



DESCRUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

**Tesis Doctoral que presenta la Doctoranda
PATRICIA GABRIELA MALLO
para la colación del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

Universidad de Sevilla
2014

ÍNDICE

CAPÍTULO I

EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EVOLUCIÓN HASTA LA ACTUAL LEGISLACIÓN

- I. Evolución histórica en la legislación española
 - A) Breve introducción
 - B) Primeras normas protectoras de la intimidad
 - C) Los Códigos Penales españoles de 1822-1848-1850-1928-1932-1944
 - D) El sistema actual
 - E) Norma vigente
- II. Evolución histórica en la legislación Argentina
 - A) Brevísima reseña de los antecedentes pre codificadores
 - B) El proyecto de Carlos Tejedor
 - C) El Proyecto de 1891
 - D) El proyecto de 1906
 - E) Primeras normas protectoras. Aspectos generales: marco normativo
 - F) Otras normas procesales y Constitucionales tendientes a garantizar el derecho a la intimidad y confidencialidad
 - G) Constitución Nacional (art. 43)
 - H) Ley 23.798
 - I) Decreto 1244/91
 - J) Ley 17.132
 - K) Ley 24.004
 - L) Art. 1071 bis del Código Civil
 - M) El sistema actual (ley 26.388)
 - N) Breves consideraciones acerca de la reforma al Código Ley 26.388
 - O) Modificaciones

CAPÍTULO II

LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

- I. Breve introducción y ubicación legal
- II. Noción de bien jurídico
- III. La intimidad como derecho fundamental garantizado constitucionalmente
- IV. La protección de la intimidad en la Constitución española
- V. Comparación con la protección constitucional en la ley argentina
- VI. Normas internacionales con rango constitucional.
 - A) Declaración americana de los derechos y Deberes del Hombre
 - B) Declaración americana de los derechos y Deberes del Hombre
 - C) Convención Americana sobre Derechos Humanos

- D) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- E) Convención Internacional de los Derechos del Niño
- F) En busca de un concepto preciso de intimidad
- G) Algunas nociones
- H) Algunos pronunciamientos de la Corte de la Nación Argentina
- I) El concepto en la doctrina española
- J) Distinción entre intimidad y vida privada
- K) El derecho a la autodeterminación informativa
- L) La ley Nacional Argentina 25.326 de “Protección de datos personales”
- M) La Ley Nacional Argentina 26.388 de “Delitos informáticos”
- N) La Ley Orgánica 15/1999 de “Protección de datos de carácter personal
- O) Síntesis

CAPÍTULO III

LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

- I. Relación entre intimidad y libertad
- II. Doctrina italiana, francesa y norteamericana
- III. El llamado derecho a la propia imagen
- IV. Los derechos de la personalidad
- V. Sujetos titulares de los derechos fundamentales

CAPÍTULO IV

EL TIPO PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

- I. Los tipos penales en general
- II. El tipo penal de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos
- III. Violación de secretos

CAPÍTULO V

SISTEMÁTICA LEGAL

- I. Ubicación de los tipos penales de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos dentro del Código Penal español
- II. Análisis crítico

CAPÍTULO VI

DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS. EL TIPO DEL ART. 197.1

- I. Consideraciones generales
- II. El secreto
- III. La intimidad
- IV. Análisis técnico del tipo penal del art. 197.1 CP
 - A) Secretos documentales
 - B) Objeto material
 - C) Acción típica
 - D) El apoderamiento

- E) El tema de la permanencia del apoderamiento y en especial sobre la falta de aprehensión física
 - F) Mensajes de correo electrónico
- V. La interceptación de las comunicaciones (art. 197.1.II CP)
- A) El caso de las escuchas telefónicas
 - B) La comunicación o telecomunicación
 - C) La interceptación como acción típica
- VI. La utilización de artificios técnicos escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación
- A) El elemento normativo del tipo “sin su consentimiento”
 - B) El elemento subjetivo del tipo en todos los supuestos previstos en la norma.
 - C) Consumación y tentativa acabada e inacabada
 - D) Sujetos
 - E) Antijuridicidad
 - F) Autoría y participación
 - G) Sistema concursal
 - H) El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador

CAPÍTULO VII

MANIPULACIÓN DE DATOS RESERVADOS REGISTRADOS EN FICHEROS O SOPORTES INFORMÁTICOS. EL TIPO DEL ARTÍCULO 197, PÁRRAFO 2º

- I. Consideraciones generales
- II. Las acciones
- III. El perjuicio
- IV. Consumación y tentativa
- V. Sujetos
- VI. Objeto material
- VII. Tipo subjetivo
- VIII. Tipicidad y antijuridicidad
- IX. Penalidad

CAPÍTULO VIII

INTRUSIÓN INFORMÁTICA. EL TIPO DEL ARTÍCULO 197, TERCERO

- I. La acción
- II. El objeto de la acción
- III. El elemento normativo (falta de autorización y falta de consentimiento)
- IV. El tipo subjetivo
- V. Sujetos
- VI. El supuesto del segundo párrafo el artículo 197. 3
- VII. Algunas definiciones y consideraciones modo de *obiter dictum*
 - A) Normativa alemana
 - B) Distintos ilícitos que pueden realizarse a través de la informática
 - C) El fraude informático

- D) La piratería informática
- E) El Vandalismo informático
- F) Hacking

CAPÍTULO IX

REVELACIÓN O CESIÓN DE DATOS RESERVADOS, AGRAVADOS POR CESIÓN O DIFUSIÓN A TERCERO DE LO DESCUBIERTO.

EL TIPO DEL ART.197 INC. 4

- I. Consideraciones generales
- II. Sistemática legal
- III. Tipo cualificado
 - A) La acción
 - B) El objeto
 - C) Los sujetos
 - D) Consumación y tentativa
 - E) Elemento subjetivo
- IV. Tipo atenuado
 - A) La acción
 - B) Sujetos
 - C) Objeto
 - D) Tipo subjetivo

TIPO AGRAVADO EN RAZÓN DE LA CONDICION DEL SUJETO ACTIVO, DEL ART. 197 INC. 5°

- I. Consideraciones generales
- II. La acciones
- III. El objeto
- IV. Sujetos
- V. Tipo subjetivo
- VI. Consumación y tentativa

TIPO AGRAVADO EN RAZÓN DE LA ESPECIAL SENSIBILIDAD DE LOS DATOS O DE LA ESPECIAL CONDICION DE LA VÍCTIMA, DEL ART.197 INC.6°

- I. Consideraciones generales
- II. La acción
- III. Sujetos
- IV. Objeto

TIPO AGRAVADO POR EL FIN LUCRATIVO, DEL ARTÍCULO 197 INC. 7

- I. Consideraciones generales
- II. La acción
- III. Los sujetos
- IV. El objeto
- V. El elemento subjetivo del tipo. El ánimo de lucro.

TIPO AGRAVADO EN RAZON DE LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO EN EL
SENO DE UNA ORGANICACIÓN O GRUPO CRIMINALES, DEL ART. 197 ICN. 8.

- I. Consideraciones generales
- II. La acción
- III. El objeto
- IV. Los sujetos
- V. Tipo subjetivo
- VI. Iter criminis
- VII. Autoría y participación
- VIII. Aspectos concursales

TIPO AGRAVADO POR LA CONDICIÓN DEL SUJETO ACTIVO DE AUTORIDAD O
FUNCIONARIO, DEL ARTÍCULO ART.198

- I. Consideraciones generales
- II. Agravación por la calidad de sujeto activo
- III. La acción y los elementos típicos del tipo agravado
- IV. Cuestiones de concursales

CAPÍTULO X

REVELACIÓN DE SECRETOS CONOCIDOS POR RAZÓN DEL OFICIO O
RELACIONES LABORALES. EL DENOMINADO SECRETO PROFESIONAL,
DEL ART.199

- I. Consideraciones generales
- II. Análisis general del artículo
- III. Análisis del tipo del art. 199.1 CP
- IV. Análisis del tipo del art. 199.2 CP

CAPÍTULO XI

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS,
DEL ART. 200

- I. Consideraciones generales
- II. Tipo objetivo
- III. Tipo subjetivo

CAPÍTULO XII

PERSEGUIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA ACCION. ARTICULO 2001

- I. Consideraciones generales sobre la acción penal
- II. La disposición legal. El artículo 201 del CP
 - A) El apartado primero
 - B) El apartado segundo
 - C) El apartado tercero
- III. Breve reseña de un caso

CAPÍTULO XIII

EL DELITO DE VIOLACIÓN DE SECRETOS Y DE LA PRIVACIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

- I. Breves consideraciones previas
- II. El bien jurídico protegido en el Código Penal argentino. Reseña histórica
- III. Sistemática legal
- IV. El artículo 153. El antiguo art. 153 del CP. El actual art. 153 (según ley 26.388)
 - A) El tipo objetivo
 - 1) El objeto del delito
 - 2) Correspondencia
 - 3) Comunicación electrónica
 - B) Las acciones
 - 1) Abrir o acceder
 - 2) Apoderarse
 - 3) Suprimir o desviar
 - 4) Interceptar o captar
 - 5) Comunicar o publicar
 - 6) Agravante por la calidad del autor
 - 7) La ilegitimidad
 - 8) Tipo subjetivo
 - 9) Sujetos
 - 10) Consumación y tentativa
- V. El artículo 153 bis del Código penal
 - A) Consideraciones generales
 - B) Tipo objetivo
 - C) La acción
 - D) El objeto
 - E) El elemento normativo
 - F) Sujetos activo y pasivo
 - G) Tipo subjetivo
- VI. El artículo 154 del Código penal
 - A) Consideraciones generales
 - B) Tipo objetivo
 - C) Las acciones
 - D) El objeto
 - E) Sujeto activo
 - F) Tipo subjetivo
- VII. El artículo 155 del Código penal
 - A) Consideraciones generales
 - B) Tipo objetivo
 - C) La acción
 - D) El objeto
 - E) El tipo subjetivo
 - F) Sujetos activo y pasivo
 - G) Consumación y tentativa
 - H) Exención
- VIII. Violación de secreto profesional. El artículo 156 del Código penal

- A) Consideraciones generales
 - B) Tipo objetivo
 - C) La acción
 - D) El objeto
 - E) Sujetos
 - F) Tipo subjetivo
 - G) Abordaje Jurisprudencial
- IX. Revelación de secreto oficial. Art. 157 del Código penal
- A) Consideraciones generales
 - B) Tipo objetivo
 - C) La acción
 - D) El objeto
 - E) Sujetos
 - F) Tipo subjetivo
 - G) Consumación y tentativa
- X. Violación de datos personales. Artículo 157 bis del Código penal
- A) Consideraciones generales
 - B) El tipo penal
 - C) El primer inciso
 - D) El segundo inciso
 - E) El tercer inciso

APÉNDICE

BREVE RESEÑA DE LAS NORMAS EN LOS CÓDIGOS LATINOMERICANOS

- I. República de Colombia
- II. República oriental del Uruguay
- III. República de Chile
- IV. República federativa del Brasil
- V. República del Perú
- VI. República del Paraguay
- VII. República del Ecuador
- VIII. República de Bolivia
- IX. Estados Unidos de México

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EVOLUCIÓN HASTA LA ACTUAL LEGISLACIÓN

I. Evolución histórica en la legislación española

A) Breve introducción

Para realizar un rápido paneo por la evolución histórica de los delitos que protegen la intimidad, comenzaré por decir que –inveteradamente– se ha establecido una protección muy restringida sobre la intimidad, entendiendo a la misma como manifestación del derecho de la personalidad íntimamente ligado a la dignidad y al honor ¹.

En efecto, recientemente se ha comenzado a tomar conciencia de la importancia que tiene para los individuos, la protección de su esfera íntima, tanto, que a veces un avance sobre ella, implica un embate tan grave como lo puede ser un ataque contra su propia persona física.

¹ Cfr. LUZON PEÑA Diego Manuel, *Estudios Penales* PPU Barcelona 1991, pág. 425 y sig.

Las distintas esferas en las que se desarrolla la intimidad del sujeto actual, se manifiesta en su domicilio, sus documentos, su correspondencia, y muchas veces su prestigio o tranquilidad espiritual, dependen de que estos soportes de su vida íntima estén a resguardo y libres de toda intromisión.

La Constituciones de los Estados democráticos protege estos atributos de la personas como derechos y libertades fundamentales y la legislación debe estar a la altura de dicho resguardo, sobre todo teniendo en cuenta los actuales adelantos en materia de electrónica.

Ocioso es destacar el imparable avance en las comunicaciones, que por la aparición de las nuevas vías tecnológicas permite, sobre todo a los más jóvenes, -quienes tienen la facilidad con que se puede acceder a grandes redes informáticas- espiar la intimidad y la vida de las otras personas.

Así debemos admitir, que mientras los comunes usuarios –me incluyo en primer lugar– avanzamos en un conocimiento de la informática a un paso lento, estas herramientas y algunos de sus seguidores evolucionan rápidamente, de manera tal que nunca se sabe bien si los datos plasmados en soportes de este tipo se hallan a salvo de espías, oportunistas, o simplemente de cualquier sujeto que, avezado en el manejo de sistemas, se divierte ingresando en los ámbitos particulares de otras personas, como lo pueden ser sus correos electrónicos.

Por otra parte, hoy una gran cantidad de datos de nuestra vida se hallan en las redes informáticas y casi todos podemos ser seguidos en nuestras actividades diarias. El estado de evolución y rapidez en el manejo de la información hace que el proceso de informatización ya no pueda dar marcha atrás. El ciudadano común se halla indefenso ante tanta tecnología, y me refiero tanto a la informática como a la electrónica en general, abarcando los sistemas de grabación audiovisual con los que se puede, tranquilamente y con un bajísimo conocimiento y esfuerzo, violar la intimidad personal y familiar.

Es por ello que la saludable evolución de las normas protectoras no puede detenerse, ya que, a cada paso ganado en la creación de dicha normativa, se produce en uno o dos

grados un avance en la vertiginosa carrera tecnológica que habilita intromisiones en la vida privada de las personas.

Tal es la problemática que me llevara oportunamente a elegir este tema como centro de esta investigación, con el objeto y fin de lograr hallar la mayor precisión viable en la tipificación de las posibles conductas que, en algunos casos con el auxilio de las nuevas tecnologías, invaden fácilmente la esfera íntima de todos los individuos; pero, claro está, intentando lograr el delicado equilibrio que requiere una legislación responsable o, en todo caso, una interpretación responsable de la legislación existente que respete los límites constitucionales instaurados que nos mantienen dentro del Estado de Derecho.

B) Primeras normas protectoras de la intimidad

Las legislaciones comparadas antiguas y la española, han defendido y protegido la intimidad personal con el establecimiento de diversos tipos penales; pero antecedentes concretos, conforme enseña FONTÁN BALESTRA², específicamente sobre el caso de la apertura de correspondencia privada, pueden encontrarse en el Derecho Romano, que en el “*falsum*” preveía la apertura indebida de los testamentos. Sin embargo, dice el autor citado referenciando a GARRAUD que el primer caso de violación de correspondencia lo hallamos en Francia, en el año 1724, a través de una declaración real, referida a los encargados del servicio de posta³.

En España, la declaración real de CARLOS IV, del año 1795, se refiere a los actos “*contra el sagrado del secreto, que debe guardarse inviolable en los pliegos y cartas de mi servicio y del público*”⁴.

El más claro pronunciamiento aparece en el decreto de la Asamblea Constituyente francesa del 14 de agosto de 1790, que declaró “*inviolable, bajo ningún pretexto, el secreto*

² FONTÁN BALESTRA Carlos, *Tratado de Derecho penal (Parte especial V)* 1996, Abeledo Perrot, pág. 383.

³ GARRAUD, René, *Traité de Droit pénal français*, París, 1940, T. IV § 1554 y nota 4.

⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. I, p. 862, citado por FONTÁN BALESTRA en ob. cit., pág. 383.

de las cartas, ni por las corporaciones ni por los individuos". La disposición pasó textualmente a los códigos revolucionarios. Corresponde al Código penal de NAPOLEÓN haber puesto bajo protección penal el secreto médico (art. 378).

C) Los Códigos Penales españoles de 182, 1848, 1850, 1928, 1032 y 1944

En el Código Penal español de 1822⁵ se conminaba con pena la violación de la correspondencia realizada por los particulares y la revelación por éstos de los secretos que les hubieran sido confiados⁶.

El precepto se hallaba en el título II "*De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas*", capítulo primero, "*De las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados*" la norma específica se hallaba en el art. 718 que rezaba lo siguiente:

"Cualquiera que, además de los comprendidos en el artículo 424, descubra o revele voluntariamente a una o más personas algún secreto que se le haya confiado por otra, siempre que lo haga, con perjuicio de esta en su persona, honor, fama y concepto público, fuera de los casos en que la ley le mande o permita hacerlo, será castigado como reo de injuria pública o privada, según sea privado o público el descubrimiento del secreto, y la trascendencia que la revelación pueda tener contra la persona que lo hubiere confiado. Del mismo modo será castigado el que habiendo abierto, extraído ó suprimido ilegalmente alguna carta cerrada dirigida a otra persona en cualquiera de los casos de que

⁵ El Código Penal de 1822, tuvo una vigencia muy breve. Basado en las doctrinas de la Ilustración, particularmente en las de Jeremías Bentham y Beccaría. Constaba de un Título Preliminar y dos Partes, la primera dedicada a los "Delitos contra la Sociedad" y la segunda a los "Delitos contra los Particulares". Establece el principio de legalidad de los delitos y las penas, y en muchos aspectos ha sido seguido por los Códigos posteriores como la definición legal del delito, catálogos de atenuantes y agravantes, o la responsabilidad civil. Curiosamente, se atenía en el castigo de las "culpas" -o delitos culposos- al principio de excepcionalidad o concreción caso por caso, criterio abandonado posteriormente hasta el código de 1995.

⁶ CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* T. II, Barcelona, 1949, pág. 749.

tratan los artículos 425, 426, 427 y 428, haga uso del contenido de la carta con igual perjuicio de otro, según las circunstancias respectivas”⁷

En el Código Penal Español de 1848⁸, las disposiciones se hallaban contenidas en el Título VIII, Capítulo IV, bajo la rúbrica “Violación de secretos” y disponían lo siguiente:

Art. 274: “El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, será castigado con las penas de suspensión, y multa de 10 a 100 duros.

Si de la revelación resultare daño para la causa pública, las penas serán: inhabilitación absoluta perpetua, prisión mayor y multa de 50 a 500 duros”.

Art. 275: “El empleado público que abusando de su cargo cometiere como autor o cómplice el delito de ocupar o intervenir los papeles o abrir o interceptar las cartas de otro, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal, prisión correccional y multa de 10 a 100 duros”.

Art. 276: “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de suspensión, arresto mayor y multa de 10 a 100 duros.

En estas mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”.

En el Código Penal español de 1850⁹, el dispositivo se hallaba incluido en el título XIII “De los delitos contra la libertad y seguridad”, Capítulo VII, bajo la rúbrica “Descubrimiento y revelación de secretos”, del siguiente tenor:

⁷ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRIGUE RAMOS, Luis, RUIZ DORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales Españoles 1822- 1848-1850- 1870-1928- 1932- 1944 recopilación y concordancias*, Editorial Akal, Ávila, 1988, pág. 160.

⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA y otros, ob. cit., pág. 260 y sig.

⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y otros ob. cit., pág. 425.

Art. 422: “El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgar aquellos, será castigado con las penas de prisión correccional y multa de 20 a 200 duros.

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros.

Esta disposición no es aplicable a los maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia”.

Art. 423: “El administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare, será castigado con la penas de arresto mayor y multa de 20 a 200 duros”.

Art. 424: “El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que con perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con las penas de prisión correccional y multa de 10 a 100 duros”.

En el Código Penal Español de 1870¹⁰, las disposiciones se hallan incorporadas en el Libro II, Título XII “ De los delitos contra la libertad y seguridad”. Capítulo VII, bajo la rúbrica “Descubrimiento y revelación de secretos”.

Art. 512: “El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquellos, será castigado con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas.

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 125 a 1.250 pesetas.

¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros, ob. cit., pág. 623 y sig.

Esta disposición no es aplicable a los maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia”.

Art. 513: “El administrados, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 a 1.250 pesetas”.

Art. 514: “El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que con perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con la penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas”.

En el Código Penal de 1928¹¹, las disposiciones se hallaban en el Libro II, Título XIII, “De los delitos contra la libertad y seguridad individuales”. Capítulo IV bajo la rúbrica “Descubrimiento y revelación de secretos”

Art. 683: “El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con la pena de dos meses y un día a seis años de prisión y multa de 1000 a 5000 pesetas. Si no los divulgare, la pena será de dos meses y un día a seis meses de prisión y multa de 1000 a 1.500 pesetas.

El que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, incurrirá en la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 10000 a 4000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los maridos padres, tutores o quienes legítimamente los representen en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Los Tribunales tendrán en cuenta, para la aplicación de la pena, la importancia y gravedad de los secretos divulgados”.

¹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros, ob. cit., pág. 898.

Art. 684. “El administrador, dependiente, o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare, será castigado con la pena de tres meses a dos años de prisión y multa de 1000 a 5000 pesetas.

En la misma pena incurrirá el que divulgare secretos que le hayan sido confiados por razón de su profesión o empleo”.

Art. 685:”El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industria, que con perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión y multa de 1000 a 5000 pesetas”

Art. 686.”Los delitos comprendidos en este capítulo podrán perseguirse en virtud de querrela o denuncia del perjudicado o de sus sucesores o causahabientes”.

En el Código Penal Español de 1932¹² las disposiciones se hallan en el Libro II,, título XIII ”Delitos contra la libertad y seguridad”, capítulo VI bajo la rúbrica “Descubrimiento y revelación de secretos”.

Art. 490. “El que para descubrir los secretos de otros se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores, o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia”.

Art. 491. “el administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare, será castigado con al penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas”.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros, ob. cit., pág. 1.125 y sig.

Art. 492. “El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo y multa de 500 a 5000 pesetas”.

En el Código Penal español de 1944¹³, los dispositivos se hallan en el Título XII “De los delitos contra la libertad y seguridad”, Capítulo VI bajo la rúbrica “Del descubrimiento y revelación de secretos”.

Art. 497: “El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1000 a 25.000 pesetas.

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 1000 a 5000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos menores que se hallen bajo su dependencia”.

Art. 498: “El administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1000 a 5000 pesetas.

Art. 499: “El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1000 a 10.000 pesetas”.

En la Declaración de 1948¹⁴ y en la Constitución Española de 1978¹⁵, esta última en su art. 18.3, se consigna:

¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros, ob. cit., pág. 1.311 y sig.

¹⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. **Artículo 12:** “Nadie será objeto de injerencias

“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

En 1870¹⁶ se comprendía sólo la correspondencia confiada al correo o recibida y cursada a su destino por la primera estación telegráfica que se hubiera entregado, dedicando tres artículos (218 al 220).

Todavía el Código Penal de 1932¹⁷ en sus artículos 206 a 208, mantenía el mismo número de tipos penales, pero se refería ya a cualquier correspondencia privada.

La reforma de 1944¹⁸, los refunde y da la fórmula que siguió vigente hasta la ley orgánica 19/1995¹⁹ del 23 de Noviembre de ese año.

Conforme señala José María RODRÍGUEZ DEVESA²⁰, el tipo básico previsto en el art. 192 lo realizaba cualquier funcionario público que, sin las debidas atribuciones, detuviere

arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

¹⁵ Aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978. Aprobada en referéndum popular el 6 de diciembre de 1978. Sancionada por el Rey Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978. Publicada en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

¹⁶ El Código de 1870 pretende adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869, surgida de la revolución liberal de 1868. Aunque se tramitó con carácter de urgencia y entró en vigor de forma provisional, mientras las Cortes elaboraban un texto definitivo, tuvo en realidad una larga vigencia que, salvo el intervalo del Código de 1928, se prolongó hasta el Código de 1932. Estaba dividido en tres Libros y su inspiración política es liberal, lo que se manifiesta en la inclusión de delitos contra los derechos individuales; en los delitos contra el libre ejercicio de los cultos, y en la suspensión de la pena de muerte como única para determinados delitos. La conspiración y la proposición se castigan sólo cuando se prevé expresamente y se recoge de nuevo el principio de legalidad respecto a los delitos y las penas.

¹⁷ El Código Penal de 1932. Proclamada la Segunda República el Gobierno provisional derogó inmediatamente el Código Penal de 1928, con lo que se volvió al Código de 1870. Tomando a éste como punto de partida, se elaboró seguidamente el Código de 1932, en cuya elaboración participaron penalistas relevantes, como JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA. La clasificación tripartita es sustituida por la bipartita. La orientación humanitaria del nuevo texto se manifiesta en la supresión de la pena de muerte, en la disminución del número de agravantes y en instituciones como la condena condicional y la libertad condicional.

¹⁸ El Código Penal de 1944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar un texto revisado en 1963 y otro refundido en 1973, así como modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático, previstas en los Pactos de la Moncloa una copiosa legislación en materia de terrorismo. Estas reformas culminan en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, que proclama el principio de culpabilidad frente al de la responsabilidad objetiva, actualiza la parte general en materias como el error o el delito continuado y modifica sustancialmente la parte especial, incorporando numerosas mejoras técnicas ya previstas en el proyecto de 1980.

¹⁹ Ley Orgánica 10/95 del 23 de Noviembre.

cualquier clase de correspondencia privada, o sea, un funcionario ajeno al curso de la correspondencia.

Esta restricción se deduce del artículo 364, que incrimina la infidelidad de la custodia de documentos y el objeto material consistía en la correspondencia privada, o sea no oficial, entendiéndose el autor citado con GROIZARD, que la detención provisional (simple retraso) como la definitiva, abarcan lo mismo. De todas formas consistía en impedir su circulación y que llegue a destino.

Siguiendo a Diego Manuel LUZÓN PEÑA, en los últimos años el legislador penal español, al igual que ha venido ocurriendo en otros países, parece haber comenzado a ser consciente de que la esfera íntima de los individuos, y no sólo sus intimidades domiciliarias, son objeto de protección como lo son la fama, el honor, la reputación, no sólo de otras personas sino del mismo Estado.

Con los impresionantes avances de la electrónica en el campo de lo audiovisual, se ha aumentado la posibilidad de intromisión por estos medios especialmente peligrosos para la intimidad personal y familiar del ciudadano, ya que éste se halla totalmente desprevenido e indefenso, toda vez que esta situación era inimaginable hace sólo pocos años.

Dice el autor citado que, siguiendo las propuestas del AP 1979, en el CP 1980, a parte de otras modificaciones de menos importancia, en figuras delictivas ya existentes contra ciertos aspectos de la intimidad, se crea por primera vez dentro del *Título II del libro II un capítulo VI sobre descubrimiento y revelación de secretos y atentados contra la intimidad personal y familiar* (arts. 196-199 P 1980) aunque continuaba dentro del título de los delitos contra la libertad y seguridad. Que se distinguía en los delitos cometidos por cualquier persona, según hubiera o no, la finalidad de descubrir secretos o la intimidad ajena. Cuando no concurría ese elemento subjetivo del injusto, se castigaba en el artículo 198 la escucha artificial o grabación ilegal de conversaciones, y si concurría ese dolo ya

²⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, José M^a., *Derecho penal español, Parte especial*, décima edición, Dykinson, Madrid 1987.

descrito, el artículo 196 lo castigaba con una pena ligeramente superior el apoderamiento documental y la utilización de aparatos técnicos de escucha o grabación del sonido y de la imagen.

En definitiva, el art. 196 1º P 1980 castigaba con arresto de 12 a 24 fines de semana y multa de 6 a 12 meses al que para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento, se apoderare de sus papeles o cartas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen imponiendo el párrafo 2do., las penas superiores en grado si se revelaren los secretos descubiertos.

En el artículo 198 se preveía que el que, fuera de los casos permitidos por la Ley, utilizando aparatos o artificios técnicos, escuchare o grabare la conversaciones privadas de otro sería castigado con arresto de sólo 7 a 14 fines de semana o multa de 6 a 12 meses y con la superior en grado si divulgare lo escuchado o grabado.

En estos preceptos faltaban todavía las conductas de transmisión o reproducción del sonido o de la imagen ni en el artículo 198 las modalidades de intromisión referentes a la imagen.

La protección penal de la imagen, a diferencia de la del sonido, se hacía depender de la concurrencia de la finalidad específica “para” descubrir los secretos o la intimidad del otro y el mismo sistema se aplicaba a los delitos de funcionario.

D) El sistema actual

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se incluyen bajo la rubrica legal de los “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*” su ubicación sistemática dentro del Código, corresponde al Título X del Código Penal español.

Este capítulo engloba los tipos delictivos que en el código precedente se hallaban ubicados o distribuidos en diferentes sitios, por caso el de descubrimiento y revelación de

secretos entre los delitos contra la libertad y seguridad; la revelación de secretos e informaciones entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; y de otro, las interceptaciones de telecomunicaciones y las escuchas ilegales, entre los delitos cometidos por los funcionario públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

Es acertada al respecto la crítica efectuada por POLAINO NAVARRETE²¹ cuando afirma: “Tal simplificación temática no se ve acompañada, en cambio, por una sistemática estructuración ni por un adecuada sustantivación de las diversas figuras delictivas que en el Capítulo se incluyen, antes bien la inarmónica concentración operada, de manera un tanto irracional en el seno de un título legal heterogéneo, genera contradicciones que no son sólo metódicas, sino que revelan importantes deficiencias valorativas, expresadas en desigualdades punitivas y en lagunas de incriminación”.

En definitiva, no tengo menos que admitir que la rúbrica legal adolece de imprecisiones conceptuales y valorativas, y que, en cuanto a su técnica, puedo afirmar que la agrupación de los tipo penales resulta demasiado extensa, toda vez que aglutina en forma seguida un alto número de supuestos, que dificulta tremendamente la labor de los intérpretes, ya sea de quienes deben aplicar la ley -como es el caso de operadores jurídicos como jueces, defensores, fiscales o abogados en procuración del ejercicio liberal de la profesión o de la matrícula como se los llama, englobados en los operadores del derecho-, de los estudiosos y doctrinarios, y ni qué hablar, del simple ciudadano, que debería saber claramente cuáles son las conductas incriminadas, cuando actualmente ese conocimiento deviene al común del individuo sumamente confuso.

No me figuro cómo el sujeto común habrá de tener una noción clara de qué es lo que se encuentra prohibido y qué está permitido dentro de este campo, ya que debe realizar no sólo innumerables operaciones lógicas para averiguarlo, sino que deberá interpretar conceptos tales como carta, papeles, documentos, correo electrónico, imagen, entre otros y

²¹ CARMONA SALGADO, C., GONZALEZ RUS, J.J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINOAVARRETE, M., PORTILLA CONTRERAS, G., *Curso de Derechos Penal español, Parte especial I*, dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 396.

examinar en cada caso su alcance pare luego, bucear en los alcances de los verbos acceder, apoderar, interceptar, modificar, utilizar artificios etc.

Y lo más grave, es que la actividad de comunicación por cualquiera de las vías mencionadas y de las acciones referenciadas, son parte de la vida cotidiana, pues ya es común de la sociedad el comunicarse mediante el correo tradicional o mediante artefactos de telefonía, y hoy mucho más y más rápida y frecuentemente, en atención a que, hasta es económicamente más conveniente, mediante los dispositivos electrónicos y telemáticos a disposición de todos, incluso de los niños.

Piénsese en la situación existente, en la que ya se están estudiando las enfermedades ocasionadas por el exceso de apego a los ordenadores o a los teléfonos inteligentes. En este andarivel, quien tiene ese apego, puede hasta cometer el error de operar sin saber que está invadiendo la intimidad de terceros y muy probablemente, sobre todo en el caso de los adolescentes, su conducta podría adecuarse a una acción típica, ya que muchos de ellos toma este manejo diario de la informática como un juego o entretenimiento inocuo e inocente, cuando está en verdad accediendo a la esfera privada de un tercero.

Pero continuando con el análisis preliminar de la normativa, asimismo la rúbrica llama a desconcierto, toda vez que enumera bienes jurídicos que no quedan afectados por algunos de los delitos esbozados en el título, como por ejemplo la propia imagen respecto de la violación de domicilio. Ciertamente que la imagen nada tiene que ver con el domicilio ni viceversa, pero debo admitir que, de todas formas, ambos comulgan con ser expresiones de la intimidad de todo individuo. Lo correcto hubiere sido que el título, sólo mencionara como bien jurídico protegido a la intimidad como abarcadora de la inviolabilidad del domicilio, de la propia imagen, etc.

De todas formas, entonces, puede entenderse que el Título enumera bienes jurídicos relacionados, aunque independientes, y que el bien jurídico abarcador de todos los tipos penales, es sin duda alguna la intimidad.

El descubrimiento y la revelación de secretos constituyen tipos legales tradicionalmente destinado a garantizar los derechos individuales de reserva e intimidad

personal, que involucran a la libertad humana por el derecho a la exclusión de acceso a datos personales, la interceptación de las comunicaciones (escucha telefónica) la que resultó introducida por la LO 7/1984²² como escucha ilegal cometida por funcionario público, a la que luego se la complementa con el agregado de la escucha realizada por particular por la LO 18/1994²³ que tampoco logró abarcar todas la posibilidades.-

Las concordancias legales se establecen con el art. 18 de la C.E., los artículos 413 a 418, arts. 52/56 del C.P.M. L. 3/1991 del 10 de enero sobre competencia desleal, LO 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, LO 15/1999 del 13 de diciembre , de protección de datos de carácter personal y RD 1332/1994, de 20 de junio , L 34/2002 del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, LO 10/2007 del 8 de Octubre,

²² Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas. Artículo único: Se incluyen en el Código Penal vigente los siguientes preceptos: Artículo 192 bis. *“La autoridad, funcionario público o agente de estos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta. Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la prevista en el párrafo anterior.”*

Artículo 497 bis: *“El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 800.000 pesetas”.*

²³ Ley Orgánica 18/1994 de 23 de diciembre por la que se modifica el Código Penal en lo referente al secreto de las comunicaciones.

Artículo único. Los artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal quedan redactados de la forma siguiente:

«Artículo 192 bis: *“La autoridad o sus agentes y el funcionario público que, sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare cualquier telecomunicación o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen incurrirá en las penas de prisión menor en grado medio e inhabilitación especial de ocho años y un día a diez años.*

Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrán las penas de prisión menor en grado máximo e inhabilitación especial de diez años y un día a doce años”.

Artículo 497 bis: *“El que para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento interceptare sus telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen será castigado con las penas de prisión menor en grado medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.*

Si divulgare o revelare lo descubierto, incurrirá en las penas de prisión menor en grado máximo y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.

El que con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior, será castigado con las penas de prisión menor en grado mínimo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas”.

reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de SDN, L 56/2007, de medida de impulso de la sociedad de la información. Instrucción de FGE 2/2006 de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

E) Normativa vigente

Artículo 197 CP:

“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

[El número 3 del artículo 197 ha sido introducido en su actual redacción por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio)].

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

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 origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

[El número 4 del artículo 197 fue reenumerado por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio). Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 3 del mismo artículo].

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

[El número 5 del artículo 197 reenumerado por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 4 del mismo artículo. Vigencia: 23 diciembre 2010].

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

[El número 6 del artículo 197 reenumerado por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio). Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 5 del mismo artículo].

7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

[El número 7 del artículo 197 modificado conforme establece el número 2 de la disposición final segunda de la L.O. 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (B.O.E. 29 enero), que corrige

determinados artículos y apartados de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Fue reenumerado por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio). Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 6 del mismo artículo].

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

[El número 8 del artículo 197 introducido por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio)].

Artículo 198:

“La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.

Artículo 199:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

Artículo 200:

“Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código”.

Artículo 201:

“1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130”.

[Número 3 del artículo 201, redactado por el apartado quincuagésimo cuarto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. 23 junio)].

II. Evolución histórica en la legislación argentina

A) Brevísimas reseñas de los antecedentes pre-codificadores

1. *El Proyecto de Carlos Tejedor*

Hasta el comienzo de la codificación del derecho penal con el encargo de redacción del proyecto de Código Penal a Carlos TEJEDOR, la exclusiva fuente de la legislación represiva en el territorio del Río de la Plata, que en su mayor parte pasó a ser de las Provincias Unidas y luego la de la República Argentina, lo constituían las leyes penales españolas anteriores al Código Penal, por caso *La nueva Recopilación, las Leyes de Indias, las partidas, el Fuero Juzgo, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación*, normativas que no hacían más que receptor los derechos romano y canónico.

El “Proyecto de TEJEDOR”²⁴, como ya se mencionara, dado a luz por encargo del Poder Ejecutivo Nacional, siguió, en gran medida, al Código Penal de Baviera de 1813, de Paul Johann Anselm VON FEUERBACH y en menor medida, tomó la contribución de la doctrina española a través de Joaquín PACHECO, autor del Código español de 1848/50 y de la doctrina francesa a través de CHAUVEAU.

También resultaron ser fuentes inmediatas el código peruano de 1862 y el español antes mencionado.

El llamado “Proyecto TEJEDOR”, no fue sancionado como Código Nacional, pero por habilitación a las Provincias dispuesta por la Constitución Nacional, fue adoptado como Código Penal por once provincias, con algunas modificaciones hechas en la Provincia de Buenos Aires y constituye, a través del código de 1886, un importante antecedente de muchas disposiciones del Código actual.

²⁴ El Proyecto de Carlos Tejedor fue el primer intento de codificación penal general. Redactado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional el 5 de Diciembre de 1864, a Carlos TEJEDOR que por entonces era profesor de la prestigiosa Universidad de Buenos Aires.

Este proyecto, como ya se dijo, siguiendo al Código Español, en lo que aquí interesa por ser el tema en estudio, castigaba al que se apoderare de papeles o cartas de otro o revelare los secretos que contengan. La pena es menor si el autor se impusiere de los secretos, aunque no hiciere revelación de los mismos.

Señala Eusebio GÓMEZ²⁵ que la protección de la inviolabilidad de la correspondencia era más amplia en el proyecto del Código de Tejedor que en el español, puesto que éste reprimía el apoderamiento de papeles o cartas cometido para descubrir los secretos de otro, de modo que la ausencia de esa finalidad impedía atribuir ilicitud al hecho del apoderamiento, con el cual, sin embargo, resultaba lesionada la inviolabilidad de la correspondencia.

El mismo proyecto contenía, en el título de los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos, un capítulo referente a la revelación de secretos, uno de cuyos artículos reprimía al empleado público que abusaba de su cargo para interceptar, sustraer, inspeccionar, ocultar o publicar cartas o documentos, fueran éstos públicos o particulares.

El Código de 1886 mantuvo, en términos generales, la orientación del “Proyecto de TEJEDOR”, previendo separadamente el caso del funcionario público que actuara abusando de su cargo.

En el artículo 173 se contemplaba el apoderamiento de papeles o cartas de otro, sometiéndose el hecho a penalidades distintas, según que el autor hubiera revelado los secretos o se hubiera aprovechado de ellos, o bien que no mediare revelación ni aprovechamiento.

²⁵ GOMEZ, Eusebio, *Leyes Penales anotadas*, T. II.

2. *El Proyecto de 1891*

Este Proyecto, conforme a SOLER²⁶, altera completamente la sistemática para darle la forma que había de incorporarse el Código vigente. Adopta ya la distribución que, con algunas variantes de contenido, ha de pasar a la ley vigente, agrupando bajo el acápite común “Violación de secretos” todas las figuras, tanto las que señalan como autor a un particular, como las que se refieren a los empleados que tienen a su cargo la correspondencia.

3- El proyecto de 1906.-

El Proyecto de 1906²⁷ mantiene el sistema de agrupar toda la materia en un solo capítulo, y su texto es seguido al pie de la letra por el Código.

En el capítulo de la violación de secretos, correspondiente al título de los delitos contra la libertad, al través de cinco artículos, estructura el Código argentino toda la materia, sobre la base de dos tipos básicos muy generales: a) la intrusión en la esfera de secretos; b) la propalación de secretos.

Opina SOLER²⁸ que este modo de separar los tipos resulta menos empírico que el de distinguir, como lo hace CARRARA²⁹, la violación de correspondencia (apertura de

²⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, T. IV, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio. Editorial Tea (Tipográfica Editora Argentina), Buenos Aires, 1992, pág. 115

²⁷ El Proyecto que se denomina de 1906, y fue presentado al Poder Ejecutivo Nacional, el 10 de marzo de ese año y remitido al Congreso el 1º de septiembre, sigue la orientación de 1891.

²⁸ SOLER, Sebastián, ob. Cit. Pág. 113. Enseña el maestro que la sistematización de este tipo de delitos entre las infracciones a la libertad en una creación relativamente moderna. Y dice “*La sistemática actual, sin duda alguna es muy superior y corresponde a ese concepto espiritualizado y ampliado de la libertad, por el que queda protegida la personalidad integral del hombre. Claro está que las dos infracciones referidas, desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, no se identifican plenamente, pues mientras la protección de la correspondencia coloca el acento en la tutela de cierta forma de libertad de pensamiento y de palabra, la figura que reprime la violación de secretos, no tiende a la protección de meras palabras o pensamientos: aunque éstos no están excluidos, su protección se extiende a situaciones en que la persona puede hallarse en la vida de relación*”

²⁹ CARRARA, Francisco. *Programa de Derecho Criminal* Tomo 4 vol. II Editorial Temis Bogotá 1977, §§ 1630 y ss. y 1638 y ss.

cartas), por una parte, y la revelación de secretos, por otra; aunque en cuanto a la distribución de las materias, los tipos se superpongan. Bien entendido que estos tipos no están delineados nítida e independientemente, sino que son los que han inspirado en sus cargos generales la redacción del texto. Por lo demás, en cada artículo del capítulo se contemplan, amenazadas con la misma o con diferente pena, acciones distintas, que requieren ser consideradas por separado. Así, por ejemplo en el artículo 153 se pena con prisión de quince días a seis meses la violación de correspondencia, el apoderamiento de correspondencia y la supresión o desvío de correspondencia; en tanto que se amenaza con prisión de un mes a un año la comunicación o publicación de su contenido.

Los tipos contenidos en el capítulo son los siguientes:

- a) violación de correspondencia;
- b) apoderamiento de correspondencia y papeles privados;
- c) supresión o desvío de correspondencia;
- d) publicación o comunicación del contenido;
- e) agravación por ser el autor empleado de correos y telégrafos;
- f) publicación indebida de correspondencia;
- g) revelación del secreto profesional;
- h) revelación de actuaciones secretas.

En cuanto a la acción, en relación al tipo de delito de que se trata, esto es si resultan ser de acción pública, dependiente de instancia privada o de instancia pública, la solución llega de la directiva del mismo Código, ya que por disposición del artículo 73 CP (texto según ley 24.453 art. 1° BO 7/3/1995) las acciones que nacen de los delitos contenidos en este capítulo son privadas, con excepción de las que emanan de las figuras descriptas en los artículos 154 y 157.

Así el art. 73 C.P. reza: *“son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1° Calumnias e injurias, 2° Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157. 3concurrancia desleal, prevista en el art. 159. 4° Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge”*.

Atento ello, las excepciones a la privatización de la acción se hallan referidas el primero de los artículos aludidos por la norma al empleado de correos y telégrafos y el segundo al funcionario público que revele hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos, supuestos que se rigen por el régimen general de la acción pública.

Pero salvo por esas excepciones, conforme lo previsto por el art. 73 C.P. se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales. De suerte que requiere el impulso privado, desinteresándose el Estado al vedar la habilitación del impulso público.

B) Primeras normas protectoras. Aspectos generales: marco normativo.

La violación de secretos en general regulada en el Capítulo III del Código Penal el que, conforme la ley 25.326³⁰, merecía la siguiente rúbrica: “Violación de secretos” (arts. 153 al 157 bis del CP).

Su ubicación se halla en el Título V, el que no ha sido modificado en su rúbrica: “Delitos contra la libertad”. Todo ello en el Libro Segundo (De los delitos) del Código Penal.

Según el maestro NÚÑEZ³¹, el bien protegido en dicho capítulo del Código Penal es la incolumidad de:

- La intimidad de la correspondencia y de los papeles privados, arts. 153 al 155 de dicho texto sustantivo, por derivación expresa de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional³² y, en función del último, los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos

³⁰ Ley 25.326 de *Protección de los datos personales*. Reglamentada por el Decreto 1558/2001 (29/11/2001).

³¹ NÚÑEZ, Ricardo *Tratado de Derecho Penal*, Tomo cuarto, Parte especial. Marcos Lerner. Córdoba 1988 Pag. 90.

³² Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional de la República Argentina: ... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del

Humanos³³, 11.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁴ y 17 apartados 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles³⁵ y Políticos;

- Los secretos y la libre comunicación entre las personas.

Conforme se desprende de lo anticipado en el título del presente, entiendo que con la incorporación del art. 157 *bis* en este Capítulo por vía del art. 32 de la Ley 25.326³⁶ de “Protección de los datos personales” debemos agregar:

- La información que se hallare registrada en un banco de datos personales.

Si bien puede válidamente argumentarse que, al fin y al cabo, esto no es más que otra manifestación de la “intimidad” y en tal sentido entenderse integrado en aquella, no sólo por la novedad sino por la trascendencia general de la largamente demorada ley sobre la materia, considero que merece destacarse por separado.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la propia ley citada, en su art. 2º (Definiciones) aclara que por “*datos personales*” se entiende la información de cualquier

Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

³³ La Declaración Universal de Derechos Humanos (IX Conferencia Internacional Americana Bogotá, 1948. Decreto Ley 9983/57).

³⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969. Ley 23054).

³⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Asamblea general de la UN del 16-12-1966. Ley 23.313).

³⁶ Art. 32 ley 25326 “...2- Incorpórase como artículo 157 bis del Código Penal el siguiente: “Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

1º. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2º. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá , pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años”.

tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables; mientras que por “*archivo, registro, base o banco de datos*”, indistintamente se designa al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Por su parte, CREUS³⁷ refiere que la esfera de reserva de la persona, dentro de la cual tiene que poder vivir su intimidad sin la intromisión ilícita de terceros, se completa respecto de todo lo que desea mantener fuera del conocimiento de extraños o reducirlo al conocimiento de un número limitado, ya se trate de sus pensamientos, sus acciones o acontecimientos o circunstancias que le conciernan. Es esa manifestación de la libertad individual la que la ley trata de proteger en este capítulo.

Refiriéndose expresamente al secreto profesional de cualquier índole, sostiene el maestro BIDART CAMPOS³⁸ que se aloja como un bien jurídico en el derecho constitucional que viene amparado por la intimidad o privacidad del art. 19 de la Constitución Nacional Argentina³⁹, y ello aunque tal naturaleza de secreto es compartida por dos personas (profesional y cliente) y no es privativa de una sola.

En un sentido general, la violación de secretos comprendía diversos supuestos con recepción en variada normativa. Así, pueden mencionarse como casos básicos:

1. la violación de secreto particular o “*violación de secreto profesional*” del art. 156 CP, que dice: “*Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa*”.

³⁷ CREUS, Carlos “*Derecho Penal*” Parte especial, Tomo I. 3ra. Edición actualizada, Editorial Astrea, Bs. As. 1991, pag. 372.

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado de Derecho Constitucional*. Ediar, Bs. As.. 2006.

³⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA Art. 19.- “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. Stuart Mill, liberalista, ha dicho: “*Una acción es inmoral si y sólo si sus consecuencias implican más frustración que satisfacción de los intereses y deseos del mayor número de gente*”.

Refiere FONTÁN BALESTRA⁴⁰ que esta fórmula legal se tomó específicamente del art. 163 del Código Italiano.

2- La revelación de hechos, actuaciones o documentos secretos del art. 157 CP, que dice:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por uno a cuatro años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por ley deben quedar secretos”.

3- El acceso ilegítimo a un banco de datos personales y la revelación de la información en ellos registradas del art. 157 bis CP, que dice:

“Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que: 1º. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2º. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviera obligado a preservar por disposición de una ley. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años”.

Al momento de analizar este último tipo penal, deberá tenerse particularmente en cuenta el marco en que se proyectara y a partir del que se incorporara la nueva figura delictiva, siendo fundamental para comprender acabadamente los alcances concretos de las conductas que se conminan penalmente, el objeto fijado en la ley de origen.

Así, en su art. 1º, cap. I “Disposiciones generales”, se señala que el objeto de la ley es la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor (nuevo art. 117 bis CP) y a la intimidad de las personas (nuevo 157 bis CP), así como también el acceso a la información

⁴⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, *Parte especial*, segunda edición actualizada por el Dr. Guillermo A.C. LEDESMA, Reimpresión. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, año 1993, pág. 383 y siguientes.

que sobre las mismas se registre (*habeas data*, art. 43, 3º párrafo, C.N.), siendo sus disposiciones aplicables en cuanto fuere pertinente a los datos relativos a las personas de existencia ideal.

Se ha dejado expresa constancia por el legislador en el último párrafo de dicha norma, que en ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.

Para ir cerrando esta genérica mención del marco normativo de la figura de la violación de secretos, es atinado recordar que constituyen figuras especializadas del delito de violación de secreto particular del art. 156 del CP, los siguientes:

1) la violación de la confidencialidad sobre informes comerciales de la Ley 24.766 del año 1996, cuyo art. 3º amplía los *alcances* punitivos del art. 156 del Código Penal.

2) la violación del deber de guardar secreto del invento aún no protegido del art. 77 de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad N° 24.481 mod. por Ley 24.572 (t.o. 1996).

Asimismo son figuras especializadas del tipo penal del art. 157 CP ya citado, a las siguientes:

2. La revelación de constancias sobre identificación de las personas del art. 31 inc. a) de la Ley de Identificación de las Personas Físicas N° 17.671 modificado. por Ley 20.974.

3. La revelación de constancias registrales penales del art. 51 del CP conforme a la Ley 23.057, que hace remisión expresa al art. 157 del Código mencionado.

4. La revelación de la identidad de un agente encubierto o de un testigo o imputado protegido de la Ley de Estupefacientes N° 23.737 modificado por la Ley 24.424.

5. La revelación del contenido de los expedientes tramitados con motivo de la presentación de solicitudes de patente y modelos de utilidad del art. 77 de la apuntada Ley 24.481.

También vinculados al ámbito de los *secretos oficiales*, como el mencionado art. 157 del CP, recuerda a los tipos penales de los arts. 222 y 223 del mismo Código, que contemplan la revelación y la obtención de revelación dolosa de secretos políticos o militares *concernientes* a la seguridad, los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación, en el primer caso, mientras que el restante se ocupa del comportamiento culposo de dar a conocer tales secretos, que están en posesión del agente en virtud del empleo u oficio.

En resumen, se puede recapitular que los primeros intentos de codificación comenzaron con la obra del Profesor Carlos TEJEDOR y su proyecto (específicamente atendiendo al delito que me ocupa en la Sección II, libro I, título VI); en el Proyecto de Código denominado “Proyecto VILLEGAS – UGARRIZA – GARCÍA” (art. 260; el código de 1886 (art. 173; Proyecto de 1891 (art. 183) y Proyecto de 1906 (art. 161).

C) Otras normas procesales y Constitucionales tendentes a garantizar el derecho a la intimidad y confidencialidad.

1) En la Constitución Nacional el art. 43 regula la institución de “*habeas data*”:

Art. 43: “Toda persona puede interponer acción expedita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derecho y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podría declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el

defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podría interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de la información periodística”.

2) Leyes que protegen el derecho a la intimidad y confidencialita. Secreto Profesional.

Ley 23.798⁴¹

Art. 2: “Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

- a. Afectar la dignidad de la persona*
- b. Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva;*
- c. Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación argentina.*
- d. Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos los cuales a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada”.*

Decreto 1.244/910

Art. 2:

⁴¹ Ley N° 23.798 “Declárase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida”. Sancionada: Agosto 16 de 1990. Promulgada de Hecho: Septiembre 14 de 1990. También, Resolución Ministerial 787/91.

Art. 1.5: El resultado del análisis debe ser secreto de acuerdo a las normativas de la reglamentación de la Ley de SIDA Se identificará el legajo sanitario de cada enfermo. Se tendrá un registro, el cual deberá ser llevado en la forma como lo prescribe el inc. e, del art. 2 de la ley 23.798.

c. “Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o se halle enferma de SIDA, tiene prohibido revelar dicha información y no puede ser obligados a suministrarlas salvo en las siguientes circunstancias:

1. A la persona infectada o enferma, o a su representante, si se tratara de un incapaz.

2. A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de una persona infectada o enferma.,

3. A los Entes del Sistema Nacional de Sangre creado por el art. 18 de la L. 22.990 mencionados en los incisos a, b, c, d, e, f, g, h, i, del citado artículo, así como a los organismos comprendidos en el art. 7 de la L 21.541

4. Al Director de la Institución Hospitalario, en su caso al Director de su Servicio de Hemoterapia, con relación a personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, o cuando resulte necesario para dicha asistencia.

5. A los jueces en virtud de auto judicial dictado por juez en causas criminales o en las que se ventilan asuntos de familia.

6. A los establecimientos mencionados en el art. 11, inciso “b”, de la ley de Adopción 19.134. Esta información sólo podría ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes.

7. Bajo la responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor.

e. Se utilizará, exclusivamente, un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento. Los días de un solo dígito serán antepuestos del numero cero”.

Art. 8: “La información exigida se efectuará mediante notificación fehaciente. Dicha notificación tendrá carácter reservado, se extenderá en original y duplicado, y se entregará personalmente al portador del virus HIV, Este devolverá la copia firmada que será archivada por el médico tratante como constancia del cumplimiento de los establecido en este artículo.

Se entiende por “profesionales que detecten el virus” a los médicos tratantes”.

Art. 10: “La notificación de la enfermedad y, en su caso, del fallecimiento, será cumplida exclusivamente por los profesionales mencionado en el art. 4 inc. a de la ley 15.465, observándose lo prescripto en el art. 2 inc. c de la presente reglamentación”.

Como normativa básica para el desarrollo de la medicina, la norma rectora es la 17.132.

Ley 17.132⁴²:

“Art. 11: “Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamentan en la presente ley, con motivo en razón de su ejercicio, no podría darse a conocer salvo los casos que otras leyes así los determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal, sino a instituciones, sociedades r, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlos o utilizarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”.

Ley 24.004⁴³ de ejercicio de la enfermería:

Art. 10 Son obligaciones de los profesionales o auxiliares de la enfermería

F. Mantener el secreto profesional con sujeción a lo establecido por la legislación vigente en la materia.

⁴² LEY 17.132 Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Buenos Aires, 24 de enero de 1967.

⁴³ Ley N° 24.004 De ejercicio de la enfermería. Sancionada: Setiembre 26 de 1991. Promulgada: Octubre 23 de 1991.

En materia civil, es de señalar el art. 1071 bis del Código Civil.

Art. 1071 bis: “*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren casado, ya pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además podría este, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación*”.

D) El sistema actual según la ley 26.388⁴⁴.

La última reforma al capítulo III del título V del Código de la Nación Argentina, “*De los delitos de violación de secretos y de la privacidad*” es constituida por la relativamente nueva ley 26.388⁴⁵.

⁴⁴ Ley 26.388. Modificación del Código Penal. Sancionada: Junio 4 de 2008. Promulgada de Hecho: Junio 24 de 2008.

⁴⁵ Fundamentos para el dictamen del CD 109/06 Sr. Presidente: “Nuestro Código Penal es un sistema riguroso y cerrado de normas que no resiste ni admite ningún tipo de integración, extensión y analogía, que tiendan a completar los elementos ausentes de los tipos penales; ello en virtud de los principios de legalidad y de prohibición de analogía, emanados del artículo 18 de la Constitución Nacional. Por ello ocurre que algunos ataques a determinados bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el derecho penal no alcanzan a ser punidos, porque los tipos penales no expresan en su letra los adelantos científicos y técnicos que sucedieron con posterioridad a la sanción de la norma. Esto es advertido por la doctrina y jurisprudencia penal, destacando la falta de tipicidad de las acciones relacionadas con las nuevas tecnologías. Precisamente, la presente propuesta pretende actualizar el Código Penal incorporando a sus normas las nuevas tecnologías surgidas desde mediados del siglo pasado. Las comisiones de Justicia y Asuntos Penales y de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión han estudiado los textos de los proyectos de ley con estado parlamentario sobre el tema, con el objeto de procurar un consenso sobre cuáles son los bienes jurídicos que hoy se encuentran desprotegidos frente a acciones desarrolladas mediante nuevas tecnologías. Los proyectos que se han considerado y tenido a la vista son los expedientes CD 109/06, S 1751/06 de los senadores Giustiniani e Ibarra, S 1875/06 del senador Saadi, S 4417/06 de la senadora Bortolozzi, S 1281/06 del senador Pichetto, S 1628/06 del senador Jenefes y otros senadores, S 2127/06 de la senadora Fellner, S 2218/06 del senador Jenefes, S 3373/06 del senador Saadi, S 323/07 del senador Basualdo y otros senadores, S 465/07 de la senadora Escudero, S 520/07 del senador Jenefes, S 809/07 de la senadora Giusti, S 823/07 de la senadora Giusti, S 2021/07 de la senadora Bortolozzi, S 2575/07 de la senadora Viudes y el expediente S 1896/07 de la senadora Perceval. En la elaboración de este dictamen han participado especialistas en la materia, cuya colaboración constituyó un valioso aporte para brindar una solución legal al problema suscitado por la ausencia de normas específicas sobre esta temática. En este sentido se hace un deber agradecer el aporte que han brindado el Dr. Pablo Palazzi, autor de numerosas publicaciones doctrinarias, el Dr. Ricardo Saenz, Presidente de la Asociación de Fiscales y Funcionarios de la República Argentina y miembro integrante de la

Comisión Interministerial de Delitos Informáticos, la Dra. Nora Cherñavsky, Asesora de la Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y miembro integrante de la Comisión Interministerial de Delitos Informáticos y funcionarios de la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI), su Director, el Lic. Carlos Achiary, la Directora de Aplicaciones, CP. Patricia Prandini y los asesores legales, Dra. Leonor Guini y Dr. Lisandro Teszkiewicz. Analizando el contenido del dictamen aprobado por las comisiones intervinientes del Senado, cabe señalar que se realizaron algunas modificaciones a la sanción dada por la Cámara de Diputados, las que se indicarán seguidamente. Con respecto a la significación de conceptos se consideró de adecuada técnica legislativa unificar en una sola norma los artículos 3° y 17 del proyecto venido en revisión, y redefinir el concepto de documento, a fin de que resulte comprensivo de toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión. Se consideró conveniente omitir la referencia a comunicación electrónica que la sanción de Diputados traía en su artículo 3°, por considerar sobreabundante su incorporación a la parte general, por cuanto las modificaciones propuestas incluyen expresamente en los tipos penales de la parte especial del Código Penal aquella protección. En lo que hace a los delitos contra la integridad sexual, específicamente respecto del elemento del tipo penal del artículo 128 actual, se sustituyó imágenes pornográficas por “toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”, tomando la definición del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobada por Ley 25.763 (Artículo 2. A los efectos del presente Protocolo: c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales). Asimismo, se conserva en la redacción del tipo penal la conducta del que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores, que había sido suprimida por la sanción de la Cámara de Diputados del primer párrafo del artículo 128, sustituyendo escenas pornográficas por representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. No se consideró conveniente reprimir con la misma pena a quien distribuya representaciones de las descriptas en el párrafo anterior como a quien las tenga en su poder, ya que son ilícitos de diferente peligrosidad, y asimismo, se vigorizó la idea, en salvaguarda del principio de reserva, de requerir en forma inequívoca la finalidad por parte del autor de proceder ulteriormente a su distribución o comercialización. Se coincidió con conservar la propuesta de ampliar el ámbito de punibilidad del capítulo III, del título V, de la parte especial del Código Penal, incluyendo a la “privacidad” como bien jurídico protegido, sobre todo a tenor de lo prescripto por el inciso 3 del artículo 157 (“3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales”), ya que la norma se entiende más como afectación a la intimidad que al bien jurídico “secreto”. Con respecto al actual artículo 153 del Código Penal, última parte del primer párrafo (... suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida) es razonable la propuesta de la Cámara de origen de incorporar no sólo la comunicación electrónica sino también la expresión “indebidamente” en el tipo, para que no le queden dudas al intérprete respecto a requerir la finalidad dolosa del autor del delito, y evitar cualquier hermenéutica tendiente a considerar comprendidos en el tipo a quienes en procura de mejorar el servicio que prestan a sus usuarios, activan mecanismos de protección, tales como antivirus, filtros o algoritmos de desvío de correo electrónico para evitar se conoce como spam, o la recepción de correos no deseados por sus clientes. La norma contenida en el artículo 6° del proyecto aprobado por la Cámara de origen fue cuestionada, porque se infiere de la misma la punición de las cámaras ocultas, lo que se consideró merecedor de otro debate en cuanto no se encuentra directamente vinculado a la materia de esta iniciativa: incorporar las nuevas tecnologías al Código Penal. Asimismo, el texto de este artículo mereció observaciones respecto de la introducción del verbo típico “obtuviere” por cuanto ello implicaría extender la punición a límites exagerados, ya que en tanto no sea difundido, revelado o cedido el dato o hecho captado, la lesión al bien jurídico protegido es prácticamente insignificante. Con respecto a los artículos 9° y 10 del proyecto venido en revisión, se consideró de adecuada técnica legislativa unificar los artículos en una sola norma, ya que ambos refieren a modificaciones del artículo 157 bis Código Penal. A tenor de la incorporación en el artículo 157 bis de la conducta consistente en insertar o hacer insertar datos en un archivo de datos personales, y teniendo en cuenta la similar regulación del artículo 117 bis, inciso 1°, en Título Delitos contra el Honor (Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales) se consideró acertado modificar la ubicación metodológica dentro del Código Penal, ya que en una ulterior revisión del tema se llegó a la conclusión que la norma se encuentra mal ubicada dentro de los delitos contra el honor. Así lo desarrolla un

1) Breves consideraciones acerca de la reforma al Código Ley 26388.

Las reformas introducidas, constituyen un avance indudable sobre la antigua legislación; sin embargo, tal reforma no mereció observación ni modificación alguna sobre el título en el que sigue quedando inserta la normativa, esto es, en los delitos contra la libertad, cuando, como ya se verá al tratar el tema del bien jurídico, resulta indiscutible que el mismo es la intimidad.

reciente fallo: “Pareciera que la conducta reprochada podría encontrarse alcanzada por las previsiones legales del artículo 117 bis. Sin embargo, si bien este artículo en su inciso 1° reprime con pena de prisión de un mes a dos años al que “...insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.”, no puede soslayarse su ubicación sistemática dentro del Código Penal, por lo que si tenemos en cuenta el bien jurídico protegido por el título la nueva figura parece limitarse sólo a la inserción de datos falsos que disminuyan el honor. Por tal motivo, la única interpretación adecuada del citado artículo, es la de considerar que contempla las acciones que desacreditan o deshonran, pese a que ello no surge del texto de la ley”. CCC Fed. Sala I 17.4.2007 “Martínez Rodríguez, Hugo R. y otros...” Adhiriendo a este razonamiento, y para no incurrir en redundancias penales, ya que la amplitud del nuevo tipo penal proyectado abarca la tipicidad de la conducta expresada por el inciso 1° del artículo 117 bis del Código Penal, se consideró pertinente su derogación. Con relación al “fraude informático” existió coincidencia en cuanto a la conveniencia de incorporarlo dentro del capítulo sobre las defraudaciones, y despejar definitivamente las dudas suscitadas en los tribunales sobre en qué tipos de delitos contra la propiedad debe subsumirse la conducta. Se conservó la redacción de la sanción de Diputados con dos supresiones: “actuado sin autorización del legítimo usuario”, porque se entendió que agrega un elemento al tipo que resulta confuso e innecesario, ya que la autorización no podría excluir la ilicitud de la conducta de defraudar; y “luego de su procesamiento”, porque no se encontró el justificativo de fijar el momento técnico de una etapa de la transmisión de datos. Por ello, en el artículo 1° del presente dictamen no se discriminan esos momentos, dando al juzgador precisión normativa y evitando elementos típicos que lo pudieran hacer incurrir en confusión. Se coincidió en incorporar el “daño informático” al Código Penal, pero con la pena prevista en la figura básica del delito de daño, ya que ni el medio técnico utilizado para dañar ni el objeto sobre el que recae, pueden ser considerados por si solos un elemento agravante. Salvo, claro está, que se trate de un daño contra un determinado bien que merezca especial protección, circunstancia que ameritaría introducirlo en las previsiones del artículo 184 Código Penal con una pena agravada. Por las mismas razones de técnica legislativa ya expresadas, se unifica en una sola norma las previsiones de los artículos 13 y 14 de la sanción de Diputados, ya que ambas versan sobre modificaciones al artículo 184 Código Penal. Sabemos que la tarea que nos convoca, cual es la de introducir esta novedosa temática a la legislación penal, es un gran desafío para el legislador; por ello, se buscó incansablemente llegar a un consenso plasmado en el presente dictamen, con los distintos actores involucrados en la actuación judicial, doctrinarios y funcionarios del Poder Ejecutivo, expresando su adhesión el Dr. Alejandro W. Slokar, Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (nota SPCyAP N° 175/07). Se tuvieron en cuenta las previsiones del Convenio de Cybercriminalidad de Budapest del 23 de noviembre de 2001, aunque aún no haya sido suscripto por nuestro país, como también la labor de la Comisión Redactora de un anteproyecto de Ley de Delitos Informáticos creada en el año 2005 por resolución de los Ministros de Justicia y Derechos Humanos y de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y los avances registrados en el derecho comparado. Esta reforma probablemente requerirá en el futuro de nuevos debates y actualizaciones, se irá enriqueciendo en el transcurso del tiempo con su aplicación a la realidad fáctica, y surgirán novedades doctrinarias y jurisprudenciales y, sobre todo, nuevas necesidades de regulación legal.

Si bien es cierto que la intimidad es una forma de manifestación o un derecho que implica necesariamente la libertad porque integra su ámbito, este derecho resulta más específico.

2) Modificaciones.

El proyecto de ley de modificación del Código Penal –delitos informáticos– fue aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación el 28/11/2007 y devuelto a la Cámara de Diputados, aprobado por ésta y sancionado como ley 26388 el 5.6.2008.

5. Así se sancionó con fuerza de ley y las siguientes modificaciones:

Artículo 1º: “Incorpóranse como últimos párrafos del artículo 77 del Código Penal los siguientes:

“El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente”.

Artículo 3º: “Sustitúyese el epígrafe del Capítulo III, del Título V, del Libro II del Código Penal, por el siguiente:

“Violación de Secretos y de la Privacidad”.

Artículo 4º: “Sustitúyese el artículo 153 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 153: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o

se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena”.

Con esta modificación se equipara al “e-mail” y al “SMS” a la correspondencia. Esta innovación, entre otros problemas, trae uno nuevo que involucra a las Empresas, pues sólo les queda realizar una revisión de sus políticas, toda vez que o bien ya no podrán controlar los e-mail de las cuentas corporativas de sus empleados, tal y como lo hacían en la mayoría de los casos, o bien regularlo de alguna forma que no afecte la intimidad ya que ahora, esa actividad, con esta reforma, se halla prohibida.

En cuanto al impacto de las nuevas tecnologías, dice José AGUSTINA SANLLEHÍ⁴⁶ que desde un punto de vista sociológico, el impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación están transformando las relaciones personales en los distintos ámbitos de relación del individuo; y que en este nuevo contexto, en que se afecta al sistema productivo y a la propia organización empresarial, la doctrina y la jurisprudencia laboralista han debido afrontar nuevos conflictos, siendo que han comenzado a existir despidos de trabajadores por el uso indebido de los *e-mail*, ya sea por ingreso a páginas inadecuadas, o por la utilización del tiempo laboral fuera de los objetivos de la empresa, o simplemente por el uso excesivo de *internet*, otorgándose como motivos de los despidos la infracción a las

⁴⁶ AGUSTIN SANLLEHÍ, José R., *El delito de Descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*. La Ley Temas. Gaefe, Madrid, 2009, págs. 36 y sig.

políticas de la empresa o el uso de lenguaje inapropiado u ofensivo en los correos electrónicos.

En este contexto de los correos laborales, o la informatización del trabajo, la cuestión se ha transformado en un tema que resulta harto complicado, toda vez que la utilización de dispositivos de internet a los fines laborales y en el lugar del trabajo, y aún cuando hoy está bastante difundido el tipo de trabajo *of shore* –léase como realización de tareas a distancia del asiento laboral– implica, en la mayoría de los casos la utilización de tiempo laboral y el empleo de logística proporcionada por el empleador, con lo cual parecería que cierto derecho de control habría de tener sobre ello, ya sea la actividad o los medios puestos a disposición, el tema es desentrañar de qué forma dicho control puede ejercerse sin mengua de la intimidad.

No obstante, se podría analizar la posibilidad de limitar el uso de tales dispositivos o del servicio mismo de internet, limitando también las páginas de acceso, colocando claves, estipulando páginas y correos corporativos propios de la actividad al que pudieran tener acceso escalonado según jerarquías pero nunca, si el trabajador tiene una casilla de correo privada, podrá el empleador tener derecho de pesquisa de dicho correo electrónico. Y así lo apunta AGUSTINA SANLLEHÍ⁴⁷: “La preocupación de las empresas por el uso inadecuado de internet, se manifiesta en que el 66 % de las encuestadas realizan una monotorización de las conexiones a la red, y un 65 % utiliza un *software* específico para bloquear el acceso a *sitios-web* inapropiados. Un 18 % de las empresas encuestadas bloquean también el acceso a URLs (*Uniform resource locators*) para evitar que los trabajadores visiten *blogs* externos. También, continúa el autor citado, las empresas utilizan diferentes métodos para monitorear los ordenadores del personal, registrando los contenidos, el tiempo que el trabajador utiliza el teclado, y el número de pulsaciones, otros, almacenan y revisan los ficheros de los ordenadores y realizan monitoreo de los blogs y de los sitios-web, en muchos casos por temor a las consecuencias legales que puedan derivar por causa de los e-mails de sus trabajadores. Piénsese en el caso de un trabajador que conectado desde la empresa, enviara correos con contenidos inapropiados, podría la empras verse demandada judicialmente y en efecto ha ocurrido. Por ello, de la mano de los beneficios que la informatización tiene para

⁴⁷ AGUSTINA SANLLEHÍ, ob. cit., pág. 37.

el desarrollo laboral, vienen también los riesgos y derivaciones perniciosas que su uso indebido podrían acarrear.

Existe, entonces un conflicto de intereses, derivado de la expectativa que todo trabajador tiene de privacidad en el ámbito laboral que resulta indispensable regular, y al cual no se ha dado respuesta desde la legislación tanto de España como de Argentina. Coincido con AGUSTINA SANLLEHÍ en cuanto a que ese derecho del trabajador a conservar su intimidad aún dentro del contexto laboral, no puede tener carácter absoluto, sino que debe estar limitado en función de los derechos e intereses legítimos del empleador, relacionadas con la administración eficiente de la empresa y a protegerse de la responsabilidad por perjuicios derivados del uso de la *internet*.

Por otra parte, ya se está generalizando la opción, existe la posibilidad de que se ponga a disposición de todos los trabajadores –ya sean rasos o directivos– un acuerdo pre firmado en forma individual por cada uno de ellos por el cual se consienta esta actividad de contralor, siempre y cuando se asegure y aclare quiénes pueden ser los autorizados a cumplir con tal tarea, de forma tal que al cumplimentar la misma el sujeto controlador no quede incurso en una hecho delictivo, por caso, la violación al art 153 CP.

Entiendo que esta opción puede ser posible en el caso de que la autorización de control abarque las páginas o correos laborales, pero mal podría abarcar los correos personales toda vez que no es ético renunciar a un derecho tan personal y menos en forma generalizada. Por otra parte, no es apropiado éticamente, toda vez que la relación trabajador-empleado resulta desapareja, teniendo el primero una preeminencia desde que es quien da el trabajo y puede ocurrir que la persona necesitada de obtener su sustento, ceda ante propuestas que avanzan sobre su intimidad.

De igual forma se hallan en una complicada situación, las compañías que prestan servicios de internet y telefonía móvil, sobre la política respecto del personal que tienen acceso a las cuentas de “e-mail” y a los “SMS” que, si bien hoy confiamos en que no se leen, en el caso de los “e-mails” no cabe desconocer que es práctica habitual cuando el cliente tiene problemas con la cuenta chequear los “e-mails” que recibió, en este caso solo salvable con políticas de servicio y confidencialidad muy claras.

Artículo 5º: Incorpórase, como artículo 153 bis del Código Penal, el siguiente:

Artículo 153 bis: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un mes a un año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros”.

En este caso se ha optado por ajustar la pena al delito que eventualmente pueda producirse en caso de que este fuere más grave, “*si no resultare un delito más severamente penado*” resultando una norma subsidiaria en lo que hace a la pena abierta.

Por otra parte, al igual que ocurre en la mayoría de los casos en que el medio es un soporte informático, resulta muy dificultosa la recolección de la prueba de la autoría y de que mediante esa maniobra el autor de la misma produjo el otro delito que se considera más grave, o sea que el accionar sea la causa del resultado producido en el delito mayor

Si bien, entonces esto representa un avance, la dificultad sigue instalada en la prueba de la autoría .

Artículo 6º: “Sustitúyese el artículo 155 del Código Penal, por el siguiente: “Artículo 155. Será reprimido con multa de pesos de mil quinientos (\$1.500) pesos a cien mil (\$100.000) el que, hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”.

*Artículo 7: “Sustitúyese el artículo 157 del Código Penal, por el siguiente:
Artículo 157: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial de uno a cuatro años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos”.*

Artículo 8º: Sustitúyese el artículo 157 bis del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 157 bis: “Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

- 1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;*
- 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.*
- 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años”.

Esta norma está relacionada con la garantía de hábeas data, la que resulta poco conocida, siendo que se puede afirmar que existen escasas presentaciones a su respecto ante la Justicia Penal.

Sin embargo, cabe aclarar que este artículo incluye no sólo a quién realice estas acciones en entornos informatizados sino también en aquellos casos que el soporte sea manual, es decir un que un banco de datos es también la urna de los cupones de sorteos en el shopping, hipermercado, el legajo de cada empleado, el libro de sueldos, el formulario que llenamos al abrir un cuenta corriente, caja de ahorro, tarjeta, etc.

El inciso 2 limita a la condición de forma ilegítima el proporcionar o revelar información personal. Es decir que debe probarse que quien lo hizo no estaba autorizado legalmente a hacerlo. Esto pone la carga de prueba en quien denuncia, antes el acusado debía probar que su accionar era legítimo.

El inciso 3 se agrega teniendo en cuenta, en forma taxativa, la incorporación de datos no brindados por el titular de los mismos y en forma ilegítima, es decir que ninguna ley regule que pueda hacerlo. Como ejemplo, si respecto de un empleado, estudiante, cliente, etc. que no está obligado a dar datos que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual (art. 2 Ley 25.326 *Habeas Data*) alguien insertara en su legajo alguno de estos datos, estaría incurriendo en el delito tipificado en este inciso.

Se ha discutido largamente acerca de si existe una categoría rotulada, delito informático, y al respecto existen de las más diversas opiniones y, aunque ya se volverá sobre el tema en capítulo aparte ya que entiendo que en el estado actual de la informática aplicada el tema merece ser tratado especialmente, corresponde sintetizar las posturas de algunos autores:

Así Silvina RINALDI: “Estamos en presencia de delitos clásicos en los que su naturaleza no varía en gran medida por el hecho de que para su perpetración se haga uso de moderna tecnología relacionada con la computación. Por lo tanto no puede hablarse de delito informático sino más bien de una categoría criminológica como delincuencia o criminalidad informática dentro de la cual se agruparán los problemas del procesamiento de datos, relevantes para el derecho penal sin modificar los tipos penales y las conductas a ellos vinculadas. La gran mayoría de los ilícitos informáticos pueden encuadrarse en los tipos penales tradicionales, en la medida en que sistemas computarizados sean utilizados como medio, instrumento, herramienta u objeto de aquellos”⁴⁸.

⁴⁸ RINALDI, Silvina Laura. Ponencia: *Delitos informáticos, perfil criminológico del hacker, especial referencia a los delitos de contenido económico y normativa aplicable*. Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Informático, Mar del Plata, 2001.

Mas sobran los autores que inclinan su opinión a favor de la existencia del delito informático.

Por caso puede mencionarse a Julio TÉLLEZ VALDEZ, quien define al delito informático en forma típica y atípica, entendiendo a la primera como a “las conductas típicas, antijurídicas y culpables, en las que se tienen a las computadoras como instrumento o fin” y a las segundas “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin”.

Por su parte, Gabriel A. CÁMPOLI⁴⁹ opina: “El campo de los delitos informáticos aparece hoy ante el legislador como un mundo que puede decirse no al alcance de la mayoría, y más aún si nos adentramos específicamente en el punto de los delitos electrónicos ya que su aprehensión implica un mayor grado de compromiso con conocimientos tecnológicos que a la postre resultan sólo para algunos elegidos”⁵⁰.

Pero más allá de dichas opiniones los delitos informáticos han sido definidos tanto por las naciones unidas y por la organización par ala cooperación y el desarrollo económicos⁵¹.

⁴⁹ CAMPOLI Gabriel A., Ponencia “*El elemento subjetivo en los delitos electrónicos – ¿El dolo o La culpa?*”. Primer Congreso Mundial de Derecho Informático, Quito, Ecuador, Octubre 2001.

CAMPOLI Gabriel A., Ponencia “*El elemento subjetivo en los delitos electrónicos – ¿El dolo o la culpa?*”. Primer Congreso Mundial de Derecho Informático, Quito, Ecuador, Octubre 2001.

⁵¹ Delito Informático según las Naciones Unidas.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) reconocen los siguientes tipos de delitos informáticos:

1. Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras

- Manipulación de los datos de entrada: este tipo de fraude informático conocido también como sustracción de datos, representa el delito informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir.

