimiento, no tipificándose expresamente en cambio la conducta de quien no lo intervino en aquél.

De ser consecuente, la doctrina contraria, con el planteamiento de considerar inconstitucional la tipificación penal de la divulgación, *v. gr.*, por parte de un periodista, de la intimidad ajena captada subrepticamente por otro, sin intervención de aquél, no se debería limitar dicha inconstitucionalidad a estos casos, sino que debería predicarse, en general, de la relevancia penal de la divulgación realizada por periodista, haya intervenido éste o no en el descubrimiento, propugnando que se limite la responsabilidad penal únicamente a aquello que se entienda intolerable, esto es, a su participación en el descubrimiento previo. Y, sin embargo, no se llega a dar ese paso.

Es más, se parte de la premisa de que con la L.O. 18/1994 se otorgaba por primera relevancia penal a las conductas de que nos ocupamos, no teniendo en cuenta que, como se exponía en el epígrafe 2, la teoría de la participación ofrecía vías para posibilitar algunas formas de responsabilidad penal.

Finalmente, otras razones de Política Criminal fundamentan la conveniencia de tipificar la mera divulgación. En efecto, la óptima protección del secreto de las (tele)comunicaciones requiere que quien mediante artificios técnicos se entromete en la intimidad ajena no pueda contar desde el principio de su actuación con que va a disponer de la inestimable colaboración de, *v. gr.*, un periodista dispuesto a divulgarla, confiado en la irrelevancia penal de su conducta, y con el aliciente adicional de saber que el secreto profesional va a obstaculizar que éste declare sus fuentes, facilitando la impunidad de conductas lesivas de un derecho fundamental, con la que se cuenta de antemano. Que también el periodista se vea conminado penalmente por la divulgación motivará a los descubridores a abstenerse de invadir la intimidad ajena, o al menos hará en buena medida infructuosos sus esfuerzos, al determinar que el periodista a quien se va a encomendar la divulgación se mostrará remiso por el temor a la pena que le aguardaría, del mismo modo que el autor de delitos contra la propiedad se abstendrá de cometer muchos si no cuenta con receptor, o el autor de determinados delitos graves si no dispone de «blanqueador» de bienes.

Así se combate además la posibilidad de ejecución mediante el reparto previo de papeles, reparto que puede permitir al periodista asumir exclusivamente la función de divulgar, dejando la de descubrir a un colaborador. Se objetará que en este caso el periodista debería responder como interviniente en el descubrimiento (en calidad de inductor, coautor, etc.), pero dado que en la práctica será sumamente difícil probar su intervención, con la tipificación autónoma de la divulgación se da ya lugar a responsabilidad penal (y al consiguiente efecto de prevención general), quedando limitados los problemas de prueba a la previa participación.

V. EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD

A la fundada preocupación por las limitaciones que para la libertad de expresión supone la protección penal de la intimidad, una vez fundamentada la necesidad de tipificar todas las conductas de divulgación, puede no obstante dársele cauce de solución en el plano adecuado para ello, aquél en que se dirimen los conflictos entre bienes jurídicos, ponderándolos entre sí, o sea, en el examen de la antijuricidad.

En este contexto, la publicación de aspectos íntimos captados clandestinamente, puede quedar justificada por la concurrencia de causas de justificación, como podrían ser el ejercicio *legítimo* de un derecho, el de la libertad de expresión e información, o el ejercicio *legítimo*²⁶ de un oficio, el de informador (antiguo art. 8.11.º; actual 21.7.º). De esta forma se mantiene en términos más justos el deseable equilibrio que debe mediar entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, ya que no se entiende como irrelevante penalmente, de entrada, la conducta de divulgar datos relativos a la intimidad no descubiertos ilícitamente por uno mismo, pero sí cabe considerar conforme a Derecho esa conducta típica, lesiva de la intimidad, en las ocasiones en que el derecho a la intimidad deba ceder ante el eventual interés preponderante del ejercicio del derecho a la información.