- La manipulación de programas: consiste en modificar los programas existentes en el sistema o en insertar nuevos programas o rutinas. Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente tiene conocimientos técnicos concretos de informática y programación.

- Manipulación de los datos de salida: se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude del que se hace objeto a los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos.

- Fraude efectuado por manipulación informática: aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo.

2. Manipulación de los datos de entrada

- Como objeto: cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada.

- Como instrumento: las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial.

3. Daños o modificaciones de programas o datos computarizados

- Sabotaje informático: es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema.

- Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos: estos accesos se pueden realizar por diversos motivos, desde la simple curiosidad hasta el sabotaje o espionaje informático.

- Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal: esta puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos. Adicionalmente a estos tipos de delitos reconocidos, el XV Congreso Internacional de Derecho ha propuesto todas las formas de conductas lesivas de la que puede ser objeto la información.

Ellas son:

- Fraude en el campo de la informática.
- Falsificación en materia informática.
- Sabotaje informático y daños a datos computarizados o programas

informáticos.

- Acceso no autorizado.
- Intercepción sin autorización.
- Reproducción no autorizada de un programa informático protegido.
- Espionaje informático.
- Uso no autorizado de una computadora.
- Tráfico de claves informáticas obtenidas por medio ilícito.
- Distribución de virus o programas delictivos.

Delito Informático según la OCDE

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

La OCDE publicó un estudio sobre delitos informáticos y el análisis de la normativa jurídica en donde se reseñan las normas legislativas vigentes y se define. Delito Informático como "cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos. Los delitos informáticos se realizan necesariamente con la ayuda de los sistemas informáticos, pero tienen como objeto del injusto la información en sí misma".

Adicionalmente, la OCDE elaboró un conjunto de normas para la seguridad de los sistemas de información, con la intención de ofrecer las bases para que los distintos países pudieran erigir un marco de seguridad para los sistemas informáticos.

1. En esta delincuencia se trata con especialistas capaces de efectuar el crimen y borrar toda huella de los hechos, resultando, muchas veces, imposible de deducir como se realizó dicho delito. La Informática reúne características que la convierten en un medio idóneo para la comisión de nuevos tipos de delitos que en gran parte del mundo ni siquiera han podido ser catalogados.

2. La legislación sobre sistemas informáticos debería perseguir acercarse lo más posible a los distintos medios de protección ya existentes, pero creando una nueva regulación basada en los aspectos del objeto a proteger: la información. En este punto debe hacerse un punto y notar lo siguiente:

- No es la computadora la que atenta contra el hombre, es el hombre el que encontró una nueva herramienta, quizás la más poderosa hasta el momento, para delinquir.
- No es la computadora la que afecta nuestra vida privada, sino el aprovechamiento que hacen ciertos individuos de los datos que ellas contienen.

- La humanidad no está frente al peligro de la informática sino frente a individuos sin escrúpulos con aspiraciones de obtener el poder que significa el conocimiento.

- Por eso la amenaza futura será directamente proporcional a los adelantos de las tecnologías informáticas.

- La protección de los sistemas informáticos puede abordarse desde distintas perspectivas: civil, comercial o administrativa. Lo que se deberá intentar es que ninguna de ellas sea excluyente con las demás y, todo lo contrario, lograr una protección global desde los distintos sectores para alcanzar cierta eficiencia en la defensa de estos sistemas informáticos.

CAPITULO II

LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

“No sé por qué cuando se habla de intimidad siempre relacionamos este concepto con los otros, sin quedarnos, aunque sólo sea en un primer momento, en la intimidad con nosotros mismos”

Martí García: La intimidad, Pamplona 1992, pág. 20.

I. Breve introducción y ubicación legal

La ley Fundamental de Bonn de 1949 -y desde 1975 vigente para toda la República Federal de Alemania-, ha infundido en el constitucionalismo europeo la idea de poner el acento en los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos, de tal forma, que la persona pasa al primer plano y la protección de sus derechos son el principal motivo de la creación del Derecho en el Estado moderno.

Es que la Constitución de Weimar de 1919 no fue efectiva al tiempo de evitar la llegada del Tercer Reich. Así, la nueva Constitución del pueblo alemán (GG) comienza proclamando en el artículo 1.1: *“La dignidad humana es intangible. Respetarla y*

protegerla es obligación de todo poder público". La primera frase fue copiada en 2004 al artículo II-61 (el primero de la sección de derechos fundamentales) de la constitución de la UE.

Desde 1949, la Ley Fundamental ha sido cambiada unas sesenta veces. Después de la reunificación alemana de 1990, que se produjo formalmente mediante una adhesión de los cinco estados federados orientales al territorio de vigencia de la Ley Fundamental, varios sectores de la sociedad exigían una reforma profunda para dotar al país con una Constitución aprobada por todo el pueblo alemán mediante referéndum. Sin embargo, la llamada Reforma Constitucional de 1994 solamente consistió en retoques formales y no se sometió a un referéndum. Desde 2006 se está tramitando otra importante reforma de la Ley Fundamental, la llamada Reforma Federal, que reordenará las competencias entre el Estado federal y los estados federados.

Dentro de esos derechos, resultan principales los llamados fundamentales que la ley de Bonn no define pero sí menciona. Los derechos fundamentales no son más que derechos humano positivizados, es decir lo que siendo inherentes a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) han sido recogidos por el Constituyente y dotados de protección y vinculación. Conforme Montoso Puerto⁵², son aquellos que gozan de una especial protección judicial y constitucional y simultáneamente, vinculan directamente a todos los poderes públicos.

En cuanto a su protección judicial, los Tribunales ordinarios deben garantizar tales derechos, pues, como bien apunta Hart⁵³ "Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías".

Recuérdese con JESCHECK⁵⁴ que "el Derecho Penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social... El inventario de bienes protegidos jurídico-penalmente varía. En el Derecho reciente se da tanto una nueva incriminación ... como la

⁵² MONTOSO PUERTO, Miguel: *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, 1991, t. II, pág. 23.

⁵³ HART, H.L.A. "The concept o law", Oxford, 1975, pág. 176.

⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Cuarta edición completamente corregida y ampliada. Traducción de José Luis MANZANARES SAMANIEGO. Editorial Comares, Granada. 1993 pág. 6.

descriminalización. Las alteraciones en la valoración de los bienes jurídicos se expresan asimismo a través de los cambios en la aplicación de las sanciones”.

En cuanto a su caracterización se ha declarado desde El Tribunal Constitucional que poseen una doble dimensión subjetiva y objetiva.

Subjetivos, en tanto son sólo derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad de un ámbito de la existencia. Pero al mismo tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho según al fórmula constitucional (art. 1.1)

De igual forma, REBOLLO DELGADO y SERRANO PÉREZ⁵⁵ han definido, desde dos aristas, o conceptos –el objetivo y el subjetivo– a la intimidad, el primero –dicen– “atiende en esencia a la etimología del concepto, y coincide con la segunda acepción de intimidad dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es decir, “*zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente de un familia*”. El concepto objetivo de derecho a la intimidad tiene su desarrollo en la denominada por la doctrina alemana, teoría de la esferas o de los círculos concéntricos, en virtud de la cual el núcleo, lo más interior, lo constituye lo íntimo, luego, en un aparte más externa encontramos lo familiar, en otra lo secreto o confidencial, siendo la última esfera lo público. Luego definen el concepto subjetivo del derecho a la intimidad identificándolo en esencia con el denominado derecho a la autodeterminación informativa, ítem que trataré seguidamente “*infra*”.

En tal sentido, lo identifican con el ámbito de plena disponibilidad por parte del individuo, siendo éste el único que determina lo que debe o no quedar reservado al conocimiento genérico.

⁵⁵ REBOLLO DELGADO, Lucrecio, SERRANO PÉREZ, M^a. Mercedes, *Introducción a la protección de datos*, 2da. edición, Dykinson S.L., Madrid, 2008, págs. 36 y sig.

Pero no puedo dejar de mencionar la moderna teoría del mosaico, traída por MADRID CONESA⁵⁶, y que tiende a abarcar la protección del sujeto común frente a los embates generales que representa la informática y sus avances, por la cual este autor desdeña la importancia de la diferenciación que efectúa la teoría de los círculos concéntricos, ya que la división entre datos público y privados hoy no tiene mayor relevancia, desde que no se puede afirmar que exista una división tajante, en el sentido de que, dato que pueden resultar sin importancia alguna, luego, unidos, o combinados con otros -con el uso de la informática esto no sólo es posible sino muy fácil de hacer- operación que puede arrojar como resultado, datos de gran importancia para la intimidad del individuo.

De cualquier manera, coincido con REBOLLO DELGADO y SERRANO PÉREZ⁵⁷, cuando expresan que el derecho a la intimidad de forma alguna puede ser cerrado ya que tiene un esencial componente subjetivo que lo hace variar de una persona a otra, de una sociedad a otra y de un tiempo a otro, que en su configuración se unen lo privado y lo público, y la plena disposición de la voluntad y todo ello es lo que va a determinar la configuración jurídica del mismo, debiéndose proteger tanto el ámbito privado como el público para el su individuos pueda conocer y controlar lo que a le afecta en su intimidad.

Nuevamente con JESCHECK⁵⁸: “La Política criminal se ocupa de cómo deba conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho Penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho Penal, para no restringir la esfera de la libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el Derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal”.

⁵⁶ MADRID CONEZ, F: *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia 1984, pág. 45.

⁵⁷ REBOLLO DELGADO Y SERRANO PÉREZ, ob. cit., pág. 38 y sig.

⁵⁸ JESCHECK, ob. cit., pág. 18.

La ley Orgánica 10/1995 del 23 de Noviembre agrupa bajo el capítulo I del título X el descubrimiento y la revelación de secretos, y distribuye los tipos penales en los arts. 197, 198, 199 200 y 201 con sus modificaciones hasta L.O 3/2011 que modifica el art. 197.7.

Trataré en primer lugar el bien jurídico protegido por las figuras a analizar para establecer el sentido y alcance de la protección.

La ley española ha elegido a la intimidad como bien jurídico y es ésta, a mi modesto criterio, una opción acertada. Lo digo, pues la ley Argentina, en cambio, ha escogido también a mi entender erróneamente, a la libertad como bien jurídico de protección en estos delitos ⁵⁹. En efecto, la ley española es más precisa a la hora de establecer el objeto de protección, sin perjuicio de las críticas que puedan esbozarse con relación a la agrupación de tipos penales dentro de ese título.

Al decir de Gonzalo Quintero Olivares ⁶⁰ el encuadre efectuado por el Código de 1995 resulta el adecuado, ya que se han reunido en un sólo título las figuras delictivas que se encontraban anteriormente diseminadas.

Sin embargo, este autor considera que la rúbrica que aglutina a todos los delitos no parece totalmente compatible y a su juicio hubiera sido más correcto aludir en forma exclusiva y lacónica a “Delitos contra la intimidad”, pues la referencia a la propia imagen (control visual clandestino) resulta innecesaria, ya que no ha abarcado en el rótulo otras parcelas de la intimidad contenidas en los artículos que lo componen.

La intimidad Personal y familiar es, según la definición más sintética que recojo de Francisco Ruiz Marcó ⁶¹, “*el reducto privado en el que se desenvuelven algunas de las actividades más vinculadas a la naturaleza del ser humano. Desde sus creencias, hasta determinadas relaciones personales, pasando por sus atributos (identidad, imagen, orientación sexual, salud, etc.) des este ámbito vital manifestado en numerosas vertientes y*

⁵⁹ LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991.

⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi Editorial, 1996, pp. 938 en adelante.

⁶¹ RUIZ MARCO Francisco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Editorial Colex, 2001, pág. 45.

actividades (imágenes, conversaciones, relaciones etc.) y objetos físicos (cartas, agendas, bases de datos, etc.) se ha reconocido a la persona el derecho a excluir a los demás...”

Es en virtud de las consideraciones plasmadas “ut supra” que también se define por exclusión, como ámbito vital del cual la persona puede excluir a los demás, corolario de lo cual es que nadie puede interferir allí sin autorización expresa o presunta de su titular.

Luego, MUÑOZ CONDE⁶² precisa el concreto bien jurídico-penal tutelado por los arts. 197/201 C.P. y afirma que en ellos se protege la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos que sólo lo son por ella o por un círculo reducido de personas, es decir, que pueden ser calificados de *secretos* y también el derecho de la persona a controlar cualquier información que afecte a su vida privada y por lo tanto a su *intimidad* -

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana ⁶³.

Por último, como bien expresa RUIZ MARCÓ⁶⁴, citando a CARBONEL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, se alude a la intimidad corporal, a la intimidad médica, al secreto de las comunicaciones, a la intimidad psicológica, a la intimidad penitenciaria, a la intimidad laboral, a la intimidad económica y secreto bancario, a la intimidad domiciliaria, la intimidad informática y formulando una gradación en estas manifestaciones sintéticas de la intimidad se ha concebido la teoría de las esferas en función de su proximidad con la esencia del valor constitucionalmente protegido, consistiendo el núcleo duro o central, según este autor, en la integrada por los elementos íntimos, que son manifestaciones de la dignidad humana como la ideología, las creencias, el origen racial, la salud, y la orientación sexual y que por su ubicación estarían dotadas de la mayor protección y mereciendo una sanción agravada.

⁶² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte especial*, 11ª edición revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, pág. 215.

⁶³ STC 143/1994, de 9 de Mayo, FJ, II)

⁶⁴ RUIZ MARCO, Francisco, ob. cit., págs. 46 y sig.

En efecto bien lo resume FERNÁNDEZ TERUELO⁶⁵ “en los apartados 5,6,7 y 8 del art. 197 y en el artículo 198 se contienen diversos tipos agravados de las conductas descritas, algunos de los cuales presenta manifestaciones específicas en el ámbito internet”

Luego, alrededor de ese centro se hallaría a los datos privados tanto profesionales como laborales, económicos, con un mecanismo de protección menos riguroso.

Por último se encontrarían la esfera de lo público-privado con datos personales que el titular mismo podría publicitar (ejemplo su dirección profesional entre sus clientes) que tienen un nivel de acceso a determinadas personas o registros y que por esa relativa publicidad no pierden su carácter de datos personales y por ello no se hallan a disposición de terceros en forma indiscriminada, y conforme el mismo autor lo expresa esta esfera no es objeto de protección de la ley penal sino que se halla dentro del campo propio de los derechos administrativo y civil.

Para finalizar, como adelanto de conceptualización sobre el tópico -pero ya referido a la informática- y también siguiendo a RUIZ MARCÓ⁶⁶, frente a todo concepto negativo de intimidad como derecho a impedir la injerencia de terceros en este bien jurídico, se halla una vertiente positiva que deviene a la teoría anglosajona y consistente en las facultades reconocidas a la persona de controlar el uso que hagan terceros de sus propios datos personales (*privacy*) en un bien jurídico positivo, proyectado socialmente, del que derivan facultades de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica” o sociedad de información que exige y posibilita que los datos volcados fluyan m, de manera tal que los distintos dispositivos, ahora, al alcance de todos, permiten acceder a dichos datos más allá de cualquier control tradicional con grave riesgo a la intimidad y a la libertad de los individuos. Es por ello que el derecho reacciona otorgando protección desde el núcleo mismo del ordenamiento (La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos en el plano del ejercicio de sus derechos. Art. 18.4 CE) y se le reconoce al ciudadano el derecho de control sobre los datos relativos hacia su persona construyéndose el concepto de libertad

⁶⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet, especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Editorial Lex Nova, 1ª edición, octubre 2011, pág. 207.

⁶⁶ RUIZ MARCO, ob cit., págs. 46 y sig.

informática (Privacy o hábeas data) es una suerte de libertad y autodeterminación informativa.

En cuanto al contenido de ese derecho básico de libertad informática, constituye el poder de disposición y control del titular sobre sus datos personales.

Tales facultades, tienen en común el necesario consentimiento del titular para la recogida, almacenamiento, tratamiento y acceso o uso, de su datos personales, ya sea por un particular o por el Estado, y se traducen en el reconocimiento jurídico-positivo al ciudadano de los derechos información, (sobre la existencia de datos), acceso (para verificar qué dato contiene), rectificación (para corregir lo datos inciertos o erróneos) cancelación y oposición.

Es que, existen límites a la libertad de información, ya que los derecho fundamentales no son absolutos, muy por el contrario cuentan con una sistema que los limita Constitución Española⁶⁷ que conforme el art. 10.1, realiza una declaración contraria a la naturaleza absoluta de los derecho fundamentales cuando erige como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, el respeto a los derechos de los demás).

En el mismo sentido la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 expresamente plasmaba *“la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismo derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por ley”*.

Y la Declaración Universal de Derecho Humanos (Nueva York 1948), establece que los derechos podrán limitarse por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el resto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.

⁶⁷ Artículo 10:1 C.E. *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Pero tales límites resultan ser externos e internos. Los últimos son aquellos que delimitan cuál es el ámbito o contenido de ejercicio legítimo de un determinado derecho o libertad⁶⁸.

Por su parte los límites externos o inmanentes, son aquellos bienes o intereses – individuales o colectivos- que pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental y que pueden verse lesionados cuando aquel es ejercitado”⁶⁹

2. Noción de bien jurídico.

BINDING⁷⁰, desde una postura positivista, ha sostenido que bien jurídico es todo valor, que según el legislador, constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal, es decir que los bienes jurídicos son una creación del legislador, todo ello a fin de lograr y mantener la paz social y se posibilite el normal desarrollo de los individuos.

A su vez, Franz VON LISZT⁷¹ preconizó las funciones del bien jurídico como vínculo del derecho penal con la realidad y el límite del poder punitivo del Estado. Así negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que eran intereses vitales, personales o colectivos, que tenían su origen en hecho y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas.

⁶⁸ Así, *vid.* PÉREZ TREM, P., *Los derechos fundamentales*, en LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho constitucional*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 118.

⁶⁹ MANTOVANI, Ferrando, citado por José MUÑOZ LORENTE, *Libertad de Información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Universidad Carlos III, Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho, Tirant Monografías, 1999, pág. 134.

⁷⁰ BINDING, Karl, *Die Amtverbrechem und seine legislatorischen Behandlung*, en GS, vol. 64, pág. 1904. p. 340.

⁷¹ Von LISZT, Franz, *Lehrbuch des Strafrechts*, 25ª ed. revisada por Ebbard SCHMIDT, 1927 y 26ª ed., T. 1, Einleitung, *Allg. Teil*, 1932, p. 140.

Coincidiendo con la idea de fin de JHERING ⁷², éste consideró que el derecho es un medio para satisfacer las necesidades sociales que se imponen como factores preexistentes y que condicionan, en consecuencia, la actividad legislativa y la jurisprudencia. Es una forma de concebir los bienes jurídicos se complementa con la concepción liberal de considerar el derecho como un sistema de garantías.

Enseña JESCHECK⁷³ El derecho penal realiza la protección de los bienes jurídicos en tanto procura que la voluntad de los ciudadanos se acomode a las exigencias del ordenamiento jurídico. El delito aparece así como *lesión simultánea del bien jurídico y del deber.*”

No obstante ello coincido con el Profesor José HURTADO POZO ⁷⁴cuando opina que en la medida en que no se establecen los criterios para seleccionar los intereses “preexistentes” no se logran establecer los tan proclamados límites del poder del Estado.

La máxima concepción antiliberal tuvo lugar en el período de los regímenes totalitarios como el nacionalsocialista alemán bajo la designación de Escuela de Kiel ⁷⁵con la derrota de los regímenes nazis y fascistas comenzaron a ganar de nuevo terreno las concepciones liberales del bien jurídico, en tanto categoría necesaria para limitar el poder punitivo del Estado, y como instrumento de crítica en el ámbito de la política.

Estas posturas evolucionaron y en los últimos tiempos, se plateó un criterio restrictivo en que sólo debe ser considerado bien jurídico todo interés humano que necesita protección penal, noción a la que se ha denominado “teoría del bien jurídico personal”, así los protegidos en primer término son los individuales mientras que los bienes jurídicos colectivos o universales sólo serían protegidos en la medida en que también sean afectados intereses individuales, concepción en la que queda fuera la protección del medio ambiente, lo que es sumamente discutido en la controversia por la crítica contra el recurso excesivo a los denominados delitos de peligro abstracto.

⁷² LISZT, ob. cit., 1905, pp. 1 ss.

⁷³ JESCHECK, ob. cit., p. 7.

⁷⁴ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal, Parte general*, I, 3ª edición, pág. 16.

⁷⁵ DAHM, Georg, pp. 225 ss.; SCHAFFSTEIN, Friedrich, 1937, p. 335 ss. *Vid.* LUZÓN PEÑA, ob. cit., 1996, p. 82.

Siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ⁷⁶ bien Jurídico “*es una fórmula normativa, sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica*”...”Es decir, donde hay varios sujetos en juego, condicionado entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adoptando determinadas formas y modos. El ordenamiento lo único que hace es entonces fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de las cuales a su vez la norma prohibitiva o de mandato selecciona un determinado ámbito de ellas...el bien jurídico así precisado aparece como un principio “*garantizador de carácter cognoscitivo*”; la sociedad toda y cada sujeto en particular por su intermedio sabe claramente qué es lo que se está protegiendo y además tiene la posibilidad de examinar las bases sobre las cuales se asiente esa protección y puede entonces hacer una revisión del porqué de la protección. En esa medida el bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad, a lo cual no puede estar ajeno el jurista.”

Y continúa el autor citado, diciendo que las normas -ya sean prohibitivas o de mandato- implican la valoración de un acto, pues las mismas no pueden prohibir o mandar resultados y por ello, la tipicidad es el ámbito de desvalor del acto siendo este, uno de los logros de la teoría finalista que le dio un contenido material a la tipicidad siendo que, de lo que se trata es de describir una actividad en su desvalor y no simplemente una actividad, es decir desde el bien jurídico.

Algunos autores proponen el abandono de la noción de bien jurídico y por último, desde una perspectiva sociológica, JAKOBS sostiene que el fin primario del derecho penal no es evitar que los bienes jurídicos sean lesionados, sino más bien asegurar de manera suficiente la vigencia estable de las normas fundamentales indispensables para la existencia de un sistema social.

Así enseña que “La contribución que el derecho penal presta la mantenimiento de la configuración social y estatal, reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por

⁷⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 3ª edición, Ariel Derecho, págs. 155 y ss.

eso -aún contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; éste bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico penal*”⁷⁷ .

Finalmente, aludiendo a la postura de Binding, trae Jackobs que “El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca, todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta”

También, con la finalidad de restringir la amplia libertad de la cual dispone el legislador al dictar las leyes penales, se ha recurrido al marco establecido tanto por la constitución, como por las normas internacionales protectoras de los derecho fundamentales.

Dos cuestionamientos se le ha efectuado a esta postura, el primero, saber si el legislador está obligado a proteger todos los bienes jurídicos previstos en la constitución y el segundo, que la constitución no siempre prevé todos los bienes jurídicos que son de interés vital para la comunidad.

Finalmente diré, que la categoría de bien jurídico es indispensable para la elaboración y el desarrollo de la crítica al sistema penal⁷⁸, aunque a pesar de todos lo esfuerzos la noción de bien jurídico sigue siendo imprecisa y discutida, la idea de protección de bienes jurídico constituye el fundamento principal de la concepción liberal del derecho penal, es indispensable.

Por último BLANCO LOZANO⁷⁹ nos dice: “El bien jurídico es aquel valor al que otorga protección la norma penal en cada caso concreto. La consideración del bien jurídico es lo que da verdadera consistencia y sentido al Derecho penal. Este existe por y para proteger bienes jurídicos; pero no todos los bienes jurídicos, sino sólo los más relevantes y frente a los más graves comportamientos. La teoría del bien jurídico es una de las más

⁷⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general* Fundamentos y Teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, año 1997 pag.45.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA; Alejandro, SLOKAR, Alejandro *Derecho Penal Parte General* Editorial Ediar, Bs. As. 2005 p.464; POLAINO NAVARRETE; Miguel *Fundamentos de Derecho Penal* Editorial Bosh, Barcelona 3ra edición año 2000, p. 603.

⁷⁹ BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho penal, Parte general*, La Ley. Madrid 2003. Pág. 112 y sig.

complejas y relativas de cuantas se insertan en esta rama del Derecho. La complejidad de dicha teoría deriva del hecho de que se asienta sobre valoraciones axiológicas y subjetivas. El legislador decide, atendiendo al sentimiento de una necesidad social, proteger una determinada institución a través de la norma penal. Aquí entra ya en juego un cierto grado de subjetivismo y de relatividad. Pero es que después el intérprete de la norma emite otro juicio paralelo sobre el bien que se estima protegido por la norma, juicio que puede ser o no coincidente con el sentimiento originario del legislador.

He de coincidir con JESCHECK⁸⁰ quien magistralmente define: “ *La política criminal* se ocupa de cómo deba conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, se ocupa de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho Penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho Penal, para no restringir la esfera de la libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y examina si el Derecho penal material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal.”

3. La intimidad como derecho fundamental garantizado constitucionalmente.-

a) La protección de la intimidad en la Constitución Española.

La Constitución Española establece esta protección en el art. 18 garantizando el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, todo ello en el apartado 1ro. garantizando la inviolabilidad del domicilio en el 2do, el secreto de las comunicaciones en el 3ro. y consagrando al limitación del uso de la informática en el 4to., lo que ya trataremos en detalle más adelante.⁸¹

⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, cuarta edición completamente corregida y ampliada, Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 18.-

⁸¹ CONSTITUCIÓN española título I “ *De los Derecho y Deberes fundamentales*”, Capítulo II Derechos y Libertades, art. 18 : “1 Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2 el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones

Asimismo se halla en la Constitución otra norma que protege la intimidad y se encuentra en el artículo 105.b.-

“La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas”

También se establece su reconocimiento dentro del art. 53.2⁸² que la eleva al rango de derecho fundamental frente a los poderes Estatales. Es decir que ante el poder legislativo se requiere una norma con rango de ley para afectarla y que respete el contenido esencial. Ante el poder judicial no deben existir interpretaciones extensivas y el procedimiento debe ser preferente y sumario. Ante el ejecutivo está interdicta su actuación sin previa resolución judicial y al poder constituyente deberá seguir para su modificación los complicados trámites del art. 168 de la Constitución⁸³. Se completa esta protección que Herrero Tejedor denomina superprotección de los derechos fundamentales con la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos específicos de salvaguarda de tales derechos. Claro está siempre dentro del ámbito del derecho civil (art. 12.3 de la ley 62/1978 por disposición transitoria 2da. De la L.O 1/1982) pero no en el ámbito penal pues el art. 201 del vigente

y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

⁸² Art. 53 de la Constitución Española: 1. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

⁸³ Artículo 168:1. “Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación”.

Código Penal dispone que los atentados más graves contra la intimidad el fiscal sólo interviene si el agraviado es menor o incapaz pero no, con las excepciones del art. 201.2 cuando se trate de una persona mayor de edad.⁸⁴ . En igual sentido Fernández Teruelo⁸⁵ .

b) Comparación con la protección constitucional en la ley argentina

Siguiendo con la más amplia protección que se puede brindar a un derecho cuando se hace desde el ámbito de la norma suprema, vuelvo sobre la comparación entre la ley Española y la Argentina y encuentro que en el art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina, se hace referencia a la protección de la intimidad a través de la protección del domicilio y de la correspondencia epistolar y los papeles privados, especificándose que son inviolables y que un ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

No se halla en la Ley Suprema Argentina, ninguna mención a la intimidad en el capítulo Primero que trata de las declaraciones, derechos y garantías. Sí completa el compendio de derechos garantizados la inclusión en el inc. 22 del art. 75 de las convenciones con jerarquía constitucional.

En tal sentido se hallan provisiones como las siguientes :

c) Normas internacionales con rango constitucional.

c.1. “**Declaración americana de los derechos y Deberes del Hombre**” que establece el Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia

⁸⁴ Código Penal. Art. 201 : “1. *Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

2. *No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el art. 198 de este código, ni cuando la comisión de delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.*

⁸⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, ob. cit., pág. 207.

Art. 10 *“Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”*.

c.2 “Declaración Universal de los Derechos Humanos”

Art. 12: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencia o ataques”*.

c.3 “Convención Americana sobre Derechos Humanos,”

Artículo 11: *Protección de la honra y de la dignidad*

1. *“toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
2. *Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
3. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

c.4. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Art. 17:

1. *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

c.5 “Convención Internacional de los Derechos del Niño”:

Art. 16:

1. *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida, su familia, su domicilio o su correspondencia, o de ataques ilegales a su honra y a su reputación.-*
2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.*

Como se ve fácilmente, toda la normativa internacional devenida en el caso de la Argentina como norma con rango constitucional, tiene similar contenido haciéndose referencia insistentemente a la prohibición de injerencia ilegal o arbitraria en la vida privada de las personas y luego, especificando las protecciones a la familia al domicilio y a los papeles privados.

En tal sentido, no es menor este ascenso en la jerarquía de estas normas toda vez que al considerarse textos con jerarquía constitucional, si bien no son texto constitucional porque no requieren del procedimiento de reforma de la constitución, están sobre las leyes nacionales y los tratados y, lo más importante es que sus normas resultan operativas, queriendo significar que no necesitan ser reglamentados estos derechos.

Personalmente, y aunque lo que sigue signifique una licencia en el trabajo de investigación que estoy llevando a cabo, quiero expresar que como operadora judicial, especialmente siendo Juez de menores aunque también como Juez de Cámara en lo Criminal, he experimentado y ejercitado la aplicación directa de la normativa inserta en estos tratados con jerarquía constitucional, ante la falta de una legislación adecuada; por caso, lo he hecho durante más de cinco años como Juez Penal de Niños y Adolescentes y también en circunstancia de resolver amparos sobre cuestiones de salud en jurisdicción y competencia penal de la Provincia de Buenos Aires, toda vez que la jerarquía de esas normas me han relevado de aplicar otras inferiores contrarias o repugnantes a ellas, en algunos casos con declaración de inconstitucionalidad de las inferiores o en otros, como en

la provincia del Chubut, mediante la aplicación del art. 10 de la Constitución de esa Provincia que tacha de nulas las normas contrarias a la constitución⁸⁶.

Pero volviendo al cause de lo tratado, nada se menciona de la intimidad como gran contenedora de todos los derechos personales y familiares.

Así entiendo que ha sido un acierto de la ley española tanto en lo que hace a la Constitución como a la ley penal, otorgar la protección a la intimidad como concepto abarcador de todas las demás manifestaciones.

4.En busca de un concepto preciso de intimidad.-

a) Algunas nociones.

Sobre el concepto de intimidad se han pronunciado numerosos doctrinarios, así Carlos Creus⁸⁷ se refirió a la intimidad y la protección de lo Secreto, definiéndola como:

“..la esfera de reserva la persona dentro de la cual tiene que poder vivir su intimidad sin la intromisión ilícita de terceros , se completa respecto de todo lo que desea mantener fuera del conocimiento de extraños o reducirlo al conocimiento de un número limitado , ya se trate de sus pensamientos, sus acciones o acontecimiento o circunstancias que le conciernan.”

No obstante el largo tratamiento que se está brindando a la concreta y precisa conceptualización de la intimidad como derecho, no termina de definirse una noción acabada, y ante el silencio de la ley, la jurisprudencia ha reaccionado ensayando algunas nociones que se aproximan y así el tribunal supremo ha expresado que “*la delimitación de*

⁸⁶ CONTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT, ARGENTINA, NULIDAD.

Artículo 10: Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ello asegura, son autos y no pueden ser aplicados por los jueces.

⁸⁷ CREUS, Carlos *Derecho penal, Parte especial*, tomo I, 6ª. edición actualizada y ampliada, 1ª impresión, Astrea, pág. 372.

*la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudencialmente, delimite el ámbito de la protección”*⁸⁸

Se trata de un derecho innato, de un interés de la persona de ser respetada en aquello que desea reservar para sí o para un determinado número de personas.

No obstante todos los intentos por definirla, no se ofrece un concepto claro susceptible de tener una extensión determinada o un contenido que siempre lleva a precisar más bien qué es la intromisión y qué no pero no a definir el bien jurídico y su contenido que no podría nunca depender de los usos de la sociedad constituyéndolo en un derecho cambiante toda vez que es un derecho que puede ser desarrollado únicamente por ley orgánica.

En opinión de Romero Coloma “ La alusión a los usos puede, en algún momento, resultar discriminatoria en la valoración del hecho o a la intimidad de las personas en detrimento de la justicia”⁸⁹

Por su parte, CABEZUELO ARENAS⁹⁰apunta, al concluir su brillante monografía, refiriéndose a la LO. 1/82⁹¹ que “La doctrina es unánime a la hora de denunciar la absoluta

⁸⁸ STJ de 4 de Noviembre de 1986. fundamento Jurídico 7°.

⁸⁹ ROMERO COLOMA, A. *Los bienes y derechos de la personalidad* Madrid 1985. pág. 45 y 46.-

⁹⁰ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*. Tirant, Monografías, 26, Valencia 1998, VIII Conclusiones I.

⁹¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Publicado en el BOE 115 del 5 de mayo de 1982.

Artículo primero

Uno. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

Tres. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

Artículo segundo

Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

imprecisión de la LO 1/82.”La vaguedad de los conceptos empleados, la falta de delimitación de los derechos que regula, otorga a los jueces un papel que, en un sistema como el nuestro, debe considerarse excesivo y peligroso. Excesivo, porque confía a los órganos jurisdiccionales misiones propias del legislador, como es la configuración el derecho. Peligroso, porque la ausencia de unos criterios básicos y uniformes, el recurso a la apreciación del juez puede comprometer el principio de seguridad jurídica ya que, como se expone en nuestro estudio, las conclusiones a las que se llegan sobre la misma materia pueden ser radicalmente opuestas incluso en el caso de que, una y otra emane del mismo órgano. Ello, lógicamente provoca desconcierto en los ciudadanos y defrauda la confianza de ser tratados de manera uniforme y de poder prever, en cierta medida, si su pretensión llegará o no a prosperar, habida cuenta del tratamiento que recibieron quienes se encontraron en situaciones sustancialmente similares.

b) Algunos pronunciamientos de la Corte de la Nación Argentina

El art. 18 de la Constitución de la Nación argentina reza: “... *El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.*”-

La Constitución Argentina establece una garantía y la Corte entendió que:

1) *la misma acordaba a los particulares un derecho cuyo desconocimiento suscitaba sin más una cuestión federal susceptible de ser tratada en la instancia extraordinaria y*

2) *que el derecho debía ser provisto de efectivos mecanismos para evitar su aniquilamiento.*

Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Así, en el famoso caso “Charles Hermanos”⁹², ante un procedimiento efectuado por los funcionarios de la Aduana en el comercio “Charles Hermanos” sin orden judicial alguna, se secuestraron facturas comerciales de la firma y correspondencia y libros de contabilidad. Se recurrió diciendo que los papeles habían sido incautados ilegalmente, en violación de garantías constitucionales.

La Corte hizo lugar a lo solicitado diciendo que la ley, en interés de la moral, de la seguridad y secreto de las relaciones sociales los declaró inadmisibles la prueba declarando el desglose de las actuaciones.

En el caso⁹³ PIERRO, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza-Argentina, se decidió que ciertas cartas privadas que habían sido secuestradas por el policía, sólo podían haber sido leídas por el juez de la causa y o por funcionarios policiales. Apoyados en la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia como componentes esenciales de la libertad y de la intimidad o del derecho a la privacidad.

En Guzman s/Hurto Reiterado es cñera la disidencia del Dr. Vázquez Acuña sosteniendo la nulidad del procedimiento si la “*notitia criminis* fue obtenida mediante al intromisión ilegal en una conversación telefónica del imputado, invocando el derecho a la expectativa de la intimidad como derivación de los art. 18 y 33 de la Constitución Nacional y con apoyo a los convenios internacionales, ahora, textos con rango constitucional.

Por último, y a fin de no dilatar esta pequeña alusión a la evolución jurisprudencial argentina, ya en lo que hace a violación de e-mails el primer caso de importancia fue

⁹² El caso “Charles Hermanos”, que data del 5 de septiembre de 1891 fallos- CSJN, 46:36. , en el que se ordenó el desglose de documentos incorporados de manera irregular en un sumario instruido por delitos de contrabando, cohecho y falsificación. En este caso, si bien no se consignan citas de la Constitución Nacional, se expresa un fundamento ético verdaderamente significativo y trascendente para la época en que fue dictado el pronunciamiento. Dijo entonces la Corte: “Que auténticos o falsos, [se refiere a los documentos glosados al sumario] ellos no pueden servir de base al procedimiento ni de fundamento al juicio: si lo primero, porque siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles; y si lo segundo, porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno”.

⁹³ CN.Crim. y Corr., sala II 16/05/89 causa nro. 35688.

“Redruello”⁹⁴ resuelto por la Cámara en lo criminal de la Capital, Sala IV, en el que se discutió la validez de la utilización en causa penal por parte de un empleador, constituido pro parte querellante, de impresiones de correos electrónicos pertenecientes a un empleado, lo que hacía sido hallada en el lugar de trabajo y planteada la nulidad por la defensa y la consiguiente extirpación de la prueba, la Cámara hizo lugar a la misma con apoyo en los art. 18 y 19 de la constitución Nacional señalando que todo empleador tiene en principio prohibido leer los e-mails recibidos por sus empleados pues la apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente al imputado transgrede los principios constitucionales arriba expuestos y los que encierra el debido proceso, tildándolos en consecuencia, de prueba ilícita.

5. El concepto en la doctrina española

Asimismo, Cabezuelo Arenas ha efectuado lo que ella llama una aproximación al concepto de intimidad⁹⁵, diciendo que el bien jurídico “intimidad”, es tarea que, ante el silencio del legislador, se de acometer la Jurisprudencia. Tiene declarado el Tribunal Supremo que la delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso prudencialmente, delimite el ámbito de la protección.⁹⁶

De entrada podemos decir que la intimidad es un derecho innato, surgido con el comienzo de la vida misma del individuo, y consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que el hombre no sólo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa una forma de encontrarse consigo mismo cual es la que la intimidad representa.

En ello está presente tanto el interés del individuo, de la persona en cuanto tal, por ser respetada en aquello que desea reservar para sí o que sólo quiere compartir con un círculo restringido, como también –y principalmente- el de la sociedad a que ello suceda

⁹⁴ JA, 2005- II fasc n°10, ejemplar del 08/06/05, p. 86.-

⁹⁵ CABEUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Tirant Monografías 96.

⁹⁶ STS de 4 de Noviembre de 1986. fundamento Jurídico 7ª.

así, pues, al fin y al cabo, lo que subyace bajo este derecho no es sino la libertad humana, configurada como fundamento del orden político de la paz social.-

La LO 1(2)⁹⁷ como ya se recreó de la mano de la autora citada, no ofrece un concepto claro y preciso de intimidad susceptible de delimitar la extensión o contenido de esta, frente a otras realidades afines como la vida privada o el secreto, sino que aumenta la confusión al consagrar en el art. 2(1)⁹⁸ que tal delimitación habrá de tener lugar no sólo por las leyes sino también “*por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o para su familia*”

Este no es un concepto de intimidad pasible de ser acogido, sobre todo en el ámbito penal, ya que no debería quedar librado a los vaivenes de los usos.

⁹⁷ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Artículo 1:*

1. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

2. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito. (Número 2 del artículo 1 redactado por la Disposición Final 4.^a de la L.O. 10/1995, 23 noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 24 noviembre).

3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley.

⁹⁸ L.O 1/82, *Artículo 2:*

1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. *Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado.*

La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios. El inciso "o, por imperativo del artículo 71" hasta "procedimiento previsto para los suplicatorios", ha sido declarado inconstitucional por Sentencia TC 9/1990, 18 enero («B.O.E.» 15 febrero).

Número 2 del artículo 2 redactado por L.O. 3/1985, 29 mayo («B.O.E.» 30 mayo), sobre modificación de la L.O. 1/1982, 5 mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Resultan contestes todo los autores en que se trata de un derecho que sólo puede ser desarrollado mediante ley orgánica y, en otro orden de cosas, porque de la mano de dichos factores, podríamos desembocar en el absurdo de que la intimidad, globalmente considerada, llegue a afirmarse como un derecho cambiante o de contenido diferente en función de las personas respecto a las cuales se predique, con lo cual, atendiendo a los propios actos sólo le sería reconocido a quienes hubiesen observado una actitud reservada con anterioridad (depende entonces de la concesión o denuncia de cada uno al derecho lo cual no entra dentro de lo posible) .

Para evitar interpretaciones erróneas ROMERO COLOMA ⁹⁹ sugiere que sean debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes de cada caso, con la sola intención de evitar que las personas puedan quedar convertidas en presas de su pasado o, lo que parece aún más injusto, del de sus familiares, máxime cuando en no pocas ocasiones no se trata de sufrir las consecuencias de una decisión libremente tomada sino de situaciones en las que el margen de discusión ha sido mínimo o incluso nulo.

Si en suma el art. 18 CE ha de ser desarrollado por la ley Orgánica y ésta a su vez se remite a los usos, el resultado de todo ello es una situación claramente contraria a la voluntad del Constituyente y, por ello, inconstitucional, pues se confía a los usos una materia que queda vedada, incluso , a leyes ordinarias.-

El tema nos conduce sin dudas a la cuestión tan debatida y desarrollada por los filósofos del derecho, cual es la Seguridad jurídica. Está es abordada con precisión por Ramón Soriano ¹⁰⁰ cuando citando a H. Henkel dice que este ha apuntado una serie de requisitos de orden jurídico-formal sin cuya presencia no existe seguridad jurídica escalonados en un proceso lógico y cronológico de desarrollo del derecho por parte de los poderes públicos:

⁹⁹ ROMERO COLOMA, M.A., ob. cit., págs. 45/46.

¹⁰⁰ SORIANO Ramón, *Valores Jurídicos y derechos fundamentales*, Colección Universitaria Textos Jurídicos MAD (Noviembre de 1999): “Desde la óptica de un positivismo radical se ha sostenido que la seguridad es el valor primario del derecho, la razón de ser del mismo, que surge precisamente para otorgar seguridad a los ciudadanos. Sin ella no es posible la convivencia social ni la misma permanencia y estabilidad de la sociedad y consecuentemente tampoco la materialización del resto de lo valores jurídicos. La seguridad proporcionada por el derecho es así el valor más urgente, *conditio sin qua non* de los demás valores”.

1. El acto de positivación del derecho, primer nivel de la seguridad jurídica supone la declaración y promulgación del derecho con al correspondiente publicidad para general conocimiento.
2. La certidumbre jurídica, entendida como claridad y univocidad, para que todos tengan conocimiento exacto del contenido del derecho. Desde el punto de mira del sujeto sometido al derecho, esta condición recibe el nombre de “seguridad de orientación”. La certidumbre jurídica se consigue con al sencillez, claridad y abarcabilidad de la regulación en su conjunto, de manera que no exista un fárrago de disposiciones,. Ni sean estas oscuras, contradictorias o insuficientes.-
3. Las verificación del derecho, es decir, inquebrantabilidad e imponibilidad del derecho. Desde la perspectiva del sujeto esta característica es llamada “seguridad de la realización” .supone la aplicación del derecho, una vez que ha sido positivado convenientemente. En este contexto entran las normas de organización para que los órganos encargados de la realización hagan bien su función, y las normas procesales, que permiten unos medios de acción de los particulares para la exigencia de sus derechos.
4. La estabilidad del derecho, que representa la continuidad en el desarrollo y transformación del derecho, evitando un cambio brusco en el proceso de consolidación de las normas.-

Asimismo CLAVERIA GÁLVEZ ¹⁰¹ dice que supeditar la operatividad de los usos sociales en este terreno a su perfecta adecuación con el sistema de valores que impera en el ordenamiento, de tal modo que deban quedar excluidos todos aquellos que propicien situaciones claramente discriminatorias basadas en “*reputar ilegítima una determinada intromisión respecto de una personas y no respecto de otras*”

Si tuviéramos que buscar una palabra idónea para condensar y expresar el sentido de la intimidad y de la vida privada ésta sería sin duda “exclusión” así la STC de 22 de Abril de 1993 dirá que el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por

¹⁰¹ CLAVERIA GOSALBEZ, Luis Humberto, *Reflexiones sobre los derechos de la LO 1/82 de 5 de Mayo*, ADC, 1983, págs. 1250 ss.

parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva , como a la divulgación ilegítima de esos datos”

En febrero de 1989 el TS ha dicho “la esfera privada (...) incluye aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares (...)” el superior tribunal le asigna a la privacidad y o al ámbito de la vida privada un tratamiento independiente al margen de otras parcelas como son la intimidad o el secreto. Esta ha sido la posición adoptada por algunos autores en la llamada Teoría de los círculos concéntricos formulada por HUBMANN ¹⁰² sería matizada con posterioridad por Henkel .

Por último, en palabras de Creus¹⁰³ , sobre la intimidad y la protección de lo secreto dice que “la intimidad es la esfera de reserva de la persona dentro de la cual tiene que poder vivir su intimidad sin la intromisión ilícita de terceros y se completa respecto de todo lo que desea mantener fuera del conocimiento de extraños o reducirlo al conocimiento de un número limitado, ya se trate de sus pensamientos, sus acciones o acontecimientos o circunstancias que le conciernan”.

6. Distinción entre intimidad y vida privada

Viene al caso hacer una distinción, pues como referí más arriba, las normas Argentinas y las internacionales con rango constitucional definen el ámbito dentro de la vida privada, hablan de injerencias a la vida privada.

Como bien se ha señalado, se trata verdaderamente de cosas distintas, pues de otra forma por qué el legislador lo habría tratado separadamente en el art. 7(3) y LO 1/82 cuando se califica de intromisión ilegítima, de un lado la divulgación de hechos relativos a

¹⁰² Es ésta una teoría que ha suscitado el rechazo de un sector doctrinal: la intimidad por supuesto se afirma como un derecho de aislamiento, esto es, como la facultad de combinar la participación en la vida social con el respeto a la soledad libremente escogida en un momento y circunstancias concretos.

¹⁰³ CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, T I, tercera edición actualizada, 1ª impresión, Astrea, p. 372.

la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, con lo que se asocia la protección de la vida privada al honor y de otro: la revelación o publicación de (...) escritos personales de carácter íntimo, sin que en este se haga ninguna referencia a la necesidad de que el buen nombre.

Podemos decir también que este derecho (*The Right privacy*) fue formulado hace más de un siglo en E.E.U.U. concebido como derecho de toda persona “a ser dejado solo, en paz, a obtener la protección de su vida íntima, de su privacidad”

La titularidad genérica del derecho a la intimidad corresponde a toda persona con independencia de su nacionalidad, sean éstas menores o adultos. En tal sentido, debe recordarse -aunque ya haya sido aludido- que sin perjuicio de la larga historia social y judicial en la que la intimidad no fue un derecho que se le respetara especialmente a los menores de edad, hoy niños, niñas y adolescentes, como los rotulan acertadamente los convenios internacionales, la realidad actual, es que ellos tienen pleno ejercicio de su reserva de intimidad y debe ser respetada como lo es a cualquier adulto.-

Así lo establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño, para la Argentina texto, como ya explicité largamente, con rango constitucional, y que por tal no requiere de reglamentación alguna para su efectiva e inmediata aplicación y operatividad. En efecto, todo aquél que hay buceado en el derecho mal llamado de “menores” sabe que nunca se ha considerado que un niño pudiera exigir la reserva de su intimidad, abusando los adultos de la transgresión a sus límites, siempre en función y con la justificación de que se lo preservaba de una situación de peligro o bien cuando se hallan inmersos en lo que se denominaba “situación irregular”, conceptos tan desdibujados y amplios que permitían todo tipo de extralimitación.

Nótese que la vieja codificación española le ha dedicado, justamente en sus artículos sobre descubrimiento y revelación de secreto, un dispositivo que libera de responsabilidad a los padres por la intromisión en las cartas de sus hijos y menores que tuvieren a su cargo.

Recuérdese por caso que en el Código Penal de 1848, el art. 422: *“El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgar aquellos, será castigado con las penas de prisión correccional y multa de 20 a 200 duros.*

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros.

Esta disposición no es aplicable a los maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.”

En el de 1870 el art. 512: *“El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquellos, será castigado con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas.*

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 125 a 1.250 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.”

En el de 1928 el art. 683: *“El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con la pena de dos meses y un día a seis años de prisión y multa de 1000 a 5000 pesetas. Si no los divulgare, la pena será de dos meses y un día a seis meses de prisión y multa de 1000 a 1.500 pesetas.*

El que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, incurrirá en la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 10000 a 4000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los maridos, padres, tutores o quienes legítimamente los representen en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Los Tribunales tendrán en cuenta, para la aplicación de la pena, la importancia y gravedad de los secretos divulgados”.

En el de 1932, el art. 490: *“El que para descubrir los secretos de otros se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo y multa de 250 a 2.500 pesetas.*

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores, o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

En el de 1944, el art. 497: Art. 497. *“El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1000 a 25.000 pesetas.*

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 1000 a 5000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos menores que se hallen bajo su dependencia”.

Los destacados con letra negrilla, son para mayor claridad y me pertenecen.

Hoy el niño tiene derecho a preservar su intimidad y se halla configurado tal derecho.

Así: el Artículo 16 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁰⁴

“1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Nótese la protección que hoy en el art. 197. 6 del C.P.E. se otorga a los menores cuando se agrava a las conductas descriptas en el apartado 5 , si la víctima fuer un menor de edad.

Por otra parte, nótese que también la mujer estaba muy limitada en la protección de su derecho a la intimidad, desde que se nota claramente y en forma expresa en los antiguos códigos la dispensa al marido por la intromisión en los correos de su esposa.

Si bien no habré de ampliar en este tema, también la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1), en toda su extensión elimina todas las formas de discriminación ordenando a los países firmantes la equiparación de la mujer y el hombre en todas las áreas.

No obstante, y siempre que ello no configure una acción dolosa, como lo exigen los tipos penales en trato, resulta bastante difícil establecer un límite dentro de la situación de los cónyuges convivientes, cuando las áreas de la intimidad se hallan muchas veces confundidas y se comparten; es el caso de las cartas que se reciben en el mismo domicilio, los correos electrónicos cuando el ordenador quedara abierto, e innumerable cantidad de supuestos en lo que la casuística mandará, al tiempo de establecer el elemento subjetivo en una acción, así como la creencia de hallarse alguno de los integrantes de la sociedad conyugar en la creencia de estar autorizado por el otro para avanzar sobre sus secretos.

¹⁰⁴ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Es el tema de los alcances de ese sector o ámbito privado que ha de tener cada individuo y que existe, no obstante las sociedades que se conformen con otra u otras personas, estableciéndose límites no siempre claros y precisos.

6 - El derecho a la autodeterminación informativa

Corresponde traer a colación que en Alemania, 1983, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley Alemana de Censo de Población de 1982.

Dice en su parte resolutive: “Cada persona tiene derecho a decidir por sí misma qué información personal consiente que de él se conozca, a quién desea proporcionarla, cómo lo hará y cuándo”. Nace así el concepto de: “autodeterminación informativa”.

Ya no sólo se protege el “derecho a la intimidad”, como aquel “*right to be let alone*” definido por Louis D. BRANDEIS y Samuel WARREN en el Harvard Law Review de 1890, sino que se amplía el concepto al “derecho a supervisar a quienes tienen nuestra información”.

Sabido es que el “derecho a la intimidad” ha sido consagrado en diversos tratados internacionales como uno de los “derechos humanos o derechos fundamentales”. Así, a manera de ejemplo, cabe citar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la ONU en 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por el mismo organismo en 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969.

Es a partir de la reforma a la Constitución Argentina, en 1994, cuando -por la incorporación al artículo 75 del inciso 22- se consagra con jerarquía constitucional a los pactos y tratados internacionales, reafirmandose así la consagración del derecho a la

intimidad, en su condición de derecho humano o fundamental, a la vez que se da curso al hábeas data (artículo 43, párrafo 3).

Es decir, que la Constitución Argentina prevé un recurso judicial especial, denominado «habeas data», para proteger los datos personales. Se trata de una subcategoría del procedimiento contemplado en la Constitución para proteger los derechos constitucionales y, por tanto, eleva la protección de datos personales a la categoría de derecho fundamental. De conformidad con esta disposición del artículo 43, toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos que se refieren a ella y de su finalidad que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá vulnerarse el secreto de las fuentes de información periodística. Resulta fundamental que, como debe ser, la jurisprudencia argentina le ha reconocido operatividad como un derecho fundamental y directamente aplicable sin necesidad de reglamentación alguna¹⁰⁵.

a. La Ley Nacional 25.326 de Protección de Datos Personales.

Tiene como bien jurídico tutelado el derecho al honor -a la intimidad de las personas-, así como también al acceso a la información que sobre las mismas se registre (artículo 1). Dentro de los principios relativos a la protección de los datos personales destaca al “consentimiento” en su artículo 5. Estas dos normas -en conjunto con los derechos de acceso, rectificación, actualización, supresión y confidencialidad (artículos 14 y 16)- constituyen el sustento normativo de la autodeterminación informativa en el derecho argentino.

Ya no sólo se protege a la intimidad, como lo hacían otras normas, tal el caso del Artículo 1071 bis. Del Código Civil en tanto establece, *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales*

¹⁰⁵ Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 30/06/2003, Artículo 7.

actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación. (artículo incorporado por ley 21.173)” “,

Y los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y artículos 31 y 32 de la ley 11.723) sino también a la autodeterminación informativa.

Estamos ahora frente a la llamada revolución digital y la protección a la intimidad en su concepto más abarcador, es decir, aún en la autodeterminación informativa, todo lo que exige estar al día, dado que de no estar aquí y ahora, dada la progresión geométrica del avance tecnológico, mañana será tarde y podríamos encontrarnos totalmente vigilados, controlados y estudiados hasta en los detalles más íntimos de nuestra existencia.

Cada uno de nosotros debe saber qué datos y qué informaciones se manejan de sí mismo, toda vez que giramos en el cyber espacio, desnudando a la voluntad de cualquiera todo lo que somos, es decir los atributos básicos de nuestra personalidad y mucho más que ello. De tal forma, si no existe un derecho a la uto-información a través de institutos como el hábeas data, nunca sabremos por ejemplo qué sabe nuestro interlocutor de nosotros, o lo peor, tal vez el Estado mismo, encontrándonos en inferioridad de condiciones, en atención, ya se sabe del poder de éste frente a los particulares.

Así, se ha dicho que la autodeterminación informativa, es una condición elemental para el funcionamiento de una sociedad libre. Aún, a pesar de la “amenaza de terrorismo”, ganar seguridad a expensas de la libertad, termina lesionando ambos valores.

Por último, parafraseando al genial Bertold BRECHT , recordando y adaptando su maravillosa frase: *“ayer vinieron por los datos de mis vecinos y no me importó, luego vinieron por los datos de mis parientes y no me preocupé, hoy vinieron por mis datos”*.

No es que debamos retroceder en los adelantos so pretexto de peligro, simplemente debemos legislar a fin de permitir un manejo seguro de los datos, protegiéndolos de forma tal que el usuario no se halle inerme ante posibles avances de operadores más hábiles.

Es que la informática es un hecho y ya no podemos vivir sin ella. Nótese que cuando caen las redes informáticas, se produce un caos en cualquier área en la que se utiliza como herramienta, todo se paraliza y parece que nunca pudimos hacer nuestro trabajo sin ella. Ya no es posible pensar ciertas registraciones o flujos de actividades sin el auxilio de la tecnología cibernética. Por ello, debemos luchar por la protección de los datos personales, dado que no existe otra posibilidad pues al hacerlo protegemos lo derechos fundamentales de las personas.

Es que no se puede ni priorizar sólo el interés personal, ni decidir por el resto de los individuos cuáles son los límites de protección, ya que en algunos casos se cederá a las presiones, permitiendo la violación de la intimidad y provocando un verdadero menoscabo a la comunidad cuyas consecuencias se podrán advertir más o menos en corto plazo.

De cualquier forma, y como es sabido de antemano, todos los extremos son inconvenientes. Por lo tanto, resulta igualmente inadecuado tanto transgredir la libertad, contra el derecho a la intimidad o contra la autodeterminación informativa, ennobleciendo o intentando privilegiar la “certeza”, como, por el contrario, intentar frenar el camino a cierta información que pudiera positivamente resultar provechosa para otros fines como lo pueden ser, por caso, la averiguación de ciertos datos que aporten pruebas para la lucha contra el delito, especialmente si se trata del crimen organizado, desde que ciertas organizaciones se valen de estas herramientas lo que les permite tomar una ventaja considerable respecto de los investigadores. Se trata, entonces, de contar al menos con las mismas armas de lucha.

Nos hallamos definitivamente en la “era de la información” y debemos entonces, reconocer que ésta es por sí un bien valioso y que a esta altura resulta indispensable para operar a favor de los factores económicos y “sociales”, ya que el aprovechamiento legal y adecuado de la información está probado, redundando concretamente en beneficio de la sociedad ya que trae desarrollo, sobre todo a esta altura de la masificación de la informática en todos los niveles sociales, toda vez que cada vez más, se tiene un gran acceso a la tecnología que, para ciertas operaciones al alcance del individuo común no necesita ser de ultimísima generación.

Se ha dicho con acierto y esto nadie lo ignora ni lo discute, que en la búsqueda del equilibrio entre el “derecho a la información y el derecho a la intimidad”, las nuevas legislaciones, lejos de prohibir el acceso a la información, legitiman esa actividad regulando su ejercicio y protegiendo a la persona.

La ley argentina de Protección de Datos Personales¹⁰⁶, que es de orden público, entiendo, trata de cubrir ambos ejes de aprovechamiento y control, pues a la vez que consagra el principio de la autodeterminación informativa, habilita el tratamiento de los datos personales en circunstancias y bajo vigilancias determinadas, buscando la mesura.

Por caso, consagra al consentimiento (artículo 5), como requisito de licitud para el tratamiento de los datos personales -determinando los recaudos que éste debe cumplir y por ello debe ser libre, expreso, informado, por escrito o medio que se equipare; también consagra otros principios que demuestran, también, la protección a la intimidad y a la autodeterminación informativa, ejemplo de ello son la finalidad, calidad, lealtad confidencialidad y seguridad. Recepiona, también, los “derechos” íntimamente ligados con el manejo del derecho a la protección de los datos personales: ellos son, el derecho a

¹⁰⁶ Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Decreto 1558/2001 (29/11/2001), también tener en cuenta REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 25.326. Disposición 7/2005 D N de protección de datos Personales Clasificación de Infracciones y Graduación de sanciones. Disposición 11/2006 D N de protección de datos Personales. Medidas de Seguridad para el Tratamiento y Conservación de los Datos Personales Contenidos en Archivos, Registros, Bancos y Bases de Datos Públicos no estatales y Privados.

la información, el de acceso y los de rectificación, actualización, supresión y confidencialidad.

Por otra parte y dado lo habitual en el ejercicio de un derecho, este no es de carácter absoluto.

En efecto, del derecho a la protección de los datos personales, al fijarse en la misma ley 25.326 excepciones al principio del consentimiento art.5.2. *“No será necesario el consentimiento cuando:*

- a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;*
- b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;*
- c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;*
- d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;*
- e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.*

Se convierte, entonces con esta regulación, en un derecho relativo. Asimismo, existen datos, que pueden ser íntimos o no, que no nos conciernen con exclusividad, ya que pueden ser recogidos mediando fines científicos o aún comerciales .

Es el caso del Estado que a través de la policía o del poder judicial, a los efectos de viabilizar su poder punitivo que le es de exclusivo y excluyente ejercicio, se encuentra facultado para avanzar y disponer de los datos.

De esta forma surge una excepción al condicionamiento del consentimiento dispuesto en el artículo 5.2.b): *“no será necesario el consentimiento cuando los datos se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o cuando sean utilizados con fines de defensa nacional o seguridad pública”*.

Esta excepción se enmarca dentro de los límites impuestos por la norma art. 23.2 *“El tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin el consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquél los para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad”*

De forma tal que se exige que el tratamiento de los datos personales sin consentimiento de los afectados, quede limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos.

El inciso 3 del artículo 23 agrega: *“Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”*

O sea la obligación de anulación cuando no sean forzosos para las investigaciones que causaron su acopio.

Respecto de la transferencia internacional de datos personales, también se impone medida, pues nuestra legislación nacional faculta la transferencia de los datos personales a otros Estados en lo que es una excepción a la norma general que fija su prohibición artículo 12 *“1. Es prohibida la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales o supranacionales, que no proporcionen niveles de protección adecuados.*

2. *La prohibición no regirá en los siguientes supuestos:*

a) Colaboración judicial internacional;

b) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el tratamiento del afectado, o una investigación epidemiológica, en tanto se realice en los términos del inciso e) del artículo anterior;

c) Transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable;

d) Cuando la transferencia se hubiera acordado en el marco de tratados internacionales en los cuales la República Argentina sea parte;

e) Cuando la transferencia tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico”.

Visto está que la excepción opera cuando el objeto sea “la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico”.

En definitiva, siguiendo a SALAZAR CANO¹⁰⁷, podemos definir “el Habeas Data como una nueva institución jurídica para poder lograr efectivamente, en un Estado de Derecho, la protección, seguridad, exactitud o rectificación, preservación o destrucción justificadas del secreto o privacidad sobre los datos del ciudadano, que el Estado u otros entes públicos o privados tengan sobre ellos con el propósito del conocimiento y difusión permitidos de los mismos, ya sea que estén archivados o guardados en medios electrónicos o similares, porque ellos constituyen testimonios o proyecciones de la persona, de la vida, de la identidad, pensamiento cultural o instrucción, actividades sociales, económicas, religiosas, así como los de la genética, salud, orientación sexual, pensamiento político, sea

¹⁰⁷ SALAZAR CANO, Edgard, *El Habeas Data en el Derecho Comparado*. Anuario N° 29 (2006), ISSN 1316-5852.

que ya se hallen registrados o por registrarse, según el amparo y protección que la Constitución y las Leyes respectivas lo ordenen.

Esta ley fue reglamentada el 3 de diciembre de 2001 por el Decreto N° 1.558¹⁰⁸ que introduce las normas de aplicación de la Ley, la completa y aclara, aspectos de la Ley que podrían interpretarse de manera divergente.

Otras normas de protección surgidas a consecuencia de la tratada son:

Disposición 4/2004¹⁰⁹ - Dirección Nacional de Protección de Datos Personales Se homologa el Código de Ética de la Asociación de Marketing Directo e Interactivo de la Argentina (AMDIA)

Disposición 3/2005¹¹⁰ - Dirección Nacional de Protección de Datos Personales Apruébanse los formularios, instructivos y normas de procedimiento que utilizará la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, en relación con la implementación del citado Registro.

Disposición 7/2005¹¹¹ - Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (*Deroga la Disposición 1/2003 – Dirección Nacional de Protección de Datos Personales*) Se aprueba la "Clasificación de Infracciones" y la "Graduación de las sanciones" a aplicar ante violaciones a las normas de la Ley N° 25.326 y de las reglamentaciones dictadas en su consecuencia.

Disposición 7/2008¹¹² - Dirección Nacional de Protección de Datos Personales Apruébanse la "Guía de Buenas Prácticas en Políticas de Privacidad para las Bases de Datos del Ámbito Público" y el texto modelo de "Convenio de Confidencialidad".

¹⁰⁸ *Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 30/06/2003, Artículo 9.* Texto completo del Decreto disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/texact.htm>

¹⁰⁹ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/100000-104999/101360/norma.htm>

¹¹⁰ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/105356/norma.htm>

¹¹¹ <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/111293/norma.htm>

¹¹² <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143831/norma.htm>

b) La Ley 26.388.

La Ley Nacional de Delitos Informáticos N° 26.388, sancionada el 04/06/2008 por 172 votos a favor, ninguno en contra, ataca los problemas de insuficiencia de la legislación en los delitos de Violación de Secretos y Privacidad en los medios de comunicación modernos.

Es que *Internet*, instrumento ya no tan reciente, ha demostrado un potencial inédito, dando a sus operadores un poder increíble en muy poco lapso temporal, el que, de hecho puede ser utilizado para propósitos poco éticos y hasta delictivos que obligan a formas de protección.

Es así que en una época de fulminante evolución tecnológica a la que las nuevas generaciones tienen un poder especial de adaptación y con una cultura en creciente globalización, el poder legislativo debe ponerse al corriente a fin de abordar las diversas nuevas formas de criminalidad.

Así, los Estados del mundo se hallan a la siga de los avances, pero aún discutiendo si existe o no una especie de delito informático¹¹³. Por otro lado, ya se verá, diversos organismos internacionales definen sus propios conceptos sobre las consideraciones que caracterizan a los delitos informáticos.

En lo que aquí interesa, la ley modifica el código penal de la siguiente forma:

ARTICULO 5º: Incorporárase como artículo 153 bis del Código Penal, el siguiente:

Artículo 153 bis: Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier

¹¹³ RAMÍREZ, Silvina Laura, ponencia: *Delitos informáticos, perfil criminológico del hacker, especial referencia a los delitos de contenido económico y normativa aplicable*. Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Informático, Mar del Plata, 2001: "Estamos en presencia de delitos clásicos en los que su naturaleza no varía en gran medida por el hecho de que para su perpetración se haga uso de moderna tecnología relacionada con la computación. Por lo tanto no puede hablarse de delito informático sino más bien de una categoría criminológica como delincuencia o criminalidad informática dentro de la cual se agruparán los problemas del procesamiento de datos, relevantes para el derecho penal sin modificar los tipos penales y las conductas a ellos vinculadas. La gran mayoría de los ilícitos informáticos pueden encuadrarse en los tipos penales tradicionales, en la medida en que sistemas computarizados sean utilizados como medio, instrumento, herramienta u objeto de aquéllos". Julio Téllez Valdez: conceptualiza al delito informático en forma típica y atípica, entendiendo a la primera como a "las conductas típicas, antijurídicas y culpables, en las que se tienen a las computadoras como instrumento o fin" y a las segundas "actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin". VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Cancún y Distrito Federal, Méjico, Noviembre 2000.

medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

ARTICULO 6º — *Sustitúyese el artículo 155 del Código Penal, por el siguiente:*

Artículo 155: Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

ARTICULO 7º — *Sustitúyese el artículo 157 del Código Penal, por el siguiente:*

Artículo 157: Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

ARTICULO 8º — *Sustitúyese el artículo 157 bis del Código Penal, por el siguiente:*

Artículo 157 bis: Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

- 1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;*
- 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.*
- 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

c) La ley Orgánica 15/1999 de Datos de Carácter Personal¹¹⁴.

Esta normativa, tiene como objeto el enunciado en su segundo artículo, esto es, “...los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.”

La novedad introducida por esta ley en relación con su anterior LO 5/1992, está especialmente en el art. 2.1 “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado. Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal: a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento. b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público. c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.”

Destaca sobre el particular REBOLLO DELGADO Y SERRANO LÓPEZ¹¹⁵ que dichas modificaciones se pueden resumir en que los datos pueden encontrarse registrados en cualquier soporte físico. La LOTARD ceñía su ámbito de aplicación “a los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados”. Que tal soporte debe posibilitar el tratamiento independientemente de que éste se efectúe de manera automatizada o no. Desaparece, de esta forma, la exigencia de la automatización en el tratamiento de los datos.

Luego, resulta de interés que la ley es sumamente esclarecedora al aportar las definiciones conceptuales de importancia¹¹⁶

¹¹⁴ LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹¹⁵ REBOLLO DELGADO, SERRANO LÓPEZ, ob. cit., pág. 55 y sig.

¹¹⁶ L.O. 15/1999, Artículo 3. Definiciones.

En resumen, y en lo que aquí interesa, los titulares de los datos, pueden según la ley que los habilita:

Impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento, cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad (art. 13).

Consultar pública y gratuitamente al Registro General de Protección de Datos por parte de cualquier persona recabando la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento (art. 14).

Acceder, ya que el interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos (art. 15).

Rectificar y cancelar, ya que el responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez

A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por: a) Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo. f) Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable. g) Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. h) Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen. i) Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado. j) Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

días. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos (art.16).

Pedir indemnización como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados (art. 19).

Por último, y para concluir esta apretada síntesis del tratamiento de la LO 15/1999, resulta de suma importancia que el principio general básico de la ley es que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. Seguidamente la Ley, en el art. 6, enumera las excepciones.

De igual forma, el artículo 7 establece cuáles son los datos especialmente protegidos, enumerando entre otros todos los datos atinentes a ideología, religión y creencia (en consonancia con el art. 16 de la Constitución Española), también la referencia al origen racial, afiliación sindical, vida sexual, infracciones penales o administrativas (estos últimos con un régimen especial de registración administrativa) y se dedica un artículo especial (art. 8) a los datos relativos a la salud, los que también ofrecen un régimen general y uno especial según de qué enfermedad se trate.

El secreto, que luego será tratado en particular y referido a los responsables de ficheros, al tiempo del análisis de la norma penal respectiva , se halla definido en el art. Artículo 10 que marca el deber guardar secreto para el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal, estableciendo que están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo. O sea que extiende la responsabilidad aún terminada la relación laboral.

En cuanto a la comunicación de datos, que va de la mano de la responsabilidad anterior, la ley dispone que los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. Aunque ese consentimiento no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar.

El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable.

Aquel a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la Ley.

8. Síntesis.

-El derecho a la intimidad no es sólo y únicamente derecho a ser dejado sólo, sino que incluye necesariamente el derecho a controlar a quienes poseen nuestros datos.

-La “libertad” se obtiene con la igualdad de condiciones. Para poder concretar esa libertad es requisito indispensable conocer los datos que existen de nosotros.

-Privilegiar la seguridad por sobre la intimidad atenta contra ambos conceptos.

-Los derechos no son absolutos. Las nuevas legislaciones no prohíben el acceso a la información. Por el contrario, lo legitiman al proteger la intimidad.

-El equilibrio entre el derecho a la información y la autodeterminación informativa” se pretende lograr a través de legislaciones de protección de datos personales. Como en Argentina lo es la ley 25.326, que permiten el tratamiento de los datos personales en condiciones que no afecten la seguridad de la Nación, ni desprotejan a la persona, dando el marco normativo para un manejo de la información de las personas y un tratamiento de los datos personales que garantice la privacidad, al mismo tiempo que la seguridad, coadyuvando a la merecida seguridad de la Nación, en España la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, (LOPD), que tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor, y privacidad personal y familiar.

Su objetivo principal es regular el tratamiento de los datos y ficheros, de carácter personal, independientemente del soporte en el cual sean tratados, los derechos de los ciudadanos sobre ellos y las obligaciones de aquellos que los crean o tratan.

-Una sociedad que protege los datos personales y la seguridad de sus ciudadanos puede jactarse de ser una sociedad verdaderamente democrática.

CAPITULO III

LA INTIMIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

“La vida pública es profana y proclive a la profanación, pero la intimidad está bendecida, segregada del comercio y las polvaredas del genio. Por ello, hay que respetarla, guardarla, no transgredirla, ya que es el recinto propio para el surgimiento, elaboración y perfección de la individualidad y el desarrollo de la personalidad; la singularidad se encuentra y surge de la intimidad”.

Siguiendo en sus conceptos la exhaustiva y específica obra de Fernando HERRERO TEJEDOR ¹¹⁷ los derechos fundamentales son, ni más ni menos, derechos humanos positivizados, es decir los que siendo inherentes a la dignidad de la persona (Art. 10. 1 CE) han sido recogidos por el constituyente, y dotados de un peculiar status, que se resume en dos notas principales: protección y vinculación.

Cita a Montoro Puerto, cuando expresa que en la gradación constitucional de derechos aparecen unos de mayor nivel, que se concretan en una primera escala de derechos y libertades caracterizada por dos notas:

1. Gozan de una especial protección constitucional.
2. Simultáneamente, vinculan directamente a todos los poderes públicos.

¹¹⁷ HERRERO TEJEDOR, Fernando *La intimidad como derecho fundamental* 1ra edición, diciembre 1998. Colex, “... Por lo que respecta a su protección judicial, el papel de los tribunales ordinarios no es sino el de garantizar tales derechos. Y es que –en acertada frase de HART– los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías.

En cuanto a la noción de intimidad este autor señala el acierto de De la Válgoma cuando expresa que todas las denominaciones encierran un sentido negativo, de exclusión. Se trata de la esfera de reserva en donde los demás no tienen cabida. Hay, dice, un claro matiz individualista de protección de la personalidad en cuanto tal.

1) Relación entre intimidad y libertad. Doctrina Italiana, Francesa y Norteamericana.

Existe una relación inescindible entre intimidad y libertad, más precisamente entre privacidad y libertad, por ello no es extraño que el Derecho Argentino hubiera elegido agrupar las normas sobre violación de secretos dentro de los delitos contra la libertad. Es que sin protección de la vida privada no habría libertad ya que como lo expresa Westin¹¹⁸ en el estado moderno la vida privada está en el corazón de la libertad.

Todos los autores coinciden en afirmar la dificultad que entraña llegar a un concepto unívoco de intimidad y es que el término se encuentra muy lejos de ser uniforme, ya que encierra conceptos diversos y así la doctrina alemana intenta profundizar distinguiendo tres esferas según la cita de Fernando Herrero Tejedor resumiendo a Novoa Monreal:

La esfera más amplia o privada comprende todos los comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público.

La esfera confidencial que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza y de esta se excluyen el público y en general aquellas personas que operan en la vida privada y familiar y por último al esfera de secreto que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservados han de quedar inaccesibles a todos los demás.

Para la doctrina italiana, que toma la base de las esferas de la alemana, se diferencian dos derechos insertos en la llamada zona privada: el derecho a la reserva (*riservatezza*) y el

¹¹⁸ WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*, New York, 1967 25 Wash. & Lee L. Rev. 166 (1968), <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol25/iss1/20>, pág. 350.

derecho al respeto de la vida privada que defiende respectivamente la esfera privada de la divulgación de noticias legítimamente adquiridas y al sujeto de interferencias externas.

Para la doctrina francesa especialmente Kayser ¹¹⁹ distingue entre *ataques al secreto* (o sea la divulgación de la vida privada y la investigación en la vida privada) y *ataques a la libertad*.

Para la doctrina norteamericana, en el clásico debate entre Prosser y Bloustein, dividiendo el primero de ellos los atentados a la *privacy* en cuatro categorías:

- 1) La intrusión o intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado.
- 2) La divulgación pública de hechos privados.
- 3) La presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia
- 4) Finalmente la apropiación en amplio sentido, de lo que pertenece a nuestro ámbito personal.-

Por su parte Bloustein dice que Prosser ha desmembrado la *privacy* en cuatro ilícitos con un visión excesivamente patrimonialista y en cambio propone a la *privacy* como un aspecto de la dignidad humana que supone el desarrollo de la inviolabilidad de la personalidad y no de la propiedad.

Por último asumo como propia la definición que nos alcanza Herrero Tejedor¹²⁰ sobre el ámbito protegido por a intimidad:

¹¹⁹ KAYSER, Pierre: *La protección de la vie privée*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2a Edition, 1990, pág. 10.

¹²⁰ HERRERO TEJEDOR, loc. cit.

“el conjunto de hechos o circunstancias de carácter privado, conocido por un número reducido de personas, respecto al que su titular posee un interés legítimo en evitar su divulgación”.-

El derecho a la intimidad es parte de los llamados derechos a la personalidad y por ello, axiológicamente ocupa un lugar de privilegio y recordando que el Tribunal constitucional ha declarado que “el derecho a la intimidad personal del art. 18 de la Constitución está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana.-

2) El llamado derecho a la propia imagen

“El derecho de privacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos, y los hechos de su vida personal...En suma, el derecho de privacidad establece un área excluida de la colectiva no gobernada por las reglas de la convivencia social. Él se basa sobre premisas de individualismo, consistentes en que la sociedad existe para promover el valor y la dignidad del individuo. Es contrario a las teorías de la total entrega al Estado, a la sociedad o a una parte de ella. En orden a mantener esta custodia de la privacidad es necesario que exista cierto grado de protección para el individuo contra la intrusión física en esa zona, contra la vigilancia desde afuera, contra la no deseada comunicación a otros de lo que ocurre en el interior. Debe haber alguna restricción de las conductas provenientes del exterior que puedan destruir la identidad, la individualidad, o la autonomía...El mantenimiento de la privacidad se enfrenta a dificultades crecientes a medida que nuestro país se vuelve más populoso, nuestra sociedad técnica, nuestro modo de vivir más intenso. No

hay que asombrarse de que hayan aumentado las presiones para el desenvolvimiento de las reglas legales tendientes a formular con mayor precisión y hacer observar con mayor eficacia, el derecho de privacidad...”.

Emerson en la definición dada por el informe de la Oficina de Ciencia y Tecnología denominado "Privacidad e Investigación de la Conducta":

Para arribar a un concepto abarcador pero preciso de este derecho, plasmado en el título X de la ley Orgánica 10/1995, junto a la intimidad y el domicilio, recorro al aporte de ESTRADA ¹²¹ cuando nos enseña que es la *“facultad que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisionómicos”* .-

En el análisis de esta definición efectuada por CABEZUELO ARENAS¹²², encontramos que el derecho se le reconoce a la persona y no ya a una persona haciéndolo “erga homnes”, lo que no lo limita sólo a aquellos individuos que por su notoriedad parece, gozarían del mismo. La ley abarca a todos y por ende la protección penal también, estatuyendo sobre ese derecho la conminación penal correspondiente que lo protege.

Ahora bien, de la definición antes esbozada surge que lo que se protege son los rasgos fisonómicos reconocibles de la persona, sobre los cuales la misma tiene total dominio para conceder o no su captación, reproducción o publicación, por lo tanto el ordenamiento jurídico le da a su titular (cualquier individuo) la capacidad de escoger cuando, por quien y de qué forma.

¹²¹ ESTRADA, Alonso E., *El derecho a la imagen en la LO 1/82 de 5 de Mayo*, Actualidad Civil nro. 25. Semana 18. 24 de Junio de 1990, página 348.

¹²² CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, loc. cit.

Pero podría preguntarse por qué alude el concepto a rasgos fisonómicos reconocibles. Pues bien, la reconocibilidad resulta capital, desde que el atentado a la imagen puede consistir en la reproducción fiel o bien imperfecta pero siempre que permita reconocer de quién se trata, pues cuando se da este supuesto también se incurre en transgresión entrometiéndose y debiendo hallarse el justo punto en la interpretación casuística para no caer en reclamos de personas extremadamente susceptibles.-

Respecto de esto último, entiendo acertado que se establezca como parámetro la reconocibilidad; mas encuentro que resulta un tanto difícil al momento de decidir si existe o no una verdadera intromisión, ya que al establecerlo, el juzgador deberá acudir bien a su sentido común para apreciar el hecho, o bien a pericias que también encierran las subjetividades propias del medio empleado y del mismo perito.

Resultará, entonces una ardua tarea la de decidir en casos límite y por cierto a la vista de los defensores una forma peligrosa -tal vez- de establecer la culpabilidad de alguien.

Definido como ha sido el derecho a la imagen pasaré ahora a definir la imagen en sí. Para tal tarea traigo la aportada por la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando entiende por imagen : “ *La representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico (...) la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende el derecho a evitar su reproducción* “ También la STS con fecha 13 de Noviembre de 1989 establece como nota común a todas las sentencias del Tribunal en cuanto se refieren a imagen que es “*la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose que a tanto equivale como la representación gráfica de la figura humana*” concepto que introduce la posibilidad de imitar a una persona , basta con que no se abriguen dudas respecto de que lo que se reproduce en la imagen es una persona concreta más allá de que no se reproduzca en forma fotográfica.¹²³ -

¹²³ Véase que el Tribunal Supremo confirma la condena impuesta a la editora de la revista “Diez Minutos” por intromisión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de los hijos menores de D. Cayetano Martínez de Irujo. La Sala comienza recordando la jurisprudencia que regula el juicio de ponderación entre los derechos en conflicto (libertad de información, frente a la intimidad y propia imagen). Dicha doctrina

El derecho a la imagen es hoy un derecho fundamental diferente al honor y a la intimidad y distinto del derecho patrimonial a la imagen.

Como bien apunta CABEZUELO ARENAS¹²⁴, no debe confundirse lo que constituye propiamente derecho a la imagen, entendido como el derecho a autorizar la plasmación de los propios rasgos y/o su difusión o a negarse a ello, con lo que es el derecho al honor, error en el que incurre con frecuencia la jurisprudencia, utilizando el vocablo imagen como sinónimo de reputación o merecimiento, estima o prestigio que de ello tienen los demás.

Acertada, encuentro también la cita efectuada por Gitrama¹²⁵ cuando se refiere al disgusto que por general podría traer el encontrar sobre las paredes públicas la foto carnet de cualquier ciudadano. Siendo que define al derecho a la propia imagen como el que se afirma sobre “la reproducción de la figura humana en forma visible y reconocible”

En efecto, no tiene por qué tratarse de una representación que ataque al honor de la persona, basta con la reproducción de la imagen física personal reconocible del individuo para incurrir en la trasgresión en atención a que toda persona tiene el derecho de decidir cuando, por quién y en qué forma se puede captar y reproducir su imagen física.

La jurisprudencia ha aceptado que de no mediar consentimiento de su titular, existe vulneración del derecho a la imagen de quien se ve expuesto públicamente sin haberse prestado a ello o sin que exista interés general que legitime tal exposición, razón por la cual

prioriza la protección de la libertad de información, de tal forma que su prevalencia en abstracto solo puede ser revertida a favor de los derechos a la intimidad y a la propia imagen cuando así lo aconseje el valor o peso relativo de tales derechos en función de las circunstancias del caso. Desde esta perspectiva, aclara que la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o con ella se trata solo de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública; si es veraz, en cuanto resultado de una razonable diligencia del informador, si bien este requisito tiene menor trascendencia cuando afecta al derecho a la intimidad y a la propia imagen; y si la publicación de datos privados está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

¹²⁴ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, ob. cit., págs. 77 y sig.

¹²⁵ GITRAMA GONZALEZ, M., *El derecho a la propia imagen*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, 11, Madrid 1962, pág. 346.

hoy existe un rechazo casi unánime en vincular honor-imagen necesariamente, pudiendo existir ataques indistintos a unos u otros y también en forma conjunta.

La imagen ha sido elevada a la categoría de derecho fundamental conforme los establece la constitución en el art. 18 C.E., reconociendo este derecho conjuntamente con el del honor y la intimidad personal y familiar.

En el ámbito civil la distinción entre intimidad e imagen, dándose absoluta autonomía a esta segunda es innegable y así lo han resuelto los Tribunales en diversas ocasiones afirmando que pueden ser vulneradas en forma conjunta e incluso también el honor. Justamente debe advertirse que en la vulneración de la imagen se reconoce ampliamente una vertiente patrimonial que se encuentra en duda en la intimidad.

Se pregunta CABEZUELO ARENAS¹²⁶ si la imagen representa tal trascendencia que permita hablar de la existencia de un derecho de la personalidad independiente del honor e intimidad o si, por el contrario, ha de afirmarse únicamente su relevancia de ir asociada a éstos últimos. Y se contesta que resultaría insostenible supeditar este derecho a la eventualidad de que también se hubiera producido un agravio al honor. En tanto generalmente cuando se reproduce la imagen de alguien no suele afligirle el honor a esa persona, y va de suyo, que tampoco puede considerarse a la imagen en el concepto de reputación, merecimiento o estima del sujeto que la porta.

En definitiva, mediante el agravio a la propia imagen se puede llegar a lesionar tanto al honor como a la intimidad y ello dependerá qué tipo de reproducción se efectúe, toda vez que no todas las reproducciones de la imagen de una persona pueden lesionar estos otros bienes jurídicos.

Sin embargo concuerdo con CABEZUELO ARENAS¹²⁷ en que la imagen es un derecho independiente cuya tutela no requiere de la asociación con los otros mencionados y que la LO 1/82 prevé, siendo que para el presente trabajo de investigación, lo que aquí

¹²⁶ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, ob. cit., págs. 80/81.

¹²⁷ Eadem., pág. 431.

interesa es la imagen como representante de un contenido estrictamente personalista que lo configura como un derecho fundamental y no patrimonial.

“Honor, intimidad y propia imagen, como derechos de la personalidad, presentan los caracteres de ser originarios e innatos, dado que el acceso a su titularidad viene determinado por el nacimiento y absolutos y oponibles frente a cualquiera”

En la jurisprudencia argentina se puede encontrar muy interesante, un fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina referida al ámbito Civil, que ilustra claramente la contienda entre las garantías en pugna esto es el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y el derecho a la intimidad y privacidad, ese caso es “Ponzetti de Balbín¹²⁸”.

En dicha sentencia -que vale el esfuerzo reproducir en sus partes pertinentes-, los eminentes Jueces expresaron en el año 1985 lo siguiente:

“CONSIDERANDO 1- Que la sentencia de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la dictada en primera instancia, que hizo lugar a la demanda que perseguía la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad del doctor Ricardo Balbín, a raíz de la publicación de una fotografía suya cuando se encontraba internado en una clínica, sobre la base de lo dispuesto por el art. 1071 bis del Cód. Civil. Contra ella la demandada dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. Sostiene la recurrente que el fallo impugnado resulta violatorio de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

Que esta causa se origina en la demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín, fallecido el 9 de setiembre de 1981 contra "Editorial Atlántida S. A." propietaria de la revista "Gente y la actualidad", Carlos Vigil y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista, en su número 842 del 10 de setiembre de 1981, publicó

¹²⁸ “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántica, S.A”. En votos de Genaro R. Carrió. José S. Caballero (según su voto). Carlos S. Fayt. Augusto C. Belluscio (según su voto). Enrique S. Petracchi (según su voto).

en su tapa una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipena de la Ciudad de La Plata, la que ampliada con otras en el interior de la revista, provocó el sufrimiento y mortificación de la familia del doctor Balbín y la desaprobación de esa violación a la intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales, eclesiásticas y científicas. Los demandados, que reconocen la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ella, admiten que la foto de tapa no ha sido del agrado de mucha gente y alegan en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

9- Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés

general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no han fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones.

10) Que en caso "sub examine" la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista "Gente y la actualidad" excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista "Gente y la actualidad" no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad."

Este caso aborda desde el ámbito civil, una situación que debió encontrarse abordada por la legislación penal y que aún, tras reformas no ha sido prevista, toda vez que la protección de la imagen no se halla recogida en ningún tipo penal. En cambio, sí puede ser abordado a través de la aplicación del art. 197 del C.P. español el que seguidamente, en el capítulo correspondiente pasará a analizar.-

3. Los derechos de la personalidad

Con la expresión "*derechos de la personalidad*" se acostumbra a aludir a un conjunto de derechos de la propia persona, que constituyen, en definitiva, manifestaciones, tanto exteriores como interiores, diversas de la cada persona singular, su dignidad y su propio ámbito individual.

También podemos decir que los derechos de la personalidad son aquellos que el ordenamiento jurídico concede para la protección de los intereses más personales de un individuo, de ahí la justificación de tal denominación.

Los derechos de la personalidad no sólo tienen un alcance objetivo (alcance de los derechos y los bienes protegidos en cuestión), sino subjetivo, y quizás por esa razón se les ha otorgado la categoría de derechos subjetivos, con cierta discusión doctrinal en nuestro país ¹²⁹.

Estos derechos tienen carácter innato y comienzan con la vida humana en los términos del art. 30 Código Civil argentino¹³⁰, extinguiéndose con el fallecimiento de la persona, atribuyéndoseles carácter absoluto lo que permite que se puedan alegar a todos los demás, siempre con las limitaciones que otros derechos otorgan al resto de las personas. Sin embargo como bien apunta CBEZUELO ARENAS¹³¹ ese carácter de absoluto lo distingue como derecho oponible erga omnes, mas no a la circunstancia de que no reconozca límites, dada la prohibición del abuso de derecho.

Asimismo, otra característica de estos derechos es que suponen extrapatrimonialidad, es decir que están fuera del comercio.

Asimismo, tal como es reconocido, se trata de un derecho irrenunciable e indisponible, esto quiere decir que no podrían formar parte del comercio, sin embargo, la frecuencia con que se practican negocios con el cuerpo, es el caso de los artistas o modelos que pactan un precio por la difusión de sus imágenes es realmente habitual.

La negociación concreta no afectará el derecho en sí mismo, dado que nadie puede renunciar a la propia intimidad, consistiendo la negociación en un caso concreto renunciando a ese instante pero no al goce futuro de su derecho.

¹²⁹ ENCABO VERA, Miguel Ángel, *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid | Barcelona | Buenos Aires, 2012.

¹³⁰ Art. 30 del Código Civil Argentino: “*Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.*”

¹³¹ CBEZUELO ARENAS, Ana Laura, ob. cit. pág. 95.

En definitiva, el consentimiento del titular tiene virtualidad de excluir la ilegitimidad de la intromisión, siempre que la negociación no resulte leonina, como bien expresa LOPEZ AGUILAR ¹³².

En cuanto a la irrenunciabilidad de estos derechos fundamentales, mientras que en el caso de la intimidad y de la propia imagen es posible dentro de algunas condiciones realizar concesiones, ello por ejemplo es inimaginable en el plano del honor.

Sin perjuicio de lo afirmado existen autores como O'CALLAHAN que han discutido esta afirmación sostenido que el titular del derecho sí puede consentir una tentado contra su honor.

Por último diré que los derechos fundamentales son inembargables e imprescriptibles, características que se desprenden de ser extrapatrimoniales e intransferibles.

Son inembargables pues resulta absurdo siquiera pensar en su embargo, desde que no son transferibles a ninguna otra persona y son imprescriptibles por su propia naturaleza pues su pérdida sólo habrá de producirse con la muerte de la persona, es decir, se extinguen con la personalidad misma.-

4) Sujetos titulares de los derechos fundamentales

Sólo pueden ser titulares de estos derechos las personas físicas y nunca las personas jurídicas, dado que no pueden disponer de lo que no tienen, aunque sí puedan disponer de la imagen o de la intimidad de la persona que contrata con ellas.

Entendemos también con CABEZUELO ARENAS¹³³ que predicar los derechos del art. 18(1) C.E. a favor de las personas jurídicas, sólo podría hacerse a precio de forzar el

¹³² LÓPEZ AGUILAR, J. *Derechos fundamentales y libertad de negociar*, Madrid, 1990, pág. 111.

sentido de la norma, toda vez que la protección otorgada por el legislador lo es hacia hombres y mujeres individuales no hacia agrupaciones de ellos que pueden encontrar protección a sus derechos por otras vías.

En razón de ello, siendo que aún resulta dudoso en el ámbito civil que la protección alcance a las personas jurídicas mucho más en el caso de la protección penal.-

¹³³ CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, loc. cit.

CAPITULO IV.-

EL TIPO PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD

1.- Los tipos penales en general.

Cuando una acción reúne los requisitos señalados en el tipo penal, se dice que esa acción se conforma con el tipo, es decir que es una acción típica.

Es que, en consonancia con todo lo tratado acerca del bien jurídico protegido en los tipos penales a analizar, se expresa BUSTOS RAMÍREZ¹³⁴ “La tipicidad...es el primer aspecto del delito. Lo que interesa no es determinar la acción en sí o la acción ontológicamente, sino determinar cómo, o la forma como se vincula el sujeto social en cuanto ello afecta a la relación social misma...Por eso la tipicidad, al recoger en los tipos las formas por medio de las cuales el sujeto se vincula, lo hace en la totalidad de su contenido: social, psíquico y físico (y además dialéctico e interrelacionado). Luego el tipo legal no sólo describe acciones u omisiones, sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado y la tipicidad, consecuentemente, es la configuración en la realidad de esa descripción, o que implica un proceso de subsunción del complejo real en la prescripción abstracta y general del tipo legal”.

En tal sentido, se le reconoce al tipo penal diversas funciones, ellas son:

La función garantizadora, lo que permite al individuo saber exactamente qué es lo que está prohibido, cumpliéndose el mandato constitucional de que lo que no está prohibido se halla permitido o bien dicho el principio de reserva, todo ello en consonancia con la concreción del principio “nullun crimen nulla poena sine lege”.

¹³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 3ra. edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Derecho, pág. 158.

La función indiciaria , ya que el tipo legal es indicio de la configuración del delito y primer escalón en la escalera de análisis.

La función de instrucción y de conocimiento para el individuo de la sociedad, en palabras de Bustos Ramírez como prevención general cognoscitiva.

Como bien apunta Franco BRÍCOLA ¹³⁵ “La calificación del delito como ilícito de formación exclusivamente legislativa proviene del art. 25, inc. 2 Const. Italiana. Esta normativa, además de la exigencia de taxatividad y de la prohibición de retroactividad , establece en la materia penal una reserva de ley que la doctrina, actualmente con unanimidad, considera absoluta.”

Ésta es la garantía que tal reserva representa para el ciudadano, en atención al gran impacto que tiene la sanción penal en las libertades personales.

De ello deriva, conforme el autor y ob. cit. la constitucionalización de la prohibición de analogía, incluso, dice el autor *in bonam partem* en materia penal, en el sentido de la inconstitucionalidad de todas las formas elásticas que, sin remitir a parámetro valorativo unívoco, integran igual cantidad de formas de “analogía anticipada”

En suma y como el mismo autor concluye construyendo una definición sintética de el “delito” conforme su análisis y pensamiento, éste es “un hecho previsto de manera taxativa por la ley, de realización exclusiva por el agente y en todo caso reconducible a éste mediante una actitud culpable (dolosa o culposa), idóneo para ofender un valor constitucionalmente relevante, conminado con una pena proporcional también a la relevancia del valor tutelado y estructuralmente caracterizado por el teleologismo constitucionalmente atribuido a la sanción penal y, finalmente, intolerante respecto a toda articulación probatoria que en cualquier modo haga recaer en el imputado la carga de la prueba (o el riesgo de la ausencia de su alegación) de elementos de orden positivo que caractericen su estructura.”

¹³⁵ BRÍCOLA, Franco, *Teoría general del delito*, Editorial Indef, Montevideo-Buenos Aires, 2012, págs.135 y ss.

Dice JAKOBS¹³⁶ “Injusta es la acción no tolerable socialmente...el conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de injusto”

Conforme las características de la acción o las exigencias referidas al autor, los tipos penales pueden distinguirse en delitos de *resultado* (de lesión y de peligro) o *de pura actividad* por un lado, y por otro, en delitos *comunes* y *especiales* .-

En clasificación de JESCHECK¹³⁷ “Según la relación entre acción y objeto de la acción, se distingue entre delitos de resultado (materiales) y delitos de (mera) actividad:

a) Los delitos de resultado presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado y separado en el tiempo y en el espacio.

b) En los delitos de actividad, el tipo del injusto se agota, por el contrario, en una acción del autor, no precisándose un resultado en el sentido de un efecto exterior diferenciable espacio-temporalmente.”

Luego este autor hace una distinción interesante entre resultado típico y menoscabo al bien jurídico protegido.

Los delitos de resultado, sea que produzcan una lesión o el peligro de la misma, están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado.

La lesión puede ser material, por ejemplo cuando se daña un objeto y no debe confundírsela con la lesión inmaterial es decir la del bien jurídico. En todos los delitos hay lesión inmaterial y sólo en algunos hay también una lesión material.

En cuanto a los delitos de peligro, ellos requieren que el bien jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro pudiendo este peligro ser concreto o abstracto.

¹³⁶ JAKOBS, Günther, ob. cit., págs. 190 y sig.

¹³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, ob cit., págs. 235/ 237.

En los delitos de actividad, por contrario de los de resultado, el tipo se agota en la realización de una acción que debe ser idealmente lesiva de un bien jurídico pero no necesita producir resultado material ni peligro alguno.-

Por su parte, ROXIN¹³⁸ “Por delitos de resultados entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de la lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor... en cambio, son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella....Es decir que en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor ; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el resultado) con la consumación del delito”. Aunque el mismo autor afirma que la distinción sólo tiene una importancia relativa.

Luego, clasifica los delitos también en delitos permanentes y de estado, delitos cualificados por el resultado y delitos de lesión o de peligro, éstos últimos, según que el objeto de la acción del tipo deba ser dañado o sólo puesto en peligro en su integridad.

Así en los de lesión el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado y en los delitos de peligro, el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción, siendo que estos a su vez se dividen en delito de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los primeros, -delitos de peligro concreto- la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que si no se produce el resultado, sea sólo por casualidad. En el segundo tipo -delito de peligro abstracto- la peligrosidad típica de una acción es motivo de penalización sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro¹³⁹. Luego agrega la clasificación en tipos de emprendimiento, delitos simples y comunes, delitos de un acto y de varios actos, que se subdividen a su vez en delitos mutilados de dos actos (de interés para este estudio) y delitos

¹³⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte general*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid 1998, pág. 329 y sig.

¹³⁹ Cfr. ROXIN, Claus, ob. cit., pág. 336.

cortados de resultado, los delitos mixtos alternativos, los delitos comunes y especiales, y los delitos cualificados y privilegiados.

2) El tipo penal de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos

Cabe mencionar, siguiendo los conceptos del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE¹⁴⁰, en primer lugar, que son muy numerosos los tipos legales que en la reforma del Código Penal Español de 1995, incorporan elementos subjetivos del injusto de muy diversa naturaleza y heterogénea estructura. Luego, dicho catedrático divide a estos tipos legales portadores de elementos subjetivos del injusto en:

- 1) delitos de intención,
- 2) delitos de tendencia
- 3) delitos de singular manifestación.

Siendo que las tres categorías merecen diversas subdivisiones nos ocuparemos en este caso de la primera categoría, -delitos de intención- en la que hallaremos el tipo delictivo en estudio.

Cabe prologar diciendo que este tipo de delitos reconoce una orientación subjetiva dirigida a una finalidad concreta trascendente más allá del dolo que se halla circunscrito a los elementos objetivos del tipo

Así, los delitos de intención se hallan divididos a su vez en dos grupos:

1. delitos mutilados de dos actos y
2. delitos de resultado cortado.

¹⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave, Corrientes, 2000, págs. 137 y sig.

Los delitos mutilados de dos actos son tipos intencionales en los que el sujeto activo ejecuta la acción, como medio para pretender alcanzar un fin subjetivo, consumándose el delito con la ejecución de la acción básica con el propósito o fin subjetivo de realizar un posterior o ulterior comportamiento de ese mismo autor, aunque este último puede o no producirse posteriormente. Es decir que no se requiere su producción, toda vez que si finalmente se concreta ese propósito trascendente, nos hallaríamos frente a la posibilidad de concursar el delito base con otras figuras delictivas si en ella encuadrara.

La acción básica debe ser ejecutada con dolo, como conciencia y voluntad de acción final, obrando este dolo sobre la figura básica como presupuesto de la ulterior finalidad.

En este aspecto coincido con el Profesor POLAINO NAVARRETE en la obra citada por cuanto: “La finalidad, en los delitos intencionales mutilados de dos actos, trasciende del ámbito del dolo. Donde termina el objeto del dolo (conciencia y voluntad de acción básica) comienza el elemento subjetivo del injusto (fin ulterior trascendente del ámbito del dolo)”.

Cabe aclarar que ambos conceptos, (dolo y elemento subjetivo del injusto) si bien comulgan en la naturaleza psicológica, tienen cada uno de ellos su propio contenido dogmático siendo conceptos diversos.

De soslayo, recuérdese con el Profesor POLAINO¹⁴¹ que *“a la teoría de los elementos subjetivos del injusto debe –pues- atribuirse gran parte del logro de concebir el delito no como un acto o hecho irracional, mecánico o puramente aséptico, impersonalizado o meramente objetivo, sino como una acción humana, una acción de una ser racional, esto es, una conducta dependiente de la voluntad humana, con las connotaciones y consecuencias que ello trae desde el punto de vista de la psicología humana...”*

A esta teoría, el Profesor Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI ha dado en llamar elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, o elementos subjetivos distintos del dolo que dividió en delitos de tendencia interna excesiva o trascendente y elementos de tendencia interna peculiar y a su vez, dentro de la primera clasificación en delitos de resultado separado y delitos incompletos de dos actos.

¹⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 237.

Así, dice ZAFFARONI¹⁴² “Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden el puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esta realización”.

Señala el autor citado que, luego de una larga discusión acerca de su existencia que a la fecha ha sido superada, la contienda se centra en sus límites con relación a la culpabilidad. Luego, explica que ubica la pertenencia de dichos elementos al tipo y no al injusto aunque no considera que ello sea incorrecto por la tipicidad es una característica del injusto, mas prefiere la referencia al tipo a fin de eliminar toda confusión con los llamados elementos subjetivos de la justificación.

Tales elementos, introducidos en el derecho penal por Hegler y M.E Mayer fueron negados por algunos autores y escuelas y se los tachó de atentatorios contra el principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” y hoy sigue siendo una categoría oscura y que trae confusión en cuanto a sus límites, como ya se expresara respecto de la culpabilidad.

En definitiva para delimitar bien su campo, expresa ZAFFARONI¹⁴³ , que debe eliminarse del campo de los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo las referencias a la motivación que deben remitirse a la culpabilidad.

Dentro de este esquema, enseña ZAFFARONI¹⁴⁴, que “...en el ámbito del tipo, restan dos clases de elementos subjetivos extraños al dolo: (a) unos son claras *ultrafinalidades* , es decir tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo. Son los tipos que exigen un *para, con el fin de, con el propósito de, etc.* (B) Otros son los elementos del *ánimo*, o se actitudes o expectativas del agente que acompañan su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos: la alevosía sería incompatible con la víctima en plena capacidad de defensa...”

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Argentina, 2000, p. 517.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., págs. 517 y sig.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. cit., págs. 517 y sig.

Para epilogar este análisis, resulta esclarecedor la explicación del maestro citado, cuando para diferenciar estos límites a los que se refería en el sentido de que para distinguir entre los elementos del tipo y de la culpabilidad el criterio se funda en que los primeros siempre responden a un *a donde* y los segundos a un *de donde*; *ánimos y ultrafinalidades* son direcciones de la voluntad, *móviles y motivaciones* son causas de la voluntad.

Sobre la existencia de los elementos subjetivos del injusto a dicho el Profesor Dr. José CERESO MIR ¹⁴⁵ que es admitida desde hace ya tiempo por la opinión dominante en Alemania y España, clasificando a los delitos de intención en delitos de tendencia, y delitos de expresión, perteneciendo a los delitos de intención un determinado fin perseguido por el autor, clasificándolo también en delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado cortado siendo que en el caso del primero la consumación se produce cuando el autor realiza el primer acto, con el fin de llevar a cabo el segundo.

En los delitos mutilados de dos actos, como se decía, se representan tipos intencionales en los que una acción dolosa es realizada por el sujeto activo como medio ejecutivo del mismo para pretender alcanzar un fin subjetivo constituido por una ulterior actuación del propio autor.

El tipo de delito mutilado, de dos actos se consume con la práctica de la acción básica descrita en la norma, siempre que el acto sea ejecutado con la finalidad subjetiva exigida en el tipo, consistente en el propósito de realizar un ulterior comportamiento del propio autor.

La concreción del tipo y la perfecta consumación en los delitos de intención mutilados en dos actos es independiente de la ejecución o no de la conducta posterior la cual no se tiene en absoluto que producir y que, si se realiza y es de carácter delictivo, dará lugar a concurso de delitos.

¹⁴⁵ CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español, Parte general II, Teoría jurídica del delito*, Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 120 y sigs.

Para el Profesor POLAINO NAVARRETE¹⁴⁶ “La finalidad de vulnerar la intimidad de otro afecta la propio objeto de protección de la norma penal. La lesión del bien jurídico protegido resulta de la incidencia típica en su ámbito de elementos objetivos y subjetivos, que según la naturaleza de la acción y del objeto de tutela han de ser valorados por la ley...Los elementos subjetivos del injusto “para descubrir o para vulnerar, configuran un tipo intencional de resultado cortado. El autor realiza dolosamente un acto objetivo con la indicada finalidad específica que no es dependiente de un ulterior comportamiento del propio sujeto.” Es que a criterio del Maestro, la figura no exige indagación cognitiva ni práctica inquisitiva posteriores en el sujeto que se apodera de los documentos con la intención finalista específica del tipo penal.

A diferencia de lo antedicho, y conforme lo afirma el mismo POLAINO NAVARRETE, otros sector de la doctrina como COBO DEL ROSAL, entiende que la intención finalista de descubrir no se refiere en realidad, a una toma de conocimiento, a una recepción de datos de conocimiento ajenos a un acceso cognitivo de la esfera íntima ajena sino a una ulterior conducta positiva del propio sujeto, por lo que se sigue estando frente a un delito subjetivamente configurado de intención pero perteneciente a la categoría de delitos intencionales mutilados de dos actos. En el mismo sentido, se pronuncian CARBONELL MATEU, GONZALEZ CUSSAC, BARREIRO y MORALES PRAT entre otros.¹⁴⁷

Es que el fin de descubrir los secretos y el fin de vulnerar la intimidad de otro, sobre la base de la conducta objetiva de descubrimiento de datos de conocimiento o interceptación de comunicaciones, constituyen elementos subjetivos del injusto de índole alternativa entre sí, pero ambos de sentido intencional que son incorporados en la descripción típica del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 del Código Penal.

¹⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal español, Parte especial*, I, dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, Marcial Pons, Madrid, año 1996, págs. 399 y sig.

¹⁴⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZALEZ CUSSAC, José Luis, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia 1996, pág. 966; JORGE BARREIRO, Agustín, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la violación de domicilio*, pág. 569.

Ahora bien, para el caso del art.197.7 del Código Penal

“Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo en su mitad superior .si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

El ánimo por propósito o fin de lucro, provecho o beneficio, propio o ajeno (para sí o para tercero) es elemento finalista configurador de una veintena de delitos intencionales de resultado cortado, requieren una finalidad lucrativa y esa finalidad integra el elemento intencional requerido en la descripción del tipo de delito cualificado de descubrimiento y revelación de secretos en cualquiera de las modalidades contenidas en los apartados 1 a 6 del art.197, según prevé el citado artículo 197 .7 del C. Penal.

Otro importante grupo de supuestos integrantes de los delitos de resultado recortado exigen como elemento subjetivo del injusto que se concrete el “ánimus nocendi”, consistente en la intención o finalidad de causar un perjuicio o realizar una defraudación y entre ellos, se puede clasificar al ánimo de perjuicio que es requerido en el tipo de descubrimiento y revelación de secretos en su modalidad de apoderamiento utilización, modificación o, cuando la intención del perjuicio sea dirigida a tercero y en la hipótesis de acceso, alteración o utilización cuando la finalidad de perjuicio se refiera a tercero o al propio titular de los datos individuales reservados, según defectuosos términos descriptivos de la casuística resultación del art. 197.7. del C. Penal: *“Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo en su mitad superior .Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.*

En el caso del Código Penal Argentino, encontramos que el delito de violación de secretos previsto y reprimido por el art. 156 del Código Penal integra -en palabras del Profesor Doctor POLAINO NAVARRETE ¹⁴⁸ un tipo subjetivamente configurado de especial conocimiento pues exige en el autor la tenencia de una especial noticia, por razón

¹⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., p. 302.

de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin justa causa.

En palabras del mismo profesor POLAINO NAVARRETE, estos delitos de especial conocimiento del autor, exigen expresamente un especial momento psíquico consistente en un presupuesto de índole cognitiva del que se hace depender la antijuridicidad de la conducta.

Esa característica psíquica-cognitiva no requiere, expresa ni implícitamente, ningún elemento de orientación finalista ni factor tendencial de carácter motivacional, exigiendo un mero elemento subjetivo del injusto de naturaleza impropia.

CAPITULO V

SISTEMÁTICA LEGAL

1) Ubicación de los tipos penales de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos dentro del código penal español.

Dentro del título X bajo la denominación: “*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y al inviolabilidad de domicilio*” se sitúa en el Capítulo Primero “*Del descubrimiento y revelación de secretos*”, aglutinando diferentes tipos penales, que anteriormente -en el antiguo ordenamiento- se encontraban en diversos títulos, hallándose la revelación de secretos entre los delitos contra la libertad y al seguridad al igual que en la actualidad se halla en el derecho Penal Argentino bajo el título de los delitos contra la libertad.

Por caso, y asimismo la revelación de secretos e informaciones, podía hallarse entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y la interceptación de telecomunicaciones y las escuchas ilegales, en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.-

La unión en un sólo capítulo tanto de la revelación y descubrimiento de secretos cuando es cometido por particular como cuando lo es por un funcionario ha sido, sin dudas, un acierto legislativo de valía así como, tal los expresara anteriormente su ubicación entre los delitos contra la intimidad y no contra la libertad, toda vez que lo protegido como ya se ha visto es la esfera de reserva de la persona y a comunicarse libremente con otros atributos que son propios e inherentes a la personalidad, como derecho fundamental ante las injerencias externas.

Con esta sistemática utilizada por el legislador en el título X del libro II, se trata de reunir por primera vez en la historia codificadora de España todos los delitos contra la

intimidad, eliminando el caos y la confusión que ocasionaba que por caso, algunos delitos se hallaban entre los cometidos por funcionarios públicos obviamente en ejercicio de sus cargos, como lo son la revelación de secretos del cliente por parte de abogados o bien entre las faltas, como la divulgación maliciosa por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación, de hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, pueden producir perjuicios o graves disgustos a la familia que se refiera –art. 566 inc. 2º derogado por Ley Orgánica 3/1989 y justamente los de descubrimiento y revelación de secretos, antes arts. 497 a 499, entre los delitos contra la libertad.

Es que numerosos autores calificaban a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos como delitos pluriofensivos y en tal sentido, resulta esclarecedor un párrafo de Groizard citado por Leopoldo Olmo Fernández Delgado¹⁴⁹ en que resumiera las diversas concepciones de la doctrina imperante en aquellas épocas: “Los que han visto que en la mayor parte de los casos la publicación de secretos perjudica al crédito y buen nombre de la persona y de la familia, no han vacilado en clasificar esta clase de hechos entre las injurias y las calumnias. Los que han observado que casi siempre la sorpresa de los secretos no se alcanza sin el empleo de medios astutos e insidiosos han estimado que el fraude es el elemento esencial de su naturaleza. En la contemplación de los daños producidos a la propiedad, al comercio ya la industria, por cierta clase de revelaciones de secreto, han encontrado otros base para aspirar a justificar su inclusión entre los delitos contra la propiedad o al industria, y, por último, en la falta de respeto y consideración a la integridad moral del hombre, que siempre lleva consigo el dar a los vientos de la publicidad lo que el ofendido ha deseado que permanezca oculto, han encontrado otros una disminución de la libertad personal que les aconsejaba hablar de aquellos delitos dentro de la clave de los cometidos contra la libertad y seguridad de los particulares”

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo Olmo, *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del art. 197.1º del Código Penal*, Editorial Dykinson SL, 2009, p. 21. El autor cita a GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo V, Esteban Hermanos Impresores, Salamanca, 1983, págs. 718 y 719, agregando que el autor rechaza tales configuraciones y proclama que “el mero acto de descubrir los secretos de otro no ofrece objetividad bastante para la configuración de una determinada delincuencia....el descubrimiento de secretos, despojado de los medios que se ponen en práctica para averiguarlos y de los fines ulteriores que con el descubrimiento se quieren alcanzar, reducido a sus términos más elementos, no es ni un género ni una especie de delito”.

Tal semblanza pone en claro -o dicho de otra forma en blanco sobre negro- que el caos organizativo de estos delitos, ahora aglutinados bajo la misma rúbrica acertadamente de los delitos contra la intimidad, tenía su razón de ser, pues no es del todo descabellado pensar las diversas afectaciones a bienes jurídicos que en unos y otros casos podía darse, de tal suerte que debe tenerse siempre en cuenta que como toda disciplina ligada necesariamente a los social y al ritmo y variación de los parámetros sociales, lo que hoy daña a la intimidad, puede, en un futuro, variar de ubicación con relación a los bienes jurídicos que una sociedad determinada pretende defender en un determinado momento de su devenir histórico.

Como ya fuera tratado largamente en los inicios de la presente investigación al tratar el bien jurídico intimidad, el estado actual de las comunicaciones y el rápido devenir tecnológico de la mano de la informática ha ocasionado necesario acomodamiento de los sistemas protectores de la intimidad, con el objeto de evitar los ataques a la vida privada de los sujetos.

Por caso, a más de los que significa el amplio tráfico de correo privado y público por la vía del correo electrónico con amplio acceso en la actualidad de la población a un ordenador y la posibilidad de tomar ordenadores a disposición del público en cualquier sitio en el que se alquilen por horas o bien en cada propio ordenador portátil conectando el internet en cualquier sitio con conexión wifi.-

En definitiva, puede decirse que el núcleo de la tutela penal de la intimidad se halla en los artículos 197/201 del C.P, conforme el completo acuerdo doctrinal, aunque pueda afirmarse que existen otras figuras delictivas que aportan también a la protección de ese bien jurídico como lo serían las amenazas consistentes en revelar hechos referentes a la vida privada (art. 171.2 C.P.) la violación de la correspondencia privada prevista por el art. 535 C.P. Y la interceptación de las comunicaciones personales (art. 536 C.P.), o bien la figura prevista en el art. 442 C.P. a la que dedicaré algunos párrafos infra, mas no a las restantes figuras éstas que no serán motivo de análisis en el presente trabajo¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Artículo 171...2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y

Coincido con Francisco Ruiz Marco¹⁵¹ en cuanto a que la arquitectura del capítulo I del libro II del título X se ha ordenado partiendo del art. 197 en el que se describen tipos básicos y agravados atentatorios contra la intimidad, los arts. 198 y 199 contienen delitos especiales en razón de las características del sujeto activo por la autoridad o funcionario público y por las relaciones laborales y profesionales y el art. 200 presenta una discutible cláusula de ampliación del sujeto pasivo, extendiendo la protección dispensada a las personas jurídicas y finalmente, el art. 201 C.P. regula una condición de perseguibilidad otorgando expresa relevancia al perdón del ofendido en orden a la extinción de la acción penal y de la pena (art. 201.3 C.P).

puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de seis meses a dos años, si no lo consiguiera.

Artículo 442:

La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triple del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a 10 años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

Artículo 535:

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior, y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

Artículo 536:

La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

¹⁵¹ RUIS MARCO, Francisco, loc. cit.

Ahora bien, he de coincidir con el Dr. POLAINO NAVARRETE ¹⁵² cuando agudamente apunta la deficiencia que en el caso se da con la afectación a la imagen.

Dice el eminente Catedrático que: *“La determinación de los objetos de protección mencionados en la rúbrica legal del Título X adolece de imprecisiones conceptuales y valorativas. Si la inviolabilidad del domicilio se circunscribe al marco del allanamiento de morada, y la intimidad al ámbito del descubrimiento de revelación de secretos surgen diversos interrogantes respecto del enunciado de la rúbrica. ¿A qué tipos delictivos ha de anudarse el derecho a la propia imagen?, ¿queda la propia imagen personal afectada con al comisión del allanamiento de morada o con el descubrimiento de secretos, o acaso es incidida con los dos, o bien con ninguno de ellos? De ser así, ¿Por qué se incluye en la heterogénea y parcialmente superflua rúbrica de este Título? ¿no debió haberse relegado al marco típico de los delitos contra el honor, en cuanto dimensión emergente e inherente a la dignidad personal?”.-*

En efecto, ya tratado el tema conceptual y de contenido del derecho fundamental a la propia imagen consagrado a nivel constitucional, queda claro que hay una protección desde el ámbito civil el que ya fuera explicado con escisión clara también entre las distintas protecciones a los demás bienes fundamentales como los son el honor o bien la intimidad, pudiéndose dar en forma conjunta el ataque o bien individual y mereciendo diversas formas y tratamiento, pero cierto es que llegado el momentos de analizar la correspondiente protección penal, dado que el derecho se estatuye como bien jurídico protegido dentro del título X, no se halla la correspondiente construcción típica que identifique el tipo delictual que lo protege y su correspondiente conminación, llegando ala conclusión que dicho bien se halla indistintamente protegido en los tipos penales previstos que en forma prístina defienden el secreto de las telecomunicaciones o el derecho a la esfera propia del domicilio.

2) Análisis crítico.

¹⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español, Parte especial I*, cit., Marcial Pons, Madrid, 1996, página 396.

No hay, en efecto, un tipo penal que construya una hipótesis de hecho que permita distinguir claramente cuándo el legislador prevé una conminación penal frente a la afectación de la propia imagen.

Tal vacío no es propio de la técnica legislativa del ámbito penal, toda vez que el tipo penal es un tipo legal de garantía, que hace operativo el principio de legalidad, tornando tanto las protecciones a los derechos como la posibilidad de trasgresión en tipos concretos y acciones típicas que no admiten extensión ni analogías.

Es acertada la crítica efectuada por POLAINO NAVARRETE¹⁵³ cuando dice: “Tal simplificación temática no se ve acompañada, en cambio, por una sistemática estructuración ni por un adecuada sustantivación de las diversas figuras delictivas que en el Capítulo se incluyen, antes bien la inarmónica concentración operada, de manera un tanto irracional en el seno de un título legal heterogéneo, genera contradicciones que no son sólo metódicas, sino que revelan importantes deficiencias valorativas, expresadas en desigualdades punitivas y en lagunas de incriminación”

En definitiva, no tengo menos que admitir que la rúbrica legal adolece de los defectos conceptuales y valorativos ya apuntados y que, en cuanto a su técnica, puedo afirmar que la agrupación de los tipo penales resulta demasiado amplia y abrumadoramente enumerativa, toda vez que aglutina en forma seguida un alto número de supuestos, que dificulta tremendamente la labor de los destinatarios, ya sea de quienes deben aplicar la ley como es el caso de operadores jurídicos como jueces, defensores, fiscales o abogados en procuración del ejercicio liberal de la profesión o de la matrícula como se los llama, englobados en los operadores del derecho, y ni qué hablar del simple ciudadano, que debería saber claramente cuáles son las conductas incriminadas, cuando actualmente ese conocimiento deviene al común del individuo sumamente confuso.

¹⁵³ CARMONA SALGADO, Concepción / GONZÁLEZ RUS, Juan José / MORILLAS CUEVA, Lorenzo / POLAINO NAVARRETE, Miguel / PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Curso de Derecho penal español, Parte especial I*, dirigido por Manuel COBO DEL ROSAL, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 396.

Por último no puedo menos que coincidir con Fernández –Delgado ¹⁵⁴ cuando a las numerosos calificativos que la doctrina dedicara al artículo 197 por maestros de la talla de Morales Prats, Muñoz Conde , Serrano Gómez o Polaino Navarrete, agrega que “Pareciera como si el legislador hubiera sentido una especie de “horror vacui” ante la posibilidad de que alguna conducta actual o futura pudiera transgredir el derecho a la intimidad y no apareciera prevista en la norma.

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo, ob. cit., pág. 69.

CAPÍTULO VI.

I- DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS

EL TIPO DEL ART. 197. 1 .-

“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación...será castigado con las penas de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”

1) Consideraciones generales.

Se trata de un tipo penal que protege el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art.18.1 CE, superando la idea tradicional de libertad negativa¹⁵⁵.

Conforme adocenta Joan J. QUERALT JIMÉNEZ¹⁵⁶ “Se trata del primero de una serie de delitos que tiene como común denominador la protección de la intimidad de las personas, incluida cuando ella sea ontológicamente posible, las jurídicas”.

¹⁵⁵ Se materializa el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, art. 497. La sentencia 694/2003 de 20 de julio (La Ley 2776/2003) recoge la doctrina de la Sala Segunda y afirma que en ese precepto se contempla el tipo básico de descubrimiento y revelación de secretos que tutela el derecho fundamental a la integridad personal.

¹⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español, Parte especial*, Sexta Edición, Atelier, pág. 292.

También este autor coincide con la actual postura referente a que la intimidad tiene más alcance que el secreto mismo, dando ejemplos referidos al estado de ánimo de una persona o a padecimiento de enfermedades, ambas circunstancias así como todas otras de tal naturaleza que no tienen por qué salir de las esfera íntima del sujeto portador.

Se trata, entonces de la primera conducta que ya en el mencionado Código penal de 1848 el legislador tuvo en cuenta para tipificar los hechos contra la intimidad personal referidas a los secretos plasmados en objetos materiales.

Así PACHECO¹⁵⁷ “Quien publica lo que ha sabido legítimamente, podrá ser indelicado, pero no es criminal: lo penará la opinión, mas no lo pena la ley, como no cometa injuria, calumnia u otro delito”.

El tipo penal, denominado “Secretos documentales”, es muy amplio, en cuanto protege una extensa gama de soportes que contengan secretos de una persona¹⁵⁸.

a. El secreto

Pero corresponde definir aunque más no sea someramente qué habrá de entenderse por “secreto” o cuáles son sus aristas de importancia, toda vez que es el objeto por excelencia al que habrá de referenciarse en todos los tipos delictivos de la normativa que es el objeto del presente estudio.

Así, en nuestro idioma es perfectamente lícito decir: «te cuento un secreto» (te transmito una información) o «supe del secreto» (conocí esa información oculta). Aquí secreto es una «información». Otras veces, por ejemplo cuando la voz va precedida por un posesivo (v. gr. «mi secreto»), se hace alusión, en cambio, a la quinta definición transcrita.

¹⁵⁷ PACHECO. *El Código Penal. Concordado y comentado*, Imprenta y fundición Manuel Tello, T. III, 1988, pág. 276.

¹⁵⁸ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAILLO, Alfonso / SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Curso de Derecho penal, Parte especial*, UNED, Dykinson, Madrid, 2012, págs. 187 y sig.

Entonces secreto es un «conocimiento», una posesión exclusiva de información; pasando la información a ser el objeto material del conocimiento.

Asimismo, resulta que la información debe ser poseída por alguien, o sea que ese alguien tiene que tener conocimiento de la información aunque ello no requiere una comprensión cabal de esa información, debe al menos tener la posesión formal o material de la información

En el concepto de lo reservado u oculto, la información es el objeto material del secreto ya que sin la información el secreto estaría vacío de contenido, siendo que ese contenido puede tener diversa naturaleza, que puede consistir en datos, listas, manuales de fabricación dato financieros cuentas bancarias y obviamente datos familiares o bien de salud de una persona siendo de una gran amplitud.

La característica de oculta de la información, hace que el secreto tenga la característica de ser poseído por unos pocos, implica cierta exclusividad o bien que dicha información que hace al secreto no sea de libre o de sencillo acceso, por el contrario si la información puede adquirirse con cierta facilidad o bien si es notoria o circula en canales libre, entonces no llena el requisito de considerarse secreto.

Pero qué se entiende con el principio de generalidad del mensaje. El principio tiene acogida fundamentalmente en el ámbito público, donde se reputa categóricamente pública la información, salvo disposición contraria. La situación es distinta en el campo privado. Por regla general, lo privado es privado, y solamente en contados casos puede publicarse o difundirse, en razón de la futilidad de la información, de la autorización del titular o de la trascendencia social de la noticia.

Siguiendo el mismo texto del diccionario de la Real Academia Española diré que secreto es «lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto». Por ello, quien lo posee debe mantenerlo oculto, debe cuidar que se mantenga en esa forma. De ello dependerá, del cuidado que se ponga en el ocultamiento, saber si existe secreto con todos sus alcances o no, esta circunstancia debe quedar probada pues si hay dudas acerca de ello le cabrá la duda a toda la aplicación del precepto, según los postulados y principio del derecho penal que la

duda favorece al encausado. Es el caso de las noticias rebeldas pro el periodismo ya sea en medios televisivos o radiales cuando provenga de una entrevista al aire

Puede haber más de un poseedor del secreto, pero, claro está si es demasiado generalizado ya perderá la naturaleza de tal y entonces ya no hay obligación de guardarlo y ya no incurre en delito quien lo rebela, que es cuando una información se convierte en pública, desaparece la obligación de reservarla, salvo en el caso de datos sensibles

Ahora bien, saliendo de los conceptos comunes del término secreto, corresponde abordar el tópico de su naturaleza jurídica. La respuesta no resulta fácil ya que por un lado es un derecho pero en algunos casos puede constituir una obligación, como en el caso de los profesionales de la salud o de los periodistas.

Ya se verá, que la que en la práctica el secreto profesional suele tener tratamiento de derecho, pero en algunos casos es una obligación, que en los profesionales médicos, psicólogos, etc. lo es para con el paciente y en el caso del periodista respecto de la fuente de información a la que por un lado tiene derecho de reserva y por otro obligación para con quien le transmitió la información.

En ese sentido, DESANTES GUANTER¹⁵⁹ concibe al secreto de forma bipartita como un derecho-deber, aunque ello es también discutido desde que ofrece varias objeciones que no es el caso tratar en este trabajo de investigación doctoral.-

Recrean asimismo VIVES ANTON, ORTS BERENGUER, CARBNELL MATEU, GONZALEZ CUSSAC Y MARTÍNEZ BUJÁN PEREZ¹⁶⁰ citando Bajo Fernández, que, por secreto “ha de entenderse el conocimiento reservado a un número limitado de personas y oculto a otras. No ha de confundirse el concepto vulgar de secreto, con la relevancia

¹⁵⁹ DESANTES GUANTER, José María / BEL MALLEEN, Ignacio / CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto / COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar / GARCÍA SANZ, Rosa María, *Derecho de la información*, t. II, Colex, Madrid, 1994.

¹⁶⁰ VIVES ANTON, Tomás / ORTS BERENGUER, Enrique / CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, Tirant Lo Blanch Editores, Valencia, 2004, págs. 321 y sig.

jurídico-penal del mismo en relación al bien jurídico protegido: la intimidad; Secreto, pues será todo conocimiento reservado, que el sujeto pasivo no quiera que conozca. Tampoco debe confundirse el secreto con el objeto que lo materializa.

Es claro que estos autores dan un concepto finalmente subjetivo de lo que habrá de considerarse secreto, pues la clasificación de tal de un dato personal, la establece el titular de ese dato personal, de forma tal que será secreto si considera que debe quedar reservado a la esfera de su intimidad, todo lo que implica que no puede haber un calificación “a priori” de qué debe o no entenderse por secreto, sin perjuicio de la existencia ya reconocida (véase el tratamiento de la LO 15/19899, de datos sensibles, que el Estado tiene interés en que sean reconocidos como reservados específicamente y por ello protegidos.

Por otra parte, para que un secreto pueda ser objeto de amparo, es indispensable que el mismo sea de carácter lícito; en efecto, si la información es de aquellas que entraña datos referidos a un hecho delictivo, entonces la situación se pone compleja, pues a mi entender no puede valerse un sujeto de la protección que el estado da a través de su poder punitivo para hacer valer ese derecho que vulnera la paz social.

Este asunto se pone sumamente complejo, porque por un lado, no puede concebirse que el Estado avance sobre la vulneración de la intimidad para desentrañar los secretos de alguien, dado que dicho secreto entraña una información nociva para la sociedad y valerse de la transgresión, pero por otro, resulta moralmente intolerable que los secretos referidos a hechos delictivos gocen de la protección estatal.

Ya volveré sobre el particular al tratar un caso que personalmente he sentenciado en circunstancia de encontrarme ejerciendo como juez de Cámara de la Cámara en lo criminal de Puerto Madryn, República Argentina.

Resulta necesario asimismo que existan las siguientes condiciones:

- a) los elementos propios de lo que se ha de poseer (el secreto como información);
- b) un “ánimus” (secreto como posesión); y,

c) un legítimo, serio, actual o potencial interés. Todo legítimo poseedor tiene derecho a que no se viole su posesión, y a mantener la posesión en el mismo estado, al menos mientras no aparezca alguien con mejor derecho.

Es serio quien no mantiene el secreto sólo con un ánimo de juego

Es legítimo, cuando su titular o el poseedor tiene derecho a guardarlo, como ya adelanté no tiene derecho a reservarse un secreto por más seriedad que rodee el caso, quien tiene una información que pudiera causar un mal a terceros

Si el interés legítimo es actual o potencial y serio debe merecer que el Estado deba custodiarlo y protegerlo mediante normas que prevean sanciones conminatorias a sus posibles formas de violación.

Si bien cada secreto tendría un fundamento distinto, los mismos guardan elementos comunes y responderían a un principio denominado de excepcionalidad; pero no implica que la totalidad de los seres humanos piensen y conozcan lo mismo; sino que cada uno pueda servirse de lo que le conviene, y no dañe a otro. Luego, una persona puede poseer una idea de la que no participen los demás.

Ya he expresado, que la noción de qué habrá de considerarse secreto y qué no, de lo que se derivará su necesidad de protección o no, depende en mucho de la subjetividad que implica un sinnúmero de posibilidades según la persona en sí misma, la sociedad en la que se halla inmersa, el tiempo cronológico, las circunstancias, etc.

Por esto, entre otras razones, el principio que gobierna al mensaje es un principio de generalidad, no de universalidad, como bien lo ha apuntado la escuela de Desantes Guanter ya citado.

Siendo que el derecho de la intimidad era un derecho a ser dejado en paz, ciertamente existe un derecho a que terceros no se inmiscuyan en nuestra vida, en nuestra información, sin nuestra autorización, siempre claro está en todo aquello que nos interesa reservar para nosotros mismos.

Puede ocurrir que el titular o poseedor del secreto sea el poseedor exclusivo de la información oculta, en el sentido de que nadie más la tenga en cuyo caso el derecho es “erga omnes”, y otra posibilidad es la de que el poseedor hubiera transmitido la información a otras personas, mientras, claro está, no la haya generalizado excesivamente, en cuyo caso, es oponible a cierta cantidad de personas-.

Por último diré que este derecho tiene fundamento en el derecho a la privacidad, que a su vez implica, la necesidad de proteger el derecho a desarrollar libremente la personalidad, el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad familiar; el derecho a la libertad de empresa, el derecho a la libertad de opinión y de expresión; el derecho a la comunicación, el derecho a guardar reserva sobre sus convicciones políticas y religiosas, e incluso con los derechos a la propiedad intelectual, entre otros.

Todos gozamos de estos derechos fundamentales y estamos facultados a ejercerlos tanto positiva como negativamente, como en el caso del «derecho al olvido». Por ello, cuando se viola un secreto muchos de estos derechos resultan vulnerados y se ocasiona un verdadero daño en el más auténtico sentido jurídico.

El tipo de interés protegido en cada secreto repercute directamente en la valoración de la deshonestidad de quien viola el secreto, y, consecuentemente, en la gradación de la sanción. Así, la revelación de secretos de Estado, que busca proteger la paz nacional, merece una mayor sanción que la prevista para la violación de secretos de fábrica, que tiene por fin la custodia de la competencia.

La obligación de guardar secreto en los casos en que ello opera, encuentra su origen en una obligación moral, o ética de todo aquel individuo que viva en una sociedad civilizada. Sin embargo, siendo que forma parte de la intimidad del sujeto de esa sociedad, merece como bien jurídico una protección del Estado ante ataques y es por ello que ha sido sancionada su violación por el legislador, cuando alguien se entromete y accede al secreto de otro o bien cuando el otro se lo transmite con obligación de guardar silencio y éste rebela el secreto sin autorización de su titular, como es el caso del secreto profesional.

En definitiva, la obligación general de secreto consiste en la obligación de no acceder a la información oculta de los demás, sin su autorización o anuencia, pues ya veremos, es condición para su punibilidad, la inexistencia de consentimiento, ya que como se estudiará, es este un elemento normativo del tipo penal en trato.

La normativa en estudio protege a una amplia gama de derecho, pues si bien el bien jurídico protegido es genéricamente la intimidad, esta imputa los siguiente derechos: como lo son:

- El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad,
- El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción
- El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión
- El derecho a no ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
- La gama de derechos intelectuales

En cuanto a la obligación referida al secreto empresarial, está muy en boga la conflictividad relacionada con los convenios de confidencialidad, de lo que luego se hablará someramente infra, ya que se considera desleal el acceso no autorizado al secreto empresarial, mas no el que cuenta con la anuencia del titular.

Las condiciones de uso o acceso a esta información las fija el titular de la información: él tiene la potestad de permitir el acceso y uso, él determina discrecionalmente si la información podrá ser conocida y cuáles son las condiciones de la reserva, juntamente dentro el contexto de esos convenios de confidencialidad.

Quien tiene derecho al secreto, es en principio la misma fuente del secreto y esto se ve claramente en el caso del secreto bancario, empresarial o comercial en el que puede ejercer las acciones correspondientes.

En tal sentido, la fuente tiene un derecho personal oponible a todos los demás sujetos, existiendo la teoría que en el caso del secreto confiado al periodista, se ha entendido que existe un caso de subrogación de derechos y por ello, el mismo periodista tiene derecho al secreto de la fuente, todo lo que también constituye un tema sumamente conflictivo, al tiempo de verificar la veracidad de los dichos de un experto en comunicación social, si los datos por él aportados aludieran a un ilícito, ya sea cometido o por cometerse.

En cuanto a esto último, bien es sabida la conflictiva existente entre los periodistas y los investigadores policiales o bien los operadores de la justicia de investigación como los fiscales.

En efecto, no son pacíficas ni la doctrina ni la jurisprudencia al tiempo de establecer la validez de un dato aportado en forma periodística, toda vez que generalmente el aportador se reserva la fuente, y tiene derecho a ello. Se ha coincidido, sí que puede servir el dato como inicio de investigación, pero si el dato no se pudo comprobar por otros medios, o bien tendrá que revelarse la fuente o no servirá en juicio.

Ahora bien, frente a un dato de importancia para la seguridad pública, se ha tomado ese conocimiento y se han iniciado tareas investigativas que, toman relevancia cuando los extremos denunciados son constatados y probados conforme las reglas procesales.

Este tema ha traído también conflictiva a través de la validación de las diligencias efectuadas por el llamado agente provocador, que se constituye cuando, frente a un dato aportado sin fuente o prueba sobre la comisión de un hecho ilícito en curso de acción o por producirse, se constituye un agente con el objeto de provocar la acción delictiva. Este es un tema arduo y que ha merecido su desaprobación

Idéntica actitud y análisis cabe en el caso de todo aquel custodio de la información ajena (médicos, abogados, contadores, etc.) que cumple con su obligación de callar. Por ello todo aquel que acceda a informaciones “sub condition”, está obligado a callar y tiene derecho también a callar.-

Existen supuestos en que la subrogación, cuando el secreto es tal que de no ser revelado causaría un mal grave e inminente, cede ante este bien superior. Por caso, no hay derecho al secreto y volviendo al caso del periodista, si éste se entera de la existencia de la colocación de una bomba. Aquí no hay derecho ni al secreto del dato ni a la reserva de la fuente.

En del derecho de la competencia hay quienes obtienen ilegítimamente el secreto y aquellos que aún habiendo obtenido legítimamente, no lo han reservado.

En estos casos todo aquel que acceda a un secreto sea como sea, debe guardarse de revelarlo y ello, como ya adelanté, está muy relacionado con los actuales convenios de confidencialidad que las empresas hacen firmar a sus empleados.-

El periodista al que se le confía un secreto, el empleado, que conoce los secretos de su empresa etc., se halla obligado a mantenerlo en reserva, y sólo utilizarlo para los fines determinados por el titular.

Asimismo, en el caso de acceso o lícita a la información confidencial, ya con el acceso nos encontramos en la figura típica que se estudiará.

Sin embargo, y no obtente lo ya dicho, debe aclararse que en el caso del secreto periodístico, la fuente generalmente entrega información bajo el entendido de que se hará pública; cuando pide que sólo se guarde su identidad, entonces la obligación de secreto no versa sobre la información entregada por la fuente (sobre la que no pesa ninguna condición), sino solo sobre la información relativa a la identidad de la fuente.

Así, siendo que la definición ya esbozada de Bajo Fernández, el secreto es “el conocimiento reservado a un número limitado de personas y oculto otras”. La correspondencia, los papeles privados y los secretos son elementos esenciales pertenecientes al ámbito de reserva del individuo

Será entonces y en definitiva, todo aquel conocimiento reservado que el descubridor no conozca aún.

b. La intimidad.

En cuanto a la misma, no ampliaré aún más sobre este concepto, ya que si bien se menciona en el comienzo de la disposición y es una noción general de interés cuya vulneración, como objeto final, al igual que el descubrimiento del secreto, abarcará a todas las acciones que luego se desarrollarán, se trata del bien jurídico protegido de todo este libro II del C. Penal y ya ha sido suficientemente tratado “ut supra”, consideraciones a las que he de remitirme en aras a la brevedad.

Adiciono simplemente que siendo que la intimidad es un bien jurídico que tiene rango constitucional, resulta esclarecedor decir que según FERRERO HIDALGO Y RAMOS REGO¹⁶¹ “Tampoco el Tribunal constitucional, ha sido capaz de precisar el concepto de intimidad, y así,, en la STC 57/1994 del 28 de febrero, dice que:

“El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 reconoce. La intimidad personal, constitucionalmente garantizada, entraña la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de la cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana”

2) Análisis técnico del tipo penal del art. 197. 1

Puede decirse en general que este apartado o inciso primero puede ser dividido en dos partes o en tres, según los distintos autores. En mi caso prefiero abordarlo en tres partes.

2.1- Secretos documentales.

a) Objeto material.

¹⁶¹ FERRERO HIDALGO, F. / RAMOS REGO, M. A., *Delito de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 577.

En cuanto al objeto material, lo constituyen los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales, debiendo entenderse por documento todo material apto para contener o expresar los indicados datos (art. 26 C.P.)¹⁶².

Con relación a los efectos personales, estos pueden ser de la más variada naturaleza, mientras revelen, plasmen o de los que se induzcan datos relativos a la intimidad personal o familiar, como pueden serlo ropas, en especial ropa interior, u objetos de significación como que tradujeran la existencia de enfermedades, fotografías, etc. Por documento ha de entenderse todo soporte o material apto para contener o expresar los indicados datos y en este rubro puede ingresar más específicamente la fotografía o la filmación, que, dicho sea de paso, en juicio penal son considerados prueba documental

Se entiende por carta, a toda comunicación cerrada, dirigida a un destinatario concreto, determinado y existente, de carácter personal, con comunicación de ideas, sentimientos, propósitos o noticias.

Asimismo, se entiende por papel, interpretándolo en sentido amplio, cualquier trozo de ese material, sin ningún especial requisito de que esté cerrado o tenga carácter documental alguno, y el agregado que se hace ahora de los correos electrónicos en la especie de mensajes del correo, constituyendo cláusula residual a todos estos, todo soporte u objeto que contenga secretos o datos íntimos.

No debe confundirse el objeto material con su contenido, esto es muy común en el caso del disco compacto y los datos o imagen que plasma o manifiesta la intimidad

Por otra parte debe tratarse de un dato reservado, es decir no conocido por terceros, en tal sentido , según POLAINO NAVARRETE¹⁶³ el secreto expresa algo que sólo es conocido por su titular o por quien él determine y que además versa sobre el contenido susceptible de conocimiento por parte de los demás, con total independencia de si el mismo

¹⁶² *Artículo 26 del Código Penal*: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

¹⁶³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 399.

es valioso o no, relevante o intrascendente, positivo o negativo, sustantivo o vacuo, íntimo y reservado o no, pues la barrera de lo privado y secreto es subjetiva y la establece el legítimo titular del soporte material en que aquél se asienta.

Estoy en un todo de acuerdo con esta postura, contraria a la del Profesor Muñoz Conde, toda vez que cierto es que lo que podría parecer para una persona inocuo en cuanto información puede no serlo para otra. Establecer un cortapisa en este sentido provocaría no pocas injusticias.

Volviendo al tipo penal en su integralidad, en cuanto a la estructura del mismo, ha dicho Leopoldo Olmo FERNÁNDEZ- DELGADO ¹⁶⁴ “La estructura del precepto parte de unos presupuestos típicos determinantes para que aparezca si el delito en cuestión; aquí no se castiga cualquier descubrimiento de secretos o vulneración de la intimidad, cometido por particulares, sino sólo aquel en el que ha mediado un previo apoderamiento documental o de efectos personales, interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos...”

Dice además, que la técnica legislativa utilizada es bastante más acertada que la usada en la redacción del artículo 497 del anterior Código penal. En éste, la norma desdobra primero el tipo agravado “el que para descubrir los secretos de otro se apodere de sus papeles o cartas y divulgare aquellos, para después, en el párrafo siguiente, hacer lo propio con el básico “si no los divulgare...”.

Nótese que en la redacción del tipo penal en estudio, la agravación por la divulgación, revelación o cesión a terceros, aparece luego en otro párrafo, -específicamente el 4º- para todos los casos referidos a datos o hechos descubiertos o imágenes captadas en los párrafos anteriores

Señala el autor citado que en su crítica al antiguo artículo 497, referenciando palabras de Morales Prats, quien se señalaba que la técnica empleada era, cuando menos, peculiar,

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo Olmo, *El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones*, Estudio del art. 197.1º del CP, editorial Dykinson SL, Madrid, 2009, págs. 79 y sig.

aludiendo a una deficiente técnica legislativa, ya que los elementos se describían en la agravación y no en tipo base, todo lo que llevaba irremediabilmente a provocar ciertas confusiones ya que cierto es que la figura privilegiada pasaba a ser el párrafo segundo, siendo que conforme Cuello Calón la no divulgación era causa de atenuación de la pena.

Siguiendo la postura de FERNÁNDEZ-DELGADO¹⁶⁵, el párrafo 1ro del art. 197 actual que me encuentro en vías de analizar, se configura como un tipo compuesto, y, dentro de éstos, como lo que se ha denominado *tipo mixto alternativo*, pues la ley prevé distintas acciones, las de apoderamiento, interceptación y utilización, abarcadas por la misma conminación penal.

Dice respecto de la acción QUERALT JIMÉNEZ¹⁶⁶ que “Por un lado, el objeto que se protege, es la intimidad, consistente en secretos o datos o hechos reservados de una persona que por su propia naturaleza no formen parte de lo que es normalmente conocido por terceros o el público en general. Se excluye del concepto de secreto lo que es público. Si lo que se pretende divulgar no es un secreto, sino algo conocido, no nace el delito.

La primera conducta descrita, es, entonces la más elemental, tratándose de una conducta de apoderamiento, advirtiéndose que la intención de la norma parece estar dirigida a proteger la intimidad, ya que actualmente ha proliferado el uso de instrumentos tecnológicos, cada día más eficientes, que facilitan el ataque a dicha intimidad.

Ya se vislumbra, en el tratamiento de este tópico (apoderamiento) el problema central de la figura, cuanto es el alcance del término, desde que siguiendo los postulados de legalidad máxima taxatividad y prohibición de analogía, la interpretación de los alcance de dicho vocablo marcará la existencia de conductas abarcadas o no por la norma, sobre todo teniendo en cuenta el ya tratado tema de la aprehensión de información por vía electrónica informática.-

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo Olmo, ob. cit., pág. 72.

¹⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ¹⁶⁶ ob. cit., pág. 293.

Como bien lo apunta FERNÁNDEZ DELGADO¹⁶⁷, “la referencia al uso de instrumentos de toma sonora constituye un indiscutible límite a la tutela de la intimidad contra muchos otros comportamientos, habitualmente fraudulentos, que no se valgan de los instrumentos ofrecidos por la moderna tecnología y que utilicen los normales recursos del hombre, como la conducta consistente en la simple audición tras una puerta o escondido en algún lugar”.

Asimismo, se ha dicho con razón que este tipo, además, puede definirse como *delito con instrumento limitado* ya que para la realización del tipo se requiere el empleo de determinados medios, en este caso de carácter técnico.

Ya de la misma descripción de la conducta se deduce fácilmente en este apartado que la norma ha sido concebida bajo el criterio finalista. Se trata de una acción final cuando las acciones tipificadas se realizan “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad”.

Es así que el elemento subjetivo del injusto, al que luego de me dedicaré con mayor precisión, anuncia al definirse claramente en el imperativo normativo, la orientación de las acciones tanto se de apoderarse, interceptar o utilizar, con el objeto final de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad. Resulta interesante la postura de MAURACH cuando dice que se la puede aplicar el calificativo de “estructuralmente incongruente”, pues la norma extiende el tipo subjetivo más allá del objetivo¹⁶⁸.

Concluyendo un análisis preliminar del tipo delictivo que se trata en este apartado corresponde apuntar que también campea un elemento normativo (“sin su Consentimiento”), el cual, conforme lo ha dicho el profesor POLAINO NAVARRETE¹⁶⁹ que la exigencia típica representada por la ausencia de consentimiento, que también es requerida en el art. 197.2 (ya veremos) en este último caso “ausencia de autorización” resulta un elemento del tipo innecesario ya que por su naturaleza individual, el bien jurídico protegido tiene plena relevancia el otorgamiento de la ausencia por parte del

¹⁶⁷ FERNANDEZ DELGADO, ob. cit., págs. 80 y sig.

¹⁶⁸ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pág. 274.

¹⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español, Parte especial*, I, dirigido por M. COBO DEL ROSAL, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 402.

ofendido.-

Asimismo, y sobre el tópico , específicamente respecto del consentimiento, dice Queralt Jiménez ¹⁷⁰ “...un secreto no deja de serlo por el hecho de que la persona afectada lo transmita a otra bajo tal calificación. No creo que ello confiera a la recipiendaria y nueva conocedora de la situación capacidad para transmitirlo impunemente. Es decir, el divulgar en círculo restringidos, a voluntad del interesado, un secreto suyo, no autoriza a su vez a la divulgación. Pero sin embargo tal divulgación es impune, por protegerse únicamente el secreto documental. Cabe, como ya es habitual, la protección civil. Ahora bien, si el secreto ya ha sido tan divulgado por el interesado que se ha convertido en un secreto a voces, ni siquiera habrá dicha protección

b. Acción típica

Se ha dicho que dos son las conductas tipificadas en el tipo básico: el apoderamiento para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro y la interceptación de las comunicaciones, para esos mismo fines. También se los ha dividido en tres, las dos mencionadas y la utilización de artificios técnicos.

En el primer caso (acción de apoderar), que es la que me ocupa en primer momento, en pocas palabras, el núcleo del tipo o verbo típico se llena con el acto de apoderarse de los documentos o bien cualquiera de los objetos o soportes materiales del secreto, siempre que sean ajenos, con la doble intención final que alternativamente prevé la ley .

El agente se apodera del secreto para descubrir sin que se exija que posteriormente se divulgue tal secreto. El apoderamiento es para descubrir y así se consuma el delito con la aprehensión ilícita, así como también la retención de lo recibido por error.¹⁷¹ Claro está que para ser punible la conducta, deberá ser una retención que bien pudo ingresar por error, pero que se conserve el secreto con intención final, en principio de retenerlo y también con la finalidad trascendente a ese dolo de retención, de descubrir, ya se verá.

¹⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., p. 297.

¹⁷¹ VIVES ANTON, Tomás, *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 320.

Es en ese punto, en que se consuma el ilícito y por lo tanto satisfacen la acción tanto la aprehensión u obtención ilícita, como la retención.

Se trata del tipo básico toda vez que si luego ese secreto se divulgara encuadraría en el tipo agravado del párrafo cuarto.

Por su parte, postura con la que me hallo de acuerdo, siguiendo a FERNÁNDEZ DELGADO¹⁷², pues si bien la mayoría de la doctrina divide a las conductas en dos, las conductas típicas serían, en cambio tres, es decir las siguientes:

- Apoderamiento
- Interceptación
- Utilización

Pero iniciando el análisis de la primera de ellas, más precisamente, se ha dicho que la conducta típica descrita consiste en el apoderamiento de los documentos o efectos personales con la finalidad de vulnerar la intimidad. Se trata de un apoderamiento en sentido físico (coger las carta íntima) aunque también cabe el apoderamiento en sentido cognitivo (leer la pantalla del ordenador privado); siendo que como bien expresa Ruiz Marco se trata de un descubrimiento por acceso intelectual y se produce una especie de “traslación posesoria cognitiva”. Esta postura es rechazada por MUÑOZ CONDE¹⁷³.

La exigencia del apoderamiento en sentido físico, ha quedado desactualizada, teniendo en cuenta los actuales adelantos tecnológicos que permiten a una persona acceder a información sin hacerse del soporte material y sin desplazamiento físico alguno.

Limitar el concepto de apoderamiento al físico o material implicaría dejar impunes las conductas que el legislador al reformar este tipo penal ha querido abarcar, toda vez que en pos del respeto al orden taxativo y la prohibición de analogía entre tipos penales,

¹⁷² FERNÁNDEZ DELGADO, ob. cit., pág. 73.

¹⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit., págs. 218/219: “El apoderamiento es tan fundamental que si se pueden conocer los secretos documentales de otro sin llegar a apoderarse de sus papeles no existe este delito o, por lo menos este tipo delictivo en concreto”.

existirían conductas frecuentes que no podrían ser re encausadas por ningún otro inciso de este artículo, se produciría, en definitiva una laguna de punibilidad

En ese orden de ideas, se ha dicho que el apoderamiento previsto en el artículo 197 C.P. 1995 no puede considerarse estrictamente como apoderamiento físico de los documentos, sino que basta con su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo se haga de cualquier forma técnica que permita la reproducción posterior del contenido.

Esta conceptualización vuelve nuevamente al apoderamiento físico olvidando que actualmente no se requiere más que la aprehensión virtual.

Se trata del tipo básico del delito de apoderamiento documental para descubrir secretos ajenos y de esa forma afectar la intimidad de otro. Si bien, como lo expresa el Maestro Dr. POLAINO NAVARRETE¹⁷⁴, el núcleo típico es “*apoderarse*” encuentro que el artículo menciona otras conductas a manera de ejemplo, relacionadas en todo caso con el objeto al que se dirigen.

Nótese que cuando se menciona apoderamiento, se refiere a objetos documentales como papeles, cartas o efectos personales; estas son cosas tangibles, susceptibles de apropiación por aprehensión, pero el problema comienza y no termina de definirse, con el apoderamiento de un correo electrónico.

En cuanto a este tipo de comunicación, caben muchas preguntas que admiten a su vez innumerables respuestas.

En efecto, ¿qué habrá de entenderse por apoderamiento del correo electrónico?, cuando éste es una realidad sólo virtual, salvo que se hubiere procedido a darle una impresión en papel. ¿Bastará, por caso, para configurar el apoderamiento con ingresar en la casilla de correos de su titular y hacerse intelectualmente del contenido de dicho correo (carta electrónica)?

¹⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español*, ob. cit., págs. 397 y sig.

La respuesta puede ofrecer distintas dificultades. Por ejemplo habría que preguntarse si con ello, al mismo tiempo se desapodera a su titular de dicho correo electrónico, y la respuesta es negativa, salvo que quien adquiere el contenido, a su vez también lo borre y de esa forma adquiriera tal contenido para sí al tiempo que desapodera al titular. En este caso podríamos encontrarnos ante la tipificación del supuesto, siempre y cuando se considerara que, basta con la aprehensión intelectual.

Pero también cabe admitir, que ya se daña el bien jurídico protegido con la aprehensión (apoderamiento intelectual) del contenido, sin necesidad de desapoderar a su titular, toda vez que al no ser un objeto material, bien puede ser aprehendido por varias personas a la vez o bien, puede ser impreso en cuantas copias se quisiera. Asimismo cabe la posibilidad de ingresar en la casilla de correos de otro, siempre sin su autorización o sin derecho a ello, y re direccionar la comunicación bien a la propia casilla del sujeto activo como a la de terceros.

Luego, el mismo tipo penal define otro accionar y es el caso de quien “*intercepte*”, claro está, pues está dirigido a otro soporte capaz de contener información, pero que no puede ser aprehendido, cual es las telecomunicaciones y por último “*utilice*” dirigido a artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación etc. , de ahí la clasificación ya esbozada por Fernández Delgado, acciones o conductas más precisamente que abordaré por separado.

Cada una de las acciones típicas esta directamente relacionada con un elemento soporte de información al que se dirige.

Por ello, entiendo que el código ha sido al menos casuístico en este aspecto y ha previsto dentro de las posibilidades básicas, los casos. El riesgo de esta sistemática legislativa es a mi criterio la existencia de otras posibles acciones, que cuando no queden incluidas dentro de las previstas, podrían producirse casos de atipicidad, como ya lo expresé antes, pero que pueden ser salvados mediante la correcta interpretación del término apoderarse, esta es, en sentido de la aprehensión virtual.

Pero volviendo a las acciones propiamente dichas, en la acción de “**apoderarse**” de esos materiales que luego analizaremos, el núcleo típico entonces lo constituye el apoderamiento, con lo que se ha requerido un traslado posesorio desde la esfera de su propietario o tenedor a la del autor que saque de la esfera de custodia el elemento en cuestión.

Nuevamente siguiendo a FERNANDEZ DELGADO¹⁷⁵, se trata de la primera conducta que el redactor del Código penal de 1848 consideró apta para atentar contra la intimidad y en el ámbito de los secretos recogidos en elementos materiales, adquiere carácter esencial, pues es el único instrumento típico adecuado para perpetrar tal delito. Le caben a este concepto todos los elementos de la dogmática jurídica respecto a qué ha de entenderse por apoderarse y cuándo se sale del conato para concretar la consumación.

De este modo, otra forma de descubrir este tipo de secretos ajenos o vulnerar su intimidad que no esté precedida de apoderamiento será atípica respecto de este precepto.

Sobre el particular y volviendo a la clasificación bipartita de QUERALT JIMÉNEZ¹⁷⁶, para este autor “Dos son las modalidades típicas equiparadas y unidas por una misma finalidad...Por un lado tenemos el apoderamiento de objetos susceptibles de albergar retazos de intimidad y, por otro lado, la obtención de esos retazos de intimidad mediante su captación y/o reproducción audio/visual.-

Según se puede recoger de la doctrina y especialmente de la jurisprudencia, referidas a esta conducta, fácil resulta construir ciertas hipótesis ya que el citado apoderamiento admite formas muy diversas, que pueden clasificarse de la siguiente manera:

Que se trate de comportamientos afines al accionar de un robo o de un hurto. Efectivamente se requiere desapoderar y a su vez apoderarse como comportamiento típicos de este tipo de delitos contra la propiedad; tallan aquí las diversas teorías sobre el apoderamiento, que no es el caso tratar en esta instancia, pudiendo afirmar que me basta

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ DELGADO, ob. cit., pág. 73.

¹⁷⁶ QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 294.

con quien saca de la esfera de custodia de otro el objeto, disponga para sí del mismo.

Ejemplos de ello lo podrían constituir sustraer del cajón de otra persona correos perteneciente a terceros o cartas que se les había remitido, con el fin de descubrir su contenido o tomar la correspondencia de otro aprovechando que el buzón del mismo estaba forzado, procediendo a continuación a abrir los sobres.

Otro caso podría darse cuando una persona, aprovechando que la carta de su vecino ingresó por error en su casa, ya sea por falta o desliz del repartidor o del remitente, proceda a apoderarse de la misma con los fines ya tratados.

En este último caso, si bien la persona no ha realizado ninguna maquinación para hacerse del objeto soporte del secreto, la norma no lo exige y por ello entiendo que, aunque la circunstancia que pone en manos de la persona la carta sea por azar, al no entregarla al legítimo destinatario y en cambio apropiársela al retenerla para sí dolosamente, esta -vez sí requiere de dolo- con el fin descubrir su secreto o vulnerar su intimidad, el tipo penal la abarca.

Por ello, se abarcan también comportamientos de apropiación indebida de hallazgo, dado que tal conducta tiene su reflejo en el supuesto que reproduce la jurisprudencia cuando una persona halla una carta escrita y confiada al correo y después de abrirla se la apropió y aquí con dolo, para divulgar su contenido.

También se puede configurar el caso de comportamientos de apropiación indebida de recepción. Casos todos ellos que requieren que la conducta de apoderamiento parece exigir, -como asimismo recoge Fernández de la jurisprudencia-, una configuración positiva, una actividad, un hacer algo para que los papeles o documentos pasen a poder del sujeto, puesto que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió.

En esta misma línea de análisis, la Jurisprudencia, ha llegado a admitir también como

constitutiva de apoderamiento una conducta que se inicia con un actuar puramente pasivo del sujeto, como lo es el caso de quien recibió reiteradamente en su oficina o domicilio correspondencia postal en pliegos cerrados, hasta aquí no ha efectuado un acción positiva, pero que abrió, con intención de hacerlo sabiendo que no era suya, enterándose de su contenido, cuando no le era dirigida.

En este caso a mi criterio se trata de un hecho que comienza con un error, lo que es bastante frecuente en las oficina públicas. Sin embargo, serán motivo de análisis en cada caso particular, las singularidades de cada situación, ya que deberá determinarse si era un error vencible o invencible en función de los hechos, es decir si era evidente que no le era dirigida o bien si era dificultoso saberlo.

FERNANDEZ DELGADO¹⁷⁷ trae el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000, en la que se declara como hechos probados que la acusada recibió por correo en su domicilio una carta remitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al esposo de la acusada de la que se hallaba separado, por sentencia, procediendo la acusada a abrirla y quedársela aportándola como documental con la demanda de alimentos que planteó contra su marido. Se equipara, de este modo, la conducta de arrebatar a la distinta conducta que consiste en retener.

En este caso, entiendo que la conducta de la ex esposa que abre un sobre que no le es dirigido, es delictiva y encuadra en el tipo penal del apoderamiento, completándose el fin o elemento subjetivo con la conducta posterior de utilizarla pues si bien tiene un fin trascendente del mero descubrimiento a secas, incluye a este necesariamente.

Por otra parte, y aunque es sumamente frecuente, y siendo que no es común que estos casos se lleven ante la justicia, entiendo que también en el supuesto de los matrimonios, el hecho de que se haya constituido una sociedad conyugal, no priva a que cada uno de sus integrantes, individuos como tal, pueda reservar ciertas esferas de la intimidad. Es decir, no por el hecho de ingresar en la sociedad y aunque ésta tiene sus notas especiales al establecer

¹⁷⁷ Ver cita de jurisprudencia en FERNANDEZ DELGADO, Leopoldo, ob. cit., pág. 76.

la obligada convivencia y el llamado afecto social, esto no mengua los derechos personalísimos de cada uno de los que la componen.

Es muy frecuente y ocurre en gran medida en el caso del cónyuge celoso, que alguno de ellos realice pesquisa de los documentos y hoy en día muy especialmente, de los correos electrónicos y mensajes de texto de los teléfonos del otro.

El mismo caso se produce en el supuesto de los documentos de los hijos, circunstancia en la cual, si bien los padres tienen el derecho de vigilancia a fin de protegerlos, no por ello éstos dejan de tener derecho a su intimidad.

Muchas veces los progenitores se encuentran tentados de revisar las notas, cartas o correos electrónicos de sus hijos y esto no es con la intención malsana de descubrir sus secretos sino, con la intención bienaventurada de evitar un menoscabo en sus vidas y protegerlos contra riesgos que en algunos casos hasta podría ser de gravedad. Sólo puedo decir que dependerá en cada caso las circunstancias y la edad de los menores, pues éstos tienen por un lado el derecho a conservar su intimidad, y es un derecho erga omnes, pero por otro lado los padres tienen obligación de cuidar de ellos, en todo el amplio sentido de la palabra, pudiendo incurrir en una grave culpa “in vigilando”.

Así, por otra parte, en los casos en que se accede al secreto mediante las acciones establecidas por la norma, cuando dicho secreto se divulga o en la mayor parte de los casos en que se trata de situaciones familiares aún cuando se lo lleva ante la justicia, se trata, en principio, de un accionar delictivo, en el que el producto de ese accionar no puede, de manera alguna servir en la justicia para probar circunstancia alguna.

Es el caso típico de la aplicación de la doctrina del árbol venenoso, esto es cuando la conducta de obtención del dato está viciada y entonces, el fruto o resultado de ese accionar delictivo, mal puede servir a la justicia esa prueba, aún cuando en su contenido demuestre una deleznable actitud del dueño del secreto y aunque se hubiere probado la circunstancia que acredita mediante otra prueba, salvo claro está, cuando resulta viable aplicar la doctrina

de la fuente independiente de prueba, que no es tema a tratar en el presente trabajo.

Se sabe que la regla de exclusión tiene, en el Derecho argentino, y en el derecho europeo en general, basamento constitucional en la esencial garantía del debido proceso legal adjetivo, prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina.

Conforme las distintas denominaciones que se le han otorgado al tema de esta problemática relacionada a la validez procesal de la prueba ilegal se la ha denominado - especialmente en países que siguen la tradición jurídica europea continental- *prohibiciones de valoración probatoria* o simplemente *prohibiciones probatorias*; por otra parte la influencia del derecho estadounidense -sobre todo por el activo obrar de su Corte Suprema de Justicia de ese país- llevó a que esta temática se la conozca bajo la denominación de la *regla de exclusión* o bien *exclusiones probatorias (exclusionary rule)*.

Más allá de su denominación, lo que concretamente refiere esta cuestión es la utilización en un proceso penal, en contra del imputado, de una prueba declarada ilegal.

Dos son los problemas en juego, esto es, considerar si tal o cual prueba resulta ilegal o irregular o si tal proceder vulnera cierta garantía del ciudadano, y lo que se trata aquí es dilucidar qué camino corresponde tomar con una probanza o actividad procesal cualquiera que ya fue declarada ilícita, es decir, si se la utiliza -a veces, siempre- o no en un proceso penal en contra del imputado.

Además, va de suyo afirmar que en estos supuestos existe un conflicto entre el principio de la averiguación de la verdad real frente a otros principios de raigambre constitucional que harían ceder a aquél.

Al respecto se puede afirmar que, por un lado, de manera general la averiguación de la verdad -a cualquier costo- no es un valor absoluto del procedimiento penal sino que éste se haya integrado por jerarquías éticas y jurídicas propias del Estado¹⁷⁸.

Por ello se encuentra prohibido utilizar en provecho de la aplicación del Derecho Penal la información obtenida de manera irregular. Por otro lado, cabe expresar -siguiendo a MAIER- que el recurrir a argumentos especulativos o prácticos, que revelan el temor a que algunos hechos punibles queden impunes, relativiza la vigencia de la regla y supera, en ciertos casos particulares, a la necesidad de reafirmación de la vigencia de principios y garantías de origen constitucional y legal que cumplen la función -a través de las protecciones que ellos confieren- de limitar el poder punitivo estatal¹⁷⁹.

En esta tesis, todo el análisis de los distintos tópicos campea también sobre el concepto de que el *debido proceso* (en el caso, en su aspecto *adjetivo*, que viene a coincidir sustancialmente con la garantía conocida con *juicio previo*), resulta una garantía constitucional del ciudadano, y dispone que la prueba con la que se funda una sentencia de condena deba haber sido obtenida lícitamente.

Por ende, la utilización de prueba ilegal en contra del acusado en un proceso penal viola la garantía del debido proceso, sin que se pueda alegar válidamente excepciones a la aplicación de este principio.

En otras palabras, para que un proceso sea debido en su significado constitucional sólo habrá de utilizarse pruebas que reconozcan las mismas características, esto es, sólo habrá de utilizarse pruebas obtenidas de manera legal -en sentido lato-.

Esta concepción del fundamento de la regla de exclusión también trae aparejado importantes consecuencias respecto de su aplicación y en la improcedencia de ensayar

¹⁷⁸ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, revisada por Julio B. J. MAIER, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 191, con cita de la Corte Suprema de Justicia alemana en BGH 14, 358, 365: “No es un principio de la StPO que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”.

¹⁷⁹ MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 139.

excepciones reales al imperio de su vigencia, que deriva de la autoridad de la Constitución Nacional misma.

Es que, como decía, las garantías constitucionales de que goza todo ciudadano por el sólo hecho de serlo y que están destinadas a protegerlo de las injerencias arbitrarias del Estado en su vida privada -o bien de un particular, pero, al fin, aprovechadas por el Estado- y en general cualquier actividad estatal que violente sus derechos carecerían de sentido si no obstante las medidas probatorias colectadas en forma ilegal pudieran ser utilizadas en contra del imputado en un proceso penal.

En realidad, este principio se afirma para todo proceso judicial o administrativo en general, pero se evidencia con mayor nitidez en el proceso penal, por sus obvias implicancias.

Fue Ernst von BELING quien hacia 1903 comenzó a tratar la problemática relativa a la validez procesal de prueba recabada en forma irregular en un procedimiento penal bajo la denominación de prohibiciones probatorias.¹⁸⁰

Eugenio FLORIÁN¹⁸¹, también pionero en lo referente a las prohibiciones probatorias, parte de afirmar el principio de libertad de la prueba para distinguir la prueba en materia penal de la que se produce en los procedimientos de Derecho privado. La libertad probatoria, principio característico del Derecho procesal penal según FLORIÁN, tiene sus excepciones en las limitaciones o prohibiciones absolutas -referidas al objeto sobre el que recae la prueba- y las limitaciones o prohibiciones relativas -que restringen la posibilidad de probar un determinado hecho a una clase de prueba o impiden que se pruebe un hecho por ciertos medios de prueba-.

¹⁸⁰ BELING, Ernst von, *Las prohibiciones probatorias como limites de la averiguación de la verdad*, Ed. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, Darmstadt, 1968.

¹⁸¹ FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, Ed. Temis, Bogotá, 1982, T. 1, págs. 146 y ss.; *Elementos de Derecho procesal penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1933, págs. 314 y ss.

La prohibición absoluta se refiere a objetos de prueba (v.gr. hechos, calidades personales, relaciones) que la ley no permite que sean verificados, por lo que su demostración en un proceso judicial es jurídicamente imposible; es que por algún motivo político se los elimina del procedimiento y de la argumentación judicial y, más aún, de cualquier efecto jurídico que pudiera producir¹⁸².

La segunda excepción -las limitaciones o prohibiciones relativas- están dedicadas no al objeto de prueba -prohibiciones absolutas- sino a los medios para adquirirla: puede ocurrir que la ley indique los únicos medios admisibles para probar un determinado hecho.

Como bien lo manifiesta MAIER¹⁸³, es precisamente a esta última categoría que se vinculan las limitaciones probatorias de origen constitucional, es decir, “cuya fuente reside en la protección que se otorga a las personas en un Estado de Derecho, por razón de su propia dignidad (derechos humanos)”.

También se han distinguido¹⁸⁴ a las prohibiciones de valoración probatoria dependientes que proscriben la incorporación y valoración en el proceso penal de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos mediante la lesión a un precepto legal relativo a su presupuesto y modo de adquisición, es decir, se trata de casos de actividad estatal irregular o ilícita (esto es, aquéllas que se fundan en la lesión de una prohibición de producción de prueba¹⁸⁵), y las prohibiciones de valoración probatoria independientes que versan sobre actividades estatales regulares en la esfera de derechos de los individuos, pero que resultan excluidas del proceso debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad o a la personalidad¹⁸⁶.

¹⁸² MAIER, Julio, ob. cit., T. I, *Fundamentos*, cit., p. 697.

¹⁸³ MAIER, *ibidem*.

¹⁸⁴ GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento pena*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, p. 21.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 194.

¹⁸⁶ Respecto de las prohibiciones de valoración probatoria independiente la jurisprudencia alemana ha desarrollado la llamada *teoría del ámbito de derechos*. Vid. GUARIGLIA, ob. cit., págs. 22 , 103 y ss.

En similar sentido, se ha expresado que la prueba propuesta por una parte debe ser admitida, siempre que no se haya incurrido en determinadas prohibiciones que guardan relación con los denominados límites a la prueba¹⁸⁷.

Es así que, en la medida que las garantías constitucionales forman parte de un sistema normativo, necesariamente han de tener límites, que derivan de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales. En esta inteligencia, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que no existen derechos ilimitados, pues “todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este tribunal en sentencia del 8 de abril de 1981, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”¹⁸⁸.

En el mismo orden de ideas, desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, viene sosteniendo la inexistencia de derechos ilimitados. El Alto Tribunal argentino dijo que: “[e]n el sistema de nuestras instituciones políticas no hay derechos absolutos y todos deben ejercerse con arreglo a las respectivas leyes reglamentarias”¹⁸⁹. En igual sentido, ha pronunciado reiteradamente que “...desde sus orígenes el Tribunal ha expresado que los derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28, Constitución Nacional)...”¹⁹⁰.

Ahora bien, dichos límites relacionados al medio probatorio han sido clasificados por el profesor español PICO Y JUNOY, en límites extrínsecos, que son aquellos debidos a los requisitos legales de proposición, y límites intrínsecos, que son aquellos inherentes a la actividad probatoria, y que pueden ser de tres órdenes: los dos primeros se refieren a la

¹⁸⁷ CAROCCA PÉREZ, Alex, *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*, Iur et Praxis, Año 4, Número 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile, 1998, p. 305.

¹⁸⁸ Sentencia 2/1982, del 29 de enero de 1982, cit. por CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.

¹⁸⁹ Fallos: 132:360.

¹⁹⁰ Fallos: 200:450.

pertinencia y a la utilidad de la prueba, estudio ajeno al tema de este trabajo; el tercero, referido a la ilicitud de la prueba, es el tema que se estudia en esta obra¹⁹¹.

Se ha utilizado frecuente e indistintamente para referirse a la materia en estudio por parte de la doctrina nacional e internacional como así también tanto por parte de los tribunales de justicia vernáculos como de otros países, a los términos “prohibiciones de valoración probatoria” o más sencillamente “prohibiciones probatorias”, “regla de exclusión” o “exclusiones probatorias”, “prueba ilícita”, “prueba ilegal”, “prueba irregular”, “prueba ilegítima” o “prueba viciada”.

Si bien es cierto que se pueden encontrar sutiles diferencias entre los conceptos expuestos -que se comentarán brevemente a continuación-, no caben dudas que en el fondo todos se refieren a una misma problemática, y es la de poder utilizar prueba que se reputa nula en un proceso judicial en contra de un imputado.

Se puede afirmar, en una primera aproximación, que en tanto la tradición jurídica anglo-americana habla de exclusión probatoria -de ahí la “regla” de exclusión como un mecanismo de eliminación de aquella prueba obtenida ilegalmente o en vulneración de garantías constitucionales-, el uso jurídico de fuente europeo-continental expresa mayoritariamente la cuestión como una prohibición de valorar probanzas que reconocen un origen espurio.

Con razón se ha dicho que esta no admisión de medios de prueba fundada en intereses distintos al afianzamiento de la búsqueda de la verdad, que resulta la cuestión medular del tema en estudio, conlleva a afirmar que la discusión acerca de si los casos incluidos en esta categoría deben ser considerados como de “exclusión” o de “prohibición” es, en gran medida, “puramente semántica”¹⁹².

¹⁹¹ PICO Y JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 40 y ss; cit. por CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.

¹⁹² GUARIGLIA, ob. cit., p. 20.

Es que, como correctamente lo entiende GUARIGLIA, si a la temática bajo estudio se la define “positivamente”, esta categoría impone “deberes de exclusión” del procedimiento de la prueba obtenida de un modo contrario al establecido por la legislación aplicable o bien -a la inversa- de una manera que resulta proscripta por ella; asimismo, si a la cuestión tratada se la ve en términos “negativos”, ella impone “prohibiciones” de incorporación y, fundamentalmente, de “valoración” de la prueba recabada de modo irregular y de aquella cuya incorporación es vedada por el ordenamiento jurídico. Pero cualquiera que sea la perspectiva con la que se encare el tema, el resultado, en definitiva, es el mismo: la falta de valoración de la prueba cuestionada por parte del juzgador¹⁹³.

De lo expuesto, resulta que el denominador común de todas las definiciones que se ensayaron tanto en doctrina como en jurisprudencia es la no valoración de la prueba obtenida en contra de las prescripciones establecidas al tal fin.

Por otra parte, se ha distinguido entre los conceptos de “prueba ilícita”, “prueba irregular”, “prueba ilegítima” y “prueba viciada”.

Así, no obstante admitirse que la expresión “prueba ilícita” no resulta demasiado precisa y, más aún, su contenido es objeto de no pocas polémicas, se puede decir que se la ha definido como la “fuente o elemento de prueba obtenido con infracción de determinadas normas o principios jurídicos”, discutiéndose en doctrina a cuáles normas o principios jurídicos se alude¹⁹⁴.

Pues bien, se ha expresado que inicialmente para una parte de la doctrina, la “prueba ilícita” era la contraria al “ordenamiento jurídico”, es decir, se refería a un concepto extraordinariamente amplio que comprendía tanto a las leyes, como a la moral, las buenas costumbres y las disposiciones o principios jurídicos de carácter general¹⁹⁵.

¹⁹³ GUARIGLIA, ob. y loc. cit.

¹⁹⁴ CAROCCA PÉREZ, ob. cit. p. 307.

¹⁹⁵ DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba*, quinta edición, tomo I, ps. 539 y ss.; VESCOVI, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1970, n° 2, p. 345; MONTON RECONDO, A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Universidad de Salamanca, 1977, págs. 174 y ss.; cit. por CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit..

No obstante, con posterioridad fue prevaleciendo un concepto más restringido de “prueba ilícita”, acotado a la fuente de prueba que vulnera normas de carácter legal, y especialmente, constitucional, para finalmente imponerse en cierta doctrina el concepto de que la idea de “prueba ilícita” se circunscribe a la prueba obtenida con vulneración de determinadas normas constitucionales que consagran derechos fundamentales¹⁹⁶.

Para los que consideran que con la “prueba ilícita” se vulneran garantías constitucionales, entienden que la “prueba irregular o ilegal” es aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas fundamentales. Es decir, que por “prueba irregular” se incluirían las fuentes de pruebas logradas de modo ilegal como también los medios de prueba practicados de modo irregular, pero sin que a raíz de tales infracciones se afecte derechos constitucionales¹⁹⁷.

Según esta corriente, la diferencia entre “prueba ilícita” e “irregular o ilegal” sería fundamental, porque la “prueba irregular o ilegal” podrá ser valorada libremente por el juzgador si no existe una norma general que lo impida, lo que no sucedería con la “prueba ilícita”, pues ésta, al infringir una garantía fundamental, no puede ser tomada en cuenta por el tribunal¹⁹⁸.

Dicha escisión no tiene sustento constitucional en el derecho argentino, toda vez que es postura de esta tesis que una prueba recabada en contra de los modos prescriptos para ello, afecta necesariamente derechos consagrados constitucionalmente.

Buena parte de la doctrina italiana distingue entre “prueba ilícita”, que sería aquella obtenida con violación a una norma sustantiva o de derecho material, y “prueba ilegítima”, que sería obtenida con infracción a una norma procesal. Esta diferencia a su vez se ve

¹⁹⁶ CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit.; con cita de SENTIS MELENDO, Santiago, *“La prueba: los grandes temas del derecho probatorio”*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1979, p. 228; y de LÓPEZ BARJA de QUIROGA, J., *“Las escuchas telefónicas y las pruebas ilegalmente obtenidas”*, Ed. Akal, Madrid, 1989, págs. 134 y ss.

¹⁹⁷ CAROCCA PÉREZ, ob. cit., p. 309.

¹⁹⁸ CAROCCA PÉREZ, ob. cit., p. 310.

reflejada en la sanción, ya que se podría valorar la “prueba ilícita” -que infringe normas materiales- pero no la “prueba ilegítima” que siempre sería nula¹⁹⁹.

Esta diferenciación, va de suyo, también resulta inaceptable para la posición que aquí se sustenta, puesto que lo determinante para hablar de una prueba que no debe ser valorada es que haya sido recabada en contra de los modos prescriptos para ello, sin importar su naturaleza o el lugar donde se encuentre contenida la norma infringida.

Asimismo, algunos autores utilizan el término “prueba viciada” para referirse a aquella probanza en que concurren una serie de circunstancias que afectarían la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración la forma en la que se la ha obtenido, es decir, lo destacable de este tipo de prueba no es su ilicitud o ilegalidad, sino la veracidad o certeza de los datos que contiene. Sin embargo, parece claro -como bien lo aprecia CAROCCA PÉREZ- que el tema de la prueba viciada debe plantearse en términos de eficacia o valoración, pero no de admisibilidad del medio de prueba viciado, por lo que a estos efectos, es un tema que carece de interés²⁰⁰.

En definitiva, y más allá de los matices que distinguen a los términos empleados, en lo sucesivo -salvo que se aclare específicamente- ellos serán utilizados en forma indistinta para definir a aquel medio de prueba cuya valoración está discutida por reconocer un origen contrario a las previsiones establecidas por el ordenamiento jurídico, es decir, por haber sido obtenida de un modo prohibido o no permitido por el ordenamiento jurídico, o bien, sin que se hubiesen respetado sus disposiciones específicas o generales establecidas para recabar una determinada prueba

En definitiva, siendo que los cónyuges tienen derecho a su intimidad personal, y en tal sentido existe una esfera reservada a su privacidad, en la medida de que se vulnere con las acciones prevista en el código y que se encuentran en tratamiento y en las condiciones de cumplimiento del tipo penal el secreto del socio conyugal con los fines ya descriptos en

¹⁹⁹ CAROCCA PÉREZ, ob. y loc. cit., con cita de NUVOLONE, Pietro, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, en Revista Diritto Processuale, N° 3, 1966, ps. 442 y ss.

²⁰⁰ CAROCCA PÉREZ, ob. cit., p. 311.

el tipo previsto, al ser ingresado dicho dato -antes secreto- en un juicio, siendo que es el resultado u obtención de prueba proveniente de un hecho ilícito, dicha prueba debe ser cercenada definitivamente del expediente, sea que éste se trate de un juicio civil, penal o administrativo, pues no es moral que el Estado (en este caso los jueces) se valgan de los resultados de un hecho ilícito para fundar sus resoluciones, por más justo que sea el fallo.

Cabrá, sin embargo, analizar los casos en que dicha obtención se diera bajo supuestos de estado de necesidad, o, como ocurre en muchos supuestos respecto de menores, como ya me pronuncié “ut supra”, en cuya circunstancia deberá ser estudiado el caso teniendo en cuenta el interés superior del niño, que es la garantía máxima que, permite que frente a dos o más derechos en pugna, se privilegie aquel que pueda redundar en su protección integral, porque así lo manda la “Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en el derecho argentino norma con rango constitucional y de carácter operativo.-

Pero continuando con las posibilidades de obtención de un documento, también caben comportamientos de apoderamiento mediante engaño.

Son los casos en que se utilizan los ardidés propios de los delitos de estafa, debiendo llenar las notas típicas requeridas en aquel como son, esto es, que el engaño sea eficiente para lograr quebrar la voluntad de quien detenta el poder sobre la correspondencia, es decir, suficiente para provocar un error esencial en otro, lo que le ha movido a realizar un desplazamiento posesorio de documentos o efectos propios o ajenos.

Resulta ser el caso frecuente en el que personas divorciadas que obtienen la entrega de informes de bancos o entidades financiera Incurrir en el delito quien, según Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julio de 2000, se persona en una clínica infantil, solicitando un informe médico relativo a un menor, al tiempo que manifestaba estar legítimamente autorizada por parte de la madre del menor para recoger el referido expediente, extremo éste que era absolutamente falso ya que no constaba permiso paterno.

Expresamente la resolución reconoce que “valiéndose de dicho *ardid*, la acusada obtuvo

el informe de autos”.

Incluye toda modalidad en la que se engaña a alguien para que le entregue la correspondencia de otra persona a la que se le promete o convence -a su vez- de que será entregada al legítimo destinatario.

- El tema de la permanencia del apoderamiento y en especial sobre la falta de aprehensión física.

En cuanto a la permanencia del apoderamiento, no hay razón legal que impida considerarse tal, al caso en el que existan supuestos de apoderamiento momentáneo, porque no se exige que deba mantenerse el poder sobre el objeto de secreto durante un tiempo determinado o mínimo.

En efecto, basta que el apoderamiento lo sea por sólo un momento con los requisitos ya tratados.

Por caso se ha entendido, que basta el apoderamiento momentáneo para las operaciones mentales de conocer y entender, claro está y como vengo diciendo, con la finalidad de descubrir y utilizar en cualquier forma los secretos de otro.

Ahora bien, ¿qué sucede con la adecuación al tipo penal cuando no hay un desplazamiento físico del objeto sino sólo intelectual?

El caso, como ya lo he adelantado con las posiciones antagónicas en sentido negativo por Muñoz Conde, y en favor de que hay que excluir el concepto material de apoderamiento por bastar el momentáneo para las operaciones mentales de conocer y entender, como es el caso de QUINTANO RIPOLLÉS²⁰¹. Por ello el caso no ha sido resuelto pacíficamente por la doctrina. En efecto una parte de la misma ha considerado innecesaria la aprehensión física, en tanto que otra como es el caso de MANZANARES

²⁰¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, I, Vol. II, Edersa Madrid, 1972, pág. 1010.

SAMANIEGO²⁰² entiende que en esos casos en que no hay apoderamiento de documentos, sí puede haberlo de secretos, ya que falta el elemento instrumental y que no basta con la captación mental de esos documentos portadores del secreto.

La norma sólo exige que se produzca un apoderamiento con ánimo de descubrir o vulnerar, sin referirse en absoluto a su duración temporal. Por ello, gran parte de la doctrina ha entendido que no tipifica la conducta si sólo se hace una aprehensión mental del contenido sin desposeer al propietario legítimo en momento alguno, porque faltaría el elemento material del ilícito, pues en ningún momento el sujeto pasivo pierda la disposición sobre los objetos. Es el caso de la lectura rápida o no de los papeles de otra persona o de su pantalla de ordenador, cosa que sucede a menudo en los lugares de trabajo o bien en el mismo domicilio, generalmente entre cónyuges.

Veamos, no deja de seducir la postura de Ruiz Marcó²⁰³ cuando considera que la expresión “se apodere”, habrá de entenderse en el sentido de apoderamiento físico e *intelectual*, pues, en última instancia, es esta clase de apoderamiento (el cognitivo) la que permite el conocimiento de la intimidad ajena y su eventual lesión.

Su razonamiento, en tal sentido, es atinado cuando expresa que carecería de sentido que la línea de intervención penal se centre exclusivamente en la apropiación de objetos físicos (papeles. etc.), que son meramente instrumentales respecto al bien jurídico, y que tal intervención desaparezca frente al acceso intelectual que es lo que posibilita el conocimiento -la penetración en el reducto privado y consiguiente destrucción de la intimidad.

En efecto, ese es el fin de protección de la norma, justamente la intimidad que se vulnera al revelar los secretos o vulnerar esa intimidad, sin embargo, no debemos perder de vista que las interpretaciones extensivas de lo que la norma no dice resultan peligrosas e

²⁰² Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *El artículo 497 del Código penal*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XXXI, Mayo-Agosto 1978, pág. 306.

²⁰³ Cfr. RUIZ MARCO, *Artículo 197*, en “Comentarios al Código Penal”, dirigidos por M. COBO DEL ROSAL, T. VII, Edersa, Madrid 1999, pág.159.

intolerables. Si la ley habla de apoderamiento, ello implica el consiguiente desapoderamiento de la parte pasiva y sólo se consigue aún sólo sea por unos momentos con la aprehensión física del objeto soporte del secreto.

En este supuesto, hay quienes también se mantienen oscilantes en la postura como lo es la muy interesante la aportación de GONZALEZ RUS ²⁰⁴, que expresamente dice: “Yo mismo he mantenido esta postura (*el que basta la captación intelectual*) desde el primer momento aunque ahora me parece excesivamente amplia y, formulada sin matices, poco respetuosa del principio de legalidad. En efecto, para llevar a cabo la conducta del art. 197.1. de lo que el sujeto activo tiene que apoderarse es “de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales” no sólo de la información o del Secreto contenido en los mismos, sino, necesariamente del soporte en donde estos se encuentran. Se precisa, pues, alguna actuación material del sujeto activo en relación con el soporte en virtud de la cual éste entre, siquiera sea por unos instantes en su esfera de disponibilidad, entendida ésta como capacidad para acceder al conocimiento del secreto o información personal reservada que el mismo contiene. Ello permitirá incluir los casos en que la vía para acceder el soporte sea el engaño, que no está expresamente recogido en el tipo. Como consecuencia, no integrara la conducta típica el simple hecho de ver en pantalla un texto o documento ajeno cuando quien lee esa información no ha provocado de forma alguna la aparición de esos datos. Por el contrario, podrá considerarse que se han llenado los mínimos materiales que requiere el apoderamiento del art. 197.1 cuando la exposición en pantalla de texto, por ejemplo, ha sido provocado por el autor, o cuando ha sido él quien ha accedido al mensaje de correo electrónico lo ha abierto.

Ciertamente que el tema del respeto al principio de legalidad, vuelve reiteradamente a ser el tema que nos guía, al tiempo de realizar una determinada interpretación de los alcances en especial de los verbos típicos. En efecto, ya nos enseña

²⁰⁴ Cfr. Juan José GONZÁLEZ RUS, “Delitos contra la intimidad el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *Derecho penal español, Parte especial*, coordinado por M. COBO DEL ROSAL, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 329.

ALVAREZ GARCÍA ²⁰⁵, refiriéndose a la taxatividad de las descripciones típicas en el Código Penal y en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que existe una no despreciable cantidad de normas penales en los códigos nacionales que infringen el mandato de determinación, llamando la atención que el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidades para pronunciarse lo que no se debe a la resistencia del mismo, sino a los operadores jurídicos lo que pone de manifiesto la conformidad de los juristas con la indeterminación legal y el paralelo aumento del arbitrio judicial.

- Mensajes de correo electrónico

Aquí, y previo a definir que ha de entenderse pro mensaje de correo electrónico, vale decir con MIRIAM HERRERA MORENO²⁰⁶ que “El código penal de 1995, sin reconocer la categoría de *delito informático*, regula dispersamente un conjunto de conductas susceptibles de estudio unificado bajo esta denominación”. Considera esta autora con razón, que el Código Penal del siglo XXI realiza un serio esfuerzo para adaptarse a la nuevas formas de criminalidad y no sólo contempla en los tipos la especificidad de la comisión informática, sino favorece la incorporación de conductas informatizadas en el ámbito de los delitos tradicionales, así la violación de correo electrónico, el acceso y la utilización de datos personales o familiares en perjuicio de tercero (art. 197 2-6).

En cuanto al término legal “mensajes de correo electrónico” que es uno de los enumerados por el tipo delictivo como posible objeto del delito, el mismo trae innumerables dificultades al tiempo de ser precisos respecto de cómo habrá de operar su apropiación. Ciertamente que, en cuanto al término “mensaje de correo electrónico” ya nadie tiene dudas acerca de qué se trata cuando se habla de este tipo de comunicación, el problema lo hallamos en el modo de apropiación que exige la norma pues es la muestra más cabal de un soporte que no podría calificarse de objeto físico en sí mismo.

²⁰⁵ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia año 2009, págs. 9 y sig.

²⁰⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *El fraude informático en el Derecho penal español*, en: “Actualidad Penal”, n.º. XXXIX, Edit. La Ley, Madrid, 2001-3, Pág. 930.

En principio un mensaje de correo electrónico se halla inserto en la casilla de correo electrónica de alguien, pero en sí mismo no puede según su naturaleza ser aprehendido físicamente aunque, paradójicamente su visualización, o sea la entrada en conocimiento de su contenido resulta muy sencilla, toda vez que con solo mirar la pantalla de ordenador una persona ya puede imbuirse de ese contenido.

El tema dispara un sinnúmero de cuestionamiento, que, dicho sea de paso, luego serán tratados con mayor detenimiento en capítulo aparte toda vez que justifica la naturaleza del problema.

En efecto, se puede preguntar si es necesario que el mensaje sea abierto por el sujeto activo o bien basta para configurar el tipo penal con acceder a un mensaje que, dentro de la casilla privada de alguien, ya se encuentra abierto; también se puede cuestionar, en base a esta primera pregunta, cuándo comienza la ejecución del delito, esto es: cuando se abre la casilla de correos, cuándo se abre el mensaje que aún no fue abierto por su destinatario, si el mensaje es capturado, o reenviado, y sobre esto último, útil sería saber si el reenvío del mensaje a la casilla de correos del sujeto activo, ya basta para considerar que estamos frente a un supuesto de apoderamiento, cuando en realidad, si bien se hace poseedor del mensaje y obviamente de su contenido, el mensaje puede continuar dentro de la casilla del sujeto pasivo.

Por último, si bien es cierto que siempre cabe la posibilidad de transformarlo en un objeto físico, como cuando se imprime, pero en ese supuesto no estaríamos frente a otra cosa que no fuera una simple carta.

Según la tesis sostenida por FERÁNDEZ DELGADO²⁰⁷, el mismo mantiene que el apoderamiento de mensajes de correo electrónico a que alude el precepto, se limita a las conductas en que existe desplazamiento físico de los mensajes una vez ya impresos, es decir, ya convertidos en papel, lo que también puede llevar a afirmar que la expresa referencia a “mensajes de correo electrónico” en este inciso es innecesaria, pues este objeto,

²⁰⁷ FERÁNDEZ DELGADO, loc. cit.

una vez impreso, se convierte simplemente en un documento más, por lo que no era necesaria la especial alusión a este objeto dentro del tipo, pues resultaba amparada la conducta por cualquiera de los anteriores supuestos.

En definitiva, el autor citado así como otros muchos, aplicando la interpretación más restringida del término apoderamiento, considera que la lectura de dichos mensajes en el ordenador, resultaría atípica. Sobre el tópico habré de volver “infra” toda vez que requiere de un concienzudo esfuerzo y tratamiento a fin de responder a las numerosas preguntas ya formuladas “supra”

Pero resulta ilustrativo el análisis de alguna jurisprudencia argentina al respecto que sobre acceso ilegítimo a una cuenta de correo electrónico y configuración de la violación de correspondencia ha dicho:

"... este Tribunal entiende que el correo electrónico, en tanto se trata de un medio que amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional, resulta equiparable al epistolar²⁰⁸. De ahí que se haya entendido que el correo electrónico es correspondencia privada que protege la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos incorporados a ella .. .En ese sentido y a partir de sus características propias, goza de una protección de la privacidad más acentuada que la clásica vía postal, desde que para su funcionamiento y utilización se requiere indispensablemente de un prestador del servicio, el nombre de usuario y clave de acceso destinados, sin duda alguna, a impedir que terceros extraños se entrometan en los datos y contenidos que se emiten y reciben (Sala VI, cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. causa "Lanata, Jorge" del 4-3-1999). Así ... en el marco de protección que brinda el art. 153 del Código Penal a la comunicación epistolar, a lo que cabe agregar que el propio legislador previó la incorporación de otros medios de correspondencia en el giro "o de otra naturaleza" que contiene la norma aludida.... Dado que los supuestos de hecho jurídicamente relevantes nunca son totalmente iguales, el verdadero oficio del jurista es el de descubrir coincidencia y diversidad, es decir, constatar analogías ...Con arreglo a lo expuesto y en el

²⁰⁸ Sala VI, Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. causa "Lanata, Jorge" del 4-3-1999.

entendimiento de que el correo electrónico es correspondencia en los términos protegidos por la Constitución Nacional y receptados por el legislador penal, el temperamento asumido no puede mantenerse ...". (C. Nac. Crim. Y Correc. 04-07-2008, Sala VII, Falik, Flavia Débora).

O bien sobre el correo electrónico, su equiparación a correspondencia y las limitaciones del empleador.

"... respecto de si el término utilizado en el artículo 18 de la Constitución Nacional resulta abarcativo de la correspondencia electrónica, aparece conducente recordar las conclusiones arribadas por la doctrina, ocasión en la que sostuvo que asegurar la invulnerabilidad de esta forma de comunicación, y todo lo que se entienda por ella, era y sigue siendo una regla capital para el desenvolvimiento del derecho de autonomía o autodeterminación personal en un Estado constitucional y democrático de derecho ...

Asimismo y frente al argumento del querellante de que la documentación aportada fuera encontrada en el lugar de trabajo de los imputados, cuadra referir que en función de las previsiones normativas de los artículos 18 y 19 CN, no ofrece mayores reparos para una correcta resolución interpretativa: el empleador tiene prohibido, en principio, leer e-mails enviados o recibidos por sus empleados. Y el contenido de tal prohibición no es otro que la violación del derecho de privacidad del trabajador, facultad que no comporta un elemento configurador del débito contractual y que, por ello, hace a la indiscutible e impenetrable dignidad y autodeterminación que como sujeto titulariza ... tal como sucedió en el "sub judice". En este orden de ideas, y tal como lo sostuviera el fiscal de grado en el dictamen obrante a fs. 654/ vta., no puede menos que concluirse que la apropiación y presentación al proceso de correspondencia privada perteneciente al imputado Redruello transgrede los principios constitucionales arriba expuestos y los que encierra el debido proceso, tildándolos, en consecuencia, de prueba ilícita; lo que aparece como óbice a los efectos de que el tribunal realice una actividad interpretativa respecto del material probatorio cuestionado. Es que cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona debe ser realizada con el control insoslayable del órgano jurisdiccional, y ajustarse a las previsiones contenidas en la normativa procesal, que no es más que la implementación de las garantías contenidas en nuestra carta magna. Cualquier apartamiento de estas

premisas debe ser neutralizado por los jueces abocados al conocimiento de tales circunstancias, y en consecuencia, descartado al momento de desarrollar la argumentación de una decisión de mérito como la que se intenta, extremo que no se evidencia satisfecho en el "sub lite". Que el tribunal al valorar la premisas sugeridas entiende de conformidad con lo afirmado por José I. Cafferata Nores que, tales garantías, tienen como fundamento los atributos de la persona humana y emanan de su dignidad inherente, estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas jurídicas que tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre (preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - DADDH), y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aun mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal ...". (Cámara Nacional de apelaciones Criminal y Correccional. Sala IV, 15-11-2004, Redruello, Fabián L. y otros).

2. 2. La interceptación de las comunicaciones (art. 197.1.II C.P.)-

El tipo penal, luego de la conducta de apoderamiento, verifica dos posibilidades o conductas más: la de interceptar y la de utilizar artificios técnicos útiles para escuchar, reproducir, etc., una comunicación privada y en ambos casos con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad privada.

En el caso en trato, en este punto cabe decir que “**interceptar**”, puede entenderse como obstaculizar, entrometerse, etc., atinente a telecomunicaciones es inmiscuirse en la interrelación telefónica y sugiere necesariamente la escucha que podría ser grabada o simplemente escuchada por un tercero y en cuanto a utilizar el término artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción, podrán todos ello resumirse y conglobarse en reproducción pues lo es toda transmisión o grabación.

“Por interceptar se entiende la irrupción o acceso a la comunicación, sin interferir en su prosecución o interrumpirla”²⁰⁹

Se entiende a toda intromisión, o interrupción u obstrucción de una vía de telecomunicación que permita un acceso intelectual a su contenido. El objeto de tal acción son las telecomunicaciones, siendo que ha de entenderse por telecomunicación, toda comunicación a distancia por medios técnicos. De tal forma, ingresa en el tipo delictivo toda comunicación realizada por vía telefónica, de correo electrónico, videoconferencia o cualquier comunicación lograda mediante tecnología, lo que previene por nuevos medios que pudieran acontecer en el futuro y en este sentido he de decir que la norma es sumamente abarcadora.

Sobre la interceptación dice Muñoz Conde ²¹⁰ que las insuficiencias de la regulación tradicional para sancionar adecuadamente los graves atentados a la intimidad que, a partir de los avances técnicos, empezaron a poderse realizar a través de las escuchas telefónicas, grabaciones sonoras, etc., motivaron la creación de dos preceptos en el anterior código penal por Ley Orgánica 7/1984 y la ley orgánica 18/1994 amplió los tipos de captación de imagen.

El autor expresa que la intimidad va referida en este caso a las comunicaciones personales y a la propia imagen y que la captación de cualquier comunicación oral, solamente es típica si se utilizan instrumentos o artificios técnicos, debiendo entenderse la expresión interceptare referido a las telecomunicaciones dejando afuera del precepto otras formas de captación de sonido como lo serían la escucha a escondidas aunque sí incluye la transmisión, grabación o reproducción ilegal de sonido, aunque la escucha sea legal, dando el caso de la grabación telefónica efectuada por uno de los interlocutores o captada por casualidad.-

²⁰⁹ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), *Derecho penal español, Parte especial I*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pág. 566.

²¹⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 220.

Expresa el Profesor POLAINO NAVARRETE ²¹¹ “La presente descripción legal configura el tipo básico de escucha ilegal. La conducta típica es constituida por la *interceptación* de cualquier telecomunicación ajena, realizada con la *intención* finalista consignada en la ley de *descubrir* los secretos o de vulnerar la intimidad de otro.

Y aclara el maestro, que la expresión legal cualquier telecomunicación incorporada por el texto de la ley de 1994, corrigió la imperfecta redacción de 1984 que aludía a comunicaciones telefónicas, que por aplicación de los principios básicos de orden constitucional del derecho penal prohibía la extensión de la aplicación del precepto a (prohibición de extensión y de analogía) a todas aquellas comunicaciones que no se concretaran por el hilo telefónico quedando fuera las que se efectuaran por teléfonos inalámbricos o sistemas radioeléctricos.

La interceptación debe ser de una intercomunicación personal de carácter reservado, es decir, privado y por carácter contrario no destinada al público, aunque el precepto legal se refiere a cualquier comunicación, pero como enseña el maestro, en sentido literal por cualquier telecomunicación ha de entenderse cualquier comunicación a distancia entre personas, toda vez que se omite toda referencia a la existencia de carácter interpersonal, reservado o particular de la comunicación. Lo que integraría al tipo cualquier comunicación colectiva e incluso por un medio masivo.

En tal sentido, no puedo menos que estar de acuerdo con la crítica que el Profesor POLAINO NAVARRETE dirige a la norma que por su imprecisión violenta principios inescindibles en la configuración de los tipos legales, de certeza normativa vulnerando el principio de igualdad penal y por ende tacha de inconstitucional su aplicación, desvirtuando las exigencias de la seguridad jurídica. Es que siendo tan amplio el precepto, abarca todo tipo de comunicación a distancia, que incluye todas aquellas que se establezcan de acuerdo a la tecnología del mañana o, como se las llama, tecnologías fronterizas.

- El caso de las escuchas telefónicas.

²¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 405.

Las escuchas telefónicas, como medida investigadora y de prueba, pueden ser definidas como un medio o instrumento para obtener o descubrir los secretos comunicados a través del teléfono, teniendo reconocidas las medidas de intervención telefónica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial una doble naturaleza toda vez que las mismas cumplen una doble función:

- 1) por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y
- 2) por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental).

Resulta interesante traer a debate, el alto nivel de injerencia en la vida privada de los ciudadanos, que ha traído la Ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos tras los atentados en Nueva York el 11.09.2001 conocida como la *Patriot Act*²¹², la cual bajo la justificación declarada de luchar con el terrorismo en Estados Unidos y en el extranjero, autoriza entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los ciudadanos sin autorización judicial previa.

²¹² La llamada Ley Patriota, en inglés USA PATRIOT ACT, resultó promulgada el 26 de Octubre de 2001, aprobada por una enorme mayoría en ambas cámaras tanto la de representantes como la de senadores, como respuesta a los atentados del 11 de Setiembre de 2001, siendo su fin principal “ampliar la capacidad de control del Estado en aras de combatir el, mejorando la capacidad de las distintas agencias de seguridad estadounidenses al coordinarlas y dotarlas de mayores poderes de vigilancia contra los delitos de terrorismo”. También esta ley creó nuevos delitos y aumentó las penas por delitos de terrorismo. A las disposiciones más estrictas se les dio una vigencia limitada hasta el 31 de diciembre de 2005. Luego de vastas presiones, a mediados de 2005 las dos cámaras del Congreso aprobaron proyectos de reforma radicalmente distintos: mientras el Senado dejaba sin efecto la mayor parte de las limitaciones a los derechos establecidas en 2001, la Cámara de Representantes mantenía el Acta original casi sin alteraciones, dándole carácter permanente. Ambos proyectos fueron finalmente compatibilizados en una comisión bicameral, eliminándose la mayor parte de las normas de restablecimiento de los derechos que contemplaba el proyecto del Senado, siendo sancionada por el Congreso el 2 de marzo de 2006 y promulgada como ley por el presidente Bush el 9 de marzo. Senadores de ambos partidos criticaron duramente la enmienda, sosteniendo que afectaba las libertades constitucionales.

Dicha ley, ha sido objeto de numerosas críticas desde su entrada en vigor, en atención a que la misma propende a debilitar la protección de las libertades civiles. Es que después de los horribles atentados del 11 de Setiembre es natural y hasta comprensible que las normas protectoras de la seguridad del Estado se amolden a la situación de peligro y de temor, pero un Estado no debe llegar al punto de perder el equilibrio entre la seguridad pública y las libertades privadas, pues si bien la primera tiene preeminencia sobre la segunda, ya no se puede vivir en una sociedad en donde las garantías individuales se van debilitando, al punto de crearse una psicosis en la que puede llegar un punto en que todo vale, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica y personal de los mismos individuos que la componen.

Cabe traer a modo de ejemplo la siguiente jurisprudencia ya que de interés lo resuelto en el caso “Valencia Díaz c/ CEDH 2006-IX”²¹³ precedente en el que se resolviera, en lo que aquí interesa: “13. *El Tribunal no tiene, por tanto, que pronunciarse, por principio, sobre la admisibilidad de ciertos tipos de elementos de prueba, por ejemplo, las obtenidas de manera ilegal a tenor del derecho interno, ni tampoco sobre la culpabilidad del demandante. Debe examinar si el procedimiento, incluida la manera en la que los elementos de prueba han sido recogidos, fue equitativo en su conjunto, lo que implica el examen de la «ilegalidad» en cuestión y, en caso de plantearse la violación de otro derecho protegido por el Convenio, de naturaleza de esta violación (ver, particularmente, Khan c. Reino Unido, no 35394/97, § 34, CEDH 2000-V y Bykov c. Rusia [GC], no 4378/02, § 89, CEDH 2009-...).*

14. En este caso, el Tribunal señala que la condena del demandante se ha producido como consecuencia de un procedimiento contradictorio en el que, la Audiencia Provincial de Madrid declaró que las escuchas telefónicas no podían ser utilizadas como prueba de cargo, lo que también impedía utilizar como prueba de cargo otras pruebas obtenidas a través de las conversaciones telefónicas intervenidas. La Audiencia Provincial fundo, por tanto, la condena del demandante en su propia declaración

²¹³ DECISIÓN VALENCIA DÍAZ c. ESPAÑA 12 de julio de 1988, § 45, serie A no 140 y *Jalloh c. Alemania* [GC], no 54810/00, §§ 94-96, CEDH 2006-IX).

efectuado durante el juicio oral, en la cual, había reconocido haber recibido de uno de los inculcados la bolsa que transportaba en su vehículo en el momento de su detención.

15. El Tribunal observa que el demandante decidió libremente y por propia voluntad, declarar sobre los hechos que le fueron imputados durante de el juicio oral ante la Audiencia Provincial, cuando, antes, había preferido guardar silencio ante la policía y ante el juez de instrucción, como constata el Tribunal Supremo. Por otro lado, señala que en el momento en el que el demandante efectúa su declaración, se encontraba asistido por su abogado, había sido informado de sus derechos y había tenido conocimiento de la ilegalidad de las escuchas telefónicas alegadas por las defensas de los acusados. Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Audiencia Provincial consideró que la declaración del demandante había roto cualquier vínculo de causalidad con las escuchas telefónicas declaradas ilegales y podía, en consecuencia, ser utilizada como prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia, lo que fue confirmado en casación por el Tribunal Supremo. El Tribunal estima, además, que las resoluciones dictadas por las jurisdicciones internas están ampliamente motivadas y no revelan arbitrariedad. Teniendo en cuenta lo que precede, el Tribunal considera que las exigencias del derecho a un proceso equitativo y del principio de la presunción de inocencia no han sido desconocidos en este caso.

16. Resulta, pues, que la demanda debe ser, por estar manifiestamente mal fundada, en aplicación del artículo 35 §§ 3 del Convenio, inadmitida”.

-La comunicación o telecomunicación

Pero volviendo al tema de la comunicación, el art. 18.3 de la C.E. no da una definición de qué hay que entender por “comunicación” pero según la doctrina mayoritaria dentro del citado precepto pueden entenderse incluidos todos los medios modernos de comunicación que existen actualmente y que pueden ir apareciendo en el futuro.²¹⁴

²¹⁴ MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 44. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, pág. 96 al interpretar los medios de comunicación del art. 18.3 C.E., esto es, postales, telegráficas y telefónicas

Tal como se ha dicho, también que la protección **comprende tanto las presentes formas de comunicación como las que puedan desarrollarse en el futuro y que se efectúen por canal cerrado**".

A modo de ejemplo en las comunicaciones efectuadas a través de teléfonos móviles o convencionales, los sonidos o señales emitidos en la transmisión de los faxes, teletipos o videoconferencias o en el correo electrónico de Internet.²¹⁵

Confr. Fragoso Álvarez que considera que no existe un "numerus clausus" respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia, lo cual es, sin duda positivo, si bien apunta que también tiene una dimensión negativa, en el sentido que será necesario que se cumplan las mismas garantías que las previstas para la interceptación de comunicaciones telefónicas si se desea intervenir comunicaciones no telefónicas puesto que a ellas también les es de aplicación el carácter secreto del art. 18.3 C.E.

Existe un criterio unánime que considera requisito indispensable para que haya "comunicación" en los términos del art. 18.3 C.E. que exista una infraestructura o artificio comunicativo, que o tiene que ser sofisticado, se exige, por tanto, una distancia real entre los comunicantes.

Asimismo también se exige que la comunicación se realice por canal cerrado, puesto que si la transmisión de la información o mensaje no se hace por canal cerrado, en modo alguno hay que considerar que estemos ante la posibilidad de aplicar el derecho al secreto de las comunicaciones ya que no habrá expectativa de secreto. Es que es muy común en el caso de la utilización de artefactos radiales en los que la onda es abierta o bien,

apunta que: "Sea como fuere, la interpretación correcta, como es generalmente admitido, no puede ser otra que ver en la alusión a esos tres tipos de comunicación meros ejemplos que quiso ofrecer el constituyente del 78, por lo que el carácter secreto hay que predicarlo de *todo tipo de comunicación* independientemente del soporte que se utilice, siempre, claro está, que permita mantener al margen a los terceros, o sea, que se conforme como un canal cerrado.

²¹⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob. cit., pág. 50.

simplemente el sonido sale al exterior pudiendo estar al alcance de la escucha de cualquiera que se halle a unos metros de distancia. Este no es el caso de las comunicaciones a las que protege la normativa penal.

La exigencia de canal cerrado tiene una considerable relevancia respecto de los usuarios de las formas comunicativas no telefónicas de reciente implantación, a las que antes hemos hecho referencia, puesto que estos usuarios también tienen una expectativa de que se garantice el secreto de sus comunicaciones. Así por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones se aplicará al correo electrónico, a las videoconferencias, al envío de mensajes a través de internet, al uso del chat cuando se emplea la opción que limita la comunicación a dos interlocutores (*vis-à-vis*) o a las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la Red, mientras que a otras formas de comunicación que se realicen por canal abierto en Internet (tales como radio o chat entre varios interlocutores) no les será de aplicación la protección del art. 18.3 CE.

- La “interceptación” como acción típica.

Por interceptación, se entiende toda irrupción o acceso a la comunicación, sin interferir en su prosecución o interrumpirla y como ya se trató anteriormente el objeto de la acción son las telecomunicaciones, que son tanto como las comunicaciones personales que se realizan a distancia a través de medio tecnológicos.²¹⁶

Ha dicho Fernández Delgado²¹⁷ reconoce dos posibilidades o acepciones, que surgen del concepto de interferencia; de este modo, se trataría de interferir una comunicación, bien con el fin de tomar conocimiento de algo o bien con el fin de impedirla, detenerla interrumpirla aunque admite que esta dualidad de significados del término “interceptación” no es posible aplicarla en el artículo 197 objeto de análisis, ya que la ley exige que la misma se realice para descubrir los secretos o la intimidad de otras personas.

²¹⁶ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), *Derecho penal español, Parte especial I*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 566 y sig.

²¹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo Olmo, ob. cit., pág. 80.

En efecto, no alcanza para configurar el tipo con la instalación de los equipos de interceptación o grabación, sino que se requiere que se actúe para descubrir los secretos de otro o vulnerar su intimidad, por lo tanto, no alcanza con obstaculizar o impedir la comunicación dado que no resulta ser el medio adecuado para vulnerar los secretos

Según esto se podría hablar de dos modalidades de conducta; una conducta de interceptación para tomar conocimiento de la telecomunicación, en un sentido similar a la de apoderamiento anteriormente descrita, y que podría ser definida como *interceptación de indiscreción* y una interceptación de impedimento de la misma, descrita como *interceptación de obstrucción*.

Enseña Miguel POLAINO NAVARRETE²¹⁸ “Desde la perspectiva axiológica y teleológica de consideración del precepto, el término interceptar viene a concordar con el significado de “acceder al conocimiento”, “llegar a saber” o “descubrir el contenido” de una comunicación de índole privada.

Coincido con SERRANO GÓMEZ²¹⁹ en cuanto a que la interceptación de las comunicaciones comprende tanto las alámbricas como las inalámbricas, en el sentido de que tipifican también, las que se realizan a través de teléfonos móviles. Y no podría ser de otra forma pues la norma caería en desuso y por otra parte la expresión “interceptación de telecomunicaciones” no excluye ese tipo de comunicación sin hilo.

No coincido, en cambio, con la postura del autor cuando supone que la comunicación inalámbrica es más difícil de interceptar, pues, ciertamente, realizar las maniobras de interceptación sobre el cable del teléfono es verdaderamente fácil, y ya en estos tiempos ha quedado fuera de moda, pues la telefonía fija se halla perimida, pero

²¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 407: “Conforme a una interpretación gramatical, la conducta de interceptar abarca, además de los comportamientos de conocer o descubrir, también las acciones de interrumpir u obstruir una vía de telecomunicación. Las acciones de interrumpir u obstruir tienen lugar cuando se somete al registro por parte de un tercero una vía de comunicación interpersonal, que de este modo queda a merced del control de un extraño”.

²¹⁹ SERRANO GÓMEZ y Otros, ob. cit., pág. 181.

interceptar equipos inalámbricos, por caso, tiene la ventaja de no dejar huella alguna, y hoy en día con el avance de las tecnologías, es fácil la interceptación por cualquier entidad pública y aún por cualquier particular avezado en el tema.

Nótese también que podrá considerarse interceptación telefónica la que se realiza sobre una comunicación de “*face time*”, toda vez que se trata de una comunicación telemática a distancia en la que las personas se hablan y eventualmente se ven en la pantalla del teléfono. Aunque bien podría encuadrar en una interceptación que incluye la utilización de artificios técnicos, pues esta conducta se refiere a cualquier señal.

En definitiva seguro es que en el caso que me ocupa, ya desde siempre, la interceptación tuvo como objeto la comunicación telefónica, por fax, ampliándose en la actualidad a las que se realizar por satélite, radio, o por todos los medios informáticos al servicio presentemente. En el mismo sentido, se expresa RODRIGUEZ MORULLO²²⁰, cuando consigna que la interceptación de las telecomunicaciones comprende no sólo las conversaciones telefónicas convencionales sino también cualquier tipo de telecomunicación como lo sería el de la comunicación inalámbrica, ya que se consideraba subsumible en el CPA (STC 34/1996, del 11 de Marzo) donde se estimó que la captación y divulgación de las conversaciones telefónicas , sea cual sea el sistema que utilicen los interlocutores el ilícita.

Por interceptar, para SERRANO GÓMEZ²²¹, ha de entenderse la intervención para conocer el contenido de las mismas. Y es obvio, desde que, esta conducta clasificada como segundo tipo de conducta que prevé el tipo delictivo, participa de la tendencia subjetiva enunciada en la primera parte del artículo.

2- 3. La utilización de artificios técnicos escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación.

²²⁰ RODRIGUEZ MORULLO, Gonzalo, BARREIRO, Jorge, *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 567.

²²¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, ob. cit., págs. 181 y sig.

En este supuesto, se incluye como objeto de la conducta que ya veremos es la mera utilización de esos artificios, la comunicación que se ejecuta en forma directa, sin intermediación entre personas, siempre que no se efectúen estas captaciones por las vías naturales de una persona, es decir requiere la “utilización” de esos artificios técnicos

Si bien es pacífica la doctrina en cuanto a que se excluyen las famosas escuchas escondidas pero por los sentidos naturales de la persona (oído), se halla discutido en cuanto a si los artificios incluyen también a los micrófonos o a los prismáticos.

En mi opinión, el micrófono podría catalogar entre los artificios técnicos de escucha, pues aunque sólo amplíe presta un servicio sin el cual tal vez no se podría ejecutar la escucha y se trata de un artificio técnico de escucha propiamente dicho y concebido para facilitar la misma.

Los prismáticos, en cambio, a fuerza de ser minuciosa y respetar el principio de legalidad y de taxatividad que ha impuesto la propia enumeración, ingresaría con relación a la imagen, pero respecto de ésta, se requiere que la reproduzca y ese no es el caso. Si en cambio, se entiende que captan la imagen y la reproducen, entonces no queda otra opción que considerar que tipifican. Depende de qué es lo que se entiende por reproducción.

Aquí llega el punto de mencionar, que es éste el tipo penal que prevé la protección de la imagen como manifestación de la intimidad, reservándose la intervención penal a través de este tipo delictivo, cuando la captación se produce en lugar privado cerrado, como lo son principalmente el domicilio del sujeto pasivo, relegando los supuestos de captaciones en lugares abiertos para la regulación civil. Subsistiendo la duda y la casuística cuando se trata de lugares privados abiertos.

En relación a la imagen BALAGUER CALLEJÓN ha dicho que ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción y que en tal sentido puede incidir en la esfera de un derecho de la

personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos. De este modo se configura el derecho de imagen como la reproducción física de la persona²²².

Como venía de decir, la conducta que establece la norma como típica tiene una naturaleza tal que resulta ser instrumental, es decir que cualquiera de las tres posibilidades: apoderamiento, interceptación o utilización lo son “para”, en los términos de Fernández Delgado se trata de acciones “utilitarias” todo lo que lleva a la finalidad o dolo final de “descubrir” como “conocer” los secretos de otro, o “vulnerar” su intimidad.

3. El elemento normativo del tipo: “sin su consentimiento”.

Se trata de un elemento normativo del tipo de carácter negativo, que ha sido calificado por algunos doctrinarios como BARREIRO, como una exigencia del tipo de carácter superfluo, postura a la que adhiere FERNÁNDEZ DELGADO, de forma tal que si no se verifica esta falta de consentimiento, ello opera como excluyente de tipicidad y no de antijuridicidad, como lo pretende alguna parte de la doctrina.

4. El elemento subjetivo del tipo en todos los supuestos previstos por la norma.

Si no se halla elemento subjetivo del tipo o finalidad, nos hallaríamos ante un mero supuesto material de apoderamiento, aunque el ánimo o finalidad de descubrir puede aparecer después, en cuyo caso no se configurará el delito hasta tanto no se integre este requisito, sino sólo el *ánimus* de poseer en cuyo caso no podríamos encontrar ante un

²²² Vid. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid, 2013. Asimismo, agrega la autora citada, que “La imagen en tanto que representa la iconografía de del ser humano, es colindante con el derecho al honor, y se mezcla en un cierto sentido con éste, puesto que una lesión del derecho a la imagen representa la lesión de una parte del honor. Así lo tiene reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que recientemente ha ratificado que el derecho de imagen atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva el derecho de impedir la obtención de reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado/STC 77/2009 del 23 de Marzo FJ2). Por tal razón, la caricatura, que pretende ridiculizar la imagen, y forma parte del contenido del derecho de imagen la protección, o solamente de la fotografía, sino de cualquier referencia que intente vejar la imagen física. (STC 23/2010).

supuesto de delito contra la propiedad. Habrá entonces que bucear en la finalidad para determinar ante qué tipo delictivo nos encontramos.

Por lo tanto, tal conducta requiere de apoderamiento para descubrir, conocer o vulnerar y, en caso contrario, no será el apoderamiento típico de acuerdo con este artículo.

La existencia de este elemento subjetivo obliga, a que la conducta de interceptación prevista en la norma sólo puede ser interpretada en el sentido de intervenir las telecomunicaciones, con el fin de tener conocimiento de las mismas.

El tipo legal requiere, entonces de la concreción de todos los elementos del tipo objetivo, realizado este con intención de concretar dichos elementos, es decir con conciencia y voluntad final de interceptar la comunicación personal a lo que debe adicionarse con la intención también finalista de descubrir los secretos ajenos o de vulnerar la intimidad de otro.

Siguiendo a POLAINO NAVARRETE ²²³, "La referencia subjetiva a las esferas del secreto y de la intimidad personal hace ganar en precisión, exactitud y certeza a la norma, porque toda aquella un tanto deletérea mención de los posibles medios de comisión alternativa cobra sentido sustancial con la conexión con el objeto de protección reflejado en una esfera de privacidad personal merecedora de la tutela penal .-

Respecto a la conducta de utilización de artificio para grabación, entiendo que si la telecomunicación ha sido entablada con el sujeto activo de la grabación no resulta típica pues el secreto no le es tal desde que le está siendo dado en forma legal, en este caso la escucha es legal y la grabación si bien podría cuestionarse moralmente si no se avisa al interlocutor que se lo está grabando, falta el elemento esencial del secreto, toda vez que no lo es para el que recibe la comunicación.

El tema no carece de dificultades, toda vez que la acción típica se realiza con la

²²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., págs. 410/411.

implementación de los medios técnicos para la captación del sonido, sin embargo, restan los demás elementos del delito y como dice el Profesor POLAINO NAVARRETE ²²⁴, “La configuración legal incurre en una excesiva instrumentación descriptiva de la naturaleza de la acción conminada, en la medida que se formaliza mecánicamente la misma en unos términos que la hacen consistir en la pura y simple utilización de los indicados artificios técnicos”

Los medios técnicos que integran el tipo son los enumerados en la norma, por lo que se trata de un *numerus clausus*, para interceptar el sonido ajeno, aunque su enunciación implica una amplitud tal que cualquier medio técnico aunque no estuviera destinado al objeto o fin de la norma de escucha, transmisión, grabación o reproducción que pudiera hacerlo ingresa en la norma; no se requiere que el sujeto activo tome conocimiento del contenido, escuchado por sí o comprendido lo escuchado, ya que no es más que una acción puramente formal, pero, como ya se expresó resulta indispensable, que lo lleve a cabo con la finalidad específica de descubrir los secretos ajenos o vulnerar la intimidad del otro

Quien intercepta papeles cerrados de otro sin leerlos, pero en la idea de que contienen secretos y con el deseo de que lleguen a terceros cambia su curso, realiza el tipo penal, como también lo realiza la persona que, movida por otra finalidad, utiliza un aparato de transmisión de sonido que envía dicho sonido a un tercero que utiliza un aparato de escucha. La conducta de quien utiliza tal instrumento de transmisión, aunque no llegue él a tomar conocimiento del secreto, también será típica. En definitiva, se ha entendido cierta incongruencia en la configuración del tipo objetivo de este delito, toda vez que no se requiere la concreta toma de conocimiento del contenido del documento o telecomunicación para que el tipo se perfeccione.

En el caso del delito de apoderamiento documental, nos hallamos ante un delito de resultado material, y en concordancia con lo opinado por POLAINO NAVARRETE²²⁵, en un tipo de tendencia, *intencional de resultado cortado*, ya que el autor realiza dolosamente

²²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 412.

²²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal español*, ob. cit., pág. 400.

un acto objetivo, con la indicada finalidad específica que no es dependiente de un ulterior comportamiento del propio sujeto. La consecución o no de la objetiva satisfacción de tal finalidad es irrelevante a efectos de la concreción de este tipo subjetivamente configurado y no, ante un delito intencional mutilado de dos actos como opina parte de la doctrina en los que la intención finalista de descubrir no se refiere, en realidad a una toma de conocimiento, a una recepción de datos de conocimiento ajenos, a un acceso cognitivo de la esfera íntima ajena, sino una ulterior conducta positiva del propio sujeto, es el caso de doctrinarios como COBO DEL ROSAL , AGUSTINA SANLLEÍ, entre otros.

En el caso de la interceptación de comunicaciones, no requiere de un resultado material, por lo que se trata de un delito de mera actividad , que, para su consumación, no requiere de un resultado material y asimismo, se trata de un delito de intención y de resultado cortado, pues comulga con las mismas finalidades que el anterior.

La conducta de utilización de artificios técnicos, es decir la última y tercera acción prevista en el tipo penal, es un delito puramente formal, ya que no requiere de la toma de conocimiento , sino que tiene índole instrumental, por lo que también se trata de un delito de mera actividad, diría que este constituye un delito de peligro abstracto, tópico que luego trataré más específicamente, aunque también comulga con los anteriores en cuanto a delito intencional y de resultado cortado, pues todo el accionar doloso debe tener esa ultrafinalidad de ser para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad ajenas, aunque esto no se cumpla.

En estos delitos, el autor ha de querer producir por propia actuación, tras realización del tipo, el resultado situado más allá del tipo objetivo. Existe un apoderamiento, interceptación y utilización instrumental, dirigido a conseguir el descubrimiento o vulneración, como medio de un posible, probable pero no obligado actuar posterior de ese sujeto activo. Es decir que ese fin posterior puede darse o no darse y el delito queda igualmente consumado con la primera acción de interceptar o efectuar la utilización instrumental siempre que esté dirigido a descubrir o vulnerar como medio para ese fin ulterior.

Ahora bien, se podría decir con justicia que el sólo descubrimiento del secreto, la interceptación o la utilización instrumental resultaría baladí, si no se realiza con el fin ya descrito, pero tal intencionalidad, al no ser requerida que se concrete la finalidad ulterior resulta efectivamente de difícil prueba. Es que las intenciones resultan difíciles de probar si quedan sólo dentro del ánimo del autor y no hay manifestaciones que las exterioricen. Así, ha llegado a decirse que basta con que el sujeto activo no diera razón alguna de por qué sustrajo la correspondencia o realizó la intervención etc. Acudiendo a la llamada “vía indirecta”, en el sentido de que “se puede deducir de forma razonablemente lógica.

El dislate anteriormente descrito no puede ser tolerado. Es que nuestro derecho continental se inscribe en el derecho penal de acto y no de autor y la carga de la prueba recae sobre quien acusa, no siendo exigible al sujeto activo (imputado) probar su inocencia, razón por la cual nada tiene que decir acerca de por qué accionó como lo hizo y su silencio, ya se sabe, no puede jugar en su contra pues es un derecho constitucionalmente reconocido dentro de la garantía de defensa en juicio.

La característica esencial de este accionar es que la norma no exige que efectivamente se acceda a las comunicaciones privadas o se logre captar la imagen, basta con la utilización, obviamente con el fin subjetivo ya indicado y que precede a toda la norma de este apartado. Pero volviendo sobre este aspecto de la norma, resulta sumamente atacable, toda vez que se puede decir que estaría penándose meros actos preparatorios toda vez que se podría hablar sólo de una puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Desde este punto de vista resulta blanco de críticas y muy posiblemente hasta de un ataque a su constitucionalidad.

Ha sido discutido si resulta necesario para la consumación que se produzca la captación del sonido o de la imagen, y no faltan doctrinarios como Muñoz Conde que consideran que no basta con la mera utilización, sin embargo, de la simple lectura del

precepto normativo, surge prístino que no es lo que la norma exige, sino que el accionar se limita a la simple utilización del artificio que, claro está, debe ser eficiente para captar el sonido o la imagen, pero no se exige que el contenido llegue al agente, en este caso sujeto activo.

Siendo así, a mi criterio el delito es de peligro abstracto de dudosa constitucionalidad, toda vez que si bien no es bueno que las comunicaciones sean blanco de cualquier interceptación, o que se utilicen los artificios descriptos por la norma sobre el sonido, la imagen, etc., si ello no daña en el sentido de que el contenido intelectual de tal comunicación o la imagen que se pretende captar no llega a la intelección del agente ni de terceros, no se ha vulnerado intimidad alguna y entonces el precepto legal queda vacío de contenido y por ende de interés para aplicar el poder punitivo estatal.

En tal sentido, entiendo sumamente ilustrativo reproducir los argumentos expuestos por los jueces votantes en la sentencia del Tribunal Nacional en lo Criminal nro.23, del 23 de Junio de 2013²²⁶ quienes consignan: “... Señalan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco (“Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pp. 209 y ss.), que entre las diferentes características que revisten los tipos penales, una de las divisiones posibles de los tipos penales desde la que pueden abordarse es considerando los tipos de daño y de peligro; estos, a su vez, de peligro concreto o abstracto. En los de riesgo efectivo el peligro representa un elemento constitutivo de los tipos incriminantes, de manera que corresponde al juez certificar su existencia en las circunstancias concretas de cada caso. En los segundos, se presume que, según una regla de experiencia, el cumplimiento de algunas acciones se acompaña del surgimiento de cierto riesgo. Explican que, en otros términos *el legislador no incluye al peligro entre los requisitos explícitos del tipo incriminante, sino que se limita a tipificar una conducta cuyo cumplimiento, típica o generalmente, está acompañado de la puesta en peligro de un bien determinado. De esta manera una vez*

²²⁶ Causa n° 4085 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, integrado por los señores Jueces, doctores Pablo Jantus, Mario Magariños y Javier Anzoátegui, conjuntamente con el Sr. Secretario, Dr. Ariel Yapur, seguida contra Marcelo Robles, por el delito de portación ilegítima de arma de guerra, en los términos de los arts. 45 y 189 bis, inc. 2°, cuarto párrafo del Código Penal.

comprobada dicha conducta, el juez está eximido de desarrollar investigaciones ulteriores sobre la verificación del peligro.

Es que: Mientras que los delitos de peligro concreto suscitan problemas, sobre todo desde el punto de vista de la determinación de los criterios para su comprobación”, los de peligro abstracto se presentan desde siempre como susceptibles de objeciones bajo el perfil constitucional. Al respecto, el verdadero punctum dolens está constituido por el delito de peligro presunto, entendido en sentido estricto. En efecto, aunque sea cierto que este modelo de ilícito se caracterice porque tipifica un comportamiento considerado peligroso según una regla de experiencia, no puede excluirse que, de hecho, se verifiquen casos en los que dicho juicio fundado sobre la experiencia se revele falso, dado que, en algunas hipótesis concretas; es posible que la realización de la acción prohibida no genere el peligro que la prohibición penal tiene la finalidad de impedir. Por ello se dice que existe el riesgo de que los delitos de peligro presunto sancionen tan solo la mera desobediencia del agente, es decir, el simple incumplimiento de un precepto penal, sin que a tal incumplimiento se sume una efectiva puesta en peligro del bien protegido. Justamente en función de objeciones de este tenor parte de la doctrina pone en duda la legitimidad constitucional de los delitos de-peligro presunto. En efecto, introduciendo o manteniendo en el sistema penal delitos estructurados de esta manera, el legislador terminaría violando el principio de la ofensividad necesaria, comprensivo tanto de la lesión como de la (efectiva) puesta en peligro del bien tutelado.

Aunque en nuestro ámbito el tema ha sido estudiado por numerosos doctrinarios (ver por todos “Derecho Penal, parte especial”, Edgardo Donna, Tomo 2 c, pp. 103 y ss), creo útil recordar las enseñanzas de Zaffaroni, Alagia, Slokar, (“Derecho Penal, parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 469 y ss.) sobre la constitucionalidad de los tipos penales de peligro abstracto. Señalan que, para algunos, ellos consisten *en tipos en los que el peligro se presume "iure et de iure", para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones iura et de iure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. Por eso Binding los caracterizaba como delitos de desobediencia, lo que*

hoy reaparece con el reconocimiento de que no pasan de ser meras desobediencias a la administración. En cuanto al Peligro de peligro, basta pensar en las consecuencias que acarrea en caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea de clara tipicidad sin lesividad. **Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estas últimas siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. El recurso de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado “ex ante” y por peligro concreto el que existió valorado “ex post”, no es satisfactorio, dado que en cierto sentido todo peligro es abstracto “ex ante” y es concreto “ex post”. Por ello, todos los peligros deben ser valorados ex ante, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una falta de tipo por inexistencia del bien jurídico.**

La pretensión de crear peligros artificiales por su lejanía, sea (a) por presumir que hay peligros y riesgos cuando no los hay, (b) por prever peligros de peligros potenciados en su lejanía con la tentativa o (c) por clonar bienes jurídicos, creando bienes jurídicos intermedios (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental) los que a su vez son considerados afectables por peligro mediante la fórmula de la tentativa, tiene por resultado la racionalización de la violación al art. 19 constitucional. Y por otra parte, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia del peligro como requisito típico, también lesiona seriamente el principio de máxima taxatividad, pues deja abierto o indeterminado y, por ende, librado a la arbitrariedad, un límite claro de tipicidad, violando de este modo el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición.”

Por ello, concluyen en que debe determinarse, en cada situación concreta si hubo o no peligro para un bien jurídico, como supuesto ineludible de la conformación de la tipicidad objetiva.

Agregan más adelante que: *“Por último, recientemente se ha desarrollado una tesis que constituye una variable de la anterior: se trata de erigir en bien jurídico un orden más amplio y previo, producto de un fraccionamiento del bien jurídico, que consistiría en un general derecho a la seguridad tutelado mediante una pretendida norma flanqueante, que permitiría el adelantamiento de la tipicidad a actos que desde el punto de vista del bien jurídico originario o no reproducido, clonado o fraccionado, serían atípicos, pero que resultarían afectando el derecho a la seguridad. Con este argumento sería posible legitimar la “conspiracy” anglosajona o la confabulación de la ley 23.737 en versión de la 24.424 y, en general, cualquier conducta por previa que sea al peligro de lesión, dado que no hay acto preparatorio ni voluntad malvada que no implique un cierto riesgo a la seguridad. En la práctica sería posible legitimar como pretendidamente ofensiva cualquier conducta con la mera invocación del preámbulo constitucional. De este modo, el preámbulo serviría para obviar el art. 19 del mismo texto.*

Es claro, de acuerdo a la doctrina expuesta, que los fundamentos mencionados por la Sra. Defensora resultan sumamente atendibles, puesto que desde mi punto de vista es absolutamente claro que únicamente resulta típica objetivamente una conducta cuando ha superado el límite que impone al legislador el art. 19 de la Carta Magna, es decir, cuando se ha demostrado que mediante esa conducta se ha afectado o se ha podido afectar concretamente en el caso en estudio los derechos de otro, cuando, en términos de Cossio, ha existido interferencia intersubjetiva (“Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho”, Depalma, 1987, pp. 147 y ss.). Sin afectación al principio de lesividad, en suma, no hay tipicidad penal posible.

Cuando durante la deliberación tratamos el problema en estudio, pensé inmediatamente en la posición de la Corte Suprema en el caso “Capalbo” cuyo valor recientemente ha rescatado en “Arriola”, luego de un período en el que se modificó su doctrina. Como todos sabemos, se trata de la constitucionalidad de la punición de los delitos de tenencia de estupefacientes, en los casos en que, justamente, no se pone en riesgo los derechos de terceros; en esos precedentes, no es necesario remarcarlo, el Tribunal Superior aportó una interpretación de la regla que estudiamos similar a la que aquí se

sostiene. Pero lo curioso fue que –como me ha sucedido otras veces con reconocidos dogmáticos del derecho penal con los que he tenido la fortuna de trabajar, como el Dr. Luis Fernando Niño – encontré que el Dr. Magariños, cuya erudición es igualmente reconocida, había tratado el tema tal como lo imaginé, hace más de doce años...”

“Pues bien, aclarado lo expuesto, considero necesario transcribir aquel viejo voto del Dr. Magariños, a cuyos fundamentos también me remito por compartirlos íntegramente y porque, como se verá, el caso era calcado al que ahora estudiamos. Señalaba el juez nombrado en la causa n° 578 “Orlando Osmar Serra” del 17 de marzo de 1999 que:

El comportamiento del imputado fue subsumido por la Sra. fiscal en su alegato en el tipo penal del artículo 189 bis, tercer párrafo, de la ley de fondo, esto es, tenencia de arma de guerra.

Tal consideración, como ya he señalado en numerosos precedentes de este tribunal (cfr., entre otros, mis votos en los fallos dictados respecto de Carlos Alberto Pereyra, el 15 de septiembre de 1994, en el expediente registrado bajo el nro. 16, y de Jorge Oscar Pérez, el 28 de septiembre de 1994, en el expediente registrado bajo el nro. 46) lleva implícita necesariamente la interpretación, por parte de la representante del ministerio público, de que el citado artículo del Código Penal consagra un tipo de "peligro abstracto", en el cual el legislador ha descripto como típica una determinada acción por presumir que dicho comportamiento posee la cualidad de "ser peligroso", sin que resulte necesario al intérprete, al momento de la subsunción, verificar si la conducta de que se trata importó o no en el caso concreto algún peligro efectivo para el valor que la norma tutela.

Una interpretación que otorgue tal alcance a una norma legal, debe enfrentar la cuestión de compatibilidad entre la norma así interpretada y lo dispuesto en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto dicha cláusula fundamental establece, como mandato al legislador, que sólo pueden ser seleccionados como materia de una prohibición acciones que de algún modo perjudiquen o pongan en peligro algún bien jurídico.

Cierto es que existen precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que han determinado la validez de normas legales entendidas como consagrando

la prohibición de un comportamiento por su sola realización sin que sea necesario verificar, además, si ocasionó peligro efectivo o daño a algún bien jurídico. Así lo entendió el más alto Tribunal del país con relación a la tenencia de estupefacientes destinada al consumo personal en Fallos: 300:254; 303:1205 y en la decisión de la mayoría en Fallos: 313:1333.

He sostenido ya en un artículo de doctrina (ver. Doctrina Penal, año 13 (1990), ed. Depalma, Buenos Aires, págs. 351 y ss.) que el mandato que la Constitución Nacional impone al legislador, en su artículo 19, primera parte, consiste en que sólo le está permitido seleccionar como prohibidos penalmente comportamientos respecto de cuya realización pueda presumir (única posibilidad en la instancia de descripción de la conducta, o en otras palabras, de creación del tipo del texto), sobre la base de parámetros evidentes de razonabilidad, que ocasionaran consecuencias dañosas o, al menos, concretamente peligrosas para el valor que se pretenda amparar; en consecuencia, el contenido de lo dispuesto en la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional se traduce en la prohibición de que el legislador seleccione como criminal un comportamiento respecto del cual no sea posible formular aquel pronóstico razonable de concreto peligro.

Por lo tanto, si el texto legal de que se trate contiene una "presunción razonable" de que el comportamiento que describa aparejará al ser realizado un peligro efectivo para un bien jurídico, no será posible estimar incompatible tal descripción legal con lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional en su primera parte.

Sin embargo, la tarea del juzgador no se agotará con tal verificación, restará todavía a él comprobar si la conducta que está sometida a su juzgamiento causó el daño o generó efectivamente el peligro que el legislador, en el momento de crear la prohibición, sólo podía presumir razonablemente como consecuencia derivada de la realización del comportamiento, pues sólo mediante dicho examen realizado en el caso concreto, estará el intérprete en condiciones de afirmar si la acción se adecua o no al "tipo de la interpretación" o "tipo penal en sentido estricto" que se halle en consideración.

Ello es así, pues siempre un texto legal, sea que consagre un "tipo de peligro" o uno de "resultado de daño o lesión", se halla construido sobre la base de una presunción del legislador, dado que al momento en que éste describe determinada

conducta como prohibida por una norma, esto es, al construir el "tipo del texto" no le resulta posible más que "presumir" -con base en parámetros de razonabilidad-consecuencias dañosas o concretamente peligrosas derivadas de la realización del comportamiento.

Ahora bien, no es dable sostener que, a su vez, el "tipo de la interpretación" se deba estructurar como mera presunción, y que, en consecuencia, resulte suficiente, para su configuración, que el juez sólo compruebe la realización de la conducta a partir de la cual surge tal presunción, pues de ser así, ocurriría que la presunción formulada ya por el legislador sería siempre y en todos los casos irrefutable, en consecuencia, aun cuando en el caso concreto apareciera falseada, el juez debería concluir de modo inevitable en un juicio de tipicidad afirmativo.

Con otras palabras, el intérprete para considerar reunidos los elementos de un "tipo objetivo", de un delito de peligro deberá constatar no sólo la realización de la acción, sino también la existencia del peligro como consecuencia de la realización de la conducta. Tal examen es el que también debe realizar el intérprete frente a un tipo penal de resultado de daño o lesión. Ello es claro al menos para quienes acepten que el resultado agrega algo al ilícito, además del disvalor de acción. Pero aun quienes afirman lo contrario, sobre la base de una concepción absolutamente personal del ilícito o injusto, de todos modos exigen la constatación de cierto grado de peligro concreto a partir del cual la acción esté prohibida (ver Marcelo Sancinetti, "Teoría del delito y disvalor de acción"; ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, págs. 199-202).

En consecuencia, considerar que la tarea del intérprete consistiría en que sólo debe comprobar la realización formal de la conducta a partir de la cual el legislador presumió un peligro y sostener a su vez que, aun cuando en el caso que juzga no se verifique su concreción, de todos modos debe afirmar la subsunción objetiva, es partir de una concepción del "tipo penal" en la que subyace una extremada reducción de la tarea interpretativa que corresponde cumplir al poder judicial, olvidando así que, como sostuviera nuestra Corte Suprema de Justicia, los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y no punibles, conocer, en definitiva que es lo que la voluntad general expresada en la ley pretende sancionar y cómo quiere hacerlo. Motivo por el cual la interpretación judicial

constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado derecho (Fallos: 309: 1689).

Por último, es extremadamente dudosa la legitimidad, en el ámbito del derecho penal material y procesal, que puede predicarse de una concepción del "tipo penal" que carece de todo sustento epistemológico, pues impone ante todo caso concreto la ineludible exclusión de su falsación. En otras palabras, ello equivale a significar al "supuesto de hecho" como si se tratara de un condicional contrafáctico, esto es, como hipótesis metafísica de la ciencia (confr. Carl G. Hempel, "Filosofía de la ciencia natural", Ed. Alianza, Madrid, 11 reimpresión de la 1ra. edición en castellano, 1973; especialmente caps. 4 a 6).

Sentado cuanto he venido diciendo, concluyo entonces que el tipo penal contenido en el art. 189 bis., párrafo tercero, de la ley de fondo requiere la constatación de la conducta de tenencia de un arma de guerra a la cual le resulte imputable objetivamente la realización de un peligro concreto para la seguridad pública.

Pero luego de este pequeño paréntesis , volviendo a la acción en este tercer supuesto del art. 197.1, siendo que tal acción se relaciona directamente con el tipo de delito de que se trata y los límites punitivos que habrá de asignársele en función de su mayor, menor o nula incidencia en el bien jurídico protegido, y a mayor abundamiento a los efectos de agotar el tema, conforme los apunta FERNÁNDEZ DELGADO ²²⁷la acción de utilización integra cuatro modalidades típicas:

- Artificios técnicos de escucha
- Artificios técnicos de transmisión;
- Artificios técnicos de grabación y
- Artificios técnicos de reproducción

En cuanto a estas modalidades, cualquiera de ellas se resume en la acción base y no necesita configurarse más que una de ellas, son alternativas y son referenciadas a:

²²⁷ FERNÁNDEZ DELGADO, L.O., ob. cit., págs. 81/82.

- el sonido
- la imagen
- cualquier otra señal de comunicación

La escucha, dice el autor, es la conducta que preside las cuatro modalidades: todas ellas giran en el fondo en torno a la lesión que se produce al tomar directamente conocimiento de lo que se dice, utilizando para ello medios técnicos y no será necesario la realización de las cuatro modalidades. La segunda modalidad, la transmisión, está relacionada con la primera requiere que se capte el sonido merced a la utilización del aparato o artificio técnico y se envíe hacia el oyente permitiendo así que éste alcance a oír comunicaciones que de otro modo estarían fuera de su ámbito de audición. De la tercera conducta, esto es la de grabación, la define como la fijación mecánica de las palabras en un portador de sonido que haga posible su reproducción acústica y que la gravedad de la conducta de grabación como atentado a la intimidad se fundamenta en la perdurabilidad de las manifestaciones orales del sujeto pasivo al recogerse de forma fehaciente viéndose desposeído de la posibilidad de controlar su alcance: y por último, la utilización de aparatos técnicos de reproducción iría prácticamente unido al de grabación toda vez que por regla general el aparato de grabación que se utiliza, suele ser apto para su posterior reproducción pro ello esto está más pensado para la reproducción de imagen.

En cuanto a estos extremos, y no obstante lo apuntado por el autor citado, entiendo que, en puridad, y si nos atenemos a lo que la ley dice, recordando la máxima rectora de que manda: “ante la claridad de la ley no hay exégesis” no se requiere que exista lesión, es decir que se tome efectivamente conocimiento de lo que se dice, ni que se envíe hacia el sonido hacia el oyente, toda vez que la norma sólo establece la acción de utilización de los artificios técnicos. Siguiendo con el mismo tema que venía en estudio, en cuanto a cómo puede afectar la acción típica prevista por la norma al bien jurídico protegido, encuentro que, esta última acción, que es única pero referida a distintos tipos de artificios que la ley enumera taxativamente, es simplemente la de “utilización” de esos artificios. Por lo tanto, de la misma manera que no se requiere que efectivamente se descubran esos secretos o se vulnere la intimidad, en este caso, basta para la norma con la utilización de

esos aparatos, claro está deberían tener las características y ser aptos para la función para las que han sido creados y se enumeran y efectivamente deben ser utilizados según su fin.

Entonces , otro tema será preguntarse si, en el caso en que no se pone al menos frente a un peligro concreto al bien jurídico protegido, estamos o no ante un hecho típico punible o ante un tipo penal inconstitucional, o, al menos, si no se da un peligro concreto sobre el bien jurídico protegido, la conducta no podría ser punible.

En tal sentido, y sin ser tan tajante en las opiniones como la que acabo de dar, sobre todo sin poner en crisis el mismo dispositivo legal, QUERALT JIMENEZ ²²⁸, luego de argumentar al igual que Fernández Delgado que resulta indispensable la escucha, la grabación o la reproducción efectivamente, admite que “La mera interceptación no basta, pues, por mucho ímpetu divulgador que tenga el sujeto activo, dado que para su interceptación necesita de artificios técnicos, hará falta, como mínimo la escucha –o visionado- de lo interceptado. Interceptar, sin más supone un entorpecimiento de las telecomunicaciones, pero no la violación del secreto que constitucionalmente incorporan. Por ello, además de la escucha, siempre por medios técnicos, se pena la transmisión (rector, retransmisión), grabación o reproducción de los captado, haya sido escuchado o no”

Por su parte, MUÑOZ CONDE²²⁹ sin ingresar profundamente en el tema y casi de soslayo, al tratar la consumación del delito en lo que hace a lo que hace a a interceptación de las comunicaciones y a la utilización de artificios técnicos, los que agrupa, dice “ Para la consumación no es suficiente con la instalación de los aparatos de interceptación o grabación, sino que es preciso, además, que se capte el sonido o la imagen.

Finalmente el mismo FERNÁNDEZ DELGADO²³⁰ admite que es difícil que se produzcan supuestos que puedan ser estrictamente castigados a través de este tipo penal; y da el ejemplo de impunidad de la conducta de aquel sujeto que reproduce sólo para sí la

²²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español, Parte especial*, sexta edición revisada y actualizada, Atelier, libros jurídicos, Barcelona, 2010, págs. 292 y siguientes.

²²⁹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 221.

²³⁰ FERNÁNDEZ DELGADO, L.O., ob. cit., pág. 83.

grabación que él mismo había realizado, mientras que si se permite la intromisión de terceros en la lesión de la intimidad ya consumada a través de la reproducción de la grabación se estaría, en cambio, en el ámbito del tipo agravado del párrafo 3ro.C.P., en puridad el párrafo 4to, pues el artículo ha sido reenumerado, postura con la que no puedo menos que coincidir.

Por último, RUISZ MARCÓ²³¹ con meridiana claridad, respecto de las que él agrupa con segunda modalidad de conducta descrita en el tipo del art. 197 I.II CP., dice: “La ley adelanta ya la sanción penal al momento de la mera utilización del dispositivo aún cuando no se llegue a captar la imagen o a interceptar la comunicación. Estamos así ante una especie de acto preparatorio (la utilización de artificios técnicos) especialmente criminalizado. Cita al mismo autor jurisprudencia –S AP de Baleares, del 22 de Marzo de 1997 (ARP 1997/276) en contra de esta postura en cuanto a que considera esos actos preparatorios impunes. Asimismo, y citando a Morales Prats, sostiene que basta así para colmar la perfección típica con la interceptación de telecomunicaciones o con la utilización de aparatos de escucha, grabación o reproducción y cita jurisprudencia en la que se consigna que es suficiente con la interceptación o con la intervención de la comunicación por los procedimientos típicos, sin que sea preciso que llegue a ser conocido el secreto o la conversación privada, existiendo así un adelantamiento consumativo al momento de la instalación de los aparatos de control auditivo con tal de que sean eficaces lo que supone el agotamiento delictivo bastando que la captación de la audición sea por el aparato y no por el agente.

A pesar de su indudable vínculo, hay una nota que hace distinta esta conducta de la de simple intromisión en la intimidad de otro a través de la escucha confidencial en sentido estricto; es el hecho de que el destinatario voluntario de la confidencia del sujeto pasivo, aunque sea por medio de engaño, es el sujeto activo de la conducta de transmisión; es decir, esta conducta ilícita se ha realizado sobre la base de una comunicación confidencial de la que el sujeto activo ha sido hecho partícipe. Aunque parezca que de esta manera se ataca en menor medida la intimidad del sujeto pasivo, su lesión es grave ya que

²³¹ RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad*, Colex, Madrid, 2001, pág. 69.

se le impide controlar el número de personas para el que se está hablando.

La tipificación expresa de esta modalidad permite equiparar a la conducta de escucha la actividad del particular que, sin oír todo que se dice, transmite directamente a un tercero una conversación²³².

La grabación implica necesariamente y ha sido definida por algunos expertos como por fijación mecánica de las palabras en un portador de sonido (cinta, disco o similares) que permita su reproducción acústica. Luego, no es infrecuente que la grabación constituya el primer paso hacia ser completada por otra de las modalidades previstas.

La gravedad de la conducta de grabación, si efectivamente con la utilización de los artificios técnicos para tal fin se graba, se analiza como atentado a la intimidad en atención y con el fundamento de que lo obtenido perdurará, es decir que ya no se trata sólo de palabras o imágenes vistas que luego pueden ser olvidadas, como comúnmente se dice ya que cuando son grabadas, han quedado registradas para la posteridad.

Frente a la captación y grabación al mismo tiempo el sujeto pasivo ha quedado, como se dice, desposeído de las palabras impidiéndose al mismo ser el único dueño de su control, es decir perdiendo en el mejor concepto de desapoderamiento, la disponibilidad de sus palabras o de sus imágenes y como bien dice el dicho ya no es dueño de sus palabras, sino sólo de sus silencios.

La modalidad de utilización de aparatos técnicos de reproducción, al igual que la mayoría de la doctrina piensa y es razonable que ha sido dedicado y especialmente pensado para la recolección de imágenes. Por otra parte, aquí habrá de ver en cada caso como juegan las responsabilidades, dado que si una persona sólo reproduce para sí lo gravado por él mismo y no intervienen terceros podría ser impune.

En cambio podría quedar atrapado en el tipo penal la conducta de aquel que

²³² Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, "Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos", en *Comentarios a la Legislación penal*, T. VII, Edersa, Madrid, 1986, págs. 108 y 113.

obtiene la grabación realizada por otra persona aunque ésta sea el mismo sujeto pasivo y bajo el conocimiento de que recoge datos privados la reproduce para sí mediante la utilización de artificios de escucha.

Va de suyo, y aunque parezca una obviedad que ambas modalidades, esto es la interceptación y la utilización de artificios técnicos, deben llevarse a cabo sin el consentimiento del sujeto pasivo, pues de otra forma la conducta sería atípica, toda vez que se trata de un elemento normativo del tipo.

Así, MUÑOZ CONDE²³³, quien no da tratamiento al consentimiento como elemento normativo del tipo, agrega que especial dificultad encierra aquí el consentimiento como causa de justificación en aquellos casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación. En este supuesto, dice el autor citado, el consentimiento de uno de los interlocutores no justificaría el hecho e incluso cabe coautoría o participación punible del interviniente en la conversación que consiente en su grabación sin comunicárselo a los demás.-

Se trata dicen, de un delito de acción, en estos casos -interceptar y de utilizar artificios técnicos-, esto es de acciones positivas, dado que resulta imposible imaginarlas en un contexto de omisión. Sin embargo en mi caso, pienso que es posible que alguien sabiendo que hay un equipo de escucha ya colocado, evita quitarlo de donde se encuentre propiciando la grabación y o reproducción del sonido o imagen.

En este caso habría que pensar un poco más técnicamente el mismo y determinar si estamos frente a un caso de omisión pura o de comisión por omisión.

La conducta, entonces, debe ejecutarse con al finalidad específica de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo de lo injusto), aunque el tipo no requiera para la consumación del descubrimiento efectivo y consecuentemente no se exige la vulneración material de la intimidad, Basta, dice Ruiz Marco con la intención (el ánimo scienci)

²³³ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 221.

En primer lugar diré que debe excluirse la posibilidad de descubrir los secretos o la intimidad propia, está dirigido al derecho que tiene el otro de preservar su intimidad y alcanza en el caso con descubrir o vulnerar.

Sobre el significado del término descubrir puede decirse que se trata de revelar, manifestar, es decir sacar de la esfera íntima de quien tiene derecho a preservar el secreto. En tanto que vulnerar significa quebrantar, violar, transgredir, es decir afectar la esfera íntima. Bastaría con la intromisión no consentida en la intimidad de una persona física, para que la infracción quede completamente consumada.

La naturaleza de la conducta es acción positiva no abarcando la omisión ni la comisión por omisión, aunque algunos autores admiten la omisión cuando es obligación devolver el pliego o soporte material que contiene el secreto y se niegue a hacerlo (ejemplo del cartero que no entrega la carta al destinatario); sin embargo, pienso que este ejemplo no es válido porque en ello hay una acción positiva de retener la correspondencia ajena.

Volviendo al elemento normativo exigido, por voluntad del legislador, si se produce el consentimiento, la conducta no es que siendo típica no sea injusta, es que no llega a ser típica. Sin embargo el derecho a la intimidad se ha conceptualizado como un derecho de la personalidad por lo que podría decirse que resulta indisponible, irrenunciable e inalienable, no pudiendo, en puridad, ser objeto de libre disposición de su mismo titular, por lo cual se cuestiona qué sentido puede tener aquí el consentimiento.

Sin embargo, y como bien apunta Fernández Delgado, más allá de estas especificaciones técnicas referidas a este tipo de derechos, el consentimiento podría funcionar como una causa de exclusión de la tipicidad, ya que si la esencia del derecho a la intimidad radica en la libertad, ha de aceptarse que el sujeto permita a otros que desvelen hasta los últimos recovecos de su personalidad. En realidad entiendo, más allá de toda discusión técnica que se trata de un derecho disponible y bien se ve al haber entendido el legislador que se trata de un delito dependiente de instancia privada.

Efectivamente, tanto en el derecho argentino, como en el español –en este

último conforme lo establece el art. 201- para proceder por los delitos previstos en el Capítulo será necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal estableciendo como excepción con relación a los hechos descritos en el art. 198 C:P: y luego de demostrativo de esta disponibilidad por parte del titular del derecho lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 201 que estipula como causa de extinción de la acción penal el perdón del ofendido.-

Es que la ley es sabia al disponerlo de tal forma, toda vez que puede ocurrir que, al daño producido por la misma revelación del secreto o descubrimiento de la imagen se adiciona la exposición de un juicio puede la parte damnificada querer evitar tal exposición que implica una re victimización con los ribetes que ello implica. Por otra parte, también puede ocurrir que pudiera prestarse el consentimiento, para el descubrimiento o divulgación de hechos íntimos, a fin de obtener una ventaja, ya sea económica o de diversa índole. Este accionar de permitir el acceso a la intimidad, no implica renunciar al derecho personalísimo sino justamente ejercer los límites del mismo siendo el autorizado para hacerlo su único titular el que por otra parte puede revocar dicha autorización cuando lo desee.-

Asimismo puede que el consentimiento tenga un alcance distinto del que le da el receptor de ese consentimiento y es el caso de quien da el consentimiento para la escucha y el sujeto activo graba la conversación. En este aspecto coincido con Delgado Fernández en que resulta difícil tener por típico el accionar de grabar cuando el bien jurídico no se ha vulnerado al consentir el sujeto pasivo la escucha con lo cual el secreto ya no tiene la característica de tal.

En este sentido, hay que admitir que la reproducción de una grabación recogida de modo autorizado es una mucho más liviana intromisión en la esfera personal del otro sujeto que la reproducción de una grabación realizada de manera no autorizada. Aquel comportamiento puede ser una lesión de la confianza de las personas, pero no es comparable con la divulgación de una grabación hecha en secreto, puesto que quien permite aquel tipo de intromisiones en su esfera íntima ha de aceptar la posibilidad de que los conocimientos así ad queridos se difundan sin que él pueda acudir ya al Derecho penal,

salvo que la conducta se integre en otro precepto penal (p. ej. injurias) o que, en su caso pudiera acudir a la legislación civil.

No se requiere dentro del ámbito penal, como por el contrario sí en el civil, conforme la Ley Orgánica de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen²³⁴, que el consentimiento se preste expresamente, ya que puede darse tanto

²³⁴ LEY ORGÁNICA SOBRE PROTECCIÓN CIVIL AL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). Conforme al artículo 18.1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realzados en el texto constitucional que el artículo 20.4, dispone que el respeto de tales derechos constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales...Establece el artículo 1 de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal (LA LEY-LEG. 3996/1995)...Por ello, en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece. Los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece. En el artículo 2 se regula el ámbito de protección de los derechos a que se refiere. Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma, la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas. Los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran. Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos, permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo. El otorgamiento del consentimiento cuando se trate de menores o incapacitados es objeto de las prescripciones contenidas en el artículo 3...La definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los artículos 7 y 8 de la ley. El primero de ellos recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la ley. Por último, la ley fija, en su artículo 9 de acuerdo con lo prevenido en el artículo 53.2 de la Constitución, el cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas, así como las pretensiones que podrá deducir el perjudicado. En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos. En tanto no sea regulado el amparo judicial, se considera de aplicación al efecto la

expresa como tácito o presunto, siempre y cuando no queden dudas de que median en el caso los requisitos de coetaneidad, anterioridad y espontaneidad y siempre, claro está proviniendo de una persona con capacidad para otorgar ese consentimiento, sea titular del bien jurídico, y por supuesto, esa capacidad mencionada debe ser suficiente para que comprenda, además, las consecuencias de su acción.

Cada caso deberá analizarse en su contexto, ya que sobre el particular caben innumerables ejemplos de la vida diaria, en los que el consentimiento puede interpretarse como tácito.

Vaya el caso de los cónyuges que reciben correspondencia en el mismo domicilio, y podría ser algún asunto que no admite demora y hasta podría involucrar a ambos miembros de la sociedad conyugal, o supuestos en que alguien abre una carta siendo amigo aunque también puede encontrarse bajo una justificante de estado de necesidad. No es admisible alegar tal consentimiento tácito, por caso en aquellos supuestos en que la sociedad sea cual sea incluso la conyugal, está desintegrada, aún cuando la separación sea todavía de hecho.

Hay una relación indisoluble entre el consentimiento presunto o tácito y la idea de secreto o clandestinidad en que la escucha, grabación u otra de las acciones que precisen de instrumentos técnicos del art. 197 se ha producido. De cualquier forma, en el caso de una abierta utilización de artificios de escucha, grabación o registro no llena el tipo pues si suponen un conocimiento de los presuntos sujeto pasivos sobre esa utilización, en definitiva estaría fuera de tipo.

Es de aquellos casos en que se encuentra la persona en una ceremonia aunque no sea pública, por caso la entrega de un premio o en la mayoría de las reuniones de tipo profesional y existen colocados aparatos de registro de imagen o sonido instalados en el lugar y que se hallan a la vista de todas las personas presentes. En este caso no sería

Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos de la persona de 26 de diciembre de 1978 (LA LEY-LEG. 18257/1978), a cuyo ámbito de protección han quedado incorporados los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la disposición transitoria 2.^a.2, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LA LEY-LEG. 2383/1979).

razonable que los sujetos grabados o filmados se agraviaran de esta situación, pues se trata de un asentimiento presunto no fuera de conocimiento del titular del derecho.

Se ha dicho en párrafos anteriores que es requisito indispensable para la validez del consentimiento y por tanto una de sus condiciones de lo hacen válido, es que quien lo emita ha de tener la capacidad para disponer del en jurídico y comprender las consecuencias que se deriven. En tal sentido, deberá consultarse la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo**²³⁵.

De cualquier forma, si bien traigo a colación la ley civil, la normativa penal resulta ser más laxa en estos aspectos, tanto que no se requiere una capacidad jurídico civil para negociar como bien lo expresa FERNÁNDEZ DELGADO²³⁶ y siempre debe mediar la razonabilidad al tiempo de analizar cuándo puede existir una anuencia tácita, o bien la creencia de que se está autorizado por el titular, sobre todo en el caso de domicilios

²³⁵ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Artículo 2.

1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios. El inciso “o, por imperativo del artículo 71” hasta “procedimiento previsto para los suplicatorios”, ha sido declarado inconstitucional por Sentencia TC 9/1990, 18 enero («B.O.E.» 15 febrero). Número 2 del artículo 2 redactado por L.O. 3/1985, 29 mayo («B.O.E.» 30 mayo), sobre modificación de la L.O. 1/1982, 5 mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Véase artículo 9.3 de esta Ley y artículo 22 del Reglamento Senado, Texto Refundido de 3 mayo 1994 («B.O.E.» 13 mayo).

Véase artículo 2.1 de la L.O. 4/1997, 4 agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos («B.O.E.» 5 agosto).

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Artículo 3.

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Véanse artículos 154, 162, 222, 267, 319, 1.263.1.º, 1.264 y 1.301 del CC.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

²³⁶ FERNANDEZ DELGADO, Leopoldo Olmo, ob. cit., pág. 93.

comunes o relaciones de familia. En tal sentido der las posturas de los autores.²³⁷

En el caso de que se tuviera la convicción de que ciertas personas como en el caso de los menores no tienen capacidad para otorgar libre y eficazmente el consentimiento, se puede acudir a los representantes legales (padre tutores) del menor o incapaz para que lo presten por él. También puede darse el caso de que dichos menores y aún incapaces den claramente su consentimiento, pero por evaluación de la autoridad que interviene, ese consentimiento podría colocarlos en una situación de indefensión, también corresponde ejercer su protección conforme las normas tutelativas de menores y requerir la anuencia del padre, tutor o representante legal o bien de la autoridad judicial con competencia en menores o sea el llamado representante promiscuo del menor o incapaz.

Es preciso recordar que en la anteriormente citada Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha restado valor al consentimiento del menor o de sus representantes legales, en determinados supuestos, considerando intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad del menor, y a su propia imagen, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses “incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

5 - Consumación y tentativa

Para iniciar, resulta de interés para el análisis del *iter criminis* conocer la norma general que regula este tópico. Así conforme la manda del art. 16 del C. Penal

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían

²³⁷ Vid A. SCHÖNKE / I-I. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, op. cit. pág. 1.301; Luis GONZÁLEZ GIJTIÁN, “Escuchas clandestinas realizadas por particulares”, op. cit., pág. 171, en cuanto a la grabación de imágenes, de modo no subrepticio y, en consecuencia con consentimiento tácito o anuencia del interviniente, vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca de 10 de julio de y de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de noviembre de 2007.

²⁰ Vid. I-I. BLIN, “Protection de la vie privée”, en *luris Classeur Droll Penal*, 2. 1971, art. 368.

producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

Es un delito en toda sus modalidades que admite la tentativa. Es que siendo una figura que categoriza como de intención, y siendo de resultado cortado, uno de apoderamiento, interceptación y utilización de artificios técnicos, unido a otro elemento subjetivo adicional, consistente en el dolo de realizar un acto posterior (descubrir el secreto o vulnerar la intimidad) sin que requiera que éste último se produzca, resultan posibles las formas imperfectas de ejecución en su modalidad de tentativa acabada o inacabada.

Es el caso de quien comenzó la ejecución del mismo y no lo consuma por razones ajenas a su voluntad, como sería el caso de ser sorprendido en el instante en que está actuando, sea intentando apoderarse, intentando la interceptación o instalando los artificios, o instalados, dice algún autor, cuando el micrófono está colocado para la escucha y no se produce el ingreso de la persona en el salón en donde oficiaría según su destino. Sin embargo, el tema no carece de aristas y de dificultades, pues si consideramos que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, o de mera actividad, resulta difícil pensar en una tentativa.

En el proceso hasta la consumación, o sea durante el *iter criminis* se transita por las

etapas de ideación y preparación hasta llegar a lo que se llama comienzo de ejecución del hecho continuando el proceso, de no suspenderse en esta etapa de conato en la consumación del delito.

Aunque resulte fatigoso recordarlo, la etapa de ideación no resulta punible toda vez que se cumple la máxima que indica que los pensamientos no se punen, así como la preparatoria, aunque existen tipos penales que adelantan justamente a esta etapa la punición, a mi entender, incorrectamente.

Es que el delito, como cualquier acción humana comienza con la idea hasta que culmina con la obra plenamente objetivada en el mundo exterior y recorre ese proceso más o menos largo llamado "*iter criminis*".

Durante este proceso la ley penal no los trata de idéntica forma, considerándolo a veces irrelevante como en el caso de que lo actuado no tuviera efectividad para afectar el bien jurídico protegido, con lo cual los actos resultarían impunes y en otras etapas, si bien no constituyen el producto acabado, son el principio del mismo y por lo tanto resultan punibles²³⁸, la búsqueda de la frontera entre los actos meramente preparatorios, o sea impunes y los ejecutivos, ya punibles, tiene también que ver con el plan del autor y con el tipo de delito de que se trate.-

Precisamente la consumación tiene distinto tratamiento según se trate de un delito de los denominados de resultado o de un delito de mera actividad.

En el primero de los casos, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo. En el segundo de los casos, la consumación se adelanta a un momento anterior, no precisándose un resultado determinado, que es lo que ocurre en

²³⁸ Vid. PESOA, Nelson R., *La Tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*, 2ª edición actualizada, Editorial Hamurabi, p. 32. "Los momentos penalmente irrelevantes de la empresa criminal, son designados en el lenguaje de la ciencia penal con el nombre de "actos preparatorios"; por su parte, aquellos instantes que se consideran el efectivo comienzo de la obra delictuosa, a los que la ley penal sanciona ya, son designados "actos de ejecución (tentativa). La cuestión consiste en saber, y por lo tanto delimitar, qué momentos del plan delictivo tienen calidad de actos preparatorios (impunes) y cuáles ya son reales actos de ejecución de la obra prohibida (penados). Podríamos decir que es la búsqueda de la frontera.

los delitos de intención como el que se encuentra en estudio. Sin embargo no es pacífica la doctrina al tiempo de considerar cuándo se llega a perfeccionar el delito, así por caso, algunos autores consideran que en el supuesto de apoderamiento de documento, la perfección se da en el momento mismo de conocer el contenido toda vez que entienden que no basta con el mero apoderamiento material²³⁹

De cualquier forma la mayoría de la doctrina y en consonancia con los principio ya citados respecto del tipo delictivo, opina que se trata, de un tipo penal de consumación anticipada, y sin perjuicio de ser necesario que dicha disponibilidad del documento lo sea con el ánimo de descubrir o de vulnerar tal como lo exige en su tipo subjetivo el tipo penal en estudio²⁴⁰

Si se considera, entonces que el delito se consuma cuando se configuran todos los elementos del tipo objetivo, más la finalidad como elemento del tipos subjetivo, tendremos un delito consumado, pues se hallará completo y perfeccionado, pues efectivamente el elementos subjetivo “para” descubrir o vulnerar no implica de manera alguna que efectivamente dichos secretos fueran descubiertos o se vulnere la intimidad, pues el descubrimiento e sí y la divulgación excede al tipo de este párrafo primero aunque sí se requerirá en otros párrafos como ya veremos infra.-

Fernández Delgado²⁴¹ apoyándose en M Cobo del rosál y en Morales Prats, expresa que las conclusiones arribadas no son más que la derivación de la sistemática que implica la existencia de un delito mutilado de dos actos -recuérdese que estos autores consideran que el delito es de esta especie y no, de resultado cortado como es el caso de Polaino Navarrete. Y dice el autor “...esto tiene como consecuencia primordial en este ámbito, el

²³⁹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, I, Vol. II, Edersa, Madrid, 1972, pág. 1014.

²⁴⁰ Vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 996; M. ANGEL GÓMEZ DE LINARES y Otros, *Derecho penal, Parte especial*, Vol II, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pág. 31, quien expresamente indica que “el momento consumativo es instantáneo”; Juan José GONZÁLEZ RUS, “Delitos la intimidad, ci derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”. en *Derecho español, Parte especial*, coordinado por M. COBO DEL ROSAL, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 33.

²⁴¹ Cfr. FERNANDEZ-DELGADO, Leopoldo Olmo, ob. cit., pág. 158.

reforzamiento de la protección penal a un momento anterior a la lesión del bien jurídico. Es decir, basta con que éste se ponga en peligro cuando el sujeto accede al mismo en forma subrepticia mediante el apoderamiento con el fin de descubrir o vulnerar, pues se considera al bien jurídico de tal vulnerabilidad, que no va a ser necesario que el sujeto alcance el éxito de la realización del fin perseguido, pudiendo afirmarse desde este aspecto, que el delito queda consumado, aunque no agotado, en los casos en lo que el sujeto no haya practicado el descubrimiento”

En cuanto a la interceptación de las comunicaciones, y la utilización de artificios técnicos de escucha, justamente la consumación coincidirá con el momento de la interceptación y de la utilización de esos artificios, continuando con la misma tesitura en el sentido de que se adelanta el momento consumativo, toda vez que no interesa para ello si se logró acceder a los secretos descubriéndolos o vulnerando la intimidad. Va de suyo también que debe efectivizarse con la intención final de lograr ese descubrimiento o vulneración. De cualquier forma sólo son actos preparatorios y por ende no punibles aquellos que impliquen disponer, arreglar, acomodar o arrimar los elementos para la interceptación o la utilización de los mismos, ya que se ha dicho que interceptar la comunicación ajena es “entrar” en ella y utilizar los artificios de escucha etc. Implica darles el uso para el que fueran concebidos.

De idéntica forma, como no se requiere que el secreto sea descubierto por el agente que intercepta, se consuma asimismo el tipo delictivo cuando alguien intercepta y hace posible que un tercero tome conocimiento escuchando la comunicación.

De cualquier manera queda claro, y en esto no hay disputa, que resulta necesario que la actividad se ponga en marcha utilizando realmente los aparatos en cuestión. De estos pensamientos, Fernández Delgado sugiere que la consumación se verifica en una etapa o fase intermedia entre la instalación de los aparatos y el descubrimiento del secreto. He de disentir con estas conclusiones pues, la interceptación o la utilización no requieren que finalmente se descubran los secretos por lo que el delito se halla completo con la interceptación para ello.

- La tentativa acabada e inacabada

Conforme lo dispuesto en el artículo 16. 1º del Penal, *“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”*

En base a esta norma, similar en el derecho penal argentino²⁴² se suele distinguir entre tentativa inacabada, que se configura cuando no se han completado los actos de ejecución del delito, o acabada, que se da cuando, aún habiéndose completado éstos, el resultado delictivo no se ha producido.

La aplicación al caso resulta muy compleja, veamos si es posible que se den ambas hipótesis. Si la persona hace todos los actos inequívocos tendentes al apoderamiento pero en el preciso momento en que va a apoderarse de los documentos razones ajenas a su voluntad se lo impiden estaríamos ante un caso de tentativa inacabada. En cambio, si el sujeto activo realiza todos los actos y efectivamente se apodera, ya no se trata de una tentativa acabada sino de consumación, porque según lo dicho, el apoderamiento basta para perfeccionar el tipo penal.

De idéntica forma se comporta la tentativa en los supuestos de interceptación telefónica y de utilización de artificio técnicos de escucha, grabación etc., en principio se ve clara la posibilidad de una tentativa inacabada. Sin embargo, se puede dar el caso de la tentativa acabada, conforme lo trae Fernández Delgado, el supuesto en que se colocan todos los artificio técnicos y el equipo no funciona correctamente por baja de tensión o por otra razón técnica o bien no se halla la persona que tiene que ponerse a la escucha, en ese caso, para evitar la consumación, y hallarse en un caso de tentativa desistida, como en todos

²⁴² Art. 42: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”.

aquellos en que existe tentativa acabada el sujeto activo deberá efectuar maniobras tendientes a evitar dicha consumación.

Todo lo considerado, siempre y cuando medie la intención de descubrir pues como se ha dicho, las formas imperfectas se han de referir a la conducta de apoderarse y no a la de conocer.

6. Sujetos

6.1 Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, en este caso se excluyen todos los que puedan ser sujetos calificados en los tipos especiales.

6.2 Sujeto pasivo.

Ha de ser el titular del secreto o del documento, en términos generales el titular del derecho a la intimidad de que se trate, toda vez que, dicho sea de paso, la intimidad resulta ser un concepto más abarcador que el de secreto, toda vez que ésta no siempre abriga un dato secreto -piénsese en el caso de una enfermedad que si bien no es secreta no es de la incumbencia de terceros- en cuanto a persona física o jurídica, públicas o privadas (ver art. 200).

7. Antijuridicidad

La conducta puede ser pasible también de aplicación de una causa de exclusión de la antijuridicidad, o sea, que puede quedar justificada cuando mediara en el caso del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7° CP) o en su caso frente a un estado de necesidad. Apunta Muñoz Conde que también puede quedar justificada por causa de la operancia del ar.1218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que permite la apertura y apoderamiento de cartas y papeles del quebrado o en el caso de diligencias por la investigación judicial de un hecho delictivo, siempre que se cumpla con todas las

formalidades que el avance sobre un derecho individual de orden constitucional exigen, o bien y en menor medida en ejercicio del derecho de información (art. 20 CE).

En cuanto a una posibilidad de error, cabe aplicar toda la doctrina sobre la teoría del delito al respecto. Los ejemplos resultan sencillos y no viene al caso darlos pero son todos aquellos en que una persona se halle inmersa en un error y se apodere de documentos creyendo que se halla legitimada; habrá que ver si el error es vencible o invencible y si recae sobre la creencia de obrar con consentimiento del titular del derecho o sobre la causa de justificación, en cuyo caso se encuentra frente a un error de prohibición, siendo de idéntica entidad en el caso de las escuchas o de la utilización de artificios aunque debo consentir que en este caso resulta más difícil entender que pudiera alguien caer en ese error, la posibilidad podría estar en que alguien convenga a otro de que tal escucha o utilización de escucha es con ánimo de broma o chanza. Otro tema de más largo tratamiento y seguramente menos explorado es saber si existe la posibilidad de que en algún caso se pudiera aplicar el error culturalmente condicionado.

8. Autoría y participación

Resulta aplicable a este tipo penal toda la doctrina referida autoría, aunque ello no ocurre en todos los apartados de la norma, como por caso, ya se verá con el apartado 4º del art. 197 CP o del 198 CP, ya que en ambos se requiere una calidad especial en el sujeto activo para ser autor directo. En mi entendimiento, se trata de delitos que sólo pueden ser cometidos en forma personal por personas físicas naturales y no por empresas o personas jurídicas de forma tal que si el hecho se realiza desde el soporte de una persona jurídica, serán responsables directas las personas físicas que accionaran y no cabría atribuir responsabilidad penal a la sociedad, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 129, 31 y 31 bis. C.P.,²⁴³ toda vez que las normas del Código penal han sido concebidas conforme a un

²⁴³ Artículo 129:

1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto

en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

Artículo 31:

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31 bis

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o Tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso

derecho penal de autor bajo los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

De dan asimismo supuestos de autoría mediata ya que es posible desde que no es delito de propia mano. Se configuraría en aquellos casos en que por error o violencia física o moral, quien actúa se convierte en un mero instrumento de otro que es el verdadero autor

En cuanto a la posibilidad de existencia de coautoría, el art. 28 del C. Penal²⁴⁴ estipula que son autores quienes realizan el hecho conjuntamente, ello, siempre que el aporte de cada uno de los coautores sea en la parte ejecutiva y que hubiera habido consuno en el sentido subjetivo.

En cuanto a la participación propiamente dicha, el partícipe es el que colabora en el hecho propio del autor en forma de cooperación o favorecimiento, siempre, dicha colaboración como accesoria de un hecho típico y antijurídico. En tal sentido habrá que prestar atención al caso de los artículos 197 apartado 4º y 198 por ser éstos especiales propios, debiéndose diferenciar para el tratamiento de los partícipes si el delito fue cometido por un *intraneus* o por un *extraneus*, ya que en el primer caso, siendo que el autor contiene las cualidades requerida por el delito especial todos los partícipes por el principio de unidad de imputación responderán por el delito especial dándose en el segundo caso la solución de aplicar la punición por el delito común. Resulta de todas formas aplicable a estos casos a doctrina del artículo 65 párrafo 3ro. del C. Penal²⁴⁵.

La inducción es una forma de participación, pero en cuanto a la penalidad, el artículo 28 en su apartado “a”, trata como autores a aquellos que han inducido directamente

de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

²⁴⁴ Art. 28 : “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, b) Los que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

²⁴⁵ Artículo 65, párrafo tercero, del CP añadido por LO 2003: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

a otro u otros a ejecutar el hecho.

Se trata de una forma de participación sumamente factible en el párrafo en trato, ya que por cualquier medio se puede inducir a una persona a accionar como lo requiere el tipo, y máxime en el caso de las escuchas o de la utilización de artificios en que se requiere generalmente de conocimiento especiales. Se ha establecido entre los requisitos para que exista inducción los siguientes: que la influencia se ejerza sobre alguien que no esté decidido a cometer la infracción, que la incitación sea suficientemente motivante, que se determine a ejecutor determinado y delito concreto, que el inducido realice el delito al que fuera incitado, que el inductor hubiera actuado con doble intención de provocar la decisión criminal y que se ejecute ²⁴⁶.

Conforme lo establecen los art. 28. b y 29 C. Penal, hay dos tipos de participación o cooperación que no constituyen autoría, esto es la participación o cooperación necesaria y la participación o cooperación no necesaria, según que el hecho se hubiera o no concretado con esa participación. Es el caso de los artículos 45 primer párrafo *“o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse”* o bien los del art. 46 *“Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad,...”*

La comisión de un hecho delictivo puede ser la obra de una persona aislada o el resultado de una acción conjunta realizada entre varios.

Cuando los hechos se cometen mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más personas, nos encontramos frente a un supuesto de participación criminal. Resulta indispensable, entonces para que existe participación la pluralidad de sujetos activo como elemento esencial. Dicha participación puede ser imprescindible o meramente circunstancial. , todo depende de si es necesario sumar esfuerzo a o dividir la tarea. Tal aunamiento de esfuerzos puede dirigirse a la consumación del hecho o a asegurar los

²⁴⁶ Vid. FERNÁNDEZ DELGADO, ob. cit., pág. 189, cuando enumera las condiciones o requisitos establecidos en jurisprudencia del Tribunal Supremo del 5 de Mayo de 1988.

eventuales resultados o procurar la impunidad. La pluralidad puede indicar una circunstancia agravante o un circunstancia atenuantes según el delito de que se trate.

La participación sea cual sea su grado se trata de una forma de delinquir, ya que no solo el punible quien ejecuta la acción típica , sino todo aquel que coopere de alguna forma y eficazmente para su producción pudiendo ser un actuar físico o intelectual, psíquico o moral. Así lo ha delineado Feuerbach distinguiendo entre “auctor intellectualis y el auctor physichetalis, siendo el primero el que determinaba la voluntad de otro a la efectiva producción de los efectos jurídicos y el segundo, era quien producía por sí mismo esos efectos antijurídicos., mereciendo a criterio de este autor mayor reproche el primero por que el otro, sólo utiliza la fuerza física para concretar el plan del primero que es quien tiene el verdadero interés en la comisión del hecho.

Como ocurre generalmente y de corriente en los tipo penales previstos, se enuncia la acción de una persona en singular como “aquel que”; por ello participar jurídicamente en la comisión de un delito es, de por sí, el hecho común cometido eventual y no necesariamente por dos o más personas cuyos distintos aportes convergen y se encaminan hacia la producción de la misma obra delictiva, sin embargo cualquiera que sea la participación, que se estime debe existir siempre la figura del autor ya que sin ella nunca podremos hablar de participación. El tipo admite también la coautoría, si dos o más sujetos tienen el co-dominio del hecho. Como lo destaca ROXIN ²⁴⁷ “el autor es la figura central , (autor, coautor, autor mediato) es la figura principal del suceso, en tanto el instigador y el cómplice están en los márgenes y estos se apoyan en aquél, desestimándose así la tesis por exclusión que formula Mezger en cuanto concluye que el autor es aquel que no es el partícipe.

En síntesis, entiendo que la noción de autor es esencial a la teoría de la participación ya que este es accesoria y dependiente del el hecho principal que es el hecho del autor, por lo tanto acogiendo la postura de FELLINI ²⁴⁸ resulta principal que el que se considere

²⁴⁷ AGUIRRE OBARRIO, citado por DONNA, Edgado, en *Delitos contra la libertad*, tomo II, A. Rubinzal y Culzoni, pág. 350.

²⁴⁸ FELLINI, Zulita, *Delito de trata o tráfico de niños*, Editorial Hammurabi, 2007, pág. 132.

partícipe no hubiera concretado la acción típica, es decir que no hubiera tenido el dominio del hecho.

Adhiero al concepto de accesoriadad que ha causado no pocos problemas en España, que en su anterior Código Penal regulaba lo que Jiménez desagua llamaba resoluciones manifestadas (proposición, conspiración y provocación para cometer el delito) y se discutía si la ayuda o determinación con respecto a estos actos preparatorios punibles, (tema sobre el cual volveremos infra)

La imputación objetiva aplicada al tema de la autoría.

Para Mir Puig la teoría de la autoría no sólo es un fragmento de la teoría del tipo, sino también y más concretamente, de la imputación objetiva. Tal afirmación coincide con lo que asevera Schunemann que dice que “hoy se lee en los manuales comentarios que un resultado sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor” en los delitos dolosos de resultado es menester que se determinan tres elementos; la relación de causalidad, una determinada relación de riesgo y la relación de autoría.

Ello sentado, para diferenciar entre autores y partícipes nos encontramos con que estos últimos no realizan el tipo objetivo de las figuras descritas en la parte especial de los códigos y por ello no les es imputable objetivamente en hecho.

Para esta postura la calidad de autor se determina mediante una relación de pertenencia que bien puede ser propia exclusiva o también compartida en los supuestos de coautoría.

El tipo delictivo que trato admite todo tipo de participación, esta es primaria, secundaria o bien al instigación a cometerlo.

Para JAKOBS, en los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, es importante establecer en qué relación se encuentran las diferentes responsabilidades de los

diversos agentes que concurren a la comisión de un hecho delictivo y así surgen dos modelos de regulación, uno para los delitos de infracción del deber y otro para los delitos de dominio . Partiendo de esta distinción, hay determinado grupo de delitos en los que sólo cabe determinar la autoría mediante la lesión de un deber legalmente impuesto y esos deberes afectan exclusivamente al titular de un determinado status y las personas no obligadas por tal deber, pueden ser, en todo caso, partícipes.

Se pueden concebir tres diferentes situaciones:

- A. La organización del delito comienza y acaba en el pensamiento y actuación de una sola persona que ejecuta por sí misma el hecho, a la que se considera autora de la infracción.
- B. Si existe una pluralidad de agentes que actúan coordinadamente y se desempeñan en un pie de igualdad, estaremos en presencia de coautores; pero si en lugar de esa igualdad la organización reconoce grados distintos, pues unos contribuyen con una menor importancia que otros, los primeros serán partícipes y según sea la naturaleza de esa contribución nos encontraremos con los inductores o con los cómplices organización referida siempre a un hecho y todos son responsables por el mismo; a pesar de corresponder la organización a varias personas, sólo hay un comportamiento típico de ejecución que constituye injusto y la colaboración común previa a la realización del tipo no determina por así misma, a falta de una exteriorización, una perturbación social, sino sólo el fundamento para atribuir el posterior comportamiento de ejecución a cada uno de los que toman parte.
- C. El caso de que uno de los que toman parte en el hecho se somete al ámbito de la organización de otros y este último es, independientemente de la responsabilidad del sometido, ya debido a tal sumisión, responsable prevalentemente como autor mediato. Jakobs afirma la idea de organización por sobre la idea de dominio, pues este último no es relevante sino en tanto está basado en la plena capacidad de organización , y resulta así que en los llamados delitos de dominio la responsabilidad surge de un acto organizativo. Además el aturo citado dice que la autoría hay que definirla más bien como

dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión no ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio “per se” sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso con la distribución de ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalistas sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto: son todos actos de organización que fundamentan plena responsabilidad.

9) Sistema concursal

Conforme lo dispuesto en el art. 73 del C. Penal:

“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”.

El supuesto establece el caso del concurso real, similar al previsto en el código argentino norma que va más allá de la sola mención de la pena y define las notas esenciales de dicho concurso en el art. 55 el que dispone:

“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión”.

Para la configuración de este concurso real se requiere, entonces la realización por el mismo sujeto de varios hechos que constituyen varios delitos.

Por su partes, el art. 77 del C.P. español dispone:

“1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. *En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

3. *Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”*

Se trata en este caso del concurso ideal o y también se halla previsto el concurso medial que ocurre cuando un delito es necesario para cometer otro.

El supuesto del concurso ideal se halla legislado en el Código Penal argentino en el art. 54 que reza:

“ Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.

En cuanto al concurso real se puede dar en la hipótesis delictiva del párrafo primero del art. 197 ya que bien puede apoderarse la persona de los documentos y también, siendo que tiene acceso a algún habitáculo privado sustraer otras cosas ya sea por la fuerza (se estaría en el supuesto de un concurso con el delito de robo) o sin fuerza (se hallaría en concurso con el delito de hurto, de idéntica forma puede concursarse con el delito de daño, siempre que se ocasione sobre otros efectos que no sean el documento mismo, ya que si se trata de daños sobre el mismo documento caben otras posibilidades punitivas previstas específicamente como los supuestos de los arts. 263, 625 o 351 párrafo 2do no siendo este el ámbito para su tratamiento.

En cuanto al supuesto de concurso ideal, que se produce cuando un sólo hecho cae bajo más de una sanción, sea éste homogéneo o heterogéneo. Por caso, cabe concurso de este tipo penal en estudio, si al tiempo en que se apodera de los documentos para develar los secretos lo hace sobre varios instrumentos que corresponde a la titularidad de varias personas y contienen los secretos de todas ellas, siendo este el caso de concurso homogéneo, en cambio se trataría de un concurso heterogéneo si la persona al apoderarse

de los documentos, además lo hiciera en la misma accionar lesionando, amenazando o estafando a otra persona.-

En el caso de la escucha telefónica, entiendo con Fernández Delgado²⁴⁹, que siendo que se trata de una acción única no parece viable que pudiera existir casos de concurso de delitos tanto homogéneo como heterogéneo.-

Por último en el caso de concurso medial, requiere de más de una acción, como en el caso del concurso real, aunque esta primera acción delictiva está encaminada a la consecución de otro delito. Es el caso de quien allana ilegalmente una morada para obtener ese apoderamiento del documento o proceder a la interceptación telefónica o la colocación de aparatos de escucha, con el fin de develar los secretos o vulnerar la intimidad. Se pueden concebir muchos ejemplos de este tipo de concurso.

10) - El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador

Previo a encarar este espinoso tema cabe determinar qué alcance tiene el derecho de un trabajador a gozar de cierta privacidad en sus actividades laborales, concretamente, cuando se trata del uso del tiempo y de los medios informáticos de la empresa. Es un aspecto polémico en la actualidad, cuando van en alza los sistemas de control del comportamiento de los trabajadores. Y es un tema que ha sido abordado por distintas ramas del derecho, superando la barrera laboral para insertarse en el centro mismo de la contienda dentro el derecho constitucional, al establecerse siempre una colisión de derechos y garantías.

Como bien lo expresa José AGUSTINA SANLLEHÍ²⁵⁰ “Aunque de modo no infrecuente haya sido presentado así, dicho problema no refleja sólo la tensión entre la libertad de empresa y el derecho de propiedad, por un lado, y los derechos fundamentales

²⁴⁹ FERNANDEZ-DELGADO, Leoldo Olmo, ob. cit., pág. 165.

²⁵⁰ AGUSTONA SANLLEHÍ, *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, La Ley, Barcelona 2009, pág. 21.

del trabajador, por el otro. En efecto, el control del correo electrónico y de los accesos a internet por parte del empresario puede responder a una pretensión de supervisión de la correcta realización de la prestación laboral esto es, a la evitación del abuso de tales medios tecnológicos. Pero también puede tener como causa próxima la sospecha fundada de la colisión de hechos delictivos por parte del trabajador. Así, no son infrecuentes los casos en que el correo electrónico constituye el medio de comisión o de prueba de delitos ejecutados en perjuicio directo de la emplea. Por ejemplo, de la revelación de secretos de empresa...”

Planteado como ha sido el tema de gran seriedad y actualidad, tengo para mí que el derecho al secreto de las comunicaciones electrónicas del empleado, puede ceder frente al derecho que legítimamente tiene la empresa de prevenir situaciones de conflicto en donde se puede ver afectado su patrimonio, o bien peor aún, en casos de urgencia en los que entra en juego el estado de necesidad, legítima defensa o cualquier otra causa que justifique captación o el acceso a los e-mails del trabajador.

El problema se plantea no ya en la activación de circunstancias como estas de estado de necesidad o de legítima defensa, sino en los límites de las mismas y en el estado permanente de esa vigilancia.

Se ha dicho que el correo electrónico posee características de protección de privacidad más acentuados que la tradicional vía postal, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador de servicio, el nombre de usuario y un código o contraseña de acceso, que impide el acceso de terceros a él. Es clarísimo que resulta mucho más dificultoso ingresar al contenido de una información por correo electrónico que abriendo simplemente un pliego de correspondencia, el que, por otra parte una vez abierto por su titular, ya no tiene la opción como en el e-mail de ser nuevamente cerrado y volver a tener carácter de inexpugnable.

En principio se entiende, que dado que el derecho a la intimidad sigue siendo el mismo, el hecho de que se halle en una casilla de correo en un ordenador que se utiliza en una empresa, no le quita el carácter de tal y debe entenderse que como regla general una casilla de e-mail, sólo puede ser intervenida mediante orden de juez competente y una vez iniciada una causa en contra de una persona.

En ese andarivel, entonces, su intervención, apertura, irrupción, sin orden judicial emanada por orden de juez competente implicaría, salvo excepciones, una violación a las garantías constitucionales relativas a la intimidad y a la defensa en juicio de las personas y de sus derechos, por lo que corresponderá que se declare la nulidad de las intervenciones por parte de terceros a los correos electrónicos hechas sin autorización judicial y de todos los actos que deriven directamente de ellos, si el caso fuera que se han abierto para servir como prueba en un caso judicial, así como si se pretendieran utilizar para valerse de una prueba que incrimine al trabajador y poder efectivizar el despido con causa del mismo.

Es que, tanto en la Argentina como en España, es una regla que el correo electrónico es correspondencia privada protegida por la Constitución Nacional y otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella, en razón del reconocimiento de libertad, de la intimidad y el consecuente derecho a la vida privada.

Por tal motivo, salvo casos hipotéticos de urgencia o flagrancia en los que entra en juego el estado de necesidad, la legítima defensa o cualquier otra "justa causa", el empleador tiene prohibido acceder al e-mail del empleado; más aun si se trata de un correo electrónico privado donde se requiera de clave y código de seguridad para su acceso ²⁵¹. En esos casos, su utilización como elemento de prueba en un proceso judicial podrá ser nulo.

Es que se trata de un caso típico, al menos en la doctrina y jurisprudencia argentina de aquellos que integra el grupo de casos judiciales que aplican la regla de exclusión de prueba obtenida en contravención a garantías constitucionales para resolver el caso concreto.

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la justificación de los métodos para averiguar la verdad, depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a

²⁵¹ DURRIEU (h), Roberto, *¿Puede la empresa acceder al e-mail de sus empleados?*, "La Ley", 19-05-2008).

los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal ²⁵².

Para comenzar, diré que el correo electrónico es una importantísima herramienta de trabajo que es propiedad del empresario y se la pone a disposición del trabajador, y por lo tanto la pregunta es si éste puede hacer un uso socialmente razonable con fines extraproductivos, la respuesta necesariamente debe ser positiva, sin embargo debe resguardarse a la empresa de posibles extralimitaciones de límites y como bien ha expresado Jose Sanllehi²⁵³ la arquitectura digital puede operar como un límite cognitivo al comportamiento online del trabajador, ya que tales medidas se proponen actuar sobre el entorno de forma eficaz, reduciendo las oportunidades para el delito.

Es que se trata, en definitiva de un problema de límites entre los derechos personales y los empresariales y la debida expectativa de que quien pone a disposición los medios técnicos, no corra el riesgo de verse defraudado y perjudicado, pues ya simplemente la pérdida de tiempo dentro del horario laboral es una pérdida económica para la empresa.

Resulta interesante el trabajo de Sallehi cuando sostiene que “...el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE tiene, en el ámbito de las relaciones laborales, *una virtualidad cuando menos discutible o circunstancial*”. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que la cuestión de no reconocer la vigencia de la protección dispensada por el art. 18.3CE en las relaciones laborales deviene una cuestión de suma trascendencia, al determinar que el procedimiento y las garantías exigibles para realizar un control sobre el correo electrónico del trabajador dejen de estar bajo el control judicial para pasar a depender de lo que determine el ordenamiento laboral al respecto. Así, la protección constitucional del correo electrónico laboral debe articularse a través del derecho a la intimidad del trabajador, teniendo éste como límite específico el poder de dirección y control del empresario, poder que recibe su plasmación concreta en la legislación laboral en lo dispuesto en los arts. 18 y 20.3 ET²⁵⁴.

²⁵² Comisión IDH, informe N° 1/95, caso 11.006

²⁵³ SANLLEHÍ, José, ob. cit., pág. 270.

²⁵⁴ Estatuto de los trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, del 24 de Marzo de 1995, BOE del 29 de Marzo de 1995.

A raíz de la controversia y lo dificultoso del tema en cuestión es que con gran habilidad, Sanllehí ha propuesto una modificación al art. 197 del C.P. propiciando la agregación del art. 197 bis el que, por resultar de interés, será reproducido a continuación:

“1. El que ostentando un poder de vigilancia y control vulnera la intimidad de aquellas personas sobre las que se extiende su esfera de organización, mediante un uso abusivo de sus facultades contrario a la legalidad, mediando o no su consentimiento, realizando alguna de las conductas descrita en el art 197, será castigado con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2.A tal efecto, se entenderá pro uso abusivo contrario a la legalidad la extralimitación manifiesta de las normas, pactos y comunicaciones que, de acuerdo con las circunstancias fácticas, conlleve la vulneración de una expectativa razonable de intimidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 311.

Las conductas descritas anteriormente realizadas fuera de los casos permitidos por la legalidad vigente que estuvieren motivadas por indicios racionales de la presencia de un delito, no serán punibles salvo que la información obtenida se utilizare para fines distintos

Artículo 18. Inviolabilidad de la persona del trabajador: Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.

Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral:

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.

4. El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

a la persecución del delito.

Sin perjuicio de la pena aplicable al autor y a los partícipes del hecho tipificado en este artículo, se podrán establecer medidas complementarias de acuerdo con lo establecido en el régimen de consecuencias accesorias del art. 129, a propuesta de los representantes de los trabajadores, una vez escuchado el parecer de los socios, miembros y representantes de la persona jurídica en cuyo seno tuvieron lugar las conductas descritas. Además, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria por los daños de acuerdo con el art. 120.4, el juez podrá acordar de forma adicional la imposición de una multa por valor del cuádruple de los mismos aplicable a la persona jurídica en los siguientes supuestos:

a) Si se pudiera presumir el conocimiento de la conducta delictiva por parte de alguno de los miembros de la dirección de la empresa o persona jurídica en cuyo seno hubiere tenido lugar;

b) En caso de verificarse un beneficio directo o indirecto como resultado del delito para la empresa o persona jurídica en cuyo seno hubiere tenido lugar.

9. Para proceder por los delitos previstos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, sin que pueda tener efectos el perdón del ofendido”.

Cualquier comentario sobre esta propuesta excede de los límites de este trabajo, resulta simplemente interesante citarlo.-

CAPÍTULO VII

MANIPULACIÓN DE DATOS RESERVADOS REGISTRADOS EN FICHEROS O SOPORTES INFORMÁTICOS.

EL TIPO DEL ARTÍCULO 197 PÁRRAFO 2DO.

“Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados e ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”

1) Consideraciones generales.

Expresa con meridiana claridad REYNBA ALFARO²⁵⁵ “Desde hace unos pocos años es opinión dominante la afirmación que las sociedades modernas se encuentran configuradas como verdaderas “sociedades del riesgo”, en las cuales los efectos adversos del desarrollo de la tecnología, la producción y el consumo adquieren nuevas dimensiones y provocan riesgos masivos a los ciudadanos, los ejemplos más característicos los ubicamos en el dogmática. En este contexto aparece la informática que no obstante sus innegables efectos positivos en el desarrollo social actual, tiene también un cariz negativo que puede identificarse con los "nuevos riesgos" que supone la actual configuración social. La criminalización de los delitos informáticos aparece así dentro del proceso de "expansión del Derecho penal", caracterizado por la inflación de ésta rama del ordenamiento jurídico. Esta afirmación, a manera de aclaración, no supone nuestra coincidencia con las pretensiones reduccionistas de las posturas personalistas, destinadas a excluir la protección de los bienes jurídicos colectivos del denominado "Derecho penal nuclear" (*Kernstrafrecht*). Esta intención reduccionista propone el traslado de los delitos económicos (en sentido amplio) hacia el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio, al que debe dotársele de las garantías propias del Derecho penal. Esta pretensión, tal como denuncian MARINUCCI/DOLCINI, tiene una faz oculta, que viene dada por la "bagatelización" de los atentados contra los bienes jurídicos de orden colectivo.

²⁵⁵ REYNA ALFARO, Luis M., *La víctima en el derecho informático. Los delitos informáticos en el Código penal peruano*, en “Revista Jurídica del Perú”, año LII, n° 31, pág. 61, Editorial Normas Legales, Lima, 2002, citando a JAEN VALLEJO, Manuel, *La Justicia penal ante los nuevos retos de la actualidad*, pág. 85, primera edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pág. 20, segunda edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2001; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito”, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El Sistema Funcionalista del Derecho penal*, pág. 22, primera edición, Instituto Peruano de Ciencias Penales/ Edit. Grijley, Lima, 2000; MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio, “Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad”, trad. Raúl CARNEVALI RODRÍGUEZ, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n° 2, pág. 136- 137, Edit. Grijley/ Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 2001.

Como bien apunta Myriam HERRERA MORENO²⁵⁶, “No existe en nuestra regulación una figura genérica de *delito informático* referente a un grupo de conductas típicas que tengan en común una forma de realización basada en el uso ilegítimo de elementos informáticos”. Y agrega la autora la concepción de Davara Rodríguez, “*el delito informático consiste en la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito sea llevada a cabo reuniendo un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software*”²⁵⁷.

Pero respecto de si existen los «delitos informáticos» o «delitos cibernéticos»

Apunta BARRIO ANDRÉS²⁵⁸ que “A finales de los ochenta, algunos autores (*Camacho Losa*, *García Moreno* o *García Portero*) empezaron a hablar de un pretendido «delito informático», denominación importada del término anglosajón *computer crime*, aun cuando la legislación española no contemplaba ningún ilícito en materia tecnológica. Tal expresión fue felizmente abandonada por la doctrina tras las críticas vertidas por *Correa* en Italia o *Tiedemann* en Alemania.

Como sintetiza *Romeo Casabona*, «en la literatura en lengua española se ha ido imponiendo la expresión de delito informático, que tiene la ventaja de su plasticidad, al relacionarlo directamente con la tecnología sobre o a través de la que actúa. Sin embargo, en puridad no puede hablarse de un delito informático, sino de una pluralidad de delitos en los que nos encontramos, como única nota común, su vinculación de alguna manera con los ordenadores, pero ni el bien jurídico agredido es siempre de la misma naturaleza ni la forma

²⁵⁶ HERRERA MORENO, Myriam, ob. cit., pág. 927.

²⁵⁷ DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho informático*, Aranzadi Editorial, Madrid 1997, pág. 285 y ss., citado por HERRERA MORENO, en ob. cit., pág. 928. Asimismo, y sobre la definición de delitos informático, refiere HERRERA MORENO que a la amplísima definición de delito informático como delito perpetrado por medio del uso de ordenadores o bien delito que dañe a los ordenadores o sus componentes, mayor confusión ofrece la del Departamento de Justicia de los Estados Unidos cuando define “Con el delito informático se invoca a cualquier violación de la ley criminal que incluya el conocimiento de tecnologías informáticas para su perpetración, investigación y persecución”. *Vid.* HERRERA MORENO, ob. y pág. cit.

²⁵⁸ BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Los delitos cometidos en internet. Marco comparado, internacional y Derecho español tras la reforma penal de 2010*, en “Revista de Derecho penal, procesal penal y penitenciario. La Ley penal”, número 86, año 8, octubre de 2011, págs. 40 y sig.

de comisión del hecho —delictivo o merecedor de serlo— presenta siempre características semejantes». En consecuencia, propone el autor el empleo de expresiones tales como «agresiones realizadas contra medios o sistemas informáticos, o a través de los mismos»

Por su parte, *Gutiérrez Francés* añade que «el sustantivo delito tiene significación específica para el penalista, que difiere de la que se otorga en el lenguaje coloquial, siendo precisa, al menos, su tipificación en la ley penal vigente». De este modo, han ido surgiendo expresiones alternativas como criminalidad informática o delincuencia informática, según se quiera acentuar la vertiente criminológica o penal del fenómeno.

En cambio, los defensores de esta figura argumentan, como propugna *Davara Rodríguez*, que el «delito informático» es aquel en el que «la realización de una acción, que reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software». Sin embargo, lo que vienen a poner de manifiesto estos autores es la comisión de acciones a través de elementos informáticos o vulnerando los mismos, sin aportar elementos privativos que sustantiven una nueva categoría penal.

En definitiva, no existe una categoría autónoma de «delitos informáticos» o «delitos cibernéticos». Además, el Código Penal español de 1995 no ha introducido el «delito informático», ni admite que exista como tal dicha figura. El *locus commissi delicti* puede ser un domicilio particular, una vía pública o la Red. Argumentar lo contrario significa crear una nueva clase de ilícitos no autorizada por el legislador, ni exigida tampoco por la naturaleza de las cosas. De ahí que deba hablarse más bien de delincuencia informática que de «delitos informáticos» propiamente como tales.

Ahora bien, los delincuentes han encontrado en Internet un campo especialmente abonado para la comisión de delitos, lo que exige una respuesta penal específica a estas conductas.

Ahora bien, los delincuentes han encontrado en Internet un campo especialmente abonado para la comisión de delitos, lo que exige una respuesta penal específica a estas conductas

Así, la Red posibilita la distribución indiscriminada de contenidos ilegales o pornográficos, el espionaje y el acceso a información confidencial y personal de modo casi indetectable, la causación de daños y perjuicios de difícil cuantificación con una mínima infraestructura, o la proliferación de «ciberterroristas» y «ciberespías», por citar sólo unos ejemplos. Además, el mundo virtual ofrece mayores facilidades para la comisión de delitos: así, las pruebas son endebles y fácilmente alterables, la lentitud en la tramitación de los procedimientos de investigación y enjuiciamiento favorece la destrucción o inutilización de las pruebas o, en fin, el enmascaramiento del autor y el empleo de «personalidades virtuales» arroja incertidumbre e impunidad en la identificación del delincuente. Igualmente, debemos apuntar que muchos de estos delitos no son descubiertos, son descubiertos tarde o por puro azar. En este sentido, existe una «macro-victimización» muy difícil de determinar y cuantificar.

El Derecho Penal debe, por tanto, responder ante estas nuevas amenazas haciendo uso de sus técnicas e instrumentos, pero sin olvidar sus principios estructurales y en especial el principio de *última ratio*. Hoy en día se enfatiza la necesidad de un sistema penal eficaz frente a las nuevas formas de criminalidad propias de un mundo globalizado. Pero el Derecho Penal no puede convertirse en un sistema que deseche la Justicia”.

En palabras de Queralt Jiménez²⁵⁹, esta previsión legal llega con retraso, tanto respecto a la evolución técnica, como al desarrollo del mandato constitucional contenido en el art. 18.4 de la Carta Magna, en tanto esta dispone:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

²⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., págs. 298 y siguientes.

3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

En el año 1992 se reguló el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal mediante ley orgánica (LO 5/1992), posteriormente derogada por la vigente ley que regula la protección de datos de carácter personal (LO 15/1999), y ello motivó la regulación del presente delito. Son los llamados delitos contra la libertad informática o “*hábeas data*”

El carácter material de este delito son los **datos reservados de carácter personal o familiar**. La LO 15/1999 ya referenciada anteriormente, define en el artículo 3 a) Datos de carácter personal: “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.*”

Estos datos de carácter personal deben ser reservados, es decir, aquellos de acceso o conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se haya registrado o archivado²⁶⁰.

Los datos reservados se protegen cuando están registrado en ficheros los que son definidos también en la LO 15/1999 en el art. 3. b) **como** “*todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*”

Es decir deben estar almacenados en un sistema informático, electrónico o telemático o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

²⁶⁰ Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet*, en “Lex Nova”, Valladolid, octubre, 2011, citando a ROMEO CASABONA, Carlos M^a., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*. Hace mención asimismo de la postura contraria de MORALES PRAT, ob. cit., en cuanto opina que la exigencia de que los datos sean reservados resulta intrascendente en razón de que todos los datos personales y familiares lo son.

Para que se consideren de ámbito reservado deberán formar parte de la esfera privada del sujeto afectado, cuya disponibilidad a dicha información estará limitada a personas autorizadas por el sujeto en concreto.

En esta instancia es interesante traer la definición de persona interesada también aportada por LO 15/1999 en el art. 3. e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

Se trata de una figura complementaria de la descrita en el párrafo anterior (197 1ª) con la diferencia de que el objeto sobre el cual recae ya no son los documentos cualquiera o efectos sino que en este dispositivo el objeto es los datos reservados de carácter personal o familiar directamente no mencionándose “documentos” o “efectos”.

El artículo 197.2 del Código penal regula dos supuestos que en virtud del caso en concreto pueden incluso sobreponerse.

En primer lugar, se castiga a quien se apodere, utilice o modifique datos reservados de carácter personal o familiar; y

El segundo supuesto castiga el llamado espionaje informático, esto es, acceder, modificar o utilizar datos de carácter reservado.

La diferencia, aunque muy sutil entre estas posibles conductas, pero no pos sutil a mi criterio acertada. Por el contrario entiendo que resulta repetitiva y dueña de una mala técnica legislativa.

En efecto la diferencia entre la primera parte y la segunda del dispositivo, radica en que en que se describe primero las conductas de *apoderar, utilizar o modificar perjuicio de tercero* y tras ella y como otra conducta referida a los mismos datos registrados, *acceder, modificar o utilizar*. De suerte que la única diferencia es que en la segunda parte la acción la conducta de acceder, tiene menos requisitos que la de apoderarse, pues no requiere como

éste último, un desapoderar para disponer de la cosa; en este segundo supuesto con el acceso alcanza.

La otra diferencia, radica en que, mientras en la primera parte las acciones deben dirigirse en perjuicio de un tercero, en la segunda batería de posibles acciones, se adosa también la intención de perjudicar al titular de los datos. Por lo demás, entiendo que utilizar se repite inútilmente y modificar significa tanto como alterar y coincido con Miguel POLAINO NAVARRETE, en que el casuismo normativo primero diferencia y después desvirtúa la separación formal y sólo sirve para crear inseguridad jurídica.²⁶¹

Este tipo podría calificarse dentro de los delitos informáticos, aunque como bien se ha apuntado se trataría de un delito contra la intimidad de las personas mediante el uso de la informática y de las comunicaciones como herramienta.

Establece las mismas penas que en el tipo penal anterior es decir de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses, y comienza excluyendo los casos en que medie autorización, es decir que el agente activo en este caso no debe estar autorizado. Esta exclusión expresa, se debe a que frecuentemente quien maneja una red informática o mecanismos informáticos de comunicación, se halla dentro de un ámbito en que puede manejar los contenidos. La frase de no estar autorizado ha sido conceptualizada por algunos autores como el elemento normativo del tipo y como especial causa de justificación.

Así, plateada de entrada esta exclusión lo que no ofrece duda alguna, el tipo penal va mucho más allá que el anterior, y establece las posibles conductas que son apoderarse, utilizar o bien modificar.

Para concluir con esta introducción a los conceptos, cabe decir con BARRIO ANDRES²⁶² que “el art. 197.2 CPEN complementaría así la regulación administrativa contenida en la LOPD (LA LEY 4633/1999), estableciendo sanción a los ataques contra los

²⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director) / MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio / HERRERA MORENO, Myriam / BLANCO LOZANO, Carlos / MONGE FERNÁNDEZ, Antonia / REQUEJO CONDE, Carmen / POLAINO-ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, tomo I, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 234.

²⁶² BARRIO ANDRES, Moisés, ob. cit.

«datos reservados de carácter personal o familiar». Sin embargo, la doctrina, casi de modo unánime, ha criticado el presente tipo, puesto que existe una tutela civil y administrativa suficiente y, además, origina múltiples problemas a la hora de esclarecer las conductas penales”. Opina el autor que lo más correcto hubiera sido reservar la represión penal para aquellos datos que *directamente* afectan a la privacidad del sujeto (datos sobre ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y vida sexual), en tanto que la tutela administrativa de la LOPD (LA LEY 4633/1999) operaría para el *resto* de datos personales. Sin embargo, esta interpretación no tiene cobijo en el Código, por cuanto que el art. 197.6 CPEN alberga un tipo agravado para los supuestos de abuso informático sobre datos personales pertenecientes al núcleo de la privacidad —los que la LOPD (LA LEY 4633/1999) denomina en su art. 7 «datos especialmente protegidos»— (datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual). De este modo, dado que el Código Penal prevé un tipo agravado para esta categoría de datos, *a sensu contrario* debe entenderse que los datos tutelados en el tipo básico son todos los demás, es decir, los no especialmente protegidos. En consecuencia, resulta forzoso que el Legislador opere un adecuado deslinde entre la tutela penal y administrativa siguiendo el principio de mínima intervención penal.

2 -Las acciones

En cuanto a apoderarse, es un verbo típico que ya se encontraba previsto en el párrafo primero del artículo, el que ya ha sido tratado largamente al tiempo de abordar éste y en consecuencia se castiga la acción de tomar, coger o poner bajo su control; sin embargo, debe interpretarse como equivalente a traslación posesoria cognitiva, que no significa desplazamiento de carácter patrimonial.

También comparten ambos tipos penales el carácter de reservado de los objetos, aunque si bien es más explícita en el caso del delito complementario, pues abarca los datos personales o familiares, en el primer párrafo integra también a éstos desde que no se especifica de qué secretos se trata, asimismo comparten ambos precepto la ausencia de

consentimiento.²⁶³ La LO 15/1999 ha definido también el consentimiento en su art. 3.h) “*Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.*”

En el presente se han agregado dos conductas ajenas al ya tratado, esto es “utilice” y “modifique”. Estas conductas presuponen previamente el acceso a la base de datos o al fichero por lo que conforme lo ha afirmado Francisco RUIZ MARCO²⁶⁴.

El apoderamiento puede ser físico o cognitivo tanto si se apodera del soporte técnico como si se visualizan los datos, aunque el término participa de las mismas notas centrales del ya referenciado al tratar el apartado 1 del artículo 197 C:P:

Aquí, ya hay algo más que apropiarse para conocer sin necesidad de dar a conocer el secreto. Si bien “utilice”, como verbo, se empleó en el tipo ya tratado, en ese caso estaba referido sólo a la utilización de medios técnicos, en cambio en este párrafo, la utilización o modificación se refiere a los datos reservados de carácter personal o familiar de otro.

Utilizar, debe entenderse como toda acción de aprovechamiento de los referenciados datos reservados y modificar significa todo comportamiento que implique cambiar, alterar o transformar los datos reservados.

Pero estas acciones de apoderar, utilizar o modificar deben ser realizadas por el sujeto activo mediante un contacto directo con el ordenador que contiene los datos, pues con razón objetan algunos autores como Jareño Leal/Doval País, citados por RUIZ MARCO²⁶⁵ que si las conductas no se complementan con esta exigencia de intervención directa, el ámbito del tipo se extendería de forma insufrible poniendo el ejemplo que la

²⁶³ POLAINO NAVARRETE y Otros, *Curso de Derecho penal español, Parte especial I*, ob. cit., pág. 401.

²⁶⁴ RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos consta la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Editorial Colex 2001, págs. 76 y sig. El autor aclara que el acceso a los datos o ficheros puede realizarse por caso a través de telnet que permite acceder a un ordenador remoto –que puede estar ubicado a miles de kilómetros– utilizando todos los archivos y recursos que contiene, siendo que físicamente se trabaja sobre el propio teclado pero realmente se opera sobre la consola del ordenador remoto.

²⁶⁵ RUIZ MARCO, ob. cit., p. 77.

conducta de utilizar sin la apuntada restricción abarcaría a todos aquellos por cuyas manos hubieran pasado los datos.-

En cuanto al acceso a los datos, es curiosa la segunda parte de este precepto normativo, toda vez que en términos generales se trata prácticamente del mismo tipo delictivo con la diferencia de que en vez de apoderamiento, la conducta es la de acceso. En cuanto al resto, el verbo utilizar se repite y alterar es sinónimo de modificar.

Por otra parte como apunta QUERALT JIMENEZ²⁶⁶ respecto a qué ha de entenderse por la acción en el art. 197. 2.II, dice que se trata de “Acceder o utilizar los datos almacenados en los ficheros, normalmente automatizados, aunque no es ello necesario para las comisión delictiva, dado que el precepto que nos ocupa, al remitirse a su referente anterior, se remite también a cualquier otro tipo de archivo o registro. Así, la protección es más amplia que la de la LO 15/1999.-

El meollo de la cuestión y/o el término que se halla controvertido es qué quiso significarse con como ya adelantara, a “los mismos”, pues si se refiere a los datos íntimos, la conducta típica es idéntica que la de la primer aparte o bien como sostienen otros se refiere a los soportes materiales.

En mi caso entiendo que se trata de la primera posibilidad y que, el caso de la última parte del inciso, al no hacer referencia alguna al ánimo de vulnerar la intimidad, podría encuadrar la conducta de hacking que impla una entrada en los archivos sin consentimiento de quien tiene derecho a oponerse pero, no encuadraría, toda vez que si bien no menciona ese elemento subjetivo, entiendo que todas las acciones tienen que ser en perjuicio del titular o de terceros.

La cuestión no es fácil ya que, en efecto, bien puede observarse en la estructura del tipo que en la segunda parte, hace una escisión entre acceso por cualquier medio a los mismos y luego utiliza el conjuntivo “y”, que parece separar los supuestos – el de acceder y los de alterar o utilizar- asignándoles claramente a éstas últimas ligadura a un perjuicio de terceros o del titular.

²⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., pág. 299.

Sin embargo, he de entender, que el perjuicio se exige, para que el hecho tipifique, también en el caso de la conducta de acceso, toda vez que cualquier análisis normativo debe realizarse sistemáticamente y no es lógico que la pena prevista para este apartado (2) sea mayor que la del apartado (3) que prevé el acceso sin necesidad de causar perjuicio²⁶⁷

3) El perjuicio.

Sin perjuicio de lo apuntado, lo que constituye mi opinión, es claro que las otras conductas tanto de la primera parte como de la final, esto es, apoderamiento, utilización, modificación y alteración y utilización, exigen que se realicen en perjuicio de terceros, bastando la intención de concretar ese elemento subjetivo sin necesidad de que se produzca el perjuicio.-

Para Queralt Jiménez, dada la redacción legal parece, dice, tratarse de un delito de resultado, al exigirse el perjuicio, y luego agrega que el perjuicio puede consistir en como mínimo la rotura de la reserva: la confidencialidad se habrá disipado.-

Es decir que el sujeto activo hace algo más que conocer para sí mismo y con eso ya dañar la intimidad, en efecto, ahora, al “utilizar” y “modificar” trasciende de su esfera propia, y hay una modificación en el mundo exterior, a lo que se agrega una ultra intención que debe mediar en el caso, tal es la de hacer estas conductas en perjuicio de terceros.

Este último constituye el elemento subjetivo del injusto más allá del dolo típico al efectuar las conductas descriptas, siendo que este tipo complementario introduce un singular elemento subjetivo del tipo consistente en el propósito de perjudicar.

Enseña ALVAREZ GARCÍA²⁶⁸ que siendo que es un delito de tendencia mutilado de dos actos- así lo considera este autor- , los comportamiento típicos tienden a realizarse en perjuicio de terceros o en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. La doctrina no es pacífica, mientras una parte de la misma (Morales Prats, Polaino Navarrete) consideran que se trata de elementos subjetivos del injusto que expresan el ánimo de vulnerar o

²⁶⁷ Art. 197. 3:”... *El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos...*”

²⁶⁸ ALVAREZ GARCÍA,F. Javier (Director) y Otros, ob. cit., pág. 579.

descubrir la intimidad de otro o de producir cualquier otro perjuicio, sin llegar a que se produzca efectivamente, un grupo minoritario de autores opina que la expresión refiere a un típico resultado lesivo (es el caso de, entre otros, Queralt Jiménez, citado en abundancia)

En cuanto al perjuicio, debe entenderse en sentido amplio y no como perjuicio económico únicamente o bien apreciado económicamente el perjuicio puede consistir en las más variadas formas y será materia de análisis por los jueces.

Debe ser un perjuicio que el hombre medio considera como tal. Sin embargo, como se dice, a los efectos de la consumación o de la determinación de un conato, la conducta se consuma más allá de que el perjuicio se verifique, sólo requiere la figura que el accionar se produzca en perjuicio, pero si el perjuicio efectivamente se produce normalmente se produciría un concurso, por caso con una estafa, apropiación indebida, etc., ya que se trata de un delito contra la intimidad y no un delito de lesión a otros bienes jurídicos. En definitiva el vocablo -en perjuicio- constituye el elemento subjetivo del injusto.

4) Consumación y tentativa.

Según la postura atinente al perjuicio es que se determinará si se trata de un delito de resultado o de un delito de consumación anticipada, mutilado de dos actos, de todas formas, el delito admite tentativa y no es difícil pensar en supuestos en que puede el hecho quedar en conato.

Es el caso de aquel que ingresa en el ordenador y comienza a realizar maniobras equívocas para poder acceder o bien al password ajeno o bien habiéndolo obtenido intenta ingresar en la base de datos. Por lo tanto son posibles tanto la tentativa acabada como la inacabada, no resultando punibles por obvias razones y correctamente los actos preparatorios.-

En cuanto a la consumación dependerá de la acción realizada, esto es acceder, apoderarse, utilizar, modificar, etc. No resulta complicado concebir el momento de la consumación.

5) Sujetos

El sujeto activo puede ser cualquier persona. Siempre que no sea el titular de los datos reservados, ya que los datos deben ser de “otro”, también debe ser distinto del sujeto que se puede perjudicar.

Y agrega Queralt Jiménez²⁶⁹ que tienen naturaleza común tanto el particular como el funcionario público, siempre que aún teniendo servicio en un fichero público, no tiene acceso al mismo, es decir que no sea responsable, ya que si el particular es responsable y comete ese delito será penado en virtud de lo dispuesto por el art. 197.4 (y 197.5 y 6) y si el sujeto activo es funcionario público de los comprendidos en el art. 198 comete un delito contra el Estado de Derecho.-

El sujeto pasivo lo constituye el titular de los datos reservados personales o familiares. No integran este sujeto las personas jurídicas toda vez que se trata de datos personales o familiares.-

Como tercero, si bien hay controversia al respecto, puede entenderse y así lo asumo, que es todo aquel que no es ni el sujeto activo ni el pasivo en sentido propio o titular de los derechos, pues puede ocurrir que de perjudique, como en la última parte del artículo tanto al titular de los mismos como al tercero. En caso de que resulta perjudicado es una especie de sujeto pasivo.-0

6) Objeto material

Sea cual sea la conducta, el objeto sobre el cual debe recaer es el mismo, es decir los datos reservados de carácter personal o familiar ajenos, manteniéndose los mismos conceptos que se sostuvieran al tratar los conceptos de secreto, es decir como todo conocimiento restringido, no público, que afecte cualquier extremos de la vida personal o familiar del titular del derecho o bien, excluyéndose el tipo calificado previsto en el apartado 5.

²⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., pág. 299.

Todo ello nos remite a los conceptos ya vertidos sobre la intimidad personal, como bien jurídico tutelado. Según el Tribunal Constitucional ²⁷⁰, los datos tutelados no son sólo los datos íntimos, sino todos aquellos datos personales cuyo empleo por terceros pueda afectar negativamente a los derechos de su titular.

Sin lugar a duda se trata de un tema complejo y algunos “datos” que podría decirse que constituyen datos personales pueden no ser alcanzados por la protección legal cuando de alguna forma pudieran tomar estado público, en definitiva, los datos que la ley protege penalmente deben comenzar por tener la característica de ser personales o familiares pero a su vez, su manipulación debe afectar directamente a la intimidad personal.

En este tópico y dentro de las limitaciones que tiene el juez para interpretar el alcance de un precepto normativo, deberá analizarse en cada caso la naturaleza de ese dato personal y las circunstancias que rodean el caso para determinar hasta donde se podría afectar el bien jurídico protegido.-

Va de suyo y así lo dispone la norma que los datos reservados deben, necesariamente encontrarse registrados esto es acopiados, recogidos, almacenados, atesorados contenidos, anotados, transcritos o gravados en ficheros, o soportes, entendido dichos soportes como cualquier conjunto organizado de informaciones almacenadas, ya sea a través del sistema informático, electrónico o telemático, ya sea en *hard Word* en *disquette* o bien en “*pen drive*” o cualquier otro soporte y luego opera también la cláusula residual, esta es en cualquier otro tipo de archivo público o privado con lo que la protección se extiende a cualquier lugar u objeto.

Podría también decirse que específicamente en la última parte del párrafo, se castiga a quien sin estar autorizado acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero; la descripción da un tipo autónomo ya que las conductas allí descriptas se proyectan ya no sobre los datos reservados sino sobre los fichero o soportes informáticos, telemáticos o electrónicos.

7) Tipo subjetivo.

²⁷⁰ STC 292/2000 del 30 de Noviembre FJ 6°.

Para continuar con el adelanto ya efectuado al tratar el tema del perjuicio que está íntimamente ligado al tipo subjetivo, debe decirse que se trata de un delito doloso, en donde debe mediar la voluntad final de realizar la acción típica.

Sin embargo, el tipo penal requiere además el elemento subjetivo contenido en el injusto típico que consiste en realizar todas las acciones descriptas con la finalidad de “*causar un perjuicio*”, aunque no exige la causación de ese perjuicio, se trata de un dolo propio del delito que debe guiar la acción, ello a excepción de la conducta de acceder por cualquier medio a los datos que no requiere del perjuicio, o al menos no lo refiere el tipo delictivo directamente.-

En cuanto a qué debe entenderse por perjuicio, indefectiblemente su interpretación debe ligarse a las características del bien jurídico protegido, este es la intimidad. Bajo ese parámetro interpretativo, debe considerarse que dicho perjuicio no abarca solamente el ámbito patrimonial o económico sino, según afirma Ruiz Marco ²⁷¹, el perjuicio puede abarcar cualquier menoscabo potencial que pueda sufrir la privacidad del sujeto pasivo.

Por este andarivel no puedo menos que compartir la interpretación que a este tópico le dedica el Profesor POLAINO NAVARRETE, en el sentido de que, siendo que la persona quiere mantener en reserva ciertos datos, ya la realización de la conducta dolosa por parte del sujeto activo de procurarse un conocimiento indiscreto y sin autorización, concretaría el tipo delictivo. Ello, pues figúrese que alguien no desea que ciertos datos salgan de su esfera íntima y personal, más allá del contenido de los mismos toda vez que puede ocurrir que los datos que alguien quiere reservarse y que se ser accedidos por otra persona menoscabaría su intimidad, tal vez a otra persona le pudiera parecer que no implica tal menoscabo.

²⁷¹ RUIS MARCO, Francisco, ob cit., pág. 83. Agrega este autor que “ya hace años que, a propósito del delito de alzamiento de bienes formulamos una crítica a la cláusula “en perjuicio”, tan del gusto del legislador español (RUIZ MARCO, F., *La tutela penal del derecho de crédito*, ed. Dilex, Madrid, 1995, págs. 342 y 343. Si en el ámbito de los delitos contra el patrimonio, o contra el orden socioeconómico, la indicada expresión ya plantea problemas de idoneidad para definir las conductas lesivas, cuanto más si es empleada para describir conductas atentatorias contra bienes jurídicos más “inmateriales” como sucede con la intimidad.

Es que tal sentimiento es tan subjetivo, que todo individuo tiene también el derecho de entender libremente qué considera y quiere mantener reservado y sobre todo qué datos, de ser revelados, descubiertos o sufrir acceso a los mismos por parte de otra persona invade su intimidad.

Veamos el ejemplo simple de alguien que tiene registrados datos acerca del uso de una peluca, la tintura de su cabello, etc., datos que pudieran parecer banales, triviales o insignificantes para una persona pero que para otra en razón de su historia o de sus circunstancias sociales o personales son íntimos y pudieran ocasionar perjuicio al causarle por caso vergüenza o todo otro sentimiento mortificante.

Así, la simple intromisión en estos datos causa el perjuicio (deseo de mantenerlos en secreto). Pero si bien habrá de analizarse en cada caso qué dato puede llegar a ser sensible, tal análisis deberá hacerse en relación a la persona y sus circunstancias, aunque para realizar una determinación que permita establecer algún parámetro que habilite saber cuáles son los límites de punción, puede afirmarse que resulta lógico y adecuado establecer una medida o cuantificación similar a la que se efectúa para evaluar sobre el alcance del amedrentamiento en el delito de amenazas.

En efecto, entiendo que resulta racional establecer el carácter de sensible de un dato con relación al hombre medio de la cultura de una sociedad en la que se halla inmerso -

En cuanto a este elementos subjetivo, también campea la opinión de que no se trata de una delito de tendencia, pues el perjuicio es el efectivamente causado con el acceso, por lo que se trataría de un delito de resultado.

8) Atipicidad y Antijuridicidad.

La falta de autorización o de consentimiento, ya ha sido calificada como un elemento normativo del tipo, de suerte tal que si la autorización existe, o sea se consiente la acción al figura quedará atípica. En el mismo sentido se pronuncia ALVARZ GARCÍA²⁷²

²⁷² ÁLVAREZ GARCÍA y Otros, ob. cit., pág. 580.

Entiendo que operan en el caso las causales normales de justificación y que deberá analizarse en cada caso la mediación de alguna de ellas.

9) Penalidad

Se establece las mismas penas mixtas acumulativas (prisión y multa) en el caso del art. 197. 1 y 2 más la imposición por parte del juez de la alguna de las penas accesorias del art. 57 C.P. en tal sentido, cabe que el juez ²⁷³.

²⁷³ Artículo 57: “1. Los jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, e torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará en todo caso la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620”.

Artículo 48: “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena³⁸.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

La pena principal resulta grave, de uno a cuatro años de prisión y la multa es de doce a veinticuatro meses. Se le formula a esta imposición de idéntica pena en uno y otro supuesto la crítica acertada de que, es tanto más grave la utilización de los medios comisivo del 197.2 y aún la interceptación de la telecomunicación del 197.1 II pues las forma comisivas, los instrumentos utilizados y los objetos de la acción hacen más vulnerable el bien jurídico protegido.

Sin embargo cabe la aplicación el precepto previsto en el art. 127 C.P.²⁷⁴ Jurisprudencialmente se pueden citar ejemplos de aplicación de este tipo penal como el siguiente: La S AP-Navarra de 10 de marzo de 2009 (ponente Zubiri Oteiza) condena por un delito del artículo 197.2 del Código penal a un sujeto que accedió al correo electrónico de otra persona utilizando el nombre y la contraseña que le había teclear y envió un correo. Por otro lado, la S AP-Baleares de 11 de febrero de 2009 (ponente Izquierdo Téllez) castiga a un médico funcionario que accedió en distintas ocasiones al historial de un colega para averiguar el nombre de su médico de cabecera, aplicando la agravante del artículo 197.6 CP por tratarse de datos que afectan a la salud.

²⁷⁴ Artículo 127: “1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas¹¹³.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

CAPÍTULO VIII.

INTRUSIÓN INFORMÁTICA

EL TIPO DEL ARTÍCULO 197, 3RO.

“El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Se trata de un tipo penal que ha sido llamado de “intrusión informática”, o en el concepto de SERRANO GOMEZ²⁷⁵; “Vulneración de medidas de seguridad de datos o programas informáticos”, fue añadido la por la Ley Orgánica 5/2010.

Aunque sobre el tópico referente a una categorización de delitos en delitos informáticos, ya se ha consignado al tratar el capítulo anterior el tratamiento que BARRIO ANDRÉS²⁷⁶ da al tema, afirmando que “no existe una categoría autónoma de «delitos informáticos» o «delitos cibernéticos». Además, el Código Penal español de 1995 no ha introducido el «delito informático», ni admite que exista como tal dicha figura. Recordemos con dicho autor que “El *locus commissi delicti* puede ser un domicilio particular, una vía pública o la Red. Argumentar lo contrario significa crear una nueva clase de ilícitos no autorizada por el legislador, ni exigida tampoco por la naturaleza de las cosas. De ahí que deba hablarse más bien de delincuencia informática que de «delitos informáticos» propiamente como tales”.

1) La acción.

En cuanto a la acción, la primera sería “entrar”, según el –diccionario de la Real Academia Española en su primera acepción es “*Ir o pasar de fuera adentro*” a un sistema informático para acceder a datos o programas sin la autorización del titular o “mantenerse” que según el Diccionario de la Real Academia Española, en su quinta acepción es “*proseguir en lo que se está ejecutando.*” en él sin su voluntad. Este segundo caso memora lo que ocurre en la violación de domicilio cuando se ingresa en el lugar legítimamente pero se transforma en una estancia ilegítima o típica cuando la persona se mantiene contra la voluntad de quien tiene derecho de exclusión. En este caso el mantenimiento dentro del sistema es en contra de la voluntad de quien tenga derecho de excluirlo.

²⁷⁵ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, ob. cit., pág. 183.

²⁷⁶ BARRIO ANDRÉS, Moisés, “Los delitos cometidos en internet. Marco comparado, internacional y derecho español tras la reforma penal de 2010”, en *Revista de Derecho penal, procesal penal y penitenciario. La Ley penal*, número 86, año 8, octubre de 2011, págs. 40 y sig.

FERNÁNDEZ TERUELO²⁷⁷ lo considera un tipo mixto alternativo desde que se castiga tanto el acceso a datos o programas informáticos ajenos a través de un sistema informático como el mantenerse dentro de él.

La ley no distingue ni exige un medio determinado razón por la cual, éstos son indeterminados, siempre que se hubieren vulnerado las medidas de seguridad: lo que día se exige cierta dificultad para lograr el ingreso o sea que el sistema no se halle abierto sino que requiere que existan contraseñas, sistemas de resguardo, etc., todo ello, pues fácil sería introducirse en los sistemas informáticos con grave daño a la intimidad. Además, esto significa que no importa cómo se consigue el acceso ya sea mediante maniobras físicas o remotas, da igual, lo importante es el resultado, lo que permite afirmar que cualquier recurso como el famoso gusano informático, algún tipo de virus inserto en el ordenador o en el programa etc., son todo medios habilitados para configurar el tipo penal

2) El objeto

Son los datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático

3) El elemento normativo del tipo

La falta de autorización, como elemento normativo del tipo, no tiene que existir en forma positiva; luego, como el dispositivo lo establece, en cuanto a que se exige la existencia de las medidas de seguridad, funcionan éstas tácitamente como evidencia de falta de consentimiento en el acceso.

El delito exige que además de ingresar al sistema se ingrese a los datos o programas de modo indiscriminado, siendo este detalle el que lo diferencia del tipo previsto en el art. 197.1. y no se exige que esos datos sean personales y por esa razón las penas son más benignas, ya que lo que aquí se protege es el sistema.

En criterio de QUERALT JIMÉNEZ²⁷⁸ se trata de un delito de resultado.

²⁷⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, ob. cit., págs. 199 y sig.

²⁷⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., pág. 303.

4) El tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso; pues debe mediar el conocimiento y la voluntad final de utilizar cualquier medio a disposición para vulnerar las medidas de seguridad y lograr el acceso.

Si bien no es muy específico en cuanto a la intencionalidad, ésta surge prístina pues no se halla prevista la forma culposa es decir, si bien puede pensarse en la posibilidad de vulnerar esas medidas de seguridad ya sea por casualidad (fortuitamente) o lograr el acceso por culpa, imprudencia, impericia o por cualquiera de los medios culposos no dolosos, la conducta no podrá serle punible al agente.

Por otra parte, puede darse la situación de quien vulnere esas medidas de seguridad, creyéndose autorizado, por un error que, en el caso podría excluir el tipo penal.

De cualquier forma, resulta dificultoso pensar en que quien vulnere las medidas de seguridad también requiera no estar autorizado, desde que la colocación de tales medidas implica la falta de autorización tácita.

5) Sujetos.

En cuanto a los sujetos activos, puede ser cualquier persona sea un extraño al sistema o un legítimo usuario, cuando ingresa legítimamente pero luego accede a niveles que le son vedados y aún en aquellos casos en que, siendo que corresponde que salga del sistema se mantiene en él.

6) El supuesto del segundo párrafo el artículo 197.3.

En el segundo párrafo el artículo dispone:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Se trata de un apartado en el que se agrava la pena en razón del sujeto activo, en este caso la persona jurídica. Veamos, primero cabe consignar que este dispositivo remite al art. 31 bis del C.P.E.²⁷⁹, por otra parte el ²⁸⁰art. 33 inc. 7 apartados b) y g), que impone sanciones a las personas jurídicas.-

²⁷⁹ Artículo 31 bis:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

El Artículo 31 bis, introducido por el apartado cuarto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010

²⁸⁰ Artículo 33, 7:

“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

Vale establecer las diferencias existentes entre el supuesto del art. 197. 2 y el 197.3, siguiendo a FERNÁNDEZ TERUELO²⁸¹, el artículo 197.2 protege los datos registrados en ficheros, en tanto que la conducta del artículo 197.3 afecta datos que no necesariamente son responsables, ni necesariamente están registrados en ficheros y añade el acceso a los programas, en el segundo tipo no se requiere un ataque a la intimidad, sino que se persigue el mero intrusismo, siendo a criterio de este autor el bien jurídico protegido la integridad e indemnidad del propio sistema que contiene los datos, protege la seguridad de los datos informáticos, no requiere del especial elemento subjetivo de vulnerar la intimidad, pero sí implícitamente la de descubrir secretos, pues el acceso no debe estar autorizado. Se lo ha calificado, en definitiva como delito barrera u obstáculo, generando no pocas dudas acerca de su correcta intrusión en este título.

7) Algunas definiciones y consideraciones modo de “obiter dictum”.

-
- a) Multa por cuotas o proporcional.
 - b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
 - c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
 - f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Número 7 del artículo 33, introducido por el apartado quinto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010.

²⁸¹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, ob. cit., págs. 197 y sig.

Para finalizar con este tipo penal, resulta esclarecedor a modo de obiter dictum, consignar ciertas definiciones que auxilian al tiempo de la interpretación de estos supuestos relacionados con la informática:

a) Normativa alemana:

En Alemania, la denominada "Segunda Ley para la lucha contra la Criminalidad Económica (2.WIKG) de 15 de Mayo de 1986., relaciona una variada gama de hechos punibles cometidos con medios electromagnéticos o informáticos o de la información como bien jurídico u objeto material de los mismos, acorde con la realidad tecnológica en la que vivimos.

En esta relación punitiva podemos encuadrar los delitos contra los datos o las informaciones, a diferencia de la legislación canadiense donde se destacan los delitos de los datos contra otro bien jurídico como la intimidad. La legislación española como se ve prevé una y otra clasificación.

Las formas típicas del derecho alemán son:

1. Espionaje de datos (Arts. 202 a StGB);
2. Estafa informática (263 a StGB) ;
3. Utilización abusiva de cheques o tarjetas de crédito (266 b StGB);
4. Falsificación de datos con valor probatorio (269 StGB);
5. Engaño en el tráfico jurídico mediante elaboración de datos (270 StGB);
6. Falsedad ideológica (271 StGB);
7. Uso de documentos falsos (273 StGB);
8. Destrucción de datos (303 a StGB); y,
9. Sabotaje informático (303 StGB).

Finalmente, el medio informático, es aquel *"mecanismo, la instalación, el equipo o los sistemas de tratamiento de la información que permite, utilizando técnicas electrónicas,*

informáticas o telemáticas, producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones. (art.3, b), R.D. 263/1996, 16 de Febrero).

En esta definición se incorporan in genere los medios físicos o materiales, tanto referidos al denominado Hardware (el ordenador, propiamente dicho y las unidades periféricas), como a los medios lógicos, logiciales o de software (programas de ordenador), utilizados en el procedimiento o tratamiento automatizado de todo tipo de información o datos.

Asimismo, a todos aquellos aparatos o sistemas electrónicos que no haciendo parte del hardware o el software, sirven a los fines y objetivos informáticos, al complementar o potenciarlos.

Tal es caso del conjunto de aparatos y sistemas de telecomunicaciones unidos a los eléctricos y/o electrónicos que sirven para captar, editar, emitir o transferir imágenes, sonido o texto; o todo a la vez, pues al fin y al cabo todo esto es información bien representada analógica o digitalmente. v.gr. las fotografías en el espacio del Internet, evidencian la vulnerabilidad de la intimidad, a través de la imagen.

La capacidad de estos medios físicos o lógicos para captar, procesar, editar y entregar información o datos por cauces electrónicos, informáticos o telemáticos, es lo que determina que estos medios se les denomine globalmente, medios informáticos.

a. - Distintos ilícitos que pueden realizarse a través de la informática.

-El fraude informático.

Como todo fraude es un atentado al patrimonio con el fin de adquirir algún beneficio económico que puede consistir en la extracción de fondos de cuentas bancarias, cargos en tarjetas de crédito ajenas etc. Son los tipos penales de la estafa tradicional pero al ser sobre máquinas u ordenadores, sobre redes informáticas presentaban dificultades dogmáticas para afirmar los requisitos de naturaleza humana tales como el engaño y el error como estado psicológico. Esto ha sido solucionado en el código con la incorporación del

art. 248.2 que tipifica la estafa especial en la que se prescinde del engaño o el error y se castiga a quien con el ánimo de lucro y valiéndose de una manipulación informática obtenga una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero .

- La Piratería informática

Consiste en la infracción del software comercial, consiguiendo al copia de cualquier obra cultural o científica (cinematográfica, musical, programa de ordenador etc) generando perjuicios económicos a los autores y a las industrias.

Se trata también de ataques al derecho de propiedad intelectual. Esta conducta ilícita ha sido tipificada en el art. 270C:P: en el que la conducta intelectual (el plagio, la distribución, la comunicación pública) se le añade la conducta de “fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.

- El Vandalismo informático

Consistente en la destrucción o causación de daños en los datos programas o sistemas informáticos mediante la introducción de “virus” con o sin vulneración del password , el bloqueo de servidores mediante los ataques de denegación de servicios. Este tipo de conducta se tipifica en el art. 264.2 y 263 del C.P.

- Hacking

Es el acceso no autorizado a los sistemas y a los datos registrados informáticamente, mediante la vulneración del password o de los sistemas de seguridad (cortafuegos) implantados pro el titular del ordenador . Este tipo de conductas resulta ser muy frecuente dada la conexión múltiple de ordenadores a escala mundial. El autor (Hacker) , en general

no tiene la intención de espiar, dañar o manipular datos o programas, está impulsado sólo por su afán de conseguir conocimiento y aprendizaje. Sin embargo, y aunque sobre esta base cabría sostener que hay falta de lesividad en la conducta, existen casos en que la naturaleza del bien jurídico, incorpora el componente secreto y la simple ruptura del mismo produce objetivamente una ofensa (o un peligro) al bien jurídico con lo que es posible darle relevancia penal a esta conducta que puede encuadrar dentro de las especificaciones del art. 197.2 del C.P.

La informática, en definitiva tiene un carácter instrumental en estas conductas delictivas, las innovaciones en los tipos delictivos lo son por el medio comisivo.

CAPÍTULO IX.

LOS TIPOS AGRAVADOS

I- REVELACIÓN O CESIÓN DE LOS DATOS RESERVADOS

(Agravamiento por cesión o difusión a tercero de lo descubierto art. 197 4to. I.).

EL TIPO DEL ARTÍCULO 197, 4TO.

“Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

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 origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”

1) Consideraciones generales.-

Este tipo, también denominado de divulgación del secreto, que anteriormente se correspondía al apartado 3 del mismo artículo, ha sido colocado como apartado 4to., reenumerado por el apartado quincuagésimo tercero del artículo único de la LO 5/2010 del

22 de junio por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del código Penal (B.O.E. 23 de junio). Su contenido sigue siendo el literal del apartado 3ro.-

Se trata de un tipo penal agravado de las conductas anteriores que se configura cuando se difundan, revelen o cedan a terceros los datos o imágenes ilegalmente captados aumentando la sanción punitiva a la escala de dos a cinco años de prisión.

También denominado por FERNÁNDEZ TERUELO²⁸² como delito de revelación o transmisión a terceros de datos personales a través de internet. Entiendo que el dispositivo, abarca también las conductas previstas en el art. 197 párrafo 1ro, y por tanto resulta inadecuado referenciar la conducta a la revelación o transmisión de datos personales a través de internet.

2) Sistemática.

El párrafo contiene dos apartados que se diferencian claramente ya que uno contiene un tipo cualificado y el otro un tipo atenuado. Por su parte se ha dicho también, FERNANDEZ TERUELO (ob cit) que contiene un tipo agravado (el del primer párrafo) y un tipo autónomo (el del segundo párrafo)

A- El tipo cualificado, o agravado

Se agrava la pena cuando realizadas las conductas ya descriptas en el tipo básico, este secreto se divulgue a terceros.

A- 1. La acción.

Son todas las conductas descriptas en los tipos anteriores a lo que se adiciona la de difundir, ceder o revelar. Se requiere la divulgación como acción positiva, lo que incrementa el desvalor de la acción precedente, consistente en todas las acciones de los tipos penales anteriores (los datos descubiertos, la imágenes captadas) y también que lo

²⁸² FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, ob. cit., págs. 203 y sig.

divulgado haya sido obtenido ilícitamente, toda vez que si no se da este presupuesto lógico no habrá delito.

La divulgación o difusión debe ser a terceros no importa qué amplitud debe tener y tipifica tanto la difusión a título gratuito como por dinero. La difusión puede ser de secretos de correo, sea el tradicional o el electrónico, o bien las voces obtenidas por intervención telefónica o de imágenes provenientes de filmaciones.

El tipo cualificado aumenta la pena dado que a la conducta descrita en el tipo básico, se le agrega la conducta que implica divulgar ese secreto a terceros, con lo que se culmina el atropello contra la intimidad.

Las etapas, entonces son, por caso, apoderarse para conocer, conocer y luego divulgar, pero es posible divulgar sin conocer o sin comprender el contenido.

Conforme el Profesor POLAINO NAVARRETE²⁸³ la conducta del agente es ulterior a otra del tipo básico que ha realizado el mismo autor, produciéndose una concatenación típica de conductas, exigiendo los respectivos elementos subjetivos del injusto de los tipos básicos de apoderamiento de documentos o efectos personales, interceptación de comunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación etc., sobre datos reservados de carácter personal o familiar de otro.

En el caso de que la conducta precedente consista en la utilización de artificios técnicos, se requiere que además del empleo de artificios técnicos, que se logre el resultado que consiste en obtener la información ya sea de escucha, grabación o interceptación de imagen.

Por divulgación debe entenderse la comunicación de lo descubierto a una o más personas, siendo irrelevante que estas personas estén o no interesadas en dicho contenido. También agrega, que cuando se revela a un tercero o se divulga a una colectividad, se

²⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal español...*, ob. cit., págs. 421 y siguientes.

verifica el tipo penal en estudio. Así, la conducta de este tipo agravado admite una triple manifestación alternativa de comportamientos que puede consistir en revelar, difundir o ceder a terceros lo desconocido.

En los tiempos que corren, este tipo penal toma especial relevancia toda vez que con el uso de la red de internet, la acción de divulgar, toma especial peligrosidad en atención a la masividad del medio y su rapidez, todo lo que puede causar un daño con consecuencias insospechadas con el sólo hecho de tocar sólo algunas teclas del ordenador, ya que tipifican tanto los envíos colectivos como individuales, y a utilización de todos los sofisticados recursos al alcance universal, como pueden ser el *Facebook*.-

Conforme el Diccionario de la lengua española²⁸⁴:

Ceder es dar, transferir, traspasar a otro una cosa, acción o derecho.

Difundir es extender, esparcir, propagar físicamente y

Revelar en su primera acepción es “Descubrir o manifestar lo ignorado o secreto..

Si bien, sobre el antiguo artículo 497 bis CP, pero sobre un punto medular, enseñan RODRÍGUEZ DEVESA Y SERRANO GÓMEZ²⁸⁵ ”Se emplean los términos *divulgar y revelar* . el primero consiste, como quedó reflejado más arriba, en la comunicación a una o más personas no poseedoras del secreto; en cuanto a *revelar*, hay que entender que equivale a divulgar. No hay razón para que el legislador haya utilizado ambos términos, pues los dos equivalen a *descubrir* los secretos a terceros”

También se entiende revelar como equivalente a descubrir o manifestar lo desconocido o el secreto

A.2. El objeto.

²⁸⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, vigésima primera edición.

²⁸⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal español, Parte especial*, décimo octava edición revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995.

Son los secretos, contenidos en los datos o hechos descubiertos y en las imágenes captadas. No menciona, en cambio a los documentos o a los efectos personales del tipo penal del párrafo primero y agrega POLAINO NAVARRETE ²⁸⁶ que tampoco se refiere a las telecomunicaciones del tipo de interceptación de telecomunicaciones ni al sonido del tipo de utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido ni cualquier otra señal de comunicación del tipo de utilización de tales artificios técnicos.

Sin embargo toda esta enunciación no implica más que el objeto propio de revelar el secreto a través de los hechos, datos o imágenes pues éste es el objeto que puede venir de la mano de la interceptación o de la utilización de artificios. No es la telecomunicación el objeto de este delito en este caso, sino el secreto o dato íntimo que obtenido por cualquiera de los medios indicados en los anteriores tipos penales se cede, difunde o revela.

A.3. Los sujetos.

El sujeto activo es quien haya participado de las conductas de los números anteriores, no requiriendo ninguna capacidad ni característica especial en dicho sujeto, de tal forma que puede ser cualquier persona mientras haya participado en el delito antecedente.

Conforme Queral Jiménez ²⁸⁷ son sujetos activos, en el tipo agravado, “Quien o quienes sean responsables del tipo básico; no necesariamente quien se haya apoderado materialmente del secreto o haya allanado la intimidad, sino quien lo haya planificado. Son coautores todos los que difunden el secreto”

El sujeto pasivo es el titular de los secretos o imágenes y entiendo también, todo aqué que con la difusión se pudiera perjudicar.

A.4 Consumación y tentativa.

²⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., pág. 423.

²⁸⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., págs. 303 y sig.

La consumación se produce en el momento de la divulgación y es posible la concreción de formas imperfectas cuando el sujeto activo lleva a cabo actos ejecutivos de divulgación pero no consigue transmitir el conocimiento reservado.

Siempre, de todas formas, el tipo cualificado aunque no llegue a consumarse en su divulgación implica la existencia del tipo básico y si no hay divulgación se aplicará en todo caso este., pues por el contrario, el tipo en trato, si se configura desplaza al anterior, por lo que la tentativa o conato, resulta inaplicable en la práctica.

A.5. El elemento subjetivo.

El elemento subjetivo del tipo requerido por la figura es el dolo como conocimiento y voluntad final de accionar divulgando los secretos descubiertos o las imágenes captadas. No admite la forma culposa, y no se halla previsto otro tipo penal en que se configure la conducta por culpa, imprudencia, impericia.

B- El tipo atenuado.

B. 1. La acción

Para que se configure este tipo atenuado, o en el concepto de Fernández Teruelo, el delito de indiscreción, es necesario también la divulgación en el sentido ya definido en el tratamiento del párrafo anterior. Se trata de un tipo de era revelación sin previo descubrimiento.

B. 2 Sujetos

Se requiere que quien divulgue no hubiera participado ni como autor ni como partícipe del accionar previsto en el tipo básico.

Se trata de un tipo semejante al del encubrimiento que requiere que el sujeto no haya tomado parte en el descubrimiento de los secretos de otro y por tanto se requiere que el delito previo del descubrimientos e halle consumado.

Se requiere asimismo el conocimiento por parte del agente divulgador del origen ilícito de los datos que revela o cede o difunde a terceros, pero al no haber participado en el ilícito anterior el legislador le ha destinado menor sanción por e menor desvalor de la acción.

Se puede producir una cadena de sujetos responsables por la conducta que se corta únicamente cuando se produce cuando la información deja de ser secreta.

En el tipo atenuado, cualquier persona que no hubiera participado en la configuración del tipo básico pero que sepa de la obtención ilegal de esos datos, hechos o imágenes secretas o privadas. Como lo expresa claramente el precepto “con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento”.-

Sujeto pasivo, es la persona cuya intimidad se ha violado, es decir cualquier persona puede ser sujeto pasivo de este delito.-

Si median fines lucrativos podríamos encontrarnos frente al tipo penal previsto por el art. 197 inc. 6to. C.P.

B. 3 Objeto.

El contenido objetivo, al igual que en el tipo agravado, es decir el agravado y el atenuado, son los datos, los hechos descubiertos o las imágenes captadas, toda vez que son estos los objetos de las conductas de revelación, cesión o difusión a terceros.

Como refiere el Profesor POLAINO NAVARRETE²⁸⁸ la clave normativa para una interpretación de este signo se encuentra en la locución final del enunciado descriptivo de la figura cualificada, que dice: “*si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*”.

B. 4. Tipo subjetivo

²⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal*, ob. cit., págs. 428 y sig.

Se trata de un delito doloso.

El tipo del primer párrafo requiere también en la conducta precedente el elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, o sea que el apoderamiento sea para divulgar los secretos de la víctima ²⁸⁹. En este sentido, el tipo agravado es, como enseña Polaino Navarrete, un delito plurisubsistente , que exige la realización de distintos momentos de acción: los de los tipos básicos y los de la acción reveladora o divulgadora de los objetos cognitivos, bien por sí mismo bien por medio de la cesión a terceros.

II. TIPO AGRAVADO EN RAZÓN DE LA CONDICION DEL SUJETO ACTIVO

EL TIPO DEL ART.197 INC.5.

“Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior”

1) Consideraciones generales.-

²⁸⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., pág. 304.

Se trata aquí de un tipo penal agravado por el especial deber de lealtad del sujeto activo. El punto aquí es establecer el alcance de la expresión personas encargadas o responsables de esos ficheros o soportes. Es un tipo cualificado por la cualidad personal del autor. La norma tiene en cuenta la posición de garante del encargado o responsable de los soportes de los secretos personales protegidos por la disposición legal. Tienen una posición predominante en la custodia y protección de los datos.

Este tipo agravado no lo es por ninguna condición especial de la conducta ya que es la misma que describen los apartados 1 y 2 del artículo 197 CP. La razón, en cambio está en que el sujeto activo tiene una cualificación profesional como encargado o responsable de los datos personales o de los archivos.

En tal sentido, se ha dicho con razón que el concepto debe ser restrictivo, a diferencia de lo establecido en el art. 199 y debe analizarse e interpretarse en el sentido análogo al concepto de comisión por omisión, toda vez que sólo aquellos que en virtud de un disposición legal o contractual posean esa condición serán sujeto activos calificados para este delito, y por lo tanto no serán pasibles de esta calificación aquellos operarios. Se trata de un elemento normativo del tipo penal y no basta con un mero encargo o responsabilidad de hecho, se trata coincido con de un abuso cualificado del que tiene especial obligación de preservar la invulnerabilidad.

Coincido con RUIZ MARCO²⁹⁰ al decir que la ley atiende al mayor desvalor de la acción y por ello al más intenso reproche que merece la conducta delictiva, cuando es ejecutada por la persona que tiene a su cargo legal o contractualmente el específico deber de reserva sobre los datos, lo que paralelamente también le da la posibilidad -con especial facilidad- de acceder a esos datos y con ello vulnerar la intimidad, dejando inerme al sujeto pasivo del delito.

También se establece en este párrafo un agravante más cuando además de cumplir con la condición de sujeto calificado y configurar el accionar, se divulgue dicho secreto es decir se difunda, cedan o revelen los datos reservados.

²⁹⁰ RUIZ MARCO, Francisco, ob. cit., pág. 89.

En palabras del Profesor POLAINO NAVARRETE, tanto el tipo cualificado del primer inciso como la figura agravada del segundo inciso, remiten específicamente a la conducta tipificada en la figura básica del art. 197 2, de apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados, por exigir expresamente que el objeto del secreto preservado esté constituido por los datos reservados y que los instrumentos materiales donde haya constancia de éstos sean los ficheros, soportes, archivos o registros ²⁹¹.

Se trata de un delito cualificado de propia mano.

2) Las acciones.

Son todas las previstas en los apartados 1 y 2, a cuyo tratamiento he de remitirme en honor a la brevedad. Luego, se agrava la pena si a la conducta precedente, se adiciona la conducta de difundir, ceder o revelar dichos secretos o imágenes.

3) El objeto

El objeto de la conducta ya sea en la primera parte del párrafo 5 como en la parte final se dirige a los secretos y las imágenes.

4) Sujetos.

Con lo dicho ya se ha abundado acerca de quién es el sujeto activo de este delito, tratándose de un sujeto calificado, en cuando al sujeto pasivo, resulta ser el titular de los datos insertos en el fichero.

Respecto de las obligaciones del responsable de los ficheros.

Cabe sobre este tema realizar las siguientes aclaraciones.

La persona responsable de los ficheros o del tratamiento, según el art. 3. “d” de la LO 15/199 es la: “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

²⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 424.

Se trata de un sujeto que tiene poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Es un sujeto que tiene obligaciones derivadas de los derechos que a su vez tiene el titular de los datos que se hallan insertos en el fichero.

Con relación a los datos, el responsable del fichero tiene la obligación de recogerlos de manera legal y leal con el respeto a todos los principios de protección de datos . Con relación al consentimiento, el responsable del fichero está obligado a obtener dicho consentimiento al recoger los datos de carácter personal o para iniciar un tratamiento . En cuanto al deber de información, el responsable tiene el deber de informar todos los pormenores del tratamiento y del fichero conforme lo dispuesto en el art. 5.1 de de la LO 15/1999. En cuanto a los datos sensibles, el responsable del fichero deberá advertir acerca del derecho del interesado a no declarar sobre la ideología, religión o creencias, por ende al ser datos sensibles hay obligación de recabar consentimiento expreso y asume la obligación de adoptar las medidas de seguridad de nivel alto y preservar con ello la integridad de esos datos. El responsable también tiene deberes de seguridad, de secreto, de observar ciertas reglas para la cesión de datos, etc.

Por ello, frente a todas estas obligaciones que impone la ley, la transgresión dolosa prevista en el artículo es de un altísimo desvalor. En razón de ello puede decirse que está este sujeto en posición de garante. Sobre ello diré que la teoría de las fuentes formales del deber fue prácticamente abandonada y reemplazada, al menos en la doctrina, por una teoría funcional de las posiciones de garante, que procura explicar materialmente los fundamentos de la posición de garante. Es preciso tener en cuenta que la evolución referida se produjo básicamente en el ámbito doctrinario, ya que la jurisprudencia mayoritaria continúa fundando la posición de garante sobre los elementos que propone la teoría tradicional .

Como consecuencia de esa evolución, la doctrina más actual ha recurrido a la teoría de las posiciones de Armin KAUFMANN, quien sostiene una concepción material o funcional de la posición de garante.

En este sentido, la posición de garantía depende de la relación material del sujeto y el bien jurídico o del sujeto y determinados ámbitos de peligro, basado en las

funciones que desempeñe el autor. De allí que para fundamentar la posición de garantía se distingan dos supuestos diferentes:

- Casos en que el sujeto tiene un deber especial de proteger un determinado bien jurídico contra cualquier agresión, basado en la ley, la libre aceptación, la comunidad de vida o la comunidad de peligro.

- Casos en que el sujeto tiene el deber de controlar una fuente de peligro, ocasionada por una conducta o acto propio precedente.

La posición de garante se caracteriza en la teoría funcional según la función defensiva o protectora del omitente respecto del bien jurídico. Por un lado, el sujeto omitente debe ocupar una posición de protección de un bien jurídico contra todos los ataques que pudiera sufrir, cualquiera sea el origen de los mismos (función de protección de un bien jurídico). Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro con relación a cualquier bien jurídico que pueda ser amenazado por ella (función de vigilancia de una fuente de peligro) .

Este panorama dogmático estabilizado durante más de treinta años, ha sido puesto en duda en los últimos tiempos, a través de teorías que han dado lugar a plantear la cuestión de la posición de garante como un elemento común de los delitos activos y omisivos.

La situación dogmática actualmente tiende, por lo tanto, a un cierto aflojamiento de los límites entre comportamientos activos y omisivos, de tal manera que la exposición misma del Derecho penal no se estructura ya necesariamente sobre la base de la distinción entre tipos activos y tipos omisivos, es decir, según el sentido positivo o negativo de la conducta desde el punto de vista de su manifestación natural.

La propuesta más radical en este sentido proviene de JAKOBS, quien distingue los problemas de la imputación de las acciones positivas y las omisiones según que se trate de obligaciones que provienen de la organización de la actividad personal o de la posición institucional del sujeto .

Conforme a lo expuesto, la posición de garante se puede caracterizar materialmente por una especial cercanía entre el omitente y el bien jurídico afectado. La caracterización de esta cercanía se manifiesta cuando el omitente tiene deberes que le imponen cuidar de los peligros que se derivan de la propia organización respecto de los bienes jurídicos que el derecho protege, o bien, cuando esos deberes le son impuestos por la posición que ocupa dentro de un marco institucional determinado (padre, hijo, funcionario, etcétera).

Analizaré a continuación cada una de las categorías señaladas:

1) Posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente

Se trata en primer lugar de la vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones. Estos supuestos se conocen como casos de “injerencia” y tienen su fundamento en el principio *neminem laedere*, es decir, del principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás. Por ejemplo: no impedir que una persona, a la que se sirvió alcohol en cantidad y que no está en condiciones de hacerlo, conduzca su coche; no prestar ayuda a la persona que es víctima de un accidente causado por el propio omitente, a fin de impedir que se agraven sus lesiones o muera. Se trata, por lo tanto, del deber que surge de la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad en el tráfico, destinadas a que la fuente de peligro no lesione bienes ajenos.

Las acciones peligrosas realizadas también pueden generar deberes de auxilio o salvamento, cuando los peligros generados ya han alcanzado o están cerca de alcanzar los bienes de otro. Sin embargo, no toda acción previa dentro de los límites del riesgo permitido genera, sin más una posición de garante. Sólo se podrá admitir una posición de garante en aquellos casos en los que se trate de un riesgo especialmente elevado, es decir, superior a los riesgos permitidos cotidianos y respecto de los que el afectado por el peligro haya, en su caso, tomado las medidas de seguridad necesarias que le incumban en relación a su autoprotección.

También se fundamenta la posición de garante en la libre aceptación de una función de protección o de seguridad por parte del omitente. Es claro que quien asume la obligación de organizar su actividad para proteger un bien jurídico, determina que el titular del mismo confíe en su protección y lo deje en manos del que aceptó protegerlo. Si bien la doctrina e incluso algunos códigos, como el español en su art. 11, se refiere sólo al contrato, dicho término no debe ser entendido en sentido estricto, sino como acuerdo natural de voluntades. De lo contrario, la posición de garante quedaría neutralizada por todas las causas que afectan la validez del contrato como negocio jurídico.

2) Posición de garante derivada de la posición institucional del omitente

Se incluyen en esta categoría las relaciones entre padres e hijos, el matrimonio, las especiales relaciones de confianza y los genuinos deberes estatales.

También surgen posiciones de garante de una especial relación de confianza. Dicha relación puede fundamentar una posición de garante cuando la confianza del titular de bienes jurídicos es depositada en otro, que la acepta, al que se desplazan funciones de seguridad de un bien o de cuidado de una fuente de peligros. Naturalmente, la relación especial de confianza se deriva de principios generales del ordenamiento jurídico y no aparece expresa en un texto legal. En estos casos el titular de los bienes jurídicos pone en manos de otro la defensa de los mismos o bien acepta que sus bienes jurídicos sean introducidos en el ámbito espacial de organización de otro que tiene el dominio del mismo, en la confianza de que en una situación de necesidad para los mismos, éstos contarán con la defensa y la ayuda del titular de dicho ámbito.

También se debe estimar la existencia de una posición de garante fundada en la confianza en los casos de comunidad de peligro, así como en los casos en los que existe una comunidad de vida estructurada sobre la base de una ayuda mutua en situaciones de necesidad, como en los supuestos de relaciones que tienen la forma exterior de las familiares o parentales asimilables a las que se prevén expresamente en la ley civil (por ejemplo: las relaciones del sobrino huérfano que vive con su tío son asimilables a las de los hijos con sus padres).

La confianza tiene singular importancia con relación a determinadas actividades profesionales como la actividad médica. En efecto, la posición de garante del médico no proviene de la ley ni del acto anterior y en muchos casos tampoco puede tener su fundamento en un contrato, dado que en muchos casos el paciente mayor de edad no podrá prestar su consentimiento válidamente y quienes lo prestan por él carecen de mandato. En el ámbito de los deberes estatales cabe destacar, como ejemplo, el caso de los miembros de las fuerzas de seguridad, quienes deben impedir por sus propios reglamentos internos las prácticas abusivas, arbitrarias o discriminatorias que impliquen violencia física o moral, como así también evitar un daño grave, inmediato e irreparable.

5) El tipo subjetivo.

Se trata de un delito doloso, y en cada caso con los elementos subjetivos del tipo si procede que se corresponden con cada figura.

6) Consumación y tentativa.

Al tratarse de un tipo que referencia a los anteriores caben las mismas consideraciones que para los ya tratados.

III. TIPO AGRAVADO EN RAZÓN DE LA ESPECIAL SENSIBILIDAD DE LOS DATOS O DE LA ESPECIAL CONDICION DE LA VÍCTIMA

EL TIPO PENAL DEL ART.197 INC. 6º

“Igualmente, cuando los hechos descritos, en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual o la

víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior”

1) Consideraciones generales

Se trata de un tipo cualificado por la índole del secreto o datos de carácter personal o bien por la especial situación de la víctima.

Dos, entonces son las razones de la agravante, en el caso de los datos se trata de datos sensibles que responden a los previsto por el art. 16.2 de la Constitución Española y por la salud, origen racial y sexual art.7.3 LORTAD²⁹² se trata de una mayor punibilidad teniendo en cuenta que se vulnera la intimidad en sus aspectos más esenciales de la personalidad. Es que ya en su exposición de motivos se esboza con meridiana claridad que

²⁹² Ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal - Ley 5/1992.

Art. 7: Datos especialmente protegidos

“1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la C. E, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras.

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

“El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo...” Se hace preciso, pues, delimitar una nueva frontera de la intimidad y del honor, una frontera que, sustituyendo los límites antes definidos por el tiempo y el espacio, los proteja frente a la utilización mecanizada, ordenada y discriminada de los datos a ellos referentes; una frontera, en suma, que garantice que un elemento objetivamente provechoso para la Humanidad no redunde en perjuicio para las personas. La fijación de esa nueva frontera es el objetivo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la Constitución, y al cumplimiento de ese objetivo responde la presente Ley”.

Se contempla un tipo agravado, en atención a que el acceso ilícito a la intimidad ajena se produce sobre la esfera más sensible de la misma, llamado en la doctrina anglosajona como el núcleo duro de la privacy. Se trata de alguna manera del derecho a la autodeterminación informativa, que involucra a los primarios valores, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 10.1 CE., así como con otras libertades públicas como la libertad ideológica -artículo 16.1 CE.- o la de expresión -artículo 20 CE.- .

En el segundo supuesto, se establece otra cláusula de especialidad de los delitos tipificados en los apartados anteriores en función de que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz. Se trata de una novedad importante en el Código Penal.

Menor de edad es el que no ha cumplido 18 años e incapaz es *"toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma"*.

Constituye el especial estado de vulnerabilidad de los sujetos pasivos, esto es menores de edad e incapaces. En el ordenamiento jurídico, se protege al menor, ya que comprende una referencia temporal que es concreta. Es que es obligación de los Estados producir las leyes que los protegen contra las injerencias ajenas, toda vez que son personas en desarrollo que requieren de un sistema de protección integral, que al menos, como mínimo parifique sus derechos con los de los sujetos mayores, frente al antiguo sistema que le daba un tratamiento que, so pretexto de protegerlo, avasallaba sus más elementales derechos, creyéndose los adultos capaces de husmear en la intimidad, como si no fueran personas.

1) Las acciones.

Son todas las ya descritas en los apartados anteriores, abarcando la totalidad de las mismas.

2- Sujetos

El sujeto activo puede ser cualquier persona, tanto en los casos en que el sujeto activo puede ser cualquier persona, o en los casos en que se trate de un sujeto cualificado, pero en este último supuesto en cuyo caso la intensidad de la pena se aplicará sobre esa pena ya intensificada.

En cuanto al sujeto pasivo, puede ser cualquier persona en el caso de la afectación de datos sensibles, debiendo ser, en cambio un menor de edad o una persona incapaz, en el caso de la segunda parte del artículo o segundo supuesto. Entiendo que para el caso en que afecte a un incapaz, resulta necesario que medie la declaración formal de la incapacidad, toda vez que en cuanto se trata de aplicar una agravante, siempre debe interpretarse la ley en pro del reo o sea en el sentido en que resulte más beneficiosa.

3- Objeto

El objeto, en el primer supuesto cualificante son los datos sensibles, esto es todos los que sean de carácter personas y que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual.

IV- EL TIPO GRAVADO POR EL FIN LUCRATIVO

EL TIPO DEL ART.1197 INC.7º

“Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo en su mitad superior .Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

1) Consideraciones generales.

Este es un tipo cualificado por el fin lucrativo, y se trata de un elemento subjetivo del injusto. Al respecto, opina el Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE²⁹³ que: “El ánimo de lucro es un elemento intencional de rancio abolengo de que se hace uso en la mayor parte de los ordenamiento jurídicos”. Apunta el autor, que no existe unanimidad a propósito del ámbito exacto que deba darse al término “ánimo de lucro”, siendo partidario de una tesis amplia, pues no restringe los límites del propio concepto de “lucro”, ni sus caracteres materiales, ni los posibles sujetos destinatarios del lucro perseguido predicándose tal amplitud desde varios frentes, ya que no sólo debe entenderse el “lucro” como beneficio económico directo, sino antes bien, como cualquier beneficio directo o indirecto,

²⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, ob. cit., pág. 263.

económico, patrimonial o moral, valuable económicamente o no, que se pueda pretender obtener abarcando, entonces, cualquier provecho o favorecimiento o beneficio cuya obtención sea pretendida. En segundo término no necesita alcanzar, el lucro pretendido, el grado de la realización de la transformación en acto, es decir que basta con su potencialidad., se requiere la mera intención lucrativa, en tercer término que cuando el legislador exige el ánimo de lucro no prejuzga, salvo disposición en contrario- el destinatario del mismo, por lo que el lucro perseguido puede ser propio o ajeno. En cuarto lugar, el fin al que se destina el lucro pretendido, es independiente de la propia existencia del mismo en el ánimo del agente. El hecho de que se destine a un fin loable no le quita la característica de elemento idóneo a los efectos de la concreción del tipo penal, en quinto lugar, dicho ánimo de lucro no necesariamente debe conllevar un desmedro patrimonial ajeno. En definitiva, conforme cita el mencionado Profesor, el “ánimo de lucro” es un concepto más amplio que el ánimo de apropiación de la cosa y a la vez mayor que el “ánimus rem sibi habendi”

Enriquecerse a costa de los secretos ajenos, sobre temas más o menos tabúes, para nuestro legislador, o sobre menores o incapaces, constituye algo que debe ser anatematizado en términos ejemplificadotes. Por ello configura una especie de tipo “anticorrupción” económica como el presente, cuyo aspecto quizás más siniestramente enigmático sea la mención de las creencias como elemento típico, junto a la ideología y la religión, propias del Derecho Penal de autor hay solo un paso.-

1) La Acción.

Este tipo también prevé dos supuestos: el primero cuando cualquiera de las conductas previstas en los incisos 1 a 4 es decir cuando afecten a datos no sensibles se efectúan con ánimo de lucro.

En el segundo supuesto, se fija una agravación cualificada cuando se realiza con ánimo de lucro pero esta vez sobre datos sensibles.

2) Los Sujetos.

La agravación, justamente, es considerada por algunos autores como respuesta a la profesionalización del sujeto activo, de manera tal, que se trata de evitar el mercado ilícito de datos relativos a la intimidad.

3) El Objeto.

El objeto se define en cada caso con referencia al apartado pertinente.

4) El elemento subjetivo del tipo. El ánimo de lucro.

Se trata de un delito doloso, que comulga con el dolo previsto en los tipos a los que referencia. Por otra parte, se requiere este especial elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, que habrá de ser interpretado en su sentido con el alcance ya consignado dado por el Profesor Polaino Navarrete y no con el alcance tradicional de intención de obtener alguna compensación o recompensa traducible económicamente . Lo que sí es característica sin discusión es que no se requiere que se perciba efectivamente el provecho o ventaja para que el tipo se consume.

Parte de la doctrina, partidaria del concepto más restringido, habla de la finalidad de obtener una ganancia o provecho material para sí o para terceros , que se puede traducir en dinero o equivalente en cualquier clase de valores, beneficios o ventajas materiales , descartándose el beneficio moral o espiritual.

Al decir de DONNA²⁹⁴ el ánimo de lucro, como especial elemento del tipo subjetivo en la agravante, se traduce en el propósito del agente de obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial apreciable económicamente, independientemente de que el propósito se cumpla o no.

²⁹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, Tomo III, segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 571.

Se ha dicho que la norma pretende ser moralizante en este aspecto ya que y ha dicho Polaino Navarrete que configura una especie de tipo anticorrupción económica como el presente cuyo aspecto quizá más siniestramente enigmático será la mención de las creencias como elemento típico, junto a la ideología y la religión, pues de la esfera de las convicciones al plano de las disposiciones de ánimo propias del derecho penal de autor hay un solo paso.

IV- EL TIPO DEL ART.197 INC 8º.

“Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

1) Consideraciones generales.

Se trata de la introducción de un nuevo tipo penal agravado, introducido por la LO 5/2010 que cualifica todos los tipos penales descritos en los apartados anteriores, conforme la línea doctrinal de un derecho penal del enemigo, por la especial gravedad que representa la realización de las conductas típicas y que debe recibir una respuesta punitiva del Estado especialmente grave también por razones puramente preventivas.

Esta disposición, si bien, como expresé, cualifica todos los apartados anteriores, su dictado se basó en la Decisión Marco Motivadora 98/733/JAI: Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la

participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea
295

También a efectos de esclarecer qué ha de entenderse por organización criminal cabe remitirse a lo dispuesto en el art. 570 bis del C.P.E²⁹⁶. que en su parte pertinente y en lo que aquí interesa define

²⁹⁵ Diario Oficial n° L 351 de 29/12/1998 p. 0001 – 0003, su parte pertinente: “Artículo 1:A efecto de la presente Acción común, se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

Los delitos a que se refiere el párrafo primero incluyen los mencionados en el artículo 2 del Convenio Europol y en su anexo y que pueden ser sancionados con una pena al menos equivalente a la mencionada en el párrafo primero.

Artículo 2:1. Para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros se comprometerán, conforme al procedimiento contemplado en el artículo 6, a garantizar que uno o los dos comportamientos contemplados a continuación estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias: a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente: - en las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1, aún cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución, - en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1; b) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad. 2. Independientemente de si han elegido tipificar penalmente el comportamiento contemplado en la letra a) o el de la letra b) del apartado 1, los Estados miembros se prestarán la mayor asistencia mutua posible en lo que se refiere a las infracciones contempladas en el presente artículo y a las infracciones contempladas en el apartado 4 del artículo 3 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, celebrado por el Consejo el 27 de septiembre de 1996.

²⁹⁶ Tanto este artículo 570 bis como el 570 ter como el capítulo en el que se hallan han sido incorporados por la LO 5/2010 del 22 de Junio (BOE n° 152, de 23 de Junio). Resulta interesante conocer también -en lo que aquí interesa- el contenido de la Circular 2/2011 sobre organizaciones criminales de la Fiscalía general del Estado sobre la reforma del Código penal por Ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, que en el Capítulo II, A) aporta el concepto de organización criminal: “También en relación con los subtipos de pertenencia a organización el Tribunal Supremo ha venido definiendo sus elementos o requisitos configuradores, que la STS 453/2010, de 11 de mayo, sintetiza así: organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo, financiación y jerarquía. En definitiva, las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes: a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, mercedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización. b) La existencia de una estructura más o menos

“A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.”

Se ha de entender que dicha agrupación habrá de tener al menos tres personas, con las notas distintivas de organización mencionadas. El precepto, al igual que el de asociación ilícita previsto en el art. 210 del C.P. Argentino, trae más de un inconveniente ya que siempre existen posturas más y menos restrictivas sobre el número de integrantes y sobre los límites y alcances del precepto, en lo que hace a nociones como el carácter estable, las maneras concertadas o coordinadas y el reparto de tareas. No quedan dudas que al igual que el art. 210 C.P.N.A mencionado, el fin es cometer delitos indeterminados.

Pero las dificultades interpretativas terminan aquí, pues el art. 570 CP ter. define lo que se entiende por grupo criminal y así: *“A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir*

compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica. En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales. c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero). En cualquier caso, con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, ante la exacerbación punitiva que supone la aplicación del nuevo tipo penal del art. 570 bis, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo expuestos ut supra y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, sin perjuicio asimismo de la aplicación de los subtipos agravados cuando corresponda, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.”

Como el precepto en estudio establece ambas posibilidades, las dificultades interpretativas quedan de lado, siendo punible tanto si los hechos los producen las agrupaciones criminales como si son concretadas por grupos criminales, en este último caso con condiciones típicas más laxas, como la posibilidad de que se trate de organizaciones transitorias y que actúan en forma ocasional.

Resultan a tal fin y para agotar la delimitación, esclarecedores, es este caso los conceptos vertidos por la “CIRCULAR 2/2011” ya referenciada, que define las notas de estos grupos criminales: *“se reducen los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia (“formación no fortuita”), y una estructura básica que supone la actuación concertada de sus miembros pero que no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro. En definitiva, para delimitar el ámbito del grupo criminal del de la organización criminal, la diferencia reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales, mientras que el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas) pero puede carecer de una estructuración organizativa perfectamente definida, o bien, puede contar con una estructura organizativa interna pero no perpetuarse en el tiempo”*.

La mayor penalidad se debe a la mayor peligrosidad que implica que las conductas las realicen este tipo de organizaciones pues las víctimas se hallan más indefensas y con ello el bien jurídico protegido en mayor peligro.

Señala POLAINO ORTS²⁹⁷ “Entre nosotros ha señalado Silva Sánchez, las diversas formas en que el legislador penal aborda jurídicamente el

²⁹⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 387 y sig.

Combate de la criminalidad organizada: en primer lugar mediante la tipificación (bien *ex novo*, bien ampliando o agravando los tipos ya existente) de los delitos más característicos de tal forma de criminalidad; en segundo término, mediante la introducción del elemento agravante “organización” en algunos tipos delictivos; y en tercer término, mediante los clásico delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas o los nuevos delitos de pertenencia a organizaciones criminales.” Y agrega: “el legislador español emplea en ocasiones la referencia a la pertenencia del autor a una organización criminal o el hecho de que los delitos se realicen en el seno de esa organización como criterio habilitante para la previsión de otras sanciones penales”.

En cuanto a los elementos típicos vale lo dicho para los delitos a los que se refiere, remitiéndome a dicho análisis en honor a la brevedad.-

2) Tipo objetivo

a. La acción

Las acciones posibles son todas las estudiadas respecto de los apartados anteriores, lo que no cabe, enumerar en esta instancia, en atención y beneficio a la brevedad y al amplio tratamiento dispensado ya a las mismas.

b. El Objeto

En idéntico sentido que en anterior acápite, va lo dicho para los anteriores apartados del artículo en estudio.

c. Los Sujetos

En cuanto a los sujetos, el pasivo puede ser cualquiera y en los casos específicos los sujetos especiales como es el caos del menor o la persona incapaz y el sujeto activo es la agrupación o grupo de criminales, con las especificaciones ya tratadas al abordar las consideraciones generales, en lo que hace a la cantidad y tipo de organización requeridas pro el tipo penal.

d. Tipo subjetivo, íter críminis, autoría y participación y aspectos concursales

Comulgan con las exigencias y especificaciones generales ya estudiadas en los apartados anteriores, siendo siempre un delito doloso.

VI- EL TIPO AGRAVADO POR LA CONDICIÓN DEL SUJETO ACTIVO DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO

EL TIPO DEL ARTÍCULO ART.198.

“La autoridad o funcionario público que fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, .será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.”

1) Consideraciones generales.

Los tipos penales descritos en el artículo anterior pueden ser abarcados por la cualificación por la calidad de autor prevista en el presente, estipulándose una pena agravada, en cada caso, en su mitad superior adicionándose la pena de inhabilitación absoluta por seis a doce años.-

Aquí el funcionario público actúa por completo fuera del marco de su competencias, es decir como un particular, pero prevaleciendo de su especial condición. La cualidad funcional del sujeto activo es determinante. Se exige que la autoridad realice su comportamiento concurriendo tres circunstancias claramente determinadas en la norma, estas son:

- 1) Fuera de los casos permitidos por ley.
- 2) Sin mediar causa legal por delito.
- 3) Prevaleciendo de su carácter público.

Coincido con Don Miguel POLAINO NAVARRETE en cuanto a que la agravante 7 ma. del art. 22²⁹⁸ de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” se añade en el art.198 la expresa exigencia de que el funcionario actúe en la condiciones enumeradas, es decir, se reitera inequívocamente que la actuación funcional sea manifiestamente contraria a ley.

Sin embargo no hay en el caso una conducta pluriofensiva, pues aquí únicamente se protege la intimidad que constituye el objeto de protección y no se tutela el correcto ejercicio de la función pública.

Este dispositivo se relaciona específicamente con la temática de la legitimidad de la obtención de la prueba por parte de los funcionarios y el reconocimiento de la validez de la misma en el proceso penal. La teoría de la legitimidad de la prueba en el Derecho penal y de los límites de la validez de la misma en el proceso penal en el Estado de Derecho muestra la especial significación que adquiere la teoría de la prohibición de la prueba como límite de la investigación de la verdad en el proceso penal , todo lo que fuera esbozado con meridiana claridad por Ernst Beling, traído por POLAINO NAVARRETE.

²⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Curso de Derecho penal español*, ob. cit., pág. 432: “la cualidad funcional del sujeto activo es determinante para la configuración de este tipo de delito especial impropio, que sólo tal autor puede cometer pero que remite a la realización de conductas que ya son delictivas cuando sean cometidas por cualquier sujeto legalmente no cualificado, es decir, por cualquier particular”.

Otra postura implicaría que el Estado aprovechara la prueba obtenida ilegalmente lo que constituye un atropello a la moral por parte del Estado que es justamente el que debe condenar este tipo de injerencias ilegales.

Tal lo explica Cobo del Rosal, previene frente arriesgo de “comesarización” del Juez penal al tiempo que reivindica que el tiempo de la verdad ha de realizarse en presencia de la sociedad pero con el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona de forma que el proceso judicial se consiga la verdad, sólo cuando ello es parte de lo justo.

En definitiva, la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio, pues en el proceso penal no todo lo vale. La denegación de efectiva garantía judicial de derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona es algo que no puede ser pasado por alto en un Estado de Derecho, ya que el avasallamiento de los derechos convierte en ilegal la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales y constituye por parte del ofensor una actividad delictiva sancionada por la norma penal.

Así, la obtención de prueba ilegal debe ser rechazada y no puede fundar válidamente ninguna investigación judicial y mucho menos una condena.

La exigencia es que el funcionario actúe sin mediar causa por delito para la incriminación de su conducta. Esto indica que no puede legalizar ninguna intervención otro tipo de infracciones que no sean delitos.

Asimismo, no siempre que exista causa legal por delito es válida y legítima una acción de apoderamiento de documentos o efectos personales o el acceso a datos reservados, de hecho este tipo de obtención de evidencia debe ceñirse las normas que lo habilitan, y cuando digo esto, requiere que se cumpla con todos los dispositivos procesales que habilitan tal irrupción.

Es que cualquier derecho constitucional se encuentra garantizado contra las injerencias de particulares y aún del Estado, que sólo en casos excepcionales y reglados puede inmiscuirse y limitarlos. A guisa de ello se colige que serán válidas dichas

injerencias por el funcionario y aún cuando existiere causa penal, cuando procediera conforme las normas que reglamentan este ejercicio que generalmente si se trata de un funcionario policial encuentra muy acotada su potestad sin previa orden judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha pronunciado desde los autos Charles Hermanos ²⁹⁹, por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de ilegalidad. Los fundamentos dado en principio fueron éticos, se habló de que “la ley en el interés de la moral y la seguridad” declaraba a dicho material inculpativo como inadmisibles, se agregó también la expresión de otorgar valor al resultado de un delito (se refiere al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba) y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito (ver Montenegro el considerando 5to. del fallo y en Fiorentino el 7mo)³⁰⁰

Así se ha hablado de la necesidad de salvaguardar los derechos del individuo que emanan de la Constitución, de modo de privilegiar el respeto a su dignidad y a los derechos esenciales que de allí derivan. Paralelamente se ha afirmado que la comprobación de los valores en juego –el respeto de las garantías individuales por una lado y el interés de la sociedad en que los delitos sean investigados por otro, debe acordarse primacía a los primeros por tratarse de dictados de la Ley Suprema, asimismo la garantía del debido proceso y la que consagra que nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley, se verían naturalmente menoscabadas si se permite que se utilice en contra de un individuo pruebas obtenidas en violación de sus derechos básicos. La exclusión de la prueba obtenida ilegalmente tiene una incidencia disuasoria de futuros procedimientos arbitrarios.

En el caso Pierro, resuelto por la Corte de Justicia de Mendoza ³⁰¹se decidió que ciertas cartas privadas que habían sido secuestradas por la policía sólo podrían haber sido leídas por el juez de la causa y no por los funcionarios policiales, el tribunal invocó la

²⁹⁹ CSJN Fallos, 46/36 “Charles Hermanos” tiene importancia ya que los criterios allí expuestos, después de una considerable hibernación, fueron reafirmados en casos Moniticelli de Prozillo y Fiorentino /CSJN Fallos 306: 1752, LL 1985-A-159) y numerosos precedentes actuales.

³⁰⁰ CSJN- Fallos 303:1938.

³⁰¹ LL.1990-E-543

garantía de la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y sus componentes esenciales o sea la libertad y la intimidad o el derecho a la privacidad.

En el caso Guzmán s/ Hurto reiterado³⁰² en disidencia uno de los Magistrados sostuvo la nulidad del procedimiento si la “notitia criminis” fue obtenida mediante la intromisión ilegal en una conversación telefónica del imputado, invocando el derecho a la expectativa de intimidad como derivación del los arts. 18 y 33 de la Constitución de la Nación Argentina y con apoyo en convenios internacionales y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

De la mano del tema en razonamiento se ha desarrollado la teoría, La razonable expectativa de privacidad, que se puede sintetizar en que los derechos amparados explícitamente por la constitución no importan la negación de los no enumerados según la fórmula del art.33 de la C.N.Arg. es necesario entonces que para que el ámbito de privacidad reciba tutela que el individuo se comporte de forma tal que quede claro que es su voluntad preservar su privacidad o un interés en mantenerla, por caso una conversación telefónica trae aparejada, sin perjuicio de su contenido una razonable expectativa de privacidad. De ahí que sólo en el orden judicial es procedente su interceptación, toda otra interceptación debe ser conminada como delictiva. Asimismo si ni conversación a bajo volumen es escuchada con un micrófono que la policía ha colocado debajo de la mesa, el entuerto puede ser resuelto bajo el criterio de la razonable expectativa de privacidad.

En otro orden de cosas, resulta acertada la crítica formulada por el Maestro Dr., Don Polaino Navarete cuando con agudeza observa que el Código de 1995 permite aportar a la sociedad democrática un ejemplo de antagónico privilegio punitivo “*ex officio*”, al dejar en la atipicidad la conducta de la revelación de secretos personales por parte de la autoridad o funcionario público que tengan conocimiento de ellos por razón de su cargo.-

2) Agravante por la Calidad de Sujeto Activo.

³⁰² CNCRim., Sala II, sentencia del 16/5/89.

Se trata una agravante en razón de la calidad personal del sujeto activo, fundando ello -como lo expresa OCHOA- en el “quebrantamiento de la fidelidad que debe guardar el funcionario o empleado en el desempeño de la función o labor hacia la Administración Pública, respecto de la cual presta servicios.”³⁰³

En la doctrina de la Ley Argentina, los conceptos de “funcionario público y empleado público”, dentro del derecho penal, se han definido dentro del párrafo 4° del artículo 77 del Código Sustantivo aparejando no pocos problemas de interpretación.

El artículo 77 del Código Penal Argentino expresa que “ por los términos funcionario público y empleado público, usados en este Código se designa todo el que participe accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Algunos han pensado que el artículo 77 C.P. ha equiparado los conceptos funcionario público y empleado público, cuestión que no resulta exacta.

Es correcto lo que expresa NÚÑEZ -posición a la que adhiero - en cuanto a que los conceptos de funcionario público y empleado público (considerado este desde la visión del derecho administrativo) no se encuentran equiparados por el art. 77 C.P. “Administrativamente, el empleado público no es un participante en el ejercicio de funciones públicas, sino una persona que, por designación de autoridad pública competente, presta en forma permanente un servicio vinculado al ejercicio de una función pública.”³⁰⁴

Así también considera, que en lo que atañe al derecho penal, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público, es <<la participación en el ejercicio de funciones públicas>>. “Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público”³⁰⁵ Así se consideran por la jurisprudencia

³⁰³ OCHOA, Carlos Arturo, *Ley penal tributaria comentada*, Editorial Alveroni, 2007, pág. 89.

³⁰⁴ NÚÑEZ, Ricardo C., *El significado del concepto “funcionario público” en el Código penal*, J.A. 1970-544.

³⁰⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., pág. 545.

dentro de las mandas del artículo 77 del Código Penal entre otros un “inspector de la DGI” (Dirección General Impositiva) , una “empleada de la DGI”, “el agente recaudador de un servicio público”.³⁰⁶

En ese sentido, en síntesis el artículo 77 C.P. equipara los términos funcionario público y empleado público, definiéndolos por el “ejercicio de funciones públicas”, y de este modo lo ha entendido la jurisprudencia, toda vez que se ha puesto el acento en ese ejercicio a efectos de definir si el autor está alcanzado o no por la descripción realizada por la norma.³⁰⁷

En la doctrina española, resultan coincidentes tanto la doctrina como la jurisprudencia en cuanto a que, la condición de funcionario público es adquirida cuando confluyen dos requisitos. El primero de carácter subjetivo, referido a la existencia de un título, o cualidad jurídica en la persona y el segundo de carácter objetivo, que resultaría ser la efectiva participación en la función pública.³⁰⁸

También resultan concordantes la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la noción penal de funcionario público es más amplia que la que suministra el derecho administrativo y ello es así en fundamento a que el derecho penal, le brinda protección a la función pública, traspasando el campo netamente administrativo.³⁰⁹

Ahora bien, se ha considerado, y no por un porcentaje menor de la doctrina ,que, conforme se desprende del propio artículo 24 del Código Sustantivo, es funcionario público todo aquel que participa en funciones públicas ,con independencia de la existencia

³⁰⁶ Vid. C.N. Criminal y Correccional, Sala VII, “Ojoli, julio” 1983/05/19, Sala IV “Gisen de Jait, G, 1994/03/02, Sala III “Alvez, de Lima Ana, 1979 /11/16.

³⁰⁷ Cfr. D’ALESIO, Andrés José -Director-, *Código penal comentado*, tomo I, Editorial La Ley, 2005.

³⁰⁸ Cfr. VALEIJE, Inmaculada, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público. Función pública y personas que desempeñan una función pública*, en “Cuadernos de Política Criminal”, n°. 62, Editorial EDERSA, Madrid, 1997, pág. 446.

³⁰⁹ Cfr. VALEIJE, ob. cit., pág. 447. En este sentido también expresa que “el consenso doctrinal y jurisprudencial es por tanto absoluto, no existe un concepto de funcionario aplicable a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, puesto que el elaborado por el Derecho Administrativo no tienen trascendencia jurídica respecto a los delitos en los que se considera penalmente que el sujeto activo es el funcionario público”.

o no un título oficial de incorporación de cuál sea la índole o la finalidad de las funciones que la persona desempeña.³¹⁰

A más de ello, como considera POLAINO NAVARRETE, siguiendo a Cobo del Rosal, “la mera cualidad jurídica formalmente legitimadora no es suficiente, para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente es precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas”.³¹¹

Ahora bien cuando se habla de participación en el <<ejercicio de funciones públicas>>, lo que la ley exige es algo más que un mero participar, pudiendo a los efectos penales el « participar », ser equivalente a “ejercer”.

Así Octavio de Toledo, considera que “(...) ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública: implica ejercer dicha función...”.³¹²

VALEIJE, concluye que el término funcionario público, considerando que en el ámbito penal lo son no todas aquellas personas que participan en las funciones públicas sino sólo “aquellas que al amparo de una relación jurídica previa establecida con arreglo a algunos de los títulos que enumera el párrafo 2º del artículo 24 C.P.E. imputan directamente su actividad al Estado.” Concluyendo que es funcionario público, desde el punto de vista penal, “todo aquel que está incorporado a la organización burocrática del Estado.”³¹³

³¹⁰ Cfr. VALEIJE, quien así también expone en referencia a lo expuesto que “las consecuencias de semejante entendimiento no se hacen esperar, y así de inmediato se desprende que la existencia de una participación excepcional o singular en el ejercicio de la función pública es criterio suficiente para atribuir la calidad de funcionario a efectos penales, atendiendo solamente a dicho ejercicio. La noción de funcionario público se define por tanto, mediante el reenvío al concepto de función pública, transformando la tarea hermenéutica en una tautológica o en un mero juego de intercambio de palabras” (ob. cit., pág. 449).

³¹¹ POLAINO NAVARRETE, ob. cit., pág. 275.

³¹² OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, *La prevaricación del funcionario público*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980, pág. 139. Así también considera que “la participación en el ejercicio de la función pública no implica el ejercicio del cargo, en cambio, el ejercicio de tal función sí impone el ejercicio del cargo”.

³¹³ VALEIJE, ob. cit., pág. 493. Considera así mismo entre sus observaciones que: “El concepto penal de funcionario puede sintetizarse del siguiente modo: si, penalmente, por una parte se requiere la existencia de un sujeto activo de una base legal o un título jurídico que legitime su acceso “ al ejercicio de funciones públicas” y, por otra, que esta “participación sea efectiva”, es decir, que contribuya a la formación o al

En la doctrina Italiana, resulta completa la opinión de RANIERI, en cuanto considera que funcionario público es aquel “empleado del estado o de otra entidad pública o también la persona, aún privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de las necesidades del Estado o de otra entidad pública, sea como fin inmediato, por ejemplo la actividad legislativa y judicial, sea como fin mediato, por ejemplo la actividad administrativa. Y, por consiguiente, que son funcionarios públicos, en cuanto atañe a la ley penal, no sólo los sujetos que desarrollan una función en el ámbito legislativo (por ejemplo senadores, diputados, etc.) o de la jurisdicción (vgr: magistrados, secretarios, funcionarios judiciales, testigos peritos etc), sino también los sujetos, ya sean órganos del Estado o de otras entidades públicas, ya sean personas privadas, que desarrollan una función en el ámbito de la administración, con tal que esté dirigida a proveer a la satisfacción de necesidades de la vida del estado o de otra entidad pública por ejemplo prefectos, alcaldes, militares, agentes de la fuerza pública, etc).” Por ultimo expresa que se encuentran comprendidos en esta categoría “ los particulares que ejercen funciones públicas, puesto que, aunque obran en nombre propio, no obstante desarrollan una actividad dirigida a satisfacer las necesidades que pertenecen a la vida del estado o de otras entidades públicas.”³¹⁴

En el ordenamiento penal alemán y conforme las últimas modificaciones efectuadas en cuanto a los §298, 299,300,301 y 302, así como el tratamiento de los §331-334 (corrupción de funcionario público)³¹⁵, en relación con el §11.2 c), funcionario es alguien que “es nombrado como autoridad administrativa, con un puesto o con una misión en la administración pública independientemente de su organización”³¹⁶

desarrollo de la voluntad estatal (en cualquiera de sus esferas: estatal, autonómica o, local), y si además ninguno de los dos componentes de la definición legal pueden darse por separado, entonces se puede afirmar que no estamos en presencia de “dos requisitos” para adquirir la condición de funcionario, sino que ambos convergen en uno, cual es la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal”.

³¹⁴ RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, tomo III, *Parte especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1975, págs. 237/238,

³¹⁵ Vid. DÖLLING, Dieter *Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption*, ZStW 112, 2000, págs. 334/355.

³¹⁶ TONIO Walter, *Reformas en la Legislación penal y procesal (1997-2000)*, en Revista „La Ley“,

Conforme lo establece el artículo 24. 2 del Código Penal español, se considerará funcionario público, todo aquel que a) “por disposición inmediata de la ley”, b) “por elección” y c) “por nombramiento de autoridad competente”, <<participe en el ejercicio de funciones pública.³¹⁷

Resulta necesario ahora, efectuar las respectivas aclaraciones de los ítems en cuestión y mencionados precedentemente. Se debe descomponer en dos el ítem a) en primer lugar para establecer qué se entiende por “ley” y en segundo término, a qué se refiere la norma cuando expresa “disposición de la ley”,. Sobre el sentido que se ha querido dar a la acepción ley, existen dos interpretaciones, por un lado el sentido estricto por el que se inclina el sector mayoritario de la doctrina, y el amplio. Los que entienden en el primer sentido [Rodríguez Devesa], consideran que cuando el legislador habla de “ley”,se está refiriendo a “norma con rango de ley jurisdiccionalmente inmune “.³¹⁸

Los que se encuentran de acuerdo con el criterio amplio que debe otorgársele a la acepción ley, consideran que dentro de la “disposición inmediata de la ley“, deberán incluirse las “contenidas en reglamentos o disposiciones de rango inferior “.³¹⁹

En cuanto a “disposición inmediata de la ley”,no puede entenderse como “una tercera vía” de acceder a la función pública, como se podría interpretar del texto del artículo 24 C.P.E. ,sino que- al decir de Valeije- “es un requisito predicable de los otros dos .”³²⁰

nº. 8, julio de 2001, Madrid, 2001, pág. 132.

³¹⁷ Conforme considera POLAINO NAVARRETE, los modos a que hace referencia el art. 24.2, son títulos constitutivos de la cualidad de funcionario: „Sólo puede ser tal a efectos penales quien cumpla, en cada caso concreto de ejercicio de su actividad,la base legal exigida” (ob. cit., pág. 275).

³¹⁸ VALEIJE, ob. cit., pág. 451. Cita al sector mayoritario,considerando la opinión de Rodríguez Devesa en cuanto a que “la condición de funcionario no se adquiere, si no es por una disposición expresa de la Ley, no bastando que así se declare en un Reglamento, bando o cualquier otra disposición con rango inferior...”.

³¹⁹ Cfr. VALEIJE, siguiendo a DEL TORO MARZAL, pág. 451.

³²⁰ VALEIJE, ob. cit., pág. 452. Así también cabe decirse que cualquiera fuere el criterio que se adopte no se violenta el principio de legalidad. En opinión de la doctrinaria, la expresión “disposición inmediata de la ley, en el seno del párrafo 2º, del artículo 24 está haciendo referencia descriptiva al acto de nombramiento de los funcionarios de carrera: aquellas personas que en virtud de un nombramiento legal

Cuando la ley habla de nombramiento de autoridad competente en los términos formulados por el artículo 24 C.P.E. ,se refiere a la designación que se hace de un sujeto para el desempeño de una función o cargo, debiendo ser la misma por parte de una autoridad competente. La autoridad debe tener la facultad, competencia y atribución legítima para adscribir o asignarle a una persona un empleo público, creando una relación jurídica válida. Se puede decir así que, tanto personal, eventual, interino o contratado resultan ser funcionarios públicos a los efectos del ordenamiento penal “en la medida que amparados en un título jurídico desempeñan actividades funcionariales, esto es actos estatales”³²¹.

Al referirse la norma en análisis (art. 24) a elección, se quiere hacer referencia al nombramiento que se realiza del sujeto a través de los votos para desempeñar determinado cargo. En síntesis se trata de cargos con representación política que devienen “del ejercicio de la soberanía popular y del derecho de sufragio activo y pasivo” (Diputados, Alcaldes, Senadores).

POLAINO NAVARRETE, efectúa dos consideraciones ellas son sobre los términos de “funcionario de hecho” y las personas que se encuentran asimiladas a los funcionarios públicos.

Así considera que se denomina al primer grupo de funcionarios a aquel que « es elegido o designado funcionario público, por parte de quien tiene las legítimas facultades para ello, pero sin reunir aquel las condiciones legalmente necesarias para recibir y ostentar el meritado nombramiento jurídico”³²².

En cuanto al segundo grupo de sujetos considera que resultan ser aquellas personas, que en “ocasiones típicas diversas”, son tenidas o consideradas como si

desempenen servicios de caracter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones del personal de los Presupuestos. Mediante aquel acto jurídico unilateralel funcionario adquiere el derecho al cargo y a la inamovilidad en el mismo” (ob. cit., pág. 456).

³²¹ VALEIJE, ob. cit., pág. 458. Por otra parte, en el Derecho comparado (v.gr., Argentina, se entiende en el mismo sentido art. 77 CP).

³²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 276. Así también considera que “en la medida que accede a la función pública quien no reúne las condiciones legales para ello, tal incorporación adolece de un defecto esencialmente invalidante del título de integración en el ejercicio de la función pública en concepto de funcionario” que “al quebrantarse el principio de legalidad, la designación es ilegal, la incorporación es nula, y el comortamiento del intruso ha de ser equiparado al de quien no es funcionario y procede a actuar como arbitrario realizador de la función”.

fuesen funcionarios , sin que lo sean, ya sea por que no reúnan los requisitos legales para su nombramiento o por no haber sido objeto de nombramiento de ningún tipo.³²³

La Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) contra la Corrupción, del 29 de marzo de 1996, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por ley 24.759, considera que funcionario público (“Oficial Gubernamental” o “Servidor Público”, será cualquier funcionario o empleado del Estado o sus entidades , incluidos los que han sido designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. Como se deja de ver, se trata de un concepto jurídico y se extrae de la estructura del ilícito.

Así, el funcionario público o empleado público a que se refiere el artículo 13 de la Ley Penal Tributaria Argentina, es autor especial de los delitos de la misma, por su relación directa con los bienes jurídicos por los que debe velar y que con su accionar infiel infracciona el deber, lesionando o afectando los mismos.

Nuestro derecho, tal como lo expresa THOMAS, la ley penal tributaria (Ley 24.769) “incorpora expresamente a los “empleados públicos”, implicando ello que la diferenciación hecha, de suma trascendencia bajo el régimen tributario anterior (ley 23.771), ha perdido vigencia en lo que a este punto respecta.”³²⁴

Así se ha pronunciado la jurisprudencia argentina en algunos casos seleccionados que se consignan a continuación:

"... En torno a la calificación legal que efectuara el instructor, de momento, resulta adecuada pues se encuentran reunidos los elementos exigidos por las figuras en cuestión - artículos 157 y 222 del Código Penal-, ello sin perjuicio de la subsunción jurídica que en definitiva pudiera corresponder atenta lo resuelto en el día de la fecha en el incidente de prescripción n° 27.672 ya citado.

³²³ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 277, que pone el ejemplo de los abogados y procuradores en los tipos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional (art. 466 ss Código Penal). Así también considera que, en las hipótesis de mención, “el Código penal opera con un concepto legalmente ‘presunto’, más aún ‘ficto’ *ope legis* de funcionario público, en el marco de previsiones extensivas de punibilidad y equiparadoras de lo privado y lo público, a que en ocasiones se aferra y tan propenso se muestra el legislador penal”.

³²⁴ THOMAS, Ricardo G. *Régimen Penal Tributario*” Ley 24769, pag. 100 y ss gts, Editorial AD-HOC, 1997.

... en punto a la alegada ausencia del requisito de funcionario público exigido por el artículo 157 del Código Penal, ha de señalarse que si bien el sujeto activo del delito sólo puede ser un funcionario o empleado público, resulta claro que lo es en referencia al momento en que ha tomado conocimiento del secreto en razón de su cargo, sin importar que ya no lo ostente en la oportunidad de su revelación; de lo contrario, se habilitaría a que se revelen actuaciones que por su carácter deben quedar reservados, por todo aquel que hubiera cesado con su función pública ... en relación a lo sostenido por el encartado en punto a la inexistencia de otros de los elementos integrantes del tipo penal en cuestión, cual es el carácter reservado de los datos obtenidos mediante la función desempeñada, al considerar que muchos de esos secretos ya eran conocidos por un número indeterminado de personas, ello ha quedado disipado a partir de las nuevas probanzas incorporadas al sumario con posterioridad a la resolución de esta Alzada que dispusiera su falta de mérito, por cuanto corroboran que los documentos eran reservados y que no habían sido divulgadas con anterioridad ...

*En relación a lo anterior pero respecto al delito previsto en el artículo 222 del Código Penal, habrá de señalarse que los dos documentos que en su oportunidad fueran publicados ... resultaban ser información calificada de secreta, emanada de autoridades extranjeras y que, tal como se ha acreditado en autos, concernían a intereses vinculados a las relaciones exteriores de la Nación. En este sentido se advierte que no puede negarse el conocimiento de L ... sobre el carácter confidencial que éstos ostentaban ...".*³²⁵

Conforme adocenta RUIZ MARCO³²⁶ el motivo de la criminalización, es prevenir, mediante la energética sanción penal, las intromisiones en la privacidad de los ciudadanos o la violación del secreto de sus comunicaciones, ejecutadas desde el poder político.

3) La acción y los elementos típicos del tipo agravado.

El tipo remite expresamente a todas las acciones contenidas en los tipos precedentes, mas se requiere para que opere la agravante que el sujeto activo sea[^]:

³²⁵ Cámara Nacional de Apelación en los Criminal y Correccional, Sala II, 21-05-2009, Lifschitz, Claudio Adrián s/ procesamiento)

³²⁶ RUIZ MARCO, Francisco, ob. cit., pág. 90.

1. funcionario público lo que constituye un elemento normativo desde que debe ser interpretado, tal como se ha hecho ut supra. El concepto de funcionario público o autoridad a efectos de integrar ese elemento del tipo, nos lo aporta el artículo 24 del Código penal³²⁷, el que ha resultado calificado como una norma de interpretación auténtica por parte de la doctrina. De tal suerte, se considera funcionario a todo el que participe en el ejercicio de funciones públicas en virtud de alguna de las fuentes enumeradas en el art. 24.2 CP: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente. En atención a ello se requieren las siguientes condiciones: el ejercicio de funciones públicas y el título que habilita para tal ejercicio. En definitiva, a los efectos penales, lo determinante es el ejercicio efectivo de funciones públicas por alguna de esas vías, con independencia de la incorporación orgánica del sujeto a la Administración. Dicho requisito de participación en el ejercicio de funciones públicas ha sido definido desde un punto de vista objetivo, en atención al sector del Ordenamiento jurídico que la rige, como aquella sometida a Derecho público, criterio formal sostenido por QUERALT JIMÉNEZ³²⁸, Luego otra línea doctrinal sostiene que se define porque el servicio prestado sea de interés general o público así MUÑOZ CONDE, y desde una perspectiva mixta para se entiende que existe tal función cuando concurren los tres elementos siguientes: subjetivo que se trate de una actividad desarrollada por un ente público, objetivo, actividad sometida a Derecho público y teleológico, actividad que persigue fines públicos.

2. Que actúe fuera de los casos permitidos por la ley.

3. Sin mediar causa por delito

4. Prevaliéndose del cargo.

³²⁷ Artículo 24 CP: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

³²⁸ QUERALT JIMÉNEZ *El concepto de funcionario público*, 1985, pág. 482.

Es así confr. RUIZ MARCO³²⁹ que el significado reconduce a que el funcionario o autoridad actúa al margen de la ley prevaleciéndose de su situación o especiales facilidades que para el ataque a la intimidad le otorga el cargo o condición, como lo pueden ser las facilidades para acceder a centros de datos, o solicitar informes a organismos públicos, en cuyo caso está actuando prevaleciéndose del cargo y fuera completamente de sus competencias. Entiendo que fuera de los casos permitidos por la ley son todos aquellos en que no actúa dentro de las atribuciones que le otorgaría por caso el código de procedimientos ni autorizada por resolución judicial. En cuanto al requisito “sin mediar causa por delito”, significa que el funcionario no está interviniendo en ninguna investigación ni auxilios judicial por causa penal en trámite.

4. Cuestiones de concursales

Como delito especial propio, presenta peculiaridades que permiten realizar un análisis sobre la posibilidad o no de concurso con los tipos penales de los art. 535, 536, o bien en caso de desplazamiento de la norma en estudio por estos tipos delictivos, lo que ocurre siempre que el ataque a la intimidad lo concrete el funcionario o autoridad excediendo los límites impuesto por la autoridad judicial pero dentro del marco de una investigación oficial. Asimismo, la combinación de los art. 197 y 198 se relaciona con los tipos de los art. 413 a 417 y también tienen una gran similitud con el tipo del art. 442, algunos en cuanto al objeto, esto es el secreto, otros por el sujeto activo, autoridad o funcionario público, pero este tipo penal que no se halla dentro del capítulo de los delitos que protegen la intimidad, sino en el capítulo de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el título de los delitos contra la administración pública. Pero veamos las características de este delito: el art. 442 describe de esta manera la divulgación de secretos: *“La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Si*

³²⁹ RUIZ MARCO, F., ob. cit., págs. 92/93.

resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.

El tipo prevé como conducta desvaliosa la divulgación de los secretos, pero siendo aquí que se refiere al uso del secreto que por la función se conoce y que implica un beneficio particular para el funcionario o un tercero. Se hace uso del secreto o de la información privilegiada. POLAINO NAVARRETE, expresa que la estructura establece varios tipos penales -básico, privilegiado y cualificado-, en razón que se configure o no el beneficio económico, en la cuantía que pretende el funcionario público que lleva a cabo el uso del secreto o información privilegiada, así como de la entidad del daño causado. Si se “persigue, facilita u obtiene en menor cuantía de la pretendida por el sujeto el beneficio económico, se realiza el tipo privilegiado. Si se obtiene el beneficio en la misma cuantía perseguida, se concreta el tipo básico. Si se producen los daños descritos, se concreta el tipo cualificado”. SERRANO GÓMEZ, los requisitos que exige la ley son: a) tener conocimiento, por razón del oficio o cargo, de un secreto o de información privilegiada; b) hacer uso indebido de los mismos, y c) que dicho uso se realice con ánimo de obtener un beneficio económico para el autor o para un tercero. Por secreto es dable entender lo que conoce una persona o un grupo reducido, que no debe ser transmitido a otros, salvo en los supuestos legalmente establecidos.

El mero “uso” supone ya la ruptura del vínculo de lealtad con que une al funcionario público con la Administración pública, a diferencia de que ocurre con los delitos en trato en los que la lealtad es con la persona titular del secreto. De todas formas en cualquier caso se obliga al mismo a abstenerse de toda actuación relacionada con la información de que dispone o posee con motivo de su cargo, constituyendo de por sí el “uso” un abuso de la función. “Secreto”, es un término que ya he definido pero debe entenderse lo que conoce una persona o un grupo reducido, que no debe transmitirse a terceros, salvo en los supuestos legalmente

establecidos. Será aquello conocido por pocas personas y que se pretende que quede oculto, siempre que se utilice- por parte del sujeto activo-, con ánimo de obtener un beneficio económico, su utilización implique la instrumentalización del cargo de funcionario para fines ajenos a los públicos y exista “una norma jurídica, acto o resolución que lo establezca o permita establecerlo.” Información privilegiada, la misma se encuentra definida en el párrafo 2º in fine del artículo 442 CP, ello tomado del artículo 81 de la Ley de Mercado de Valores. Así se entiende que “es toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.

Tal descripción de la acción típica suscita diversidad de opiniones en cuanto al resultado de los beneficios, toda vez que si se requiere la obtención del beneficio, la conducta típica se vería restringida por la necesidad de la obtención del beneficio económico. El uso del secreto se hace con ánimo de obtener un beneficio no requiere que se concrete ese beneficio y si se concreta se aumenta la pena y si además fuera hecho público se estaría frente a un concurso de delitos.

El sujeto activo será el funcionario o autoridad que tenga conocimiento de un secreto en virtud de su función. Por ello nos hallamos frente a un delito especial propio, no exigiéndose la revelación del secreto o de la información privilegiada, pues sólo se habla de “hacer uso”, así las cosas podrían surgir supuestos en los que la información permitiera obtener el beneficio buscado, sin tener que vulnerar la confidencialidad.

El beneficio económico, ya sea para el funcionario público o para un tercero; puede tratarse de un beneficio dinerario o de cualquier otra índole siempre que resulte evaluable.

Se consuma cuando se hace uso de la información, si requerir haber obtenido los beneficios, que serían parte del agotamiento del delito.

El autor del delito podrá ser quien es autoridad o funcionario público, la intervención de un particular se rige por las reglas de la participación.

Se trata de un delito subjetivamente configurado, se establece un elemento subjetivo del injusto, que se integra por el ánimo del funcionario de obtener un beneficio económico por parte del funcionario público para sí o para un tercero. Asimismo se trata de un delito intencional de resultado cortado, en el que el sujeto activo lleva adelante un determinado comportamiento con la finalidad de obtener una meta ulterior, no dependiente de la voluntad del propio agente.

Le elemento subjetivo base lo constituye el dolo consistente en el conocimiento de que el secreto o información privilegiada, el carácter reservado de la misma y la utilización abusiva del conocimiento.

También se prevé el ánimo de lucro, que implica el elemento subjetivo del injusto que exige “la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio propio o ajeno”.

El tipo agravado se produce cuando resultare “un grave daño para la causa pública o para un tercero”. En este caso se impondrán las penas en su mitad superior, de obtenerse el beneficio económico y habrá una inhabilitación para ejercer la función pública.

CAPITULO X.

**REVELACIÓN DE SECRETOS CONOCIDOS POR RAZÓN DEL OFICIO O
RELACIONES LABORALES. EL DENOMINADO SECRETO PROFESIONAL**

EL TIPO PENAL DEL ART.199

al ejercicio de una profesión determinada, por lo que norma deontológica es aquella exigencia moral anclada en la naturaleza de una profesión. La norma deontológica tiene una naturaleza ética, ciencia del bien y del mal, y presenta puntos de contacto con los usos sociales, que, por medio de la presión social, intentan ser incorporados; y con la norma jurídica, porque suele incluir disposiciones sancionadoras, de orden disciplinario. En definitiva, la deontología es una aplicación de la Ética al mundo profesional, centrada en los deberes y obligaciones profesionales. Ciertamente, la deontología afecta a todas las actividades profesionales, pero, sin duda, queremos resaltar que es en el ámbito médico donde alcanza especial importancia por la trascendencia de las funciones que sirven sus profesionales: la curación de la enfermedad y la evitación de la muerte de los pacientes”.

2) Análisis general del artículo

El tipo del artículo 199 reconoce dos partes aunque en ambos casos el bien jurídico es el mismo, esto es la intimidad del tercero, y la conducta también puede resumirse en descubrir o revelar o divulgar secretos conocidos en el desempeño de un oficio o relación laboral, o en el ejercicio de una profesión.

Hay diferencia en el monto de la pena, que responde a que en el segundo supuesto se requiere que el sujeto activo tenga una habilitación oficial, una titulación académica o título oficial que no se requiere en el primero, en el que basta con que el sujeto será un asalariado o trabajador dependiente o autónomo dentro del ejercicio de un oficio que no requiere de esa titulación oficial.

Se precisa que el sujeto conozca el secreto a causa de su actividad y que al revelarlo incumpla el deber de sigilo o reserva correspondiente. Por lo tanto no alcanza con que el sujeto activo conozca el secreto, sino que debe divulgarlo; la conducta entonces consiste en hacerlo extensivo a otra personas.

El sujeto activo se halla con relación al pasivo en una relación de dependencia o subordinación que puede tener base contractual o que tal relación se origine en especiales deberes de sigilo.

En el caso del primer inciso, entiendo que podría tratarse de funcionarios públicos que llegaran a ese conocimiento en razón de su cargo y como el artículo específico que agrava las conductas previstas en este título sólo abarca las descritas en los anteriores normas del art.198, queda este supuesto sin prever, sin embargo, pienso al igual que el Maestro Polaino Navarrete que se ha omitido un supuesto fundamental, dado que en este caso, queda fuera de la conminación de inhabilitación si quien llegare al conocimiento en razón de su oficio y revelare el secreto fuera un funcionario público.

En general, el secreto profesional implica una forma de asegurar, proteger y no revelar la información que se ha obtenido a través de una relación de confianza; su fundamento se encuentra en la necesidad del ser humano de compartir voluntariamente situaciones propias en un marco de intimidad y confidencialidad para –generalmente- procurarse el alivio a un pesar determinado frente a una persona capacitada y habilitada para ello ³³¹

La estructura del secreto ofrece una situación en la que una persona confía a otra portadora de un status especial una información, recibiendo seguridad de que aquella no trascenderá fuera al ámbito de la relación.

El hecho es secreto cuando no es conocido por un número indeterminado de personas ni está al alcance de ellas. Quizás ni el mismo paciente lo conozca, como por ejemplo, si se trata de alguna afección que surja del resultado de los estudios encomendados por el galeno. Pierde ese carácter cuando ha trascendido al público, sea por obra del interesado o por cualquier otra causa. No deja de ser secreto porque sea conocido por un número determinado de personas que, a su vez, estén obligadas a guardarlo en reserva, pero sí cuando el titular manifiesta expresamente su desinterés por la reserva y admite que se comunique a terceros.

En definitiva, el secreto alcanza a todo aquello que quiere mantenerse reservado u oculto. Interesan el hecho mismo, en cuanto a su naturaleza y conocimiento por terceros, la

³³¹ VALERGA ARAOZ (h) Horacio J. ROMERO VILLANUEVA, *Secreto profesional, autoincriminación y examen pericial*, en “Revista de Derecho penal y procesal penal”, 3, noviembre 2004, Lexis Nexis.

situación en que el titular comunica el secreto y el depositario lo recibe, o éste accede al mismo, y la condición del depositario.

El médico o auxiliar de la medicina debe conocerlo con motivo o en ocasión del ejercicio de su profesión, empleo o arte, pero no es necesario que le haya sido confiado, es decir, comunicado bajo la condición de mantenerlo en reserva. La obligación del silencio deriva de la conexión real y ocasional con el desempeño de la profesión.

La ley no exige que la divulgación cause efectivamente un daño, sino que potencialmente pueda generarlo. Es un delito de peligro, que se consuma con la mera divulgación. El daño puede ser de cualquier naturaleza, físico, moral, al honor, la fama, el patrimonio o cualquier otro bien jurídico, no necesariamente de la persona misma cuyo secreto se revela.

La especial condición del autor es exigida cuando se accede al secreto, pero no es necesario que perdure al momento de la revelación.

Antiguamente el art.424 CP castigaba con diversas penas según la gravedad del secreto y la existencia o no de soborno, la revelación, fuera de los casos legalmente prescritos, por parte de los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas o cualquiera otros, de secretos que se les hubieran confiado por razón de su oficio, estado, empleo o profesión.

El art. 276, 2do. del C.P. 1848 equiparaba la pena impuesta a la revelación de secretos de empleados públicos, la revelación de secretos que se les hubiera revelado por razón de ella por quienes ejercieran alguna de las profesiones que requieren título, limitando así las posibilidades en cuanto a los sujetos activos del delito. Además se castigaba por el art. 266 como prevaricación la revelación de secretos profesionales por abogados o procuradores.

A partir de C.P de 1870 y con la excepción del CP de 1928, los códigos de 1932 y 1944, se mantiene el castigo de la revelación de secretos por funcionarios y por abogados y procuradores, pero se deja impune la de los profesionales, lo que resulta inexplicable.

También puede destacarse la disposición del art. 683 del Código de 1928 que sancionaba en forma general al que divulgare los secretos de otro, cualquiera que sea la forma de haberlos llegado a conocer, lo que el deber jurídico se extendía en forma general.

Hasta la actual regulación plasmada en el art. 199 que nos ocupa, el CP no sancionaba de modo general al revelación del secreto profesional solamente se castigaba una forma específica de violación del secreto profesional, la del abogado o procurador (art. 360 CP) y de modo indirecto se podía castigar la vulneración del secreto profesional cuando el mismo fuera simultáneamente un funcionario público que actúe como tal (art.368 CP)

La doctrina criticó férreamente la no sanción penal de la revelación del secreto profesional estimando que se trataba de una laguna injustificada y una discriminación negativa con relación a los abogados y procuradores.

En tal sentido y específicamente sobre la deontología del abogado, se expresa URBANO CATRILLO³³² “El secreto profesional del Abogado no es solo un derecho, como el que corresponde al periodista en relación a sus fuentes informativas. Es, sobre todo, un deber que se fundamenta, además de en el derecho de defensa, en constituir una exigencia del buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

En tal sentido, y en primer lugar, constituye un deber ético cuya infracción está sancionada por normas disciplinarias, civiles y, como veremos después, incluso penales, dada la trascendencia del bien jurídico sobre el que recae”.

Trae asimismo el autor citado las normas aplicables específicamente a las obligaciones de los abogados siendo el art. 542.3 LOPJ (LA LEY 1694/1985) que dice: «Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por

³³² URBANO CASTRILLO, Eduardo, ob. cit., pág. 8/9: “En definitiva, el secreto del abogado se configura como un derecho-deber en las relaciones de defensa de los intereses de su cliente y que ni siquiera con el consentimiento de éste permite un uso libérrimo de lo que constituya el contenido de sus mutuas comunicaciones, por la sencilla razón de que ello puede perjudicar al derecho de defensa que le haya sido confiado. Al mismo tiempo, sólo en casos excepcionales se permite el levantamiento de dicho secreto, no comprendiéndose entre ellos, en ningún caso, el que, por propia iniciativa, el Abogado revele las declaraciones de su cliente, formuladas en relación a un proceso determinado”.

razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos». El art. 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por Decreto de 22-6-2001, establece:

a) La confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y Abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos como reconoce el art. 437.2 (LA LEY 1694/1985) (hoy 542.3) de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985).

- **b)** El deber y derecho al secreto profesional del Abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.
- **c)** El Abogado no podrá aportar a los Tribunales, ni facilitarle a su cliente, las cartas, comunicaciones o notas que reciba del Abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.
- **d)** Las conversaciones mantenidas con los clientes, los contrarios o sus Abogados, de presencia o por cualquier medio telefónico o telemático, no podrán ser grabadas sin previa advertencia y conformidad de todos los intervinientes y en todo caso quedarán amparadas por el secreto profesional.
- **e)** En caso de ejercicio de la Abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo.
- **f)** En todo caso, el Abogado deberá hacer respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier otra persona que colabore con él en su actividad profesional.
- **g)** Estos deberes de secreto profesional permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo.

- **h)** El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que la obligada preservación del secreto profesional pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo.

De forma más escueta, el Código de Deontología de los Abogados de la UE, aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988 por el Consejo de Abogados de la Comunidad, lo regula en su art. 2.3, con el siguiente contenido:

«2.3.1 Forma parte de la naturaleza misma de la misión del Abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del Abogado.2.3.2 El Abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial transmitida a él por su cliente que se refiera al propio cliente o a terceros en el marco de los asuntos de su cliente.2.3.3 Esta obligación no está limitada en el tiempo.2.3.4 El Abogado hará respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional».

La necesidad de guardar secreto resultaba inseparable, en su génesis de la función religiosa, toda vez que en sus orígenes, las profesiones poseían una naturaleza sacerdotal. Es a partir de la secularización que determinadas profesiones el secreto se les extiende a la sociedad civil. Es en esas instancias en que el juramento hipocrático es decir cuando el arte de curar se independiza del sacerdocio, antes el médico no guardaba secreto por ser médico sino por estar investido de dignidad religiosa. El secreto del abogado, en cambio se remonta al Fuero Real, las partidas y la novísima Recopilación.

El tipo penal se satisface con la comunicación, aunque sea a una sola persona e incluso a título de confidencia sin que sea necesaria la propalación o difusión del secreto.

Carece de relevancia el medio a través del cual el secreto fue conocido, como también que el titular del secreto hubiera pedido reserva. Tampoco es necesario que el secreto guarde relación con la situación generadora de la consulta, basta que el conocimiento tenga su génesis en el marco del vínculo fuente de la obligación de sigilo. En términos generales y temporales la obligación de guardar secreto trasciende el hecho o la situación que dio lugar al acceso a la intimación y se mantiene aún después de la muerte del titular del secreto.

En el caso del secreto médico es en el que se producen las mayores controversias cuando median circunstancias que podrían considerarse justa causa para su relevamiento.

Veamos, se confunden aquí las normas procesales que a menudo obligan a denunciar con al prohibición de revelar secretos conocidos en el marco de la relación médico- paciente. La doctrina coincide en afirmar que hay justa causa cuando la revelación suponga la prevención de enfermedades contagiosas en el caso de peligro de contagio a parientes o individuos cercanos o cuando se trate de comunicar al padre o guardador de la enfermedad de un menor de edad, también cuando media consentimiento del titular o cuando hay un deber legal positivo.

Ninguna duda hay que la ley da preponderancia a ciertos intereses jurídicos al imponer el deber de revelar determinados hechos cuando se refieren a enfermedades peligrosas, contagiosas y transmisibles y en los límites estrictamente necesarios para evitar un mal mayor, pero no debe dejarse librada a fórmulas vagas como Lamoral social o el interés público. Puede existir una colisión de deberes, en la cual hay que sacrificar alguno de los intereses en juego. Se da en el caos en que el requirente del servicio profesional podría encontrarse en el transe de elegir entre salvar su vida o arriesgarse a ser acusado de una falta o delito.

En Argentina en el caso Zambrana Daza de la CSJN. En este caso se trataba de establecer si era legítima la investigación llevada a cabo a partir del hallazgo de droga extraída del cuerpo de la imputada, hospitalizada precisamente para que se extrajera la droga y evitar así su muerte. La mayoría de la Corte rechazó la disyuntiva prisión-muerte pues sostuvo que "...el legítimo derecho de la imputada de obtener asistencia médica en un nosocomio debe relacionarse con los requerimientos fundamentales del debido proceso en

la administración imparcial de justicia penal” (del considerando 9^a) se argumentó que la decisión de la imputada había sido libre de acudir al nosocomio y no el producto de medios ardidosos por lo que la incautación se entendió respetuosa de la garantía que prohíbe la autoincriminación, concertándola con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales respectivas. Que la incautación no lo fue por medios compulsivos para lograr la confesión, no pudiéndose invocar en su favor el privilegio contra la autoincriminación.

La Corte citó precedentes de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos “Schmerber v California “ (84US 357, 1966) y Stone v. Powel (428 U.S. 465) en el primero el justiciable había sido hospitalizado luego de un accidente con su automóvil que aparentemente manejaba. Un oficial de policía olió licor en el aliento del imputado y notó otros síntomas de alcoholización en la escena del accidente y en el hospital, lugar en el que fue arrestado, bajo la dirección del oficial el médico tomó una muestra sanguínea para la prueba de alcoholemia en sangre pese a su negativa aconsejada por el abogado asistente. el resultado de ese examen que arrojaba intoxicación etílica fue utilizado como prueba de cargo , rechazándose los reclamos del justiciable por violación al debido proceso y la garantía contra la autoincriminación y derecho a no ser sometido a cateos irrazonables. Pero en este caso había causa probable, a raíz de las evidencias halladas por el oficial de policía en la escena del crimen, lo que no ocurre en el precedente mencionado Zambrana Daza en donde ningún indicio había salvo los síntomas de la imputada que indicaran la existencia de causa probable,(probable causae), reconocida como standard mínimo de intervención en el caso Shmerber.

Otro caso de interés en la República Argentina resulta ser el Plenario de la Excma Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal del 26 de Agosto de 1966 “Natividad Frías”.

En este precedente la doctrina del fallo interpretó que la autoincriminación que significaba para la mujer que abortó su sola presentación en un Hospital público cuyos funcionarios están obligados a efectuar la denuncia, violaba la garantía constitucional del art.18 de la C.N. reconociendo la preponderancia del bien jurídico vida por sobre la

persecución penal, peor la validez en el caso de la “notitia criminis” sólo alcanza a la mujer y no abarca a los coautores, instigadores o cómplices.

El Dr. Vera Ocampo señaló en su voto “La dificultad, aunque sea solo aparente, está en dar con la respuesta correcta al problema que se plantea cuando el funcionario denunciante conoció la existencia del aborto por noticia proporcionada por su autora a fin de obtener asistencia médica. Como deber de guardar secreto dispuesto por la ley en tales condiciones tutela la libertad individual inviolable de quien lo ha confiado –en su forma más íntima- priva sobre la obligación genérica de denunciar el posible delito , a tal punto que impone considerar jurídicamente inexistente una denuncia semejante y, en consecuencia ineficaz en absoluto para la formación de sumario criminal respecto de ella”.

Elbert ampliando la doctrina dijo en su voto disidente: “La mujer que consiente su aborto y que se hace tratar médicamente actúa en estado de necesidad, procurando salvar su propia vida .Esta circunstancia y el secreto profesional invalidan la “notitia criminis” como legítima para hacer comparecer a otras personas ante la justicia ³³³

El art. 177 inc.2do del Código de Procedimiento Penal de la Nación Argentina (aplicable por la justicia Nacional) impone a los médicos el deber de denunciar los delitos de acción pública salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional y si la comisión del aborto no fue inferida científicamente a partir del estado de la paciente, sino que fue confiada por ésta a quien le prestaba el auxilio de su profesión la revelación, por aplicación del plenario no podía dar origen a la instrucción de un sumario en contra de aquella no obstante que deben mantener su validez las actuaciones encaminadas a responsabilizar a cómplices...La mujer que consiente un aborto incurre en la comisión de un delito (art. 85 C.P.N) por lo cual ella no puede dar noticia del mismo a través de su declaración testimonial pues si así fuera interrogada al ser obligada, estaría coaccionada a declara contra sí misma, lo que implicaría una flagrante violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso, por lo cual la actuación deviene insanablemente nula. Derivado de ello, puede establecerse la siguiente relación. Por caso no podría ser llamada a pronunciarse en declaración testimonial la madre de una

³³³ CN Crim y Correc.Sala VI (int) (Sent. X Sec.33) c.22.704, “Cacios J.V.” rta el 29/11/1991.

imputada de este delito, toda vez que la ley procesal dispone la prohibición de declaración de los padres en contra de los hijos y eventualmente hasta por sí misma contra la autoincriminación de diera razón a sospechar que ha intervenido en el aborto de su hija., dicha diligencia resultaría también insanablemente nula.

Si bien este tipo de controversias generalmente se producen en el caso del secreto médico, se verifica también en otras profesiones. Por caso en la relación abogado-cliente es fuente de discusión.

El secreto profesional involucra una manera de asegurar, proteger y no revelar la información que se ha obtenido a través de una relación de confianza, su génesis radica en la necesidad, en toda sociedad y para cualquier individuo de compartir con otra persona y en forma voluntaria, información sobre circunstancias o situaciones propias dentro de un marco de intimidad para en la mayoría de los casos obtener alivio o bien soluciones a un problema en atención a la calidad de la persona oyente que se halla habilitada para ello. Por ello, se requiere al menos dos partes o bien personas, una que confía y la otra que recepta y que debe tener un status particular que lo obligue a la confidencialidad.

3) Análisis del tipo del art. 199.1 CP.

a. La acción

Este tipo que se ha considerado de ataque a la intimidad laboral o empresarial, consiste en lo que hace a su conducta en revelar los secretos ajenos, en consonancia con lo descripto en el art. 197 inc. 4to., siendo que el conocimiento del secreto lo ha sido en forma lícita ya que debió acceder a la información íntima a raíz de su oficio o o relación laboral, por ello la vulneración de la intimidad y en paralelo la consumación del delito, se concreta cuando se revelan esos datos a terceros.

b. Los sujetos.

El sujeto activo lo constituye una persona que desempeña un oficio sea como autónomo o como empleado tratándose de un delito especial propio.

El sujeto pasivo. Dado que la ley refiere a datos ajenos, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona y también, como bien expresa RUIZ MARCO³³⁴, el otro polo de la relación laboral

- c. Datos objeto del conocimiento. Tiene que ser datos o información íntima, no ingresan los datos que no tienen esa característica como podrían ser los datos empresariales, en cuyo caso se estaría en otro tipo penal. (art. 279 CP).

4) Análisis del tipo del art. 199.2 CP.

a. Conducta.

Es revelar, divulgar, en definitiva dar a conocer , los secretos ajenos a los que tuviera acceso en función del trabajo desarrollado. Si bien el legislador ha procurado evitar la divulgación, la acción típica se limita a revelar, aunque sea a una sola persona. Puede cometerse por acción o por omisión, dejando al alcance de alguien no autorizado la posibilidad de acceder al secreto.

b. Objeto.

Con los secretos obtenidos como resultado del trabajo, por lo que su acceso fue legal, sólo los datos obtenidos a raíz de la relación profesional son los que hacen ingresar la conducta en este tipo penal. Si los obtuvo a raíz de otra actividad, no ingresa aunque la persona resulte un profesional.

El tipo penal consiste en la revelación del secreto, de tal suerte que, si bien no se especifica en la norma española como en la argentina que deba ser sin justa causa, la misma operaría de cualquier forma si la hubiera con aplicación de los institutos dogmáticos del derecho penal.

³³⁴ RUIZ MARCO, ob cit., pág. 100.

En el código argentino la justa causa de revelación, cuya presencia elimina la tipicidad, es un elemento normativo del tipo. Comprende a todas las causas de justificación, el estado de necesidad, la legítima defensa propia o de terceros, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. Abarca aquellos casos en que existe colisión de intereses, y la ley privilegia otros por encima del derecho a la intimidad, tutelado por el secreto profesional. Por la particular redacción del tipo penal, en este caso en particular, la "justa causa" elimina la tipicidad misma y no sólo la anti-juridicidad.

Supuestos de justa causa de revelación

a) El consentimiento del interesado

Si existe consentimiento del interesado, desaparece el carácter secreto del hecho. Así, el profesional que es convocado como testigo, si el interesado lo releva del secreto profesional, debe declarar.

El secreto profesional no ampara al médico o auxiliar de la medicina, sino al particular cuya esfera de reserva la ley tutela. Si hay interés de éste en que aquél declare, deberá hacerlo y no podrá ampararse en el secreto profesional.

Aquí no hay otro interés que el del particular. No hay un interés público subyacente, como en el caso del sacerdote, que está impedido de revelar secretos de confesión aun si el propio interesado lo releva, conforme al derecho canónico.

Particular situación podrá verificarse cuando quien releve al profesional no sea el interesado sino el juez de la causa. En esos casos, la dispensa del tribunal configura la justa causa de revelación que elimina el delito. Sin embargo, se ha sostenido que la decisión del juez de relevarlo del deber de guardar el secreto autoriza, pero no lo obliga. Y que el profesional podrá declarar si él cree que existe la justa causa requerida por la ley, pero podrá negarse en todos los casos en que crea que el secreto deba ser guardado. En las conclusiones, expondremos nuestra opinión al respecto.

b) Estado de necesidad

Hay estado de necesidad cuando se procura evitar un mal mayor al que el profesional resulta ajeno que la revelación del secreto. Por ejemplo, cuando el médico pone en conocimiento de parientes del enfermo algún peligro de contagio, o cuando el psiquiatra avisa a los familiares que el paciente manifestó su voluntad de suicidarse.

También cuando informa al padre del menor alguna enfermedad del hijo. Basta la buena fe del profesional, en cuanto a la valoración del caso, que eliminará el dolo, pues cualquier error al respecto restará tipicidad al hecho, atento a que no está prevista una figura culposa.

c) Ejercicio de un derecho

Como ejemplos de ejercicio de un derecho o de la necesidad de defensa de un interés legítimo, están los supuestos en los que el profesional actúa como parte en un juicio, cuando se encuentra en pleito con su cliente acerca de sus honorarios, demandado por mala praxis, o procesado por lesiones.

En la Jurisprudencia argentina encontramos fallos que bien son aplicables a la legislación española, como por caso cuando se ha resuelto en un caso de violación de secreto profesional Médico, con relación a la intoxicación del paciente con cápsulas con cocaína.³³⁵

"... La discusión se cierne, entonces, a determinar si es legítimo dar curso a una persecución penal a partir de los datos que brindara el médico a los agentes policiales, cuando esa información le fue comunicada por el paciente dentro del marco de la asistencia terapéutica y, en particular, cuando esa información era indispensable para el éxito de su curación y estaba en riesgo su vida. Para dar respuesta a este interrogante no debemos perder de vista que el deber de confidencialidad que tienen los médicos respecto de lo que le comuniquen sus pacientes encuentra sustento constitucional en el derecho a la salud y a la intimidad del que gozan los ciudadanos (arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional), como correctamente lo ha señalado el juez de la anterior instancia ... en el

³³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 30-04-2009, M. A. P. s/ nulidad.

ámbito del derecho penal, ese secreto lo encontramos protegido por el artículo 156 del Código Penal que sanciona al que teniendo noticias, por razón de su...profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo relevare sin justa causa.

(...)

... debe descartarse que la médica haya estado obligada a comunicar a la autoridad los hechos de los que tomó conocimiento de parte de M. A. pues no se trataba de un delito de los mencionados en el artículo 177, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, ya que no era contra la vida y la integridad física del paciente, y, por otro lado, los conoció en el marco del secreto profesional, por lo que tenía vedado, como señala ese artículo, divulgarlos. Si a ello sumamos el deber de abstención que tienen los médicos de declarar sobre los secretos que tomaron conocimiento en ejercicio de su profesión que surge del artículo 244 del mismo código, se destierra toda posibilidad de interpretar que estos profesionales podrían igualmente denunciar a sus pacientes en atención a la facultatividad de ese acto (artículo 174 del C.P.P.N.) o que la denuncia penal sea siempre justa causa en los términos del artículo 156 del Código Penal. Es que una exégesis de este tipo -como pretende el fiscal- desconoce que, estando en juego un aspecto de la intimidad de las personas, "...sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen" ...

(...)

De la lectura de la legislación mencionada se extrae como principio que en nuestro sistema de garantías la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, la que nunca podrá ser la sola finalidad de exponer al necesitado a un proceso penal ... resulta decisivo para la solución de este caso tener en cuenta que aquí no se encontraban en juego otros intereses que permitieran justificar el proceder de la médica, pues el transporte del estupefaciente ya se había frustrado, y nada indicaba que este sujeto estuviese en condiciones de seguir su plan. El imputado, a diferencia de lo que sugiere el recurrente, no le estaba pidiendo a la médica que se transformase en cómplice o encubridora de su delito, sino sólo que le salvase la vida ...".

CAPITULO XI

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ARTÍCULO 200

“Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados a personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.”

1) Consideraciones generales

En este dispositivo, extrañamente se tiene a las personas jurídicas como sujeto pasivo de los delitos contra la intimidad, en cuanto a que el art. 200 protege su datos, sin embargo esos datos o informaciones de esa sociedad o empresa deberían ingresar en el art. 278 C.P., ya que parte de la doctrina que considera que la intimidad es un bien jurídico difícilmente predicable de las personas jurídicas. Así MORALES PRATS³³⁶ entiende que lo que se protege en este precepto son datos de personas jurídicas con trascendencia en la intimidad de las personas físicas. Por consiguiente, se entiende, por lo general, que el artículo 200 del CP debe integrarse exclusivamente con aquellos datos reservados de las personas jurídicas que tengan trascendencia para la intimidad de las personas físicas (por ejemplo datos de los socios, directivos, empleados, etc.). En la doctrina hay, sin embargo, quien sostiene que las personas jurídicas tienen intimidad (criterios de administración, control, aspectos contables, infracciones...). JORGE BARREIRO³³⁷ señala «la intimidad personal, derecho de la personalidad y bien jurídico protegido en el Título X del Libro II del C.P., difícilmente se le podrá aplicar a las personas jurídicas y, por lo tanto, el ámbito de aplicación de la cláusula extensiva prevista en el artículo 200 del C.P. sólo podrá tener sentido y operatividad en cuanto a través de la conducta típica se pueda ver afectada la intimidad personal de terceros o personas físicas integrantes de la correspondiente persona jurídica. Otra cosa, bien distinta, es que, a la luz de las nuevas reflexiones del T.C. sobre el significado del derecho al honor y la inclusión de las personas jurídicas en su ámbito de protección (SS.TC. 139/1995 y 183/1995), se llegue a postular la posible aplicación a las personas jurídicas de un concepto amplio de intimidad». En cambio GOMEZ NAVAJAS³³⁸, apunta que es posible, no obstante, defender que las personas jurídicas tienen derecho a mantener una esfera de reserva y confidencialidad y a preservar datos que les conciernan (y no constituyan estrictamente secreto de empresa). El objeto de protección del artículo 200 del CP está constituido por informaciones que no atañen directamente a las personas físicas que componen la persona jurídica (que es un ente autónomo y distinto de éstas) ni puede

³³⁶ MORALES PRATS, Fermín, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.

³³⁷ JORGE BARREIRO, Agustín, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, t. VII, pág. 278.

³³⁸ GÓMEZ NAVAJAS, J., *La protección de los datos personales*, ob. cit., págs. 167 y ss.

considerarse, propiamente, secreto empresarial. Y nada impide que puede considerarse a las personas jurídicas como titulares del derecho a la autodeterminación informativa.

2) El tipo objetivo.

En relación a las posibles acciones que prevé la norma “descubriere, revelare cedere” ya me he extendido convenientemente al tratar del tipo básico, razón por la cual no volveré sobre el tema, haciendo la aclaración que le son aplicables todas las consideraciones vertidas oportunamente.

El punto en cuestión es aquí la infidelidad de quien se inmiscuye en los secretos de los que las personas jurídicas resultan ser titulares, en este caso, los únicos habilitados para revelarlos o dar autorización para ello son sus representantes legales.

El consentimiento, opera como causa de atipicidad. La autorización o consentimiento han de ser concedidos por las personas físicas a las que afectan las conductas tipificadas en el Capítulo I del Título X Arts. 197 a 199 CP.

3) El tipo subjetivo.

Requiere del dolo directo que consiste en que el sujeto activo debe descubrir, revelar o ceder dichos datos reservados sin el consentimiento.

CAPITULO XII.

PERSEGUIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA ACCION. EL PERDON DEL OFENDIDO

1-Consideraciones generales sobre la acción penal

Básicamente, el carácter de la acción penal resulta ser pública, lo que implica que los órganos correspondientes, dependientes del Estado deben obligatoriamente impulsarla, y llevarla adelante. A esto se llama oficiosidad.

Sin embargo existen casos en que la acción no resulta pública y en ellos, queda en cabeza del ofendido o su representantes legales impulsar la acción a fin de lograr la intervención judicial. Son los casos de los delitos de acción privada y dependientes de acción privada.

En los delitos dependientes de acción privada o de instancia privada la ausencia de instancia impide la formación de la causa, ya que sin instancia válida no existe proceso válido pues la instancia de parte no puede suplirse ni por la actuación de oficio del órganos estatal ni por la instancia practicada por quien no está habilitado a su ejercicio³³⁹.

En el Código Penal Argentino, ya se verá el punto correspondiente al tiempo de tratar su normativa, se halla regulado en los arts. 72 y 73, en el primero de ellos los delitos dependientes de acción privada y en el segundo los delitos de acción privada, entre los cuales se encuentra el delito de violación de secretos salvo en los casos de los arts. 154 y 157 lo que será ampliado “infra”.

En el caso del Código Español, comenzaré diciendo que en la antigua redacción de los arts. 497 y 497 bis, eran delitos de persecución de oficio, pero como bien apunta Fernández Delgado³⁴⁰ “Se trataba de una configuración tradicional, sólo rectificada en el Código de 1928.

Es que se ha reclamado -para estos delitos contra la intimidad- la condición de delitos perseguibles a instancia de parte, entre otras razones, por ser estrictamente particular el interés en juego, por la existencia del criterio cada vez más extendido de pasar al campo de los delitos privados un número más amplio de infracciones de ese derecho “tan profundamente público” como es el Derecho Penal de hoy y, además, y sobre todo, por la intención de salvaguardar la esfera íntima del individuo, que una vez dañada por el delito, podría verse perjudicada nuevamente por la intervención de esta rama del Derecho, debiéndose dejar en manos del sujeto pasivo, la decisión de si le es o no conveniente denunciar los hechos a fin de no verse afectado nuevamente por un proceso.

³³⁹ Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar, *Código penal y Leyes complementarias*, 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, págs. 593 y sig.

³⁴⁰ FERNÁNDEZ DELGADO, Leopoldo O., ob. cit., pág. 193.

Estas acertadas recomendaciones fueron asumidas por el legislador del actual Código, y por ello en su artículo 201.1 se prevé la privatización del “ius persecuendi” en los delitos contra la intimidad recogidos en el Capítulo I de su Título X.

De este modo, en el apartado “1” del precepto se exige la previa denuncia de la persona agraviada para proceder por los delitos previstos en el Capítulo aludido. No obstante, sigue diciendo la norma, cuando la víctima fuera un menor de edad, un incapaz o una persona desvalida, la denuncia también puede correr a cargo del ministerio Fiscal; según su apartado “2”, tampoco se exige la denuncia cuando se trate de los delitos especiales en los que el autor es un funcionario público que, abusando de su cargo, realiza cualquiera de las conductas del art. 197 o cuando el delito afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

2. La disposición legal.

Artículo 201

1. *“Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.*
2. *“No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la colisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.”*
3. *“El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de los dispuesto en el segundo párrafo del número 4to del artículo 130.”*

2.1- El apartado primero³⁴¹

Claramente se aprecia de la simple lectura de la norma que en su primer apartado o inciso, el artículo establece la privatización del derecho de perseguir o derecho persecutorio³⁴².

En efecto, la persecución de los delitos previstos en el capítulo requiere de la denuncia de la persona víctima o agraviada- damnificada o de su representante legal, y como excepción, en el caso de incapaces en general, la acción puede ser ejercida en estos casos por el Ministerio Público Fiscal.

Como se expresa en la obra dirigida por QUINTERO OLIVARES³⁴³, "La privatización del *"ius perseguendi"* no alcanza el nivel máximo, puesto que no requiere la formalización de querrela por parte de la víctima, pero la persecución del delito queda sometida al condicionamiento del impulso de parte, centrado en la imposición de la denuncia".

Este artículo se estructura en tres apartados.

El primero de ellos, en consonancia con otros tipos previstos en la normativa vigente (vid art. 162, 2º C.P.³⁴⁴), le ha impuesto un orden jerárquico, escalonado y excluyente para interponer la denuncia, es decir para incitar el procedimiento de investigación, dando preeminencia siempre, primero al agraviado y conciliando de esta

³⁴¹ Art. 201.1. CP.: "Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

³⁴² Vid. RUIZ MARCO, F., "Artículo 201", en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por M. COBO DEL ROSAL, t. VII, Edersa, Madrid, 1999, pág. 288; MARCHENA GOMIZ, M., *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en *Código penal 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Coordinado por I. SERRANO BUTRAGUEÑO, Comares, Granada, 1999, pág. 1117; MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacidad e informática*. Ed. Destino, Barcelona. 1984, págs. 317 y 318; QUERAL JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español, Parte especial*, 4ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, pág. 173.

³⁴³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi Editorial, pág. 985.

³⁴⁴ Art. 162 CP en su inciso segundo, referido a las reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento, establece: "Para proceder por este delito será precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

forma, el derecho constitucional a la intimidad con el interés general de persecución de las infracciones que la vulnera, estableciendo que sólo se podrá proceder por estos delitos, mediante la denuncia de la persona agraviada o su representante legal, a menos que el individuo no pudiera hacerlo por sí, en cuyo caso, cabe el supuesto de intervención del representante legal, y por imposibilidad física, psíquica o por minoría de edad, también se encuentra gradado, pues a la posibilidad de que efectivamente accionen sus representantes legales, queda la chance de que accione el Ministerio Público Fiscal en favor de los mismos, toda vez que en estos casos el Estado viene a compensar la protección de la menor capacidad legal del individuo, ejerciendo su función protectora y cumpliendo con el objetivo de que no existan trasgresiones que afecten a los particulares y que no sean investigados por imposibilidad de hacerlo las mismas víctimas en aquellos casos en que la ley les impone la carga de accionar

Es una postura de política criminal que ha de asumir cada Estado, y en este caso España lo ha dispuesto en tal sentido.

En efecto, excepcionalmente, cuando el titular del bien jurídico lesionado resultare ser menor de edad, incapaz o persona desvalida, puede entonces el Ministerio Público denunciar ello como una facultad pero no como una obligación, esto quiere significar que la ley lo obliga a ponderar el derecho de la intimidad de la víctima con el interés general de persecución penal.

En cuanto a la noción de persona desvalida, la normativa alude al ciudadano desamparado por cualquier motivo que sea. Según la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española, es “*desamparado, privado de ayuda y socorro*” resultando una noción suficientemente amplia que puede abarcar innumerable cantidad de casos, simplemente la persona que por falta de dinero no puede llegar a concretar la demanda de acción, y podría ser hasta quien se encuentre de viaje y no tenga posibilidad de nombrar un representante legal.

Es razonable la decisión del legislador de establecer esta perseguibilidad fuera de las reglas comunes y dejar en la libertad del agraviado el derecho de iniciar acciones o no, toda vez que tratándose de delitos contra la intimidad, puede que una persecución de oficio

exponga más aún o -como se dice- re-victimice al sujeto pasivo del agravio, pues si bien existen, límites para acceder a la información de un sumario penal, esto no es siempre se cumple a raja tabla y puede que el secreto o la imagen que está siendo objeto de la transgresión penal, sufra una publicidad indeseada, resultando tras ello peor el remedio que la enfermedad, como se dice vulgarmente.

No es desacertada la opinión vertida en la obra de QUINTERO OLIVARES³⁴⁵ en la obra ya citada, en la que medita acerca de que debió adoptarse una fórmula más equilibrada al tiempo de elegir el tipo de perseguibilidad del ilícito en cuestión, propiciando la adopción de la fórmula prevista para los delitos de agresión, acoso y abuso sexual en que luego e la privatización del impulso penal el Ministerio Fiscal, ponderando los legítimos intereses en presencia, podrá interponer querrela permitiendo al Ministerio Público querrellar de oficio aplicando el principio de oportunidad³⁴⁶.

Es que es bien cierto que puede ocurrir que una víctima no denuncie los hechos que lo dañan por temor a represalias desde que podría encontrarse sujeta a extorsión o amenazas coactivas.

Por otra parte, ocurre justamente muy a menudo en este tipo de delitos que si la persona teme que el secreto o la imagen pudiera ser publicado y llegar al conocimiento de un tercero que no quiere que tenga ese conocimiento, la situación es harto problemática, desde que el sujeto pasivo tendría que soportar la invasión a la intimidad y luego la extorsión o coacción sin poder denunciar.

Dice el autor citado, que la salida a estos casos puede ser dar la posibilidad al Ministerio Público de obrar de oficio conforme al principio de oportunidad. De esta forma si bien podría quedar salvada la exposición del sujeto pasivo frente al activo de iniciar la persecución; de todas formas, el Fiscal tiene que tomar conocimiento de la situación y ello ya implica que el agraviado ha ventilado el delito del que era víctima, pues son contados los

³⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, loc. cit.

³⁴⁶ Art. 191.1: “Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. 2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase”.

casos en que el Fiscal pueda tomar conocimiento de la existencia de este delito sin que la propia víctima se lo haga saber.

Y va de suyo, que sería deseable que el funcionario (Magistrado en Argentina) tuviera suficiente sentido común, como para sopesar los beneficios y los perjuicios que una persecución penal implica, o sea, deberá ser hábil al tiempo de optar en instaurar o no la acción, sobre todo, cuando se encuentran involucrados los niños, niñas y adolescentes.

Este tipo de situaciones se da frecuentemente en el caso en que se utilicen, como se dice, medios insidiosos para descubrir los secretos como lo son los medios técnicos o informáticos, toda vez que puede ser el la víctima sea el último en enterarse que está siendo blanco de estas acciones y el hecho puede surgir en el trámite de una investigación por otro delito.

En cuanto al menor de edad al que alude la norma, se trata del menor de dieciocho años, tanto en la legislación española como en la argentina ya que esta última fue recientemente reformada y la mayoría de edad a los efectos tanto civiles como penales ya no a los veintiún años sino a los dieciocho años³⁴⁷.

Con relación al “incapaz” debe acudir al art. 25 del Código Penal, en cuanto dispone: *“A los efectos de este Código, se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”*.

Conforme Serrano Butragueño³⁴⁸ si no figurara el término “incapaz” , como requisito de procedibilidad debería buscarse su significado dentro de la normativa civil, y

³⁴⁷ Ley 26.579 Modificación. Mayoría de Edad. Sancionada: Diciembre 2 de 2009. Promulgada: Diciembre 21 de 2009. Artículo 1º — Modifícase el Código Civil en los artículos 126, 127, 128, 131 y 132 del Título IX, Sección Primera del Libro I; el artículo 166 inciso 5) y el artículo 168 del Capítulo III del Título I, Sección Segunda del Libro I; los artículos 275 y 306 inciso 2) del Título III, Sección Segunda del Libro II; el artículo 459 del Capítulo XII, Sección Segunda del Libro I, los que quedan redactados de la siguiente forma:

‘Artículo 126: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años’.

³⁴⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, *Concepto penal de incapaz y documento*, en *Código penal 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Coordinado por I. SERRANO BUTRAGUEÑO, Comares, Granada, 1999, pág. 408.

de la declaración civil de incapacidad, por ello, al preverlo la ley penal se encuentra dotado de autonomía.

Por ello no se requiere de la declaración de incapacidad ya que constituye un concepto material.

En el caso del “desvalido” se trataría de personas abandonadas, por cualquier causa entre las que se ha dicho como posibles el analfabetismo la aculturalidad, el desarraigo la exclusión social, la inmigración, etc.

El fundamento de su mención es sencillo pues este tipo de persona podría encontrarse imposibilitada, o con dificultades para denunciar o, en el caso de enfrentarse a un proceso, serla incapaz de entenderlo.

Su clasificación dentro del carácter de persona desvalida, dependerá de la subjetividad de quien ha de aplicar la norma, es decir del Ministerio Fiscal. Por ello vendrá el Fiscal a compensar ese desvalimiento a los efectos de que, por dificultades personales, la persona quede fuera de la posibilidad de perseguir a quien lo agraviara y no aparezca como impune el delito por las dificultades sociales de una persona para denunciar.

2.2 . El párrafo segundo³⁴⁹ .-

El segundo párrafo, es concordante con la normativa general de procedibilidad del sistema, es decir otorgando la calidad de delito público o no semipúblicos como en el apartado anterior para los supuestos donde el sujeto activo sea autoridad o funcionario público (art.198) o la comisión del delito afecte a los “intereses generales” o a un “pluralidad de personas”. En estos supuestos entonces, la procedencia es de oficio.

Debe tratarse de funcionarios públicos que actúen con *prevalimiento del cargo* toda vez que no por ser funcionario público el sujeto activo, el delito cae dentro de este tópico (art. 198 C.P.)³⁵⁰

³⁴⁹ Art. 2001. 2: “No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la colisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”.

Asimismo, no será precisa la denuncia cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Estos casos se dan especialmente en el delito informático, en que el daño puede alcanzar una magnitud insospechada por la cantidad de datos informáticos y la rapidez con que se puede acceder a ellos o bien realizar las maniobras que son descritas en los capítulos anteriores. Hay y debe haber un interés estatal en perseguir este tipo de atentados, debe ser parte de la política criminal del mismo.

Se han criticado, con no poca razón, los imprecisos términos utilizados los que, por ello deberán ser interpretados en forma restrictiva ya que si bien es un acierto que en este tipo de casos se habilita la interposición de la acción de oficio en atención a que la ofensa deja de ser personal, diremos con JORGE BARREIRO³⁵¹ que la cláusula “intereses generales” ha de limitarse a aquellos supuestos en que la comisión del delito tenga trascendencia pública, afectando a los intereses de una comunidad social no familiar⁴⁹³, pues de lo contrario, el término “afectar” es tan amplio que, literalmente interpretado, casos de sexo y política, frecuentes en culturas más hipócritas, podrían dar pie a la intervención de la Fiscalía³⁵².

Asimismo la frase “una pluralidad de personas”, está determinada para una cantidad considerable de personas, sensiblemente elevado, e incluso, se ha dicho también, siguiendo a Barreiro en la obra citada, exigiendo una cierta diversidad de procedencia.

Se trata de un caso en jurisprudencia dirigido especialmente al delito informático aunque también se ha aplicado a casos de interceptación telefónica.

2.3- El párrafo tercero³⁵³.-

³⁵⁰ Art. 198: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta pro tiempo de seis a doce años”.

³⁵¹ JORGE BARREIRO, Agustín, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio*, ob. cit., pág. 592.

³⁵² Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español, Parte especial*, op. cit. pág. 173.

³⁵³ Art. 201. 3: “El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de los dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130”.

En el apartado tercero³⁵⁴, se otorga eficacia extintiva al perdón, condicionado, del ofendido o de su representante legal, que alcanza tanto a la acción penal como a la pena impuesta (singular forma de extinción de la misma) se configura así la intimidad como un bien disponible hasta el final, por consiguiente, queda excluida la eficacia en los supuestos comprendidos en el apartado anterior.

Debe tenerse en cuenta que este perdón como forma de extinción de la acción y de la pena tiene su limitación en la operatividad del art.130. 4 apartado segundo pues es una garantía que deviene lógica por la calidad de menor del sujeto pasivo y que se coordina con las normas de protección e los menores de edad³⁵⁵.

En este caso, no es que no pudiera haber perdón sino que los Jueces o Tribunales tienen la potestad de rechazarlo, haciendo uso de su poder de control sobre los actos de los representantes, ampliando aún más el ámbito de protección de las garantías de los menores.

Ahora bien, cabe preguntarse si fuera el menor de edad quien ofreciera expresamente el perdón.

La situación no es sencilla de resolver, toda vez que por un lado, las normas internacionales reconocen al menor su derecho a ser oído -y sí que lo tiene- y los Jueces deben escucharlo y respetar su decisión, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño que es una garantía que en el derecho argentino tiene jerarquía constitucional, y que manda a decidir en tal sentido cuando existe colisión entre dos o más derechos.

Deberá, entonces evaluar el juez si la decisión de otorgar perdón resulta beneficiosa para el niño o adolescente y en los casos en que así no lo crea, debe redoblarse su

³⁵⁴ Modificado por LO 5/2010. Texto anterior: “El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º del artículo 130”.

³⁵⁵ Art. 130: “La responsabilidad se extingue...4º Por el perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. A tal efecto, declarada la firmeza de la sentencia , el Juez o Tribunal sentenciados oír al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pen. En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena”.

protección integral y su menor edad debe ser compensada, como situación de desventaja existente como tal, con la intervención de un mayor de edad que sea su representante tal y como lo manda la ley.

Sobre el perdón de la víctima, se ha preguntado KEMELAJER DE KARLUCCI³⁵⁶ si hay correlativamente a la “vergüenza reintegrativa”³⁵⁷ del ofensor una obligación de perdonar por parte de la víctima, y trayendo los pensamientos de Beccaría y Bentham, dice que en la concepción clásica, el perdón al delincuente fue visto como un vicio, no como una virtud, porque, según ellos, el perdón empuja a cometer nuevos delitos; por eso, aunque restaura algunas heridas, no puede, de ningún modo, jugar un rol cuando está en juego la dignidad humana.

Realizando un paralelo con la normativa argentina, en breve mención diré que se trata de los delitos que por el art.72 inciso 2do. del Código Penal Argentino requieren de impulso privado y también su progreso en el proceso requiere de ese impulso, son los delitos que se siguen por lo que se llama querrela del particular y pueden ser renunciada tal perseguibilidad, en cualquier momento del juicio, por ello no se requiere ni siquiera el perdón, sino que basta con abandonar la persecución.

³⁵⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Justicia restaurativa, posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Rubinzal y Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pág. 177.

³⁵⁷ KEMELMER DE CARLUCCI, Aída, ob cit., págs. 172 y sig.: “En 1989, John BRAITHWAITE, uno de los grandes propulsores de la justicia restaurativa, formuló la teoría de denominó “de la vergüenza reintegrativa”. La explica del siguiente modo: La pena estadual sólo frenaría la comisión de nuevos delitos si estuviésemos absolutamente seguros de que todo delito será sancionado; sin embargo sabemos que no hay ningún sistema tan eficiente que pueda asegurar ese resultado, y ninguna persona que no tiene incentivos éticos deja de cometer delitos en un sistema que no asegura que todos los delitos son sancionado. Es persona sólo calcula qué riesgos está dispuesto a asumir y cuáles no. ...La vergüenza desintegrativa o estigmatizadora, que es duradera, no perdona, y consecuentemente el imputado está siempre excluido: divide a la comunidad entre los que están adentro y fuera de sus pautas. La vergüenza reintegrativa, que tiene un período de duración; de allí en más, hay reinserción de quien se avergonzó; supone que la desaprobación comunitaria inicial ha sido seguida por signos ciertos que permiten la reinserción en la sociedad. La vergüenza expresada durante una reunión restaurativa. Es útil para apelar al amor propio del autor; por eso no hay que presentar al autor de manera humillante, actitud que provocaría una alienación social más aguda que retardaría su reinserción social. En la reunión restaurativa, el público, la comunidad concurre no para avergonzar al ofensor...”.

Antiguamente a estas acciones se las conoció con el nombre de “semipúblicas”. En cuanto a la naturaleza jurídica de la instancia, se ha dicho tanto que es de naturaleza procesal como penal.

Sin embargo siempre incidirá en ella el beneficio de la ley más benigna propio de las normas de fondo, o el de la irretroactividad y no ultractividad vigente, aplicable en el ámbito procesal.

Se trataría de una condición de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, enmarcándose dentro del ámbito procedimental, o como condición de punibilidad del delito y por lo tanto de naturaleza sustancial. De cualquier forma su ausencia impide la formación de una causa penal.

En este tipo de delitos; como dice Soler,³⁵⁸ el interés del Estado no va más allá del interés del particular ofendido, delega en el agravamiento el ejercicio de la acción, quedando a cargo de la supuesta víctima no sólo promover el juicio mediante acusación o querrela, sino el impuso total del proceso, estándole por consiguiente estrictamente vedado al magistrado interviniente actuar de oficio, bajo sanción de nulidad de lo actuado.

Sin embargo, el código habilita dos supuestos especiales en los que el Ministerio Publico Fiscal puede incitar “per se” la acción y la investigación penal, en el caso en que la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o desvalida y en el caso en que el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, en esto se asemeja a la normativa española.

En estos casos la acción se transforma en pública. Se podría decir que el caso del art. 198, que es el caso agravado por la participación como autor del funcionario publico hay en este caso un interés público evidente en la persecución de este o cualquier tipo de delitos.

³⁵⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, IV, actualizado por Manuel A. BAYALA BASOMBRIÓ, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, págs. 113 y sig.

Pero volviendo al tena del perdón y su virtualidad extintiva, la renuncia a la perseguibilidad debe ser expresa y se discute si resulta necesario que esa renuncia deba ser aceptada por el agraviante, entiende SOLER que el derecho otorgado no se encuentra condicionado a esa circunstancia y, efectivizado el mismo, no queda otra alternativa que dar por concluidas las actuaciones, toda vez que no es posible proseguirlas sin que exista una acción penal pues ella se extinguió.

La divisibilidad real y personal es tan fuerte que se entiende que con el acto de ejercicio de la acción el titular del derecho de querrela formula acusación ante el órgano jurisdiccional y en ese momento la pretensión queda objetiva y subjetivamente limitada al hecho imputado y a la persona acusada.

El órgano jurisdiccional no puede extender, ni objetiva ni subjetivamente, la imputación acusatoria más allá del contenido de la querrela, porque importaría proceder “ex officio” y entonces el acusado soportaría un juicio sin acusación válida, violándose un postulado constitucional.

En cuanto a la comunicación del perdón otorgado a uno de los coautores a los demás partícipes, entiendo con SOLER que la renuncia en los delitos de acción privada contra uno de los copartícipes no se extiende de “iure” a los demás, sino que se rige por los principios generales del desistimiento: debe ser aceptado y se refiere al sujeto en cuyo favor se hace.

No es admisible que el agraviado se vea obligado a querrellar contra toda razón a personas cuyo arrepentimiento le conste o como sucede o contra un menor cuya edad no fue oportunamente conocida.

El art. 130 inc.4to. C.P.E. establece las causas que extinguen la responsabilidad penal. En el caso del inciso 4to. Reza la norma expresamente:

“...Por el perdón del ofendido cuando la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena

impuesta. A tal efecto, declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador oirá al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o Tribunales, oído el ministerio Fiscal, podría rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor

La norma establece, como ya se adelantara, una forma de extinción de la responsabilidad penal por el perdón del ofendido, siempre que se verifican las condiciones de que sea expreso, y anterior a que se comience a ejecutar la pena. Por ello, se establece la obligación del órgano ejecutor de citar al ofendido a fin de darle oportunidad de proferir el mencionado perdón.

Pero específicamente interesa al caso el segundo párrafo de este artículo, toda vez que establece las condiciones para el caso del menor o de una persona incapaz. En estos casos se prevé la posibilidad de la judicatura de continuar con la acción más allá de la decisión de los representantes del incapaz, rechazando el perdón expresado y continuando con el proceso con la intervención del Fiscal. Claro está con el recaudo de citar nuevamente y escuchar al representante del menor,

3 Breve reseña de un caso.

Si bien no acostumbro a traer en ejemplo de mis estudios las resoluciones en casos en lo que he participado como juez, cabe realizar una excepción y memorar que en oportunidad de pronunciarme en mi voto en autos “ Cartolano”³⁵⁹, del Registro del Tribunal Criminal nro. 4 de la Ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires expresé: “*Por los hechos ventilados y que resultaran materia de acusación, calificados como violación de*

³⁵⁹ Causa n° 55/00 (sorteo n° 1333/08) Carátula: “Cartolano Riportella, José Pablo, s/corrupción de menores agravada por el vínculo en concurso real con publicación de imágenes pornográficas de menores de dieciocho años de edad y violación de secretos” (en Morón).

*secretos en los términos del art. 153 del C. Penal, corresponde en esta instancia, aunque su correcto abordaje debió ser como cuestión previa, analizar el planteo de la Defensa, a fin de determinar si se perseguirá al imputado por dicho delito, lo que obliga a tratar la materialidad del mismo como su base fáctica o determinar si se hará lugar a su petición declarando la nulidad de las piezas que correspondiere. En efecto, a dicho planteo he de decir que el delito previsto y reprimido en el art. 153 del Código Penal integra la nómina del art. 73 del C. Penal. **Se trata de los llamados delitos de acción privada**, y para su tratamiento, **se requiere del impulso del ofendido o bien de quien o quienes se encuentren legitimados para accionar**. La ley penal ha regulado cuáles delitos son de acción privada. Así el art. 8 del C.P.P. establece que la acción privada se ejercerá por querrela en la forma que establece este código y dichas formas, son las del art. 383 del C.P.P. bajo pena de inadmisibilidad. Ya que la querrela es un acusación formal, tanto que es causal extintiva de la acción penal (art. 59 inc. 4to del C.P.P.) Cuando no la hay o no existe en debida forma como cuando hay una renuncia por parte del agraviado aún tácita. **El impulso privado, entonces, y su seguimiento en cabeza del ofendido es condición de procedibilidad de dicha acción y la intervención del Fiscal con relación al esclarecimiento y persecución por ese delito está vedada.***

La claridad de los preceptos penales y procesales me relevarían de mayores consideraciones, sin embargo, en el caso se trata de una misma base fáctica que cae bajo más de una sanción por caso la de violación de secretos y la de distribución de imágenes pornográficas y dicho sea de paso, en el caso en que la hipótesis acusatoria hubiera sido acogida sólo podrían concursar en forma ideal. Sobre esta base, no habrá de anularse todo el procedimiento por haberse llevado adelante sin las condiciones de procedibilidad establecidas por ley toda vez que subsiste el interés público por el delito de acción pública y pasible de ser impulsado por el acusador estatal. Se trata de un caso de errónea intervención del Ministerio público que en el marco de una intervención por delito público pretendió intervenir en delito de acción privada con mengua al derecho del ofendido.

Recuérdese con Maier: que los delitos de acción privada constituyen aquellos que el ámbito propio que la ley penal reserva a la vigencia de la autonomía de la voluntad individual. El acusador estatal y los órganos de persecución penal del estado son

desplazados de su papel de acusadores y el estado a semejanza de aquello que ocurre en el derecho privado, sólo conserva el papel de monopolizador de la violencia, de la fuerza pública, en el sentido de evitar que el conflicto social producido se dirima por el ejercicio de la violencia entre aquellos que son sus protagonistas.

La consecuencia es clara: la falta de esta expresión de voluntad impide al estado conocer el caso y solucionarlo mediante las reglas del sistema penal. Allí, sin embargo, no termina el dominio de voluntad del ofendido, pues los tribunales del estado sólo pueden aplicar la ley penal y si esa expresión de voluntad, como ya se adelantó, se mantiene en el tiempo.

En este tipo de delitos y como una condición objetiva de procedibilidad, el estado subordina la persecución penal y la continuación (impulso) del proceso a la voluntad exclusiva del ofendido. Por carecer el Ministerio Público fiscal de toda intervención, el particular damnificado cuenta en forma excluyente con los dispositivos de la pretensión punitiva. En esta clase de litigios (art. 75 y 76 del C-Penal) , la víctima o sus representantes legales ejercen una especie de señorío sobre la acción y la pretensión (voto del Dr. Mitchell).

Ahora bien, como ya adelantara, entiendo que la objeción interpuesta y su solicitud de nulidad amparada en el incumplimiento de ellas reglas del debido proceso, tratándose de una excepción de previo y especial pronunciamiento (falta de acción por no ser legalmente promovida conf. art. 328 del C.P.P.), entiendo pudo y debió ser formulada en al menos tres oportunidades anteriores, la primera de ellas al tiempo de la investigación penal preparatoria (art. 328 del C.P.P.), al tiempo de oponerse la defensa a las conclusiones del Ministerio Público Fiscal (art. 336 del C.P.P.) y en la audiencia del art. 338 del C.P.P.(ver artículo citado, punto 3). Sin embargo, y aún cuando el rito no prevé la interposición de excepciones al tiempo del debate oral, su tratamiento deviene obligatorio toda vez que como bien expresa la defensa hace al debido proceso (indistintamente ha sido situado en el art. 18 (defensa en juicio) y en el 33 (sistema republicano) de la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia de Bs. As.) Se ha situado en el contenido del art. 10 . Como acertadamente refiere Pedro Bertolino (“El debido Proceso Penal, Librería Editora

Platense. OP. 16) “...el fenómeno jurídico que mentamos como “debido proceso” se instala, en forma primordial, en el territorio del derecho constitucional donde es entendido corrientemente como una garantía específica. Sin embargo debemos considerar que el objeto referencial de tal garantía es siempre “un proceso” , cualquiera sea su tipo...”

Especificando aún más se trata de la garantía desde el punto de vista adjetivo o formal como rito legal de tramitación de los procesos.

En el caso, como surge claramente explicado, la investigación resultó mal iniciada, por lo tanto no se puede proseguir y menos juzgar por ese delito, sin embargo, en forma absolutamente excepcional, la instancia se salva con la existencia de otro delito de acción pública que concursara en forma ideal con aquél.-

Para cerrar este capítulo deseo traer los conceptos vertidos por la Profesora HERRERA MORENO³⁶⁰ con relación a la víctima que resultan de aplicación al tema en trato: “A tenor de la ley penal, la concepción de la víctima se desglosa en un doble plano: constituye, de un lado, *sujeto pasivo del delito y titular del bien jurídico vulnerado*; de otro, la víctima se identifica con el *damnificado o perjudicado*, individuos o colectivo que, por la perpetración del delito, se hace acreedor a una reparación civil. Por lo tanto, víctima penal será no solo la que recibe las consecuencias negativas de la acción punible, sino, asimismo, aquellas personas que detentan derechos indemnizatorios” De manera tal, que expresa la autora, en la mayoría de las ocasiones ambos planos coincidirán sobre el mismo individuo no siendo ésta una regla absoluta. “...la ley no duda en habilitar distintas facultades o capacidades operativas a la víctima en tanto sujeto pasivo y ofendido respecto de la víctima como sujeto perjudicado. Así, por ejemplo, la previa denuncia de la *víctima sujeto pasivo* es condición de perseguibilidad en ciertos supuesto de faltas (arts. 620 621 C.P.) ; en otros casos (arts 623, 624, 625 C.P.) al *víctima sujeto perjudicado*, podrá solicitar asimismo la persecución penal : se trata ésta de otra acepción de la victimidad legal, ya que en ella se da cabida a terceros financieramente lesionados por el delito.

³⁶⁰ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima, Compendio de Victimología*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho reunidas (EDERSA), Madrid, 1996, págs. 330 y sig.

CAPITULO XIII

EL DELITO DE VIOLACIÓN DE SECRETOS Y DE LA PRIVACIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.

1) Breves consideraciones previas.-

Corresponde realizar una comparación con la normativa penal de la República Argentina, toda vez que nuestro ordenamiento patrio ha seguido la línea de la legislación española en gran parte.

En el Código Penal Argentino, los delitos en trato, se reprimen como conductas que atentan contra la libertad de los individuos relacionadas con su intimidad; tal como se ha explicado largamente al tratar el bien jurídico protegido en ambos ordenamientos.

Sin embargo, al tiempo de elegir su ubicación sistemática, el capítulo correspondiente a estos delitos se halla dentro del título V “Delitos contra la libertad”. El Capítulo III del Título V del Código Penal ha sido reformado por la ley 26.388³⁶¹, que incorporó al rótulo de la “*Violación de secretos y de la privacidad*”, dando cumplimiento a las obligaciones que el Estado Argentino asumiera no sólo a suscribir los convenios internacionales que aluden al tema sino al hacerlos texto con jerarquía constitucional³⁶²

Como dice DONNA³⁶³ citando a MORENO, la existencia del secreto implica reserva de un acto cualquiera, ya que el secreto pertenece sólo al autor y la divulgación también depende de él.

En definitiva, se protege un aspecto importante de la libertad en una esfera tal que no se reduce sólo al secreto, ya que el círculo jurídicamente protegido es mucho mayor siendo que la última incorporación del art. 157 bis pena también la violación a los sistemas de confiabilidad y seguridad de datos accediendo a un banco de datos personales y su agravante cuando ese banco de datos tuviera que preservarse por disposición de la ley agravándose la pena para el funcionario público.³⁶⁴

³⁶¹ Ley 26.388 (B.O. del 25-6-2008).

³⁶² En tal sentido ver art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, especialmente la incorporación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 17). entre otras normas protectoras de la intimidad personal y familiar como la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

³⁶³ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II, A, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pág. 342.

³⁶⁴ Ley 25.326 Protección de los datos personales. Sancionada: Octubre 4 de 2000. Promulgada parcialmente: Octubre 30 de 2000. Artículo 32. (Sanciones penales):

Incorpórase como artículo 117 bis del Código penal el siguiente precepto:

"1°. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

2- El bien jurídico protegido en el Código Penal Argentino. Reseña histórica:

Siendo como ya se trató al comienzo de la presente investigación, que el bien jurídico protegido en estos delitos no es para el legislador argentino la intimidad sino la libertad, corresponde plasmar algunas menciones sobre su concepto y contenido desde todas las épocas y a través del tiempo.

Así, en cuanto al contenido de la misma, para MONTESQUIEU había dos tipos de libertades la filosófica (aquella en la que el hombre plasma su voluntad) y la política (la propia seguridad que debía proveer la organización, para que un ciudadano, no temiera de otro).

También se ha dicho que comprende la libertad de pensamiento y movimiento, otros, que sostienen que comprende la libertad individual o natural (es decir aquella que permite su desarrollo no sólo como individuo sino también como persona inserta en la sociedad) y la libertad civil o política (es decir, la de participar en la cosa pública, sujeto a las normas de orden público).

El hombre, por su condición humana, tiene tendencia a agruparse, para de este modo realizar sus objetivos. Durante el desarrollo de la historia, podemos observar cómo se

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por doble del tiempo que el de la condena".

2. Incorpórase como artículo 157 bis del Código Penal el siguiente: "Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

1°. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2°. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años".

sometía a esclavitud a ciertos hombres, a tal punto de considerarse a los esclavos como cosas, y por tanto podían ser vendidos, comprados, y hasta incluso ser utilizados como objeto prendario. Luego, eran estos mismos quienes se entregaban en manos del señor feudal, a cambio de protección. Hasta que, como consecuencia de la convergencia entre los abusos sufridos a manos de las organizaciones gubernamentales y el auge ideológico de los derechos del hombre que elevaba como respuesta a aquella situación, llegó la Revolución Francesa, en que surge como propuesta jurídica la de organización social sobre las ideas base, libertad e igualdad.

Así entonces, la libertad es la potestad que tiene el hombre de pensar, querer y hacer conforme a su propia voluntad, sin admitir que por sobre ella exista otra individual o colectiva y reconociendo como único límite la constitución y la ley”, de este modo, se diferencia a la libertad de los derechos, definiendo a estos últimos como la expresión de la libertad.³⁶⁵

SÁNCHEZ FERRIS considera que la palabra derecho, describe facultades concretas del hombre, en cambio la palabra libertad habla de la concreción de esos derechos, en el plano de la acción (así por ejemplo el derecho a expresarse se manifiesta en la libertad de expresión)³⁶⁶.

Considera LANDROVE DÍAZ³⁶⁷ que la libertad es sinónimo de derecho, debido a que no puede considerarse ni sentirse libre, un hombre, si no puede ejercer plenamente los derechos conferidos por la propia naturaleza.

Por todo lo expuesto y conforme a la opinión mayoritaria podemos considerar la libertad desde cuatro dimensiones:

³⁶⁵ Cfr. MORAS MOM, Jorge, *Delitos contra la libertad*, Ediar, págs. 20 y 38.

³⁶⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedios, *Estudios sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 41.

³⁶⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 20.

- 1) Un primer plano dual que involucra un aspecto psicológico comprensivo de un momento interno de formación del acto volitivo, en que el sujeto analiza las posibilidades y elige una por sobre las otras, y por otra parte un aspecto material que involucra la propia exteriorización del acto como sustancia de la opción volitiva.
- 2) Un plano social en el que su actuar voluntario se ve limitado por la vida en sociedad, es decir por el respeto a la libertad del otro. El *neminem "alterum non laedere"* como compromiso básico indisponible de la vida social.
- 3) Un plano político, que consiste en la aplicación de normas tendientes a la protección de la libertad, que incluye en ciertas circunstancias privar de la libertad ambulatoria a aquellos que no han sabido respetar estas normas. Como contrapartida los sistemas constitucionales y los ordenamientos normativos reconocen trazan el cauce que representa el límite al ejercicio del poder punitivo.

Dentro de este plano también se ubica la responsabilidad del Estado de promover la implementación de los derechos humanos removiendo las dificultades o impedimentos que imposibiliten su ejercicio.

- 4) Por último un aspecto jurisdiccional para garantizar la tutela efectiva de la libertad en sus distintas manifestaciones.

Como límite a esta libertad, para que no peligre el gobierno de la misma, se imponen el principio del respeto a la libertad del otro, para esto el Estado establece las normas ya evaluadas en el plano político.

En nuestro país, como así también en la Constitución Española, la propia Constitución Nacional establece el principio de libertad, estableciendo que en la Nación Argentina son absolutamente libres en el pensamiento y decisión, protegiendo así el ámbito privado. Luego para completar esta idea de libertad, establece que nadie será obligado a hacer lo que la ley no estableciere, ni privado de hacer lo que esta no prohibiere, plasmando

así el llamado principio de reserva. Es así, como el derecho penal es el encargado de proteger un valioso derecho que establece la Constitución Nacional.

Puede decirse que la libertad individual ambulatoria, es la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo o de otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones, así como el derecho a que nadie (persona o Estado) interfiera arbitraria o ilegítimamente en la esfera de la reserva o de intimidad personal, con la sola limitación que imponen el ejercicio de la libertad del otro y el imperio de la ley. A esta debe agregarse la libertad psíquica, puesto que están tipificados los delitos de amenazas y coacciones.

En cuanto a la libertad ambulatoria, surge una discusión doctrinaria sobre lo que ocurre con aquellas personas que gozan de incapacidad para elegir a dónde dirigirse, como por ejemplo los menores de edad, resolviéndose que en el caso de bebés que por no poseer capacidad física ni psíquica volitiva de dirección, no pueden ser sujetos pasivos. Distinto es el caso de aquel mayor de edad que por distintas situaciones se somete a estados de inconciencia, ya sea para dormir o bajo efectos del alcohol o estupefacientes, en este caso se resuelve que es decisión de la persona permanecer en el lugar en el que se ha sometido a este estado.³⁶⁸

Quizás ninguna de las categorías de delitos legisladas en la actualidad presenta características tan heterogéneas e imprecisas como el grupo de figuras que ha sido nucleado bajo el Título de los delitos contra la libertad dentro el cual ingresan los delitos que se tratan en este capítulo y que del concepto acuñado referido a la libertad ambulatoria no tiene absolutamente ninguna nota.

El devenir histórico nos indica que la organización autónoma y sistemática de este conjunto de delitos no tiene mucho tiempo y es consecuencia de situaciones políticas y sociológicas que se desarrollaron durante el siglo XX. Ello explica por qué muchas de las

³⁶⁸ Cfr. BAIGUN, David / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Código penal y normas complementarias*, Editorial Hammurabi, 2008, pág. 163.

figuras que actualmente conocemos, y que cuentan con una notoria tradición, hayan sido agrupadas no hace mucho tiempo, configurando formas específicas de tutela del bien jurídico de la libertad.

La primigenia falta de sistematización de las figuras que ahora se enmarcan dentro de los delitos contra la libertad tiene su fundamento en la naturaleza del bien jurídico de la libertad, toda vez que en muchos bienes o intereses jurídicos ella se encuentra involucrada.³⁶⁹

Podríamos decir que la mayoría de las denominadas ofensas a la libertad resultan ser infracciones dentro de las cuales yace la ofensa a algún otro bien jurídico que se vulnera bajo la forma de trabar o impedir su ejercicio, estando la libertad como realmente está, en el fondo de todo otro derecho.

Era necesario que la libertad estuviere particularmente tutelada y para ello debía considerársela como un atributo primordial de la persona humana, lo que ocurre en el siglo XVIII como consecuencia de los importantes movimientos políticos y filosóficos de la época, que elevan al individuo, con sus atributos, a la más alta dignidad personal.

En el período moderno, en un valioso intento clasificatorio Feuerbach, en su Tratado y bajo el título "Delitos contra el derecho de los ciudadanos a la libre disposición de su cuerpo," abarca el "*plagium*", el rapto y la violación. Mittermaier –por su parte– propone esta clasificación: la coacción, la cárcel privada, el rapto del hombre y el plagio.

Es significativo y notorio el aporte de CARRARA en el tema ahora analizado, el cual para individualizar una infracción como ofensa a la libertad se vale de un doble criterio: debe tratarse positivamente de un impedimento a la libertad; pero negativamente

³⁶⁹ Conforme expone SOLER, pone el ejemplo de delitos como la violación, hoy perfectamente identificados como referidos a un bien jurídico concreto y distinto, que durante largos períodos históricos han sido considerados con relación al bien de la libertad. Esto se explica -en su opinión- en virtud de que la libertad en relación con cualquier otro bien o interés jurídico, presenta la particularísima situación de ser, además de un posible bien jurídico en sí, un presupuesto necesario de toda norma jurídica (*Derecho penal argentino*, ob. cit., t. 4, pág. 2).

se excluyen los hechos en los cuales aquella lesión no constituye más que un medio para una lesión ulterior³⁷⁰.

Los autores hacen una distinción entre la libertad civil y la libertad política. Así, José Manuel Estrada definió oportunamente a la libertad política como "la facultad, más o menos extensa, que tienen los ciudadanos de intervenir en el ejercicio de la potestad gubernativa de una Nación."³⁷¹ Resulta un principio general, que se relaciona con el derecho romano, el que declara que la disposición de los derechos se condiciona por las leyes que reglamentan su ejercicio, constituyendo entonces este principio una limitación a los derechos inherentes a la libertad.

En los códigos sustantivos decimonónicos hallamos desarrollada la materia bajo el título de ofensas a la libertad como es el caso del Código Penal italiano, o "a la libertad personal", como lo adopta el Código Penal alemán.

En este último caso se abarcan, la privación de la libertad, la coacción, el rapto, el rapto de infante, el plagio y las amenazas.

El Código Penal italiano resulta más sistemático, ordenando bajo este título los delitos contra las libertades políticas, contra la libertad de cultos, contra la libertad individual, contra la inviolabilidad de domicilio, contra la inviolabilidad de los secretos y contra la libertad de trabajo.

³⁷⁰ CARRARA es muy claro cuando expresa que, para esta clase de delitos "no basta el primer aspecto, meramente positivo, cuyo modo de ser tiene fisonomía genérica en el impedimento de la libertad, sino que es preciso contemplarla también desde un segundo punto de vista, que es propiamente negativo, en cuanto a que excluye de esta categoría un gran número de hechos, que sin embargo lesionan la libertad individual, y los excluye porque, al unirse a ellos la lesión de un derecho ulterior, en la que casi siempre consiste el fin de la acción perversa, surge precisamente de esa lesión ulterior el criterio que determina la clase del delito, que de esa manera queda excluido de la serie de los delitos contra la libertad, no porque ésta no haya sido lesionada, sino porque esta lesión de la libertad va unida a la de otro derecho, a la cual aquella le sirve de medio" *Programa de derecho criminal*, pág. 326. En el mismo sentido lo explica DONNA, Edgardo, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-A, *Delitos contra la libertad*, pág. 114.

³⁷¹ FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal, Parte especial*, pág. 305.

El Código Penal Argentino de (1886), no contaba en su contenido con un Título específico que abarcara los delitos contra la libertad. Los tipos penales que ahora encontramos bajo esa denominación, en aquel Código se encontraban bajo el Título de los delitos contra las garantías individuales³⁷².

Así avanzando en el tiempo el proyecto de 1891, siguiendo el Código Italiano de 1889 agrupó, entre los arts. 168 a 196, inclusive, los que denominó "delitos contra la libertad", a los fines como se expresaba de garantizar la libertad del hombre. Se conjugan allí, las figuras que protegen la libertad individual, de inviolabilidad del domicilio, del secreto epistolar e industrial, de la libertad de trabajo, de la libertad de reunión de la libertad de cultos y de la libertad política. La fundamentación argumentada por quienes elaboraron el proyecto de mención (Piñero, Rivarola y Matienzo) fue "porque todas esas disposiciones tienen un solo objeto: garantizar la libertad del hombre".³⁷³

En el mismo sentido encontramos el proyecto de 1906, manteniendo el criterio anterior en lo que hace a la unificación en un solo título de los atentados contra la libertad. Ya el proyecto de 1917 que estableció los lineamientos sostenidos en la actualidad, suprime, diferenciándose de los proyectos de 1891 y 1906, el capítulo de los delitos contra la libertad política y las figuras de coacción, de amenaza pública o de delito y de violencias o amenaza en general.³⁷⁴

El Proyecto oportunamente sostenido por el jurista José Peco incluye dentro de los delitos que nomina "contra la libertad", al rapto, circunstancia que luego no fue receptada en el Código Penal vigente.³⁷⁵

³⁷² DONNA, Edgardo, ob. cit., pág. 114.

³⁷³ ZAFFARONI / ARNEDO, *Digesto de codificación penal argentina*, ob. cit., t. 2, pág. 150.

³⁷⁴ DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 115, quien cita acertadamente a NUÑEZ, *Tratado de Derecho penal*, t. IV, pág. 18.

³⁷⁵ ZAFFARONI / ARNEDO, en *Digesto de codificación penal argentina*, ob. cit., t. 5, págs. 600 y siguientes. Proyecto PECO, arts. 163 a 185. El rapto es contemplado en los arts. 170 (rapto con mira matrimonial); 171 (rapto con mira lasciva), 172 (rapto con mira lasciva o matrimonial); por último, el art. 173 enuncia una circunstancia calificativa de atenuación: "La sanción se disminuirá en la mitad, si el autor ha restituido espontáneamente a la víctima a la libertad o la coloca en lugar seguro, a disposición de la familia, sin haber practicado ningún acto lascivo" (art. 173, Proyecto PECO).

Las figuras de coacciones y amenazas incorporadas por vez primera por la ley 17.567 sufrió un derrotero que incluyó una sucesión de modificaciones que exponemos al tratar la figura, hasta llegar al texto de la ley 23.077 que restituye al ordenamiento la fórmula empleada por ley 20.642, que en definitiva se mantiene hasta nuestros días.

El Código Penal actual, distribuye, bajo el Título de “Delitos contra la libertad”, seis capítulos, que contienen los delitos contra la libertad individual, violación de domicilio, violación de secretos, delitos contra la libertad de trabajo y asociación, delitos contra la libertad de reunión y delitos contra la libertad de prensa. Ocupándonos en el presente del primero de ellos.

La categoría de bien jurídico, desempeña conforme POLAINO NAVARRETE, opinión que compartimos, un importante cometido dogmático en el seno de la teoría del delito. En este ámbito y en el caso de los delitos dolosos, como los que afectan la libertad individual, se caracterizan por la dirección de la voluntad del autor a la concreción consciente y querida del tipo legal del delito y por ello, a la incidencia lesiva sobre el bien jurídico protegido.³⁷⁶

La palabra libertad admite una pluralidad de sentidos dentro del ordenamiento jurídico, abarcando en su sentido amplio a la individual, la privada y la libertad política³⁷⁷. La libertad puede estudiarse desde los siguientes ejes: psicológico, político-social y jurídico. Al concebirse la libertad como un atributo de la voluntad, ello explica por qué desde BINDING se hable de delitos contra la voluntad. En tal sentido, "la voluntad sólo es genuina si está libremente formada; si se altera la libertad en la formación de la voluntad, ésta no será expresión de los reales deseos del sujeto, no será expresión ni de su

³⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pág. 612.

³⁷⁷ Cfr. SOLSONA, Enrique, *Delitos contra la libertad*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1987, pág. 15.

personalidad ni de su esencia humana: se ha dicho con razón, que negar la libertad es negar la personalidad del ser humano."³⁷⁸

Así, siguiendo esta línea de pensamiento, se impide la libre formación de voluntad en el caso de las amenazas y la coacción y se vulnera la manifestación del acto voluntario en el de las detenciones ilegales.

De la necesidad de convivencia social, surge la necesidad de la limitación de la libertad, como manera de respetar la de los demás integrantes de la comunidad.

Así también la libertad es objeto de protección como bien jurídico de carácter político en relación con la actividad del Estado por medio del ejercicio de las funciones de los legítimos detentadores de la función pública en el Estado de Derecho.

Así las cosas, LANDROVE DÍAZ sostiene que la individualización de la libertad como bien necesitado de tutela penal autónoma supone el corolario de la más general inteligencia por la ideología liberal de que el individuo y sus derechos constituyen la esencia de la organización social y el núcleo fundamental del ordenamiento jurídico.³⁷⁹

Por su parte, POLAINO NAVARRETE opina que la libertad constituye un bien consustancial al ser humano, sin cuyo reconocimiento social y titularidad personal no puede concebirse la convivencia humana en condiciones de respeto de la dignidad del hombre, en cuanto portador de bienes y valores espirituales que son conformadores de su personalidad y que están a su libre disposición con las garantías legales propias de los sistemas de pluralismo ideológico, político y jurídico. La cualidad personal de la libertad individual encuentra en la convivencia en la convivencia social límites básicos en las exigencias derivadas del reconocimiento y respeto de las libertades ajenas³⁸⁰.

³⁷⁸ VIVES ANTÓN / BOIX REIG / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 167. En el mismo sentido lo cita DONNA, ob. cit., pág. 111.

³⁷⁹ LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales y secuestros*, pág. 20. También citado por DONNA, ob. cit., pág. 112.

³⁸⁰ Cfr. POLAINO NAVARRETE, en COBO DEL ROSAL (dir.), ob. cit., t. I, págs. 192 y 193, quien expresa que "ya el artículo IV de la Declaration des droit de l'homme (1789) proclamaba que la libertad comporta poder hacer lo que no perjudique a otro. En cuanto producto del Estado demoliberal moderno. La libertad es

La libertad es un bien individual inherente a la personalidad humana, reveladora de la facultad de decidir que posee el hombre respecto de la realización o no de un comportamiento humano determinado. No resulta, un concepto absoluto e indeterminado, sino relativo y limitado, pero a su vez real y positivo.

Así las cosas, la libertad personal en cuanto integra una esencial calidad humana, no es creada por las Constituciones, ni tampoco por las leyes, sino que se encuentra ínsita en la propia estructura del ser humano, ello implica que nos encontramos a un bien innato del hombre como tal y por ello inherente al individuo.

Así también es dable considerar como lo hace BLANCO LOZANO que la libertad integra en su contenido todas las facetas del comportamiento humano, no resulta un concepto unívoco, sino que debe relacionarse con los diferentes ámbitos de actuación de la persona.³⁸¹

La libertad es un valor inherente a la persona; ello quiere significar que es un atributo de la personalidad.³⁸²

En síntesis, define la libertad como "el atributo configurador de la conducta humana, inherente y circunstancial a la persona y de carácter multidimensional, inalienable, indisponible, irrestringible e ilimitable".

consagrada en la Constituciones precisamente como el derecho fundamental por excelencia. Para la salvaguarda de este derecho fundamental se limitan los privilegios y prerrogativas del Estado..., al tiempo que se reconocen los derechos de la persona al individuo... y se confieren las máximas garantías jurídicas al particular frente al poder público y a las Instituciones estatales y sus agentes". En el mismo sentido lo cita Donna, ob. cit. pag. 113

³⁸¹ BLANCO LOZANO, *Libertad y tutela jurídico-penal*, en "Estudios penales y jurídicos, Homenaje al profesor doctor Enrique Casas Barquero", pág. 74. Explica este autor que "la pluridimensionalidad de la libertad se deriva esencialmente, al igual que la mencionada relatividad, de una doble proyección de la misma, subjetiva y social...La consideración de tal multidimensionalidad conlleva, en términos gráficos, el reconocimiento de la existencia de las diversas caras del poliedro libertad, denominadas libertades. Las libertades, son por tanto, específicas dimensiones de la libertad genérica, que pueden ser definidas como concretas manifestaciones de la libertad, referidas a concretos ámbitos del comportamiento humano y con una concreta incidencia en el plano social. La libertad queda, de este modo, proyectada en el ámbito de la coexistencia social en una pluralidad de libertades: libertad de pensamiento, de culto, ambulatoria, de mercado de residencia, de circulación, sexual, de expresión, de reunión, de asociación de cátedra, etcétera".

³⁸² BLANCO LOZANO, Carlos, ob. cit., págs. 76 y 80.

La protección penal de la libertad abarca tanto la capacidad de acción de la conducta de los hombres como sus zonas más íntimas y espirituales, siendo la intromisión del Estado, en este ámbito, arbitraria e ilegítima. La libertad protegida por el ordenamiento penal es la libertad civil, no la política ni la religiosa.³⁸³

El Preámbulo de la Constitución Nacional establece, entre sus fines programáticos, la meta de “asegurar los beneficios de la libertad”, adoptando de esta forma, a la libertad como uno de los valores centrales.

La Constitución Nacional trata la cuestión relativa al valor libertad desde distintos ángulos. Así, en el art. 14 se consagra el derecho a la libertad de locomoción (derecho “... de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”). En igual sentido, el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “Toda persona tiene derecho a circular libremente...”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “El derecho de locomoción o egreso y regreso libre es un derecho individual e importante elemento de la libertad. Ese precioso derecho, que ya aparece consagrado en el art. 42 de la Carta Magna inglesa de 1215, fue ampliamente reconocido en los albores de nuestra existencia política por el art. 7° del Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811, norma que fue recibida en varios de los instrumentos constitucionales posteriores, hasta su definitiva formulación en el art. 14 de la Ley Fundamental que nos rige, con expresiones similares a las empleadas en el Título I, párrafo segundo, de la Constitución Francesa de 1791” (“Olmos, Alejandro c/ Estado Nacional”, Fallos: 307:1430).

El citado artículo 14 encuentra vinculación con el artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “Nadie puede ser ... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Consecuencia del derecho a la libertad ambulatoria se encuentra constitucionalmente previsto (artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna) el

³⁸³ BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho penal*, t. 1, pág. 561.

derecho a indemnización por ilegítima detención, según lo afirma el artículo 9º, inciso 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto señala que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

De forma concluyente en cuanto al valor libertad, el art. 19 de la Constitución Nacional declara que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe".

La norma transcripta, que no tiene por fuente el derecho norteamericano sino el Estatuto Provisional de 1815, el Estatuto Provisional de 1816, el Reglamento Provisorio de 1817, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826, reconoce “la libertad del hombre en su más amplia expresión” y constituye “una preciosa garantía de las libertades públicas, que pone un límite a la injerencia del Estado”³⁸⁴.

En este sentido, LINARES QUINTANA indica que “la libertad es la finalidad suprema del Estado” y que la “historia del hombre es la historia de su lucha por la libertad. El hombre nació para ser libre, y a través de los siglos combate sin tregua para obtener la libertad, primero; para conservarla, luego; y, cuando la ha perdido, para recuperarla, iniciando así, un nuevo ciclo, en una serie que se repite hasta el infinito en el decurso de los tiempos, sin que nunca la conquista sea definitiva, como si la voluntad Divina fuera que por ese medio la llama de la libertad se mantenga perennemente encendida en el alma humana”³⁸⁵.

³⁸⁴ GÓMEZ, Claudio Daniel, “*Constitución de la Nación Argentina*”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2007, pág. 242.

³⁸⁵ LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración de la República Argentina*, vol. II, TEA, Buenos Aires, 1959, pág. 207; cit. por GÓMEZ, ob. y loc. cit.

MONTES DE OCA ha definido a la libertad como “el desenvolvimiento de las facultades que constituyen la personalidad del hombre, con sujeción a la ley y a las reglas que impone la necesidad de la convivencia”³⁸⁶.

En definitiva, al decir de ALBERDI, “Libertad es poder, fuerza, capacidad de hacer o no hacer lo que nuestra voluntad desea”³⁸⁷.

También se ha desarrollado, junto a la garantía de la libertad individual, la llamada libertad social o derecho de asociación, derechos sociales o de segunda generación (cfr. Capítulo IV “Delitos contra la libertad de trabajo y asociación” del Título V “Delitos contra la libertad”, del Libro Segundo del Código Penal). Así lo reconoce la Constitución Nacional al consagrar la libertad “de asociarse con fines útiles” (art. 14), de constituir una “organización sindical libre y democrática (art. 14 bis), “partidos políticos” (art. 38) o asociaciones que propendan a la lucha “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” (art. 43).

El art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”, así como que “2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Como bien lo señala GÓMEZ, la “libertad de asociación incluye el derecho de asociarse; de elegir las personas con quien asociarse; de establecer las condiciones y tipos

³⁸⁶ MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho constitucional*, t. I, ed, La Ley, Buenos Aires, 1917, pág. 43; cit. por GÓMEZ, ob. cit., pág. 243.

³⁸⁷ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, ed. La cultura Argentina, Buenos Aires, 1915, pág. 22.

de la asociación; de exigir determinados requisitos personales para integrar la asociación; de elegir los fines asociativos; de ingresar a asociación ya constituidas”³⁸⁸.

Niño, apartándose, como el mismo lo expresa de la doctrina tradicional, con un criterio que se puede compartir por su profundidad, robustece la concepción del bien jurídico libertad receptando las ideas expresadas por Luigi Ferrajoli. De este modo considera que existen tres conceptos diferentes de libertad discernibles en otros tantos niveles normativos:

a) La libertad natural o extrajurídica que no es un derecho, sino una situación de no derecho, no obstante lo cual es protegida por este último a través de tipos penales que sancionan su arbitraria lesión;

b) un segundo nivel, superior al anterior, que ocupan las libertades consistentes en derechos-poderes- derechos de autonomía civiles y políticos- cuyo ejercicio produce limitaciones de las libertades naturales propia y ajena, y que por ello son destinados, dentro de la lógica del Estado derecho, a ser subordinados a las leyes;

c) el más elevado nivel que está configurado por los derechos de la libertad que pueden ser de rango constitucional- cuando se hace necesario limitar a los poderes políticos del Estado-, o legislativo- cuando de lo que se trata es de limitar los poderes contractuales de los particulares. Considera, Niño, que dicha clasificación tripartita se adecua al texto legal vigente en Argentina en donde se detectan figuras legales enderezadas a otorgar relevancia jurídica a conductas lesivas de ese bien, en alguno de los tres planos o niveles normativos.³⁸⁹

En conclusión, la libertad como un bien jurídico protegido en su sentido más amplio, abarca también la protección de la integridad, la dignidad y la intimidad. El concepto libertad congloba las mismas, pero a su vez cada una de ellas conforman e integran el concepto de libertad en los delitos analizados en el presente, máxime si tenemos en mérito las nuevas figuras incorporadas (trata de personas art. 145 bis y ter del Código

³⁸⁸ GÓMEZ, ob. cit., pág. 132.

³⁸⁹ NIÑO, Luis, en *Delitos contra la libertad*, (Bien jurídico), Coordinadores: NIÑO, Luis / MARTINEZ, Stella Maris, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, págs.. 40/41.

Penal) de carácter pluriofensivas donde la libertad resulta ser el núcleo vulnerándose también la integridad, la dignidad e intimidad de la persona humana.

En este último punto, se entiende por intimidad el ámbito vital de carácter privado en el que se desarrollan algunas de las actividades más vinculadas a la naturaleza del ser humano³⁹⁰. Dentro de las manifestaciones de la intimidad alcanzadas por el bien jurídico “libertad”, debemos destacar las que podemos denominar “intimidad corporal” e “intimidad psicológica”, las que sin duda se encuentran afectadas con la realización de las conductas típicas alguna de las figuras previstas por el Código Penal en el capítulo “Delitos contra la libertad individual”, tal por caso, la privación ilegal de la libertad (en su tipo simple o calificado), la reducción a la servidumbre, las severidades y la trata de personas.

De cualquier manera, y más allá de esta amplia semblanza sobre el bien jurídico libertad y habiéndome pronunciado en favor de establecer como bien jurídico de los delitos de revelación y descubrimiento de secretos a la intimidad, por ser más específico, debe admitirse el valor de bien jurídico medio que tiene la libertad, sin la cual no es posible ejercer todos los demás derechos. Así el derecho a la intimidad se conforma como un derecho de la personalidad necesitado y merecedor de protección jurídico-penal.

Al respecto, Ricardo NÚÑEZ, ya hace muchos años, enseñaba: “En el ámbito del derecho de reserva o intimidad que contempla la protección de los que el código penal llama secretos, está comprendida la incolumidad de la correspondencia particular. Su reserva y la de los papeles privados, constituyen la esfera personal. La correspondencia posibilita la vida de relación y, por consiguiente, la violación del secreto, lesiona la libertad de los individuos, actuando personalmente como entre ideales. Como que no arañe al ejercicio de libertad personal, la correspondencia oficial queda fuera de la protección constitucional y penal de que tratamos”³⁹¹.

3- Sistemática legal

³⁹⁰ RUIZ MARCO, Francisco, *Los delitos contra la intimidad*, ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 45.

³⁹¹ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho penal*, t. IV, 2ª edición, segunda reimpresión, Marcos Lerner, Córdoba (Argentina), 1989. El maestro cita a JAQUÍN v. GONZALEZ, en *Manual de la Constitución Argentina*, 6ª edición, número 196.

La violación de secretos en general esta regulada en el Capítulo III (Violación de Secretos, arts. 153 al 157 bis del C.P.), del Título V (Delitos contra la Libertad), del Libro Segundo (De los Delitos) del Código Penal.

Según el maestro NUÑEZ, el bien protegido en dicho capítulo del Código Penal es la incolumidad de:

a) la intimidad de la correspondencia y de los papeles privados (arts. 153 al 155 de dicho texto sustantivo, por derivación expresa de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N. y, en función del último, los arts. 12 de la DUDH, 11.2. de la CADH y 17 ap. 1 y 2 del PIDCyP);

b) los secretos y la libre comunicación entre las personas.

Entiendo que con la incorporación del art. 157 bis en este Capítulo por vía del art. 32 de la Ley 25.326 de “Protección de los Datos Personales” debemos agregar:

c) la información que se hallare registrada en un banco de datos personales.

Si bien puede válidamente argumentarse que, al fin y al cabo, esto no es más que otra manifestación de la “intimidad” y en tal sentido entenderse integrado en aquélla, no sólo por la novedad sino por la trascendencia general de la largamente demorada ley sobre la materia, considero que merece destacarse por separado.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la propia ley citada, en su art. 2º (Definiciones) aclara que por “*datos personales*” se entiende la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables; mientras que por “*archivo, registro, base o banco de datos*”, indistintamente se designa al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Por su parte, CREUS³⁹², refiere que la esfera de reserva de la persona, dentro de la cual tiene que poder vivir su intimidad sin la intromisión ilícita de terceros, se completa respecto de todo lo que desea mantener fuera del conocimiento de extraños o reducirlo al conocimiento de un número limitado, ya se trate de sus pensamientos, sus acciones o acontecimientos o circunstancias que le conciernan. Es esa manifestación de la libertad individual la que la ley trata de proteger en este capítulo.

Refiriéndose expresamente al secreto profesional de cualquier índole, sostiene el maestro BIDART CAMPOS que se aloja como un bien jurídico en el derecho constitucional que viene amparado por la intimidad o privacidad del art. 19, y ello aunque tal naturaleza de secreto es compartida por dos personas (profesional y cliente) y no es privativa de una sola.

Ahora bien, volviendo a un análisis ordenado en forma cronológica de los artículos 153 a 157 bis, haré un abordaje, sin perjuicio de lo ya se consignó en el capítulo en que se tratara la evolución parte histórica, considerando la antigua normativa y la reciente modificación por la ley 26.388.-

5) I- El artículo 153 C.P.N.A.

El antiguo artículo. 153 del C.P.N.A. penaba la llamada violación de correspondencia de la siguiente forma:

“Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o dentro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida encontramos otras posibles acciones típicas: “abrir indebidamente”, “apoderase indebidamente”, “suprimiere” o “desviare”

³⁹² CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 4ª edición, 1993.

“Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho”

- El actual art. 153 (según ley 26.388)

“Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza , que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicarle contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena”.

a) El tipo objetivo:

a.1 Objeto del delito

Son las comunicaciones electrónicas, las cartas, los pliegos cerrados, los despachos telegráficos y telefónicos.

La enumeración no resulta ser taxativa ya que el tipo penal consigna la frase “o de otra naturaleza” dejando abierta la enumeración que se puede integrar con la apreciación judicial³⁹³. Las encomiendas no están comprendidas por la normativa pero sí las cartas que se transportan en su interior.

- Correspondencia.

Cuando se habla de correspondencia, se está hablando de toda comunicación escrita entre dos personas, que puede consistir en la transcripción escrita o simbólica del pensamiento o sentimiento del remitente al destinatario.

Es fundamental que la carta vaya dirigida a otra persona y el tercero la abra indebidamente aunque sea el intermediario, por lo tanto la acción típica es apoderarse ilegítimamente de una comunicación que no le está dirigida a él sino al destinatario, ya que no sólo el autor debe interceptarla, sino que debe conocer que no tiene derecho a ello o abrir indebidamente la correspondencia que no le está dirigida³⁹⁴. Conforme CREUS Y BUOMPADRE³⁹⁵ “En los tipos que trataré a ver a continuación, únicamente se protege la correspondencia privada, no la oficial (la que se produce dentro de la Administración y en la actividad funcional) aunque esté destinada a particulares.

Existe una discusión acerca de si es necesario que el papel que se halla dentro del sobre ordinariamente cerrado debe estar no o no escrito, pues según alguna definición de la ley de correos se define carta como todo papel escrito cerrado cuyo contenido no se indique

³⁹³ Con la palabra “carta” se quiere significar toda comunicación mantenida por escrito entre dos personas, por pliego cerrado debe entenderse toda carta, oficio o documento de cualquier índole que esté cerrado para su envío de un lugar a otro. Este es un papel plegado y debe utilizarse necesariamente algún pegamento mientras que la carta se halla dentro de un sobre cerrado. Despacho telegráfico es todo telegrama que es papel normalizado en que se recibe escrito el mensaje telegráfico es toda comunicación transmitida por medio del sistema especial de que se trate y transcrita fielmente en la oficina de recepción. Correo electrónico es todo mensaje, misiva, archivo u otra información que se transmite entre computadores a una o más personas por medio de una red interconectada.

³⁹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, ob. cit., pág. 347.

³⁹⁵ CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal, Parte especial*, séptima edición actualizada y ampliada, Astrea, pág. 382.

ni pueda conocerse. Si el pliego está abierto no es delito leerlo , como sería el caso de las propagandas de cualquier tipo que se envían por correo, ya que el tipo penal indica que el pliego debe abrirse , de tal forma abrir una correspondencia cerrada importa romper la cubierta o el cierre, aunque no se entere de su contenido y sea cerrada inmediatamente. En definitiva, y conforme lo enseña la doctrina ³⁹⁶ para que se configure, debe ser de tal manera que a simple vista no sea legible, es decir que la acción típica consiste en realizar maniobras tendientes a lograr la lectura del contenido a través del quebrantamiento de las precauciones tomadas por el titular para preservarla del conocimiento de terceros, como por ejemplo romper la cubierta, el sello etc,

La forma en que el autor se hace de la carta es para le ley irrelevante sin perjuicio de que concurse el hecho con otro delito como podría ser el hurto, robo, etc. y la correspondencia puede estar en cualquiera de sus etapas de tránsito luego de que el remitente la ha depositado para su envío aún cuando estuviera perdida o haya sido recibida.

Por lo dicho, abrir indebidamente no implica necesariamente hacerse del contenido de la carta , toda vez que lo que se protege no es el secreto en sí sino el derecho al secreto. La sola lectura de la carta abierta así como la lectura realizada sin necesidad de remover o superar el obstáculo impuesto para segurar su privacidad resultan comportamientos, que, aunque pueden ser cuestionados social y moralmente, no resultan acciones típicas. Asimismo resulta indiferente si la carta o pliego contiene o no alguna información secreta.

La correspondencia objeto de este delito es la que se encuentre en tránsito, la que está para su expedición, la que aún se halla en poder del remitente, o la ya recibida por el destinatario o la perdida enviadas por vía oficial o privada.

- Comunicación electrónica.

³⁹⁶ NAVARRO, Guillermo / BÁEZ, Julio / GUIDO / AGUIRRE, J., *Código Penal y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*; BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Capítulo III, págs. 715 y sigs.: "... la carta o pliego debe estar cerrados, es decir que el papel haya sido dispuesto de modo que sea necesario algo más que el simple desdoblamiento para que su texto se ofrezca a la vista...basta para la configuración la acción de abrir la correspondencia de manera ilegítima, con independencia de su contenido y de que su autor efectúe o no su lectura, siempre que el destinatario esté determinado. Cerrar la carta por el agente no borra el delito ya consumado".

La cuestión no es sencilla, ya que en toda comunicación por esta vía se requiere un prestador de servicio de Internet, un código de acceso, claves, y la posibilidad de acceder mediante un programa específico instalado en una computadora a una red de interconexión de ordenadores. De tal suerte que las comunicaciones resultan pasibles de ser violadas fácilmente y sin dejar huellas.

El e mail, requiere instrumentos tecnológicos más sofisticados, y cuenta con características de protección de la privacidad más acentuadas que el correo tradicional. Así el correo electrónico se incorpora al género correspondencia privada, protegido tanto por la Constitución Nacional como por los tratados internacionales que la integran, en razón del reconocimiento a la intimidad y a la vida privada. CREU sostiene que el e-mail de quien ingresa en extraña computadora o proporciona los medios para el ingreso de un e-mail dirigido a tercero se apodera de la comunicación. Asimismo el chateo y los mensajes de texto se hallan incluidos en la correspondencia electrónica.

El derecho a la inviolabilidad no es absoluto, ya lo trataremos extensamente luego, pero cabe adelantar que es válido avanzar sobre este derecho cuando hay sospechas de delito, en el caso de la autoridad judicial, en el caso de una investigación por delito también surgen excepciones en el caso de razones de seguridad entre otros. Así lo disponen diversas normas que en los ordenamientos procesales regulan la inviolabilidad de la correspondencia privada prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional, por caso la norma del art. 234 del C.P.P. de Nación o la del art. 203 y 204 del C.P.P del Chubut que regula la interceptación y apertura de la correspondencia, luego también trata la intervención de comunicaciones telefónicas, pero este tema será tratado in extenso en otro capítulo. Sin embargo debe decirse que la excepción alcanza a los casos previstos siempre y cuando luego no se haga una comunicación sin motivo de su contenido en tal sentido Donna ejemplifica este tipo de casos.

a.2. Las Acciones

a.2.1. Abrir o acceder.

La acción prevista es abrir la correspondencia, que significa tanto como remover los obstáculos que impiden la lectura del contenido de la carta, pliego etc., y por consecuencia, en principio no podría ser típico el accionar que permite leer el contenido sin remover materialmente el obstáculo, aunque el delito, en cambio se concrete con sólo abrir aunque la persona no se imponga del contenido³⁹⁷.

SOLER³⁹⁸ en cuanto a simplemente en abrir indebidamente esos soporte dice “El hecho consiste pura simplemente en abrir, sea de modo manifiesto o disimulado los envoltorios que contienen o simplemente cierran la carta, porque no ese solo hecho se produce la intrusión del tercero en la esfera del secreto.

Esto último, sostenido por BUOMPDRE, tras la incorporación del término acceder no es tan exacto. Es que el artículo en su primera parte prevé también la acción de acceder, y aquí el término no es tan claro. En tal sentido se ha podido desentrañar que esta nueva incorporación de verbo típico, puede significar el accionar de aquel que sin remover el obstáculo que significa el sobre de papel lee el contenido del mensaje enviado, ya se verá algunos autores proponen la lectura a trasluz³⁹⁹. FONTAN BALESTRA⁴⁰⁰ explica que el pliego correspondiente a la cata debe estar cerrado lo que implica que es necesario algo más que el simple liego del mismo y que poco importa si requiere su rotura o no, sólo debe estar prístino que el autor no lo haya destinado a la lectura indistinta de cualquier persona.

Además, cabe como posible, la maniobra muy utilizada en algunos ámbitos de prevención policial o parapolicial y aún penitenciaria, en que por un resquicio del borde en su extremo, y valiéndose de un adminículo que hace las veces de pinza larga y fina, se enrosca el papel sacándolo del sobre sin romperlo, para luego volver a colocarlo. Asimismo y como ya ha sido tratado, en un paralelo con la legislación española, también tipifica en este caso si se lee la pantalla de un ordenador, por lo que la exigencia de rotura, rasgamiento u otra maniobra que importe destrucción de la cubierta de protección ya no

³⁹⁷ Cfr. CREUS, Carlos / BUOMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit., pág. 388.

³⁹⁸ SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 120.

³⁹⁹ Ver DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 412, con cita de D’ALESSIO, Andrés y DIVITO, Mauro, *Código procesal penal de la Nación*, t. II, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 522.

⁴⁰⁰ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal*, tomo V, *Parte especial*, segunda edición actualizada por el Dr. Guillermo A.C. LEDESMA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, reimpresión, pág. 387.

resulta indispensable a mi saber, siempre y cuando, claro está se halle prístina y evidente la intención de mantener ese contenido en forma privada.

Las acciones, entonces, en la primera parte del dispositivo, referidas a comunicación electrónica, carta, pliego cerrado, despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, han de ser las de *abrir o acceder*.

a.2.2. Apoderarse.

En la segunda parte del artículo, aunque siguiendo dentro del primer párrafo, la acción respecto de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado es la de *apoderarse*.

Este accionar tiene mayor alcance que los anteriores. Cabe aclarar en primer lugar que dicho apoderamiento está calificado como indebido, debe ser un apoderarse indebidamente. Confr. FONÁN BALESTRA⁴⁰¹ el apoderamiento requiere que el sujeto tome materialmente el documento, aportando el autor las posturas de PACHECO Y QUINTANO RIPOLLÉS en cuanto a que la lectura del escrito no constituye el delito. El apoderamiento implica hacerse de la cosa, aprehender la misma por parte del autor, no importando de qué forma se produce dicho apoderamiento, siendo posibles todas las acciones previas tales como hurto, robo retención, defraudación y también en forma furtiva. De la forma en que se haga el autor de dicho objeto dependerá si el delito concursa en forma real con otro tipo delictivo, siempre que se verificaran las notas específicas de esos otros delitos, esto es en el caso del hurto que al menos la carta tuviera algún valor patrimonial, pues podría ser insignificante y no dañaría el bien jurídico propiedad.. En tal sentido, y aunque ya lo hemos referido oportunamente al trata el tema en el derecho – español hay quienes como Muñoz Conde opinan que si no media apoderamiento, el sólo conocimiento de los secretos no tipifica en el delito. En el caso que nos ocupa, si no hay apoderamiento, el hecho tipificaría eventualmente en la primera parte del artículo, siempre que se abriere o se accediere no pasando a apoderarse del objeto. Agrega Ricardo

⁴⁰¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit., pág. 390.

NUÑEZ⁴⁰² que el supuesto difiere del anterior porque la correspondencia puede estar abierta o cerrada. Asimismo agrega un dato interesante en cuanto a que el apoderamiento en forma indefinida puede calificar en el siguiente supuesto, esto es la supresión.

a.2.3. Suprimir o desviar.

La última parte del artículo siguiendo con el primer párrafo, referido a una correspondencia o una comunicación electrónica, es la de *suprimir o desviar*.

Significa tanto como sacar del curso o cambiar del curso una correspondencia o comunicación de manera tal que no llegue al destino prefijado. Si la saca o suprime la hace desaparecer definitivamente, sea que la destruya o la oculte y este accionar puede concursar con otro delito, si se verifica una acción típica en ello como podría ser daño ⁴⁰³. FONTÁN BALESTRA⁴⁰⁴ explica que la acción consiste en impedir que llegue a su destino o retardar su llegada por tales medios, con lo que no ha de entenderse que resulte necesario destruir la correspondencia, al alcanza como referencíé anteriormente retenerla o apoderarse indefinidamente de la misma.

El desvío, es darle un curso distinto al que tiene designado y requiere que el objeto, abierto o cerrado se halle en curso. En el caso de la comunicación electrónica es fácil la hipótesis de quien desvía reenviando un correo electrónico o que lo suprime haciéndolo hasta de la papelería de reciclaje, produciendo su definitiva desaparición.

a.2.4. interceptar o captar.

El segundo párrafo del artículo, prevé respecto de las comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema privado de acceso restringido, las acciones de *interceptar o captar*.

Este párrafo ha sido incorporado por la ley de delitos informáticos ya mencionada. En el caso el presunto autor accede a un correo electrónico o abre la carta o despacho

⁴⁰² NUÑEZ, Ricardo, ob. cit, pág. 100.

⁴⁰³ Ver en tal sentido NUÑEZ, Ricardo, ob. cit., pág. 102.

⁴⁰⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos, ob cit., pág. 391.

telegráfico y ya mediante el uso de una tecnología toma conocimiento de la totalidad de las comunicaciones electrónicas de una cuenta o de las comunicaciones de una línea telefónica. Coincido con DONNA en cuanto a que no se requiere de una ultrafinalidad que el tipo penal no prevé, -como cree parte de la doctrina que exige que el material que se obtenga de estas interceptaciones o captaciones debe ser luego utilizado con algún fin-.

No sólo no lo prevé el tipo delictivo sino que el párrafo siguiente establece agravante de pena por acciones posteriores como comunicar a otro o publicar el contenido obtenido.

a.2.5. Comunicar o publicar.

En este último caso, además de dos acciones diferenciadas de las anteriores, funciona como agravante pues es presupuesto del tipo que se hubieran dado alguna de las acciones anteriores, y esto surge clarísimo de la redacción del precepto “si el *además*”.

Es que frente a la claridad de la ley no hay exégesis -se dice- y este dispositivo exige que se produzcan las acciones precedentes- alguna de ellas- para luego penar la comunicación o la publicación a manera de agravante del básico. Ciertamente, coincido con CREUS y BUOMPADRE cuando afirman que no resulta necesario que el sujeto activo se imponga del contenido, pues puede comunicar o publicar sin saberlo. El hecho puede ocurrir todo junto, es decir al tiempo que se apodera o desvía comunica o publica.

En tal sentido, siempre resulta interesante lo apuntado por SOLER⁴⁰⁵ en cuanto a que esta previsión verifica un alcance peligroso toda vez que este accionar puede abarcar todo papel privado no cerrado ni secretos y que no exige una producción de perjuicio, con una pena que no resulta muy alta siendo que presupone una infracción compleja ya que requiere la configuración de los hechos antecedentes.

La comunicación, que es dalo a conocer al menos a una persona y la publicación, que implica dar el contenido a disposición de una cantidad de sujeto indeterminados, son dos conductas posibles que deben ser realizadas por el mismo sujeto que accionó conforme

⁴⁰⁵ SOLER, Sebastián, ob. cit., pág. 125.

los tipos precedentes, ya que la ley refiere claramente al mismo autor, se trata de un tipo de propalación de secretos, con todo lo dañoso que ello implica.

b) Agravante por la calidad del autor.

El último párrafo establece la agravante por abuso del cargo, tratándose de funcionarios públicos.

Estamos frente a un tipo agravado en razón de la calidad personal del sujeto activo, como ya se ha dicho al tiempo de tratar el art. 198 del C.P. Español fundando ello en el “quebrantamiento de la fidelidad que debe guardar el funcionario o empleado en el desempeño de la función o labor hacia la Administración Pública, respecto de la cual presta servicios.”⁴⁰⁶

Ya dije, aunque no resulta ocioso repetirlo a fin de que cada capítulo resulte auto suficiente en conceptos, que la doctrina de la Ley Argentina, los conceptos de “funcionario público y empleado público”, dentro del derecho penal, se han definido dentro del párrafo 4° del artículo 77 del Código Sustantivo, con los lógicos problemas de interpretación.

Como se recordará el artículo 77 del Código Penal expresa que:

“por los términos funcionario público y empleado público, usados en este Código se designa todo el que participe accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

Algunos han pensado que el artículo 77 C.P. ha equiparado los conceptos funcionario público y empleado público, cuestión que no resulta exacta.

Adhiero a NUÑEZ - en cuanto a que los conceptos de funcionario público y empleado público (considerado este desde la visión del derecho administrativo) no se encuentran equiparados por el art. 77 C.P. “Administrativamente, el empleado público no

⁴⁰⁶ OCHOA, Carlos Arturo, “Ley Penal Tributaria Comentada”, Editorial Alveroni, 2007, pág. 89.

es un participante en el ejercicio de funciones públicas, sino una persona que, por designación de autoridad pública competente, presta en forma permanente un servicio vinculado al ejercicio de una función pública.”⁴⁰⁷

También cabe recordar, para poner los conceptos en su justo punto que en lo que atañe al derecho penal, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público, es la participación en el ejercicio de funciones públicas, la que existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público”⁴⁰⁸ Así se consideran por la jurisprudencia dentro de las mandas del artículo 77 del Código Penal entre otros un “inspector de la DGI” (Dirección General Impositiva) , una “empleada de la DGI”, “el agente recaudador de un servicio público”.⁴⁰⁹

En ese sentido, en síntesis el artículo 77 C.P. equipara los términos funcionario público y empleado público, definiéndolos por el “ejercicio de funciones públicas”.

POLANO NAVARRETE, siguiendo a Cobo del Rosal, enseña “la mera cualidad jurídica formalmente legitimadora no es suficiente, para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente es precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas”.⁴¹⁰

Conviene también recordar lo sostenido por VALEIJE, que en cuanto al concepto del término funcionario público, considera que en el ámbito penal lo son no todas aquellas personas que participan en las funciones públicas sino sólo “aquellas que al amparo de una relación jurídica previa establecida con arreglo a algunos de los títulos que enumera el párrafo 2° del artículo 24 C.P.E. imputan directamente su actividad al Estado.”

⁴⁰⁷ NÚÑEZ, Ricardo C, *El significado del concepto “funcionario público” en el Código penal*, J.A. 1970-544.

⁴⁰⁸ NÚÑEZ, Ricardo C, ob. cit., pág. 545.

⁴⁰⁹ *Vid.* C.N. Criminal y Correccional, Sala VII “Ojoli, julio” 1983/05/19, Sala IV “Gisen de Jait, G, 1994/03/02, Sala III “Alvez, de Lima Ana, 1979 /11/16,

⁴¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, ob. cit., pág. 275.

Concluyendo que es funcionario público, desde el punto de vista penal, “todo aquel que está incorporado a la organización burocrática del Estado.”⁴¹¹

En la doctrina Italiana, sigo a Ranieri, en cuanto considera que funcionario público es aquel “empleado del estado o de otra entidad pública o también la persona, aún privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de las necesidades del Estado o de otra entidad pública, sea como fin inmediato, por ejemplo la actividad legislativa y judicial, sea como fin mediato, por ejemplo la actividad administrativa. Y, por consiguiente, que son funcionarios públicos, en cuanto atañe a la ley penal, no sólo los sujetos que desarrollan una función en el ámbito legislativo (por ejemplo senadores, diputados, etc.) o de la jurisdicción (vgr: magistrados, secretarios, funcionarios judiciales, testigos peritos etc), sino también los sujetos, ya sean órganos del Estado o de otras entidades públicas, ya sean personas privadas, que desarrollan una función en el ámbito de la administración, con tal que esté dirigida a proveer a la satisfacción de necesidades de la vida del estado o de otra entidad pública por ejemplo prefectos, alcaldes, militares, agentes de la fuerza pública, etc).” Por ultimo expresa que se encuentran comprendidos en esta categoría “ los particulares que ejercen funciones públicas, puesto que, aunque obran en nombre propio, no obstante desarrollan una actividad dirigida a satisfacer las necesidades que pertenecen a la vida del estado o de otras entidades públicas.”⁴¹²

Ya me he referido a los conceptos del ordenamiento penal alemán a los que me remito en el acápite correspondiente al tratamiento del art. 198 del C.P..E

⁴¹¹ VALEIJE, ob. cit., pág. 493. Considera así mismo entre sus observaciones que: “*El concepto penal de funcionario puede sintetizarse del siguiente modo: si, penalmente, por una parte se requiere la existencia de un sujeto activo de una base legal o un título jurídico que legitime su acceso “ al ejercicio de funciones públicas” y, por otra, que esta “participación sea efectiva”, es decir, que contribuya a la formación o al desarrollo de la voluntad estatal (en cualquiera de sus esferas: estatal, autonómica o, local), y si además, ninguno de los dos componentes de la definición legal pueden darse por separado, entonces se puede afirmar que no estamos en presencia de << dos requisitos>> para adquirir la condición de funcionario, sino que ambos convergen en uno, cual es la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal*”.

⁴¹² RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal*, tomo III, *Parte especial*, págs. 237/238, Editorial Temis, Bogotá, 1975.

El artículo 24. 2 del Código Penal español, se considerará funcionario público, todo aquel que a) “por disposición inmediata de la ley”, b) “por elección” y c) “por nombramiento de autoridad competente”, participe en el ejercicio de funciones pública.⁴¹³

C- La ilegitimidad.

Todas las acciones se hallan acompañadas de un ingrediente indispensable y típico. “abriere o accediere *indebidamente*”, se apoderare *indebidamente*” o “*indebidamente* suprimiere o desviare” y en el segundo párrafo prevé “*indebidamente* interceptare o capture”.

Es que está significando que no existe en el caso ninguna facultad para proceder a abrir, ceder, captar, etc., como puede ocurrir en casos en que la ley faculta a terceros como pueden ser ciertos funcionarios a hacerlo resultando atípica la figura, en otros casos, sí puede mediar una causa de justificación, pero en principio la correspondencia privada en todas sus formas es esto “privada” y no se presume la autorización legal y la causa de justificación para accionar.

Sin embargo, se ha dicho en doctrina⁴¹⁴ que el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia no es absoluto, toda vez que existen supuestos en que terceras persona que no son los destinatarios tiene facultad de abrirlas como en el caso de los jueces en el trámite de una investigación, tal como lo autorizan los artículos 234 y 235 del Código Procesal penal de la Nación; sin embargo, esta apreciación resulta casi obvia pues todos los derechos existen según las leyes que reglamentan su ejercicio y si bien los derechos constitucionales se hallan garantizados, en la mayoría de los casos resultan relativos a la hora de aplicar las excepciones que por ley permiten su limitación, como es el caso de la inviolabilidad del domicilio, la que se ve limitada por la potestad judicial –aunque sólo por orden de juez competente y bajo justa causa- de proceder a su allanamiento.

⁴¹³ Conforme considera POLAINO NAVARRETE, los modos a que hace referencia el art. 24.2 son títulos constitutivos de la cualidad de funcionario: „Sólo puede ser tal a efectos penales quien cumpla, en cada caso concreto de ejercicio de su actividad, la base legal exigida” (ob. cit., pág. 275).

⁴¹⁴ DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 349, en que cita entre otros autores a MORENO y CREUS.

B- Tipo Subjetivo:

El tipo penal de tratamiento exige el dolo directo, pues el autor, en el caso de la apertura y del acceso debe tener conocimiento de que se trata correspondencia cerrada - correo electrónico, carta, pliego, despacho telegráfico cerrado o telefónica o de otra naturaleza-, que debe encontrarse efectivamente cerrado y que lo abra con conocimiento que está abriéndolo de manera indebida o sea sin autorización ni derecho en atención a que debe ser consciente que la carta no le estaba dirigida, dado que las conductas previstas son pasibles de sanción para el derecho Argentino siempre que se actúe indebidamente y se trate de una correspondencia que no le esté dirigida.

En los otros casos, como ya se trató, tiene siempre que saber que no tiene derecho a obrar de ninguna de las formas previstas. Como todo dolo requiere de conocimiento y voluntad de ejecutar la acción final, en el caso del párrafo segundo, se ha dicho –CREUS Y BUOMPADRE- que se admite el dolo eventual en el caso de quien desvíe una correspondencia aceptando que pueda llegar a un tercero que la publique o se entere de su contenido⁴¹⁵.

El error de tipo en todos los casos, elimina el dolo o bien puede ocurrir que el sujeto creyera que tenía derecho a abrirla o que estaba justificado a hacerlo y en este caso nos encontraríamos ante un error de prohibición, elimina la culpabilidad.

C- Sujetos

Puede ser cualquier persona a la que no le está dirigida la correspondencia y puede llegarle a su poder en forma legítima o ilegítima y aún puede llegar a abrirla sin apoderarse, según expresa Donna. En cuanto al despacho dirigido a persona fallecida o destinatario imaginario, también permite la configuración típica ya que lo que se protege es el derecho al secreto del remitente y del destinatario.

⁴¹⁵ CREUS, Carlos, loc. cit.; BUMPADRE, Jorge Eduardo, ob. cit., pág. 389.

En el caso del último párrafo del artículo sólo puede ser sujeto activo el funcionario público, cuyo alcance y conceptualización ya ha sido plasmada supra.-

D- Consumación y tentativa:

La consumación se produce con la apertura, el acceso, el apoderamiento, la supresión o el desvío, y en el momento en que se concreta la interceptación o captación de las comunicaciones electrónicas y telecomunicaciones de acceso restringido, sea cual sea la acción posterior. Pero si hay una acción posterior y esta es la prevista en el párrafo tercero, se plasma la agravante también con la publicación o la comunicación a terceros-

A mi entender cabe la tentativa en todos los casos; en la publicación cuando por algún inconveniente no se llega a publicar efectivamente pero se ejercitaron actos de ejecución para publicar, como si se rompe una máquina cuando ya se está en proceso de impresión o de manifestación por vía oral en un medio público. También es posible la tentativa en la interceptación o supresión, de la correspondencia o la interceptación o captación de las comunicaciones. En el caso de la apertura, se consume cuando se abre, sin perjuicio de que luego se cierre, si bien es difícil pensar en un contexto de tentativa, coincido con Donna en que resulta posible, en cuanto al acceso, como “entrar a un lugar o pasara a él” se dificulta imaginar un caso en el que pueda quedar en conato.

4.2. EL ARTÍCULO 153 BIS DEL C. PENAL

“Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, si la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un mes a un año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo

público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros”

1) Consideraciones generales.

Este tipo ha sido incorporado por la ley 26.388⁴¹⁶ puede decirse que se trata de un delito de peligro, ya que configura un intrusismo o acceso informático ilegítimo que además de privar al titular de la información a la que se accede de su confidencialidad y exclusividad, lo que vulnera el ámbito de su intimidad como extensión de los atributos de la persona. En lo específico, afirman, esta figura supone vulnerar la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad ⁴¹⁷. En cuanto a que se trate de un delito de peligro, es discutible si se trata de un peligro concreto, en cuyo caso debe admitirse que hay un peligro de daño concreto al bien jurídico de forma instantánea con el acceso ilegítimo con los caracteres típicos. Pero se lo ha caracterizado como delito “de antesala” o “delito barrera u obstáculo” incluso se ha interpretado podría constituirse en una suerte de acto preparatorio punible con olvido del principio de lesividad.

Es el tipo delictual que más se asimila al artículo 197.2 y al 197.3 del Código Penal Español, sólo que en el primero las conductas son más variadas (todas las ya tratadas), consistentes en que el sujeto activo, se apodere, utilice o modifique los datos, siendo que en el tipo argentino sólo se habla de acceso.

El tratamiento informatizado de la información o de los datos de orden personal, comporta una serie de etapas, fases o ciclos informáticos (recolección, selección, tratamiento, acopio, registración, recuperación y uso de datos).

Las diferentes legislaciones del mundo han regulado este procedimiento desde el punto de vista del derecho administrativo y civil y para protegerlo como *ultimo ratio*, en

⁴¹⁶ Ley 26.388 art.5º B.O. 25/06/2008.

⁴¹⁷ TERRAGNI, Marco Antonio, *Tratado de Derecho penal, Parte especial –I*, tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 541.

todo o en parte, se han añadido mecanismos jurídicos de tipo penal, para tutelar los derechos al acceso a la información, las facultades estructurales del *habeas data* (conocimiento, actualización, rectificación y cancelación de datos); y por supuesto, los derechos fundamentales, tales como la intimidad.

El derecho de acceso a la información que tiene toda persona se encuentra regulado en las diversas constituciones del mundo como un derecho fundamental y personalísimo e indefectiblemente se halla vinculado con otros no menos importantes y de igual rango constitucional, como el derecho a informar y ser informado y el derecho a la intimidad personal y familiar,

2) El tipo objetivo

a. La acción

El verbo típico, consiste en el **acceder** a sabiendas y sin autorización o sobrepasando la que se tiene a un *sistema o dato informático de acceso restringido*, por lo que excluye la posibilidad de punir el acceso a redes, sistemas y contenidos de sitios públicos.

La restricción puede consistir en la existencia de clave de usuario o cualquier otra modalidad que evidencie que se trata de ámbito reservado por el titular ⁴¹⁸.

⁴¹⁸ Por “sistema informático” y de “dato informático”, el art. 1 del “*Convenio sobre Cibercriminalidad*” de Budapest (2001), en sus incs. “a” y “b”, nos provee las siguientes: “A los efectos del presente Convenio, la expresión: a. “sistema informático” designa todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos; b. “datos informáticos” designa toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función;...”. La Ley 25326 de Protección de Datos Personales (2000), art. 2 “Definiciones”, define que “datos informatizados” son “Los datos personales sometidos al tratamiento o procesamiento electrónico o automatizado” y, “datos personales” son la “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”, “datos sensibles” son los “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”, debiéndose entender por “tratamiento de datos” las “Operaciones y procedimientos

El acceso, debe ser sin consentimiento, lo que constituye un elemento normativo del tipo penal pues si no fuera así, la acción de acceder queda fuera de tipo, toda vez que el consentimiento legitima el accionar y directamente elimina el tipo objetivo.

El acceso puede ser de cualquier forma, con la clave del legítimo usuario o mediante maniobras de descriptación. Se excluyen del ámbito típico las diligencias de testeado de seguridad de falencias de redes informáticas como los trabajos de saneamiento realizados por hackers éticos o con fines científicos realizado con consentimiento del legítimo usuario. Asimismo, siempre puede mediar un caso de estado de necesidad.

b. El objeto.

Se trata de una acceso a un sistema o dato informático de acceso restringido. Conforme apunta DONNA⁴¹⁹ “es importante en este tipo penal descifrar qué se entiende por “dato”, que es lo que se ataca con la conducta delictiva. Éstos son corporizaciones electrónicas o magnéticas que se encuentran archivadas o guardadas por protección. En este caso se protegen el dato y el programa que los guarda.

c. El elemento normativo.

Lo constituye “sin la debida autorización”, al no tener dicha autorización o exceder la que se tenga, siempre que no se configure la figura del hacker ético que es el que accede con anuencia del titular de los datos.

d. Sujeto activo

sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias”.

⁴¹⁹ DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho penal, Parte especial, tomo II.A., segunda edición actualizada y reestructurada, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2011, pág. 424.

El sujeto activo, puede ser cualquier persona, que sea capaz y sepa manejar este tipo de tecnologías, ya que debe poderse saber que ha sido él mismo quien ha sido el autor de la intrusión. Es un tipo penal que permite meditar sobre la existencia más que frecuente de autores mediatos. En el caso de las personas comunes o poco preparadas, lo más común es que el delito lo configuren mediante el uso de clave sin autorización cualquiera sea la forma en que la obtuvieran. Este tipo de delitos se configura muy frecuentemente en casos de adolescentes en que no toman real conciencia de la tipificación de las maniobras que realizan. La avidez y el conocimiento de los jóvenes hace que puedan suponer que se trata de una especie de juego y ha sido catalogado hasta como deporte, jactándose de las intrusiones obtenidas como si fueran trofeos, aunque sin otro fin que simplemente saber que pueden burlar el sistema.

e. Sujeto pasivo

Es el titular del sistema o dato informático ⁴²⁰. En el caso de que el titular del sistema sea un organismo público o un proveedor de servicios públicos o financieros, esa calidad lo coloca en la calificante del segundo párrafo del artículo.

3) Tipo subjetivo

El delito exige dolo como conducta final de quien con conocimiento de que no tiene autorización o sabiendo que la excede accede por cualquier medio a un sistema o dato informático de acceso restringido, por lo que no tipifican los hechos accidentales o imprudentes. Se requiere del dolo directo, excluyendo al eventual. No requiere elementos subjetivos del injusto distintos del dolo, ya que no es un tipo de tendencia, por lo que si existe otra finalidad ulterior, podría desplazar el tipo hacia uno más grave toda vez que el tipo en estudio es subsidiario de cualquier otro delito más grave

⁴²⁰ Conforme el art. 2 de la LPDP (N° 25326, del año 2000), el “titular de los datos” es: “*Toda persona física o persona de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la presente ley*”.

El error sobre un elemento del tipo objetivo, como podría ser el error sobre la existencia de autorización, cuya falta es elemento normativo del tipo objetivo, excluye el dolo y la responsabilidad penal tanto si es invencible como vencible, dado que no se encuentra previsto el tipo culposos.

4) Autoría y participación, el Iter críminis

La consumación se concreta en el instante mismo en que se accede al sistema o al dato informático restringido, o para el caso de estar autorizado, cuando se excede el límite de tal autorización.

La tentativa es posible cuando se ingresan todas las posibles alternativas de combinación alfanuméricas que constituyen una clave, supuestos en los que podría interrumpirse el “iter” entre el comienzo de ejecución y la consumación, aunque no toda la doctrina está conforme con esta posibilidad.

5) Concursalidad

Al indicar “si no resultare un delito más severamente penado” fija con claridad el carácter ya mencionado de subsidiario, residual o remanente.

El segundo párrafo, da la figura calificada y duplica la pena cuando el acceso fuere respecto de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros. La distinción aparece razonable y, en consecuencia, importa la calificación de la figura, por la característica singular del sujeto pasivo.

6) Agravante

El delito se agrava si el acceso fuera en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros. La mayor punibilidad, responde a la sensibilidad de la información que allí se

aloja y en el riesgo que implica que se divulguen públicamente. En cuanto a servicio público, se entiende, según Dalessio⁴²¹ a “todo aquel que se encuentra destinado a servir a la población en forma más o menos generalizada, más allá que la prestación en sí esté en manos del Estado o de particulares.”

4.3 - EL ARTÍCULO 154 DEL C. PENAL

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto”

1) Consideraciones generales.

Se trata de un tipo penal de violación de correspondencia privada calificada por la condición del autor, es el tipo penal que en el antiguo ordenamiento de Carlos tejedor se legislaba dentro de los delitos peculiares a funcionarios públicos.

Coincido con Donna en cuanto a que si bien se sigue mantenido como bien jurídico protegido a la libertad, hay un interés social relacionado con el cumplimiento de un servicio público.

2) Tipo objetivo

a. Las acciones.

⁴²¹ DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 426.

“Se apoderare”, “se impusiere de su contenido”, “la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario”, “la suprimiere”, “la ocultare” o “cambiare su texto”. La enumeración es taxativa.

Se trata de la figura calificada por la calidad del autor, pero sobre acciones ya tipificadas en el art. 153, a las que se agregan las de ocultar y cambiar de texto la pieza.-

b. El objeto.

Son las cartas, pliego de telegrama u otra pieza de correspondencia. La enumeración, entonces es meramente enunciativa, ya que con cualquier otra pieza de correspondencia, ingresará claro está dentro de esa naturaleza objetiva cualquier comunicación que tenga esa característica.

c. Sujeto activo

Por exigir que sea un empleado de correos y telégrafos y también los que cooperaren con el servicio, según la Ley de Correos⁴²². El agente debe obrar con abuso de sus funciones o en el caso del particular de su condición de cooperador o de auxiliar.

3) Tipo subjetivo:

El tipo requiere dolo directo como conocimiento y voluntad final de configurar las acciones descriptas.-

4.4. EL ARTÍCULO 155 DEL C. PENAL.

“Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una

⁴²² Ley 20.216, art. 4º: “Cuando existan razones de fuerza mayor u otras causas que afecten la regularidad del servicio postal, la Administración de Correos podrá encargar temporariamente a articulares la ejecución total o parcial de dicho servicio”.

correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciera publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”.

1) Consideraciones generales

Se trata de un tipo penal que fue introducido por el Proyecto de 1891 en su artículo 185 , tomada por el Proyecto de 1906 , artículo 163 y finalmente en el Código de 1921. La pena de multa fue reformada y actualizada por varias leyes y finalmente el texto actual es el reformado por la ley 26.388⁴²³ .

Se trata de un delito que se diferencia de los anteriores pues apunta a la propalación indebida por cualquier medio de difusión. Se protege la libertad de los individuos y el derecho de las personas a que no se haga pública la correspondencia que no está destinada a publicidad⁴²⁴. También se ha dicho que el bien jurídico es la reserva que, expresa o tácitamente, se ha pactado al tener esa correspondencia.

2) El Tipo objetivo

Conforme Donna⁴²⁵, los elementos esenciales del delito son los siguientes:

- 1) Que la correspondencia epistolar o telegráfica no sea destinada a la publicidad.
- 2) Que aquél que la posea la haga pública indebidamente;
- 3) Que el hecho de la publicación cause o pueda ocasionar perjuicio.

Ya he definido qué se entiende por correspondencia, pero la característica es que puede encontrarse cerrada o abierta , lo importante es que no esté destinada a ser publicada.

⁴²³ Ley 26.388, sancionada el 4 de junio de 2008 y promulgada de hecho el 24 de Junio de 2008, art. 6°.

⁴²⁴ NUÑEZ, Ricardo C., ob. cit., pág. 107.

⁴²⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-A, ob. cit., pág. 361.

a. La acción

La acción típica consiste en hacer publicar indebidamente, lo que implica tanto publicarla personalmente como encargar esa publicación a otra persona, por cualquier medio, ya sea total o parcial, lo importante es, más allá del texto original, que si es parcial contenga la parte que es secreta, respecto de una correspondencia que el sujeto activo tenga en su poder pero que no esté destinada a ser publicada.

Que la publicación sea indebida quiere decir tanto como ilegítima al no estar destinada a la publicidad, se trata de un elemento normativo del tipo , de manera tal que si por cualquier causa la publicidad no es indebida, se excluye la tipicidad del accionar.

Asimismo, la publicación debe tener potencialidad para producir un perjuicio en forma directa o indirecta y de cualquier índole y a cualquier persona, siempre que no sea sobre el mismo autor del hecho.

b. El objeto.

Es toda correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad.

Por ello, si existiera una autorización para publicar por parte del titular, desaparecería la ilegitimidad, o bien cuando el autor o sujeto activo, tuviera derecho a publicarla, ya sea por ejercicio de un derecho o por cumplimiento de un deber. Se trata de un elemento normativo del tipo penal, ya que cualquier causa que elimine la ilegitimidad, elimina el tipo. En cuanto al perjuicio, debe causarlo o tener potencialidad para causarlo aunque debe ser producido o ese potencial de producción deberse a la publicación ya sea en forma directa o indirecta. Ese perjuicio puede ser público, privado, patrimonial o extrapatrimonial.

c. Sujetos activo y pasivo

El sujeto activo es la persona que está en posesión legítima de la correspondencia y el sujeto pasivo puede ser cualquier persona menos el sujeto activo.

d. El tipo subjetivo

Se trata de un tipo doloso en donde el conocimiento del autor tiene que centrarse en que sabe que la correspondencia no está destinada a ser publicada y que tal publicidad deviene indebida por esa misma razón y demás que puede causar un perjuicio. El autor, entonces debe saber que es una correspondencia, que no está destinada a publicarse, y que tal publicidad puede causar perjuicio, con lo que sólo es admisible el dolo directo y el perjuicio es un elemento del tipo que integra el dolo no siendo por tanto una causa objetiva de punibilidad. En tal sentido DONNA y en sentido contrario CREUS

e. Consumación y tentativa

Se consuma con la publicación y admite la tentativa.-

f. El último párrafo del artículo establece una exención de responsabilidad para quien configure la acción descrita pero *“hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”*.

4.5. VIOLACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL.

EL ARTÍCULO 156 DEL C. PENAL.

“ Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”

1) Consideraciones generales.

En cuanto al bien jurídico protegido, en este tipo penal se protege la libertad de la persona, en cuanto esfera de reserva que constituye su intimidad individual. Se protegen los secretos de todos los que utilizan o son asistidos por personas que, sin ser profesionales, prestan los servicios propios de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Para doctrinar argentinos como Nuñez o Donna, el bien jurídico protegido es la libertad, mientras que para la doctrina española el bien jurídico protegido es la intimidad personal como ámbito en el que cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad⁴²⁶.

El deber de confidencialidad tiene base constitucional y no sólo se encuentra en el art. 19 de la constitución Nacional Argentina, norma ya mencionada en acápites anteriores, sino en los tratados internacionales mencionado en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna como al declaración Americana de los derechos del Hombre y del ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, todos tratados ya referenciados al tiempo de abordar los primer capítulo del presente estudio.

En tal sentido, la confidencialidad es unos de los elementos que integran el acto médico y que lo facilita al establecer una particular relación de confianza que el paciente debe depositar en él, conforme lo apunta CATTANI⁴²⁷. Pero se plantearán, necesariamente situaciones de conflicto que deberán ser resueltas pues hay deberes que colisionan y para ello, conforme explicita el autor citado, hay un tratado con rango constitucional de importancia excepcional como lo es EL Pacto De Derechos Económicos Sociales y

⁴²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, citado por JORGE BARREIRO, Agustín, ob. cit., pág. 565.

⁴²⁷ CATTANI, Horacio R., *Derecho procesal penal y garantías constitucionales. Deber de confidencialidad y obligación de denuncia por los integrantes de equipos asistenciales*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, 9/2007, Setiembre 2007, pág. 1685.

Culturales cuyo artículo 12 establece que “ 1) Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental 2) entre las medidas que deberían adoptar los Estados parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”⁴²⁸.

Es que en definitiva la mayor o menor accesibilidad a un sistema de salud, está dada además de las variantes económicas, sociales etc., por la mayor confiabilidad en el profesional y el equipo de asistencia. Resulta también de interés en cuanto a la documentación de contenido médico-sanitario perteneciente a una persona, la protección del párrafo 3° del art. 43 de la Constitución nacional⁴²⁹.

Otro tema de interés lo suscita la obligación de testimoniar y el secreto profesional. Ello, pues el artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación⁴³⁰ establece la obligación de abstención y las excepciones en que las personas no pueden negar su testimonio.-

2) Tipo objetivo

a. La acción.

⁴²⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

⁴²⁹ Art. 43, párrafo 3° Constitución Nacional Argentina: “...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

⁴³⁰ Art. 244 CP: “Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, el juez procederá, sin más, a interrogarlo”.

Es la de revelar o divulgar el secreto que tiene que ser ajeno al que tuviera conocimiento en virtud d su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Se trata de la comunicación a una o más personas de ese secreto que ha sido conocido lícitamente. En razón del estado, se entiende una condición personal del sujeto, como puede serlo un ministro dela iglesia., asistente social, oficio, es la ocupación habitual de quien no es empleado, ni profesional, ni practica arte, como puede ser una masajista. Empleo es el trabajo de cualquier índole, retribuido o no a las órdenes de un empleador público o privado. La profesión se refiere a la llamada profesión liberal o actividad que requiere título o autorización habilitante. Y matrícula oficial, sin ser necesario su ejercicio continuo o lucrativo.

b. El objeto

Es el secreto que es lo desconocido por un número indeterminado de personas, lo no divulgado y al que la persona titular de ese secreto tiene interés en dejarlo fuera del alcance del conocimiento de todos. Como señala CREUS, el “ámbito de lo secreto se extiende a todo lo que atañe a la persona, incluso las producciones, invenciones o procedimientos técnicos, en cuanto su específica protección no esté atendida por leyes especiales.”⁴³¹

Dice TOZZNI, “cuando el legislador prohíbe la Violación de secretos profesionales se debe entender que ha ponderado previamente los bienes y ha adoptado una solución a esos conflictos de colisión de derechos. Al determinar, mediante la materia de la prohibición, cuáles bienes han de prevalecer, lo que ha hecho es fijar el campo del injusto. Y este por su propia naturaleza es común a todo el Derecho. La expansión del injusto penal alcanza, de este modo, al Derecho Procesal a través del Derecho Civil, que se ocupa de Iso actos inválidos. En el ámbito integral del Derecho, el acto jurídico ilícito del médico queda como carente de objeto (art. 963 del Código Civil). La denuncia penal, entonces, no puede servir para concretar el injusto penal.

⁴³¹ CREUS, Carlos, *Derecho penal, Parte especial*, tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 365.

Debe darse la relación obligada entre el autor con las características mencionadas, el secreto y la revelación.

El daño hipotético, debe ser posible. El daño es un perjuicio para un interés jurídicamente protegido, por ello, el perjuicio puede ser material o moral, de cualquier índole . Se trata al decir de DONNA⁴³² de un delito de peligro concreto, en el sentido de que el daño es potencial pero debe ser posible, bajo análisis ex ante, y sujeto a un juicio de posibilidad y no de probabilidad de acuerdo a las circunstancias que deben