De este modo, se consigue una protección del derecho a la intimidad superior a la existente antes de la reforma de 1994 y del N.C.P., en tanto que se considera típica la divulgación de manifestaciones de la intimidad por parte de quien no ha intervenido en el descubrimiento ilícito, sea ese genérico «quien» *periodista o no*. Dicho de otro modo: el que en gran número de ocasiones haya que considerar conforme a Derecho la conducta del informador que divulga datos íntimos, no debe significar la desprotección penal de la intimidad frente a cualquiera, *incluidos quienes no son periodistas*. Conductas como las mencionadas deben estar castigadas en abstracto, cométalas quien las cometa, y creo que de la conveniencia de la conminación penal abstracta no cabe dudar. Cuestión distinta es que el ejercicio de la profesión periodística y del derecho a la información excluyan excepcionalmente la antijuricidad de la acción.

Ahora bien, la exclusión de la antijuricidad requiere el ejercicio *legítimo* del derecho o profesión, no amparándose casos de ejercicio ilegítimo o abuso, que además de típicos, por lesionar la intimidad, serán considerados antijurídicos, en la medida en que no media ningún interés preponderante que justifique la lesión de la intimidad. Se trata, en definitiva, de que el informador no tenga atribuida una patente de corso para vulnerar la intimidad ajena, pero que esté autorizado a hacerlo excepcionalmente cuando el ejercicio legítimo del derecho a la información —en los términos en que lo ha delimitado el T.C.— lo implique ineludiblemente.

²⁶ En contra de tal posibilidad, por considerar que la divulgación de datos ilícitamente obtenidos por parte de quien no intervino en el descubrimiento, pero sí conoce su ilicitud, nunca puede constituir ejercicio legítimo del derecho a informar, Cortés Bechiarelli, E., *op. cit.*, págs. 381 y ss.

En otros casos extremos, y tanto si el divulgador es o no periodista, cabrá invocar una causa de justificación más genérica: el estado de necesidad justificante, que determinará la conformidad a Derecho de la divulgación cuando ésta se lleve a cabo para evitar un mal mayor.

De este modo, la ponderación de los intereses en conflicto debe verificarse caso por caso, autorizando excepcionalmente las lesiones de la intimidad. Así se evita la ponderación genérica *a priori* de ambos derechos, en detrimento siempre del derecho a la intimidad, lo que se traduciría en la consideración de que la divulgación de datos íntimos no descubiertos ilícitamente por uno mismo supone una conducta penalmente irrelevante. Como acertadamente recuerda Luzón Peña²⁷, en situaciones de conflicto frecuente de bienes jurídicos, resulta más ventajoso el sistema de regla-excepción que el de la irrelevancia penal genérica, y ello no tanto en sentido cuantitativo (lo de menos es si los casos autorizados son más o menos numerosos que los prohibidos) como en sentido cualitativo, ya que de este modo se lanza el mensaje de que la regla es la protección de la intimidad frente a intromisiones indebidas, y que las excepciones representadas por las causas de justificación tienen que estar debidamente fundamentadas, evitando así que el ejercicio abusivo de un derecho menoscabe legítimas expectativas de protección de otro igualmente valioso.

Los límites de la protección del derecho a la intimidad cuando colisiona con otros, como el derecho a la información, pueden trazarse con el auxilio de la legislación positiva, en concreto en la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Aun cuando la propia ley se remite al C.P. en casos de delito, y limita el ámbito de aplicación de sus criterios (art. 1.2) a la determinación de responsabilidad civil derivada del delito, lo cierto es que bien puede servir de guía en la tarea de discernir intromisiones legítimas de ilegítimas en la intimidad y propia imagen. Ello es aplicable tanto a las conductas de descubrimiento como de divulgación de manifestaciones de la intimidad. Así, según establece el art. 2.2, no se consideran intromisiones ilegítimas las autorizadas por la ley o las consentidas por el titular del derecho (el art. 197, núm. 1, del C.P. insiste en este último criterio), así como –tras reforma por L.O. 3/1985, de 29 de mayo–, también las opiniones exteriorizadas por Diputados y Senadores en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, siempre cabe solucionar los casos extremos en que el divulgador creía erróneamente mantenerse dentro de los límites del ejercicio legítimo del derecho a la información recurriendo al tratamiento jurídico-penal del error de prohibición indirecto (en su modalidad de error sobre el alcance de la causa de justificación), que, dependiendo de su carácter evitable o inevitable determinará la atenuación de la pena o la exclusión plena de la culpabilidad.

²⁷ Luzón Peña, «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», en *A.D.P.* 1988, pág. 62, si bien en relación con la necesaria tipificación de las conductas de espionaje, que propugna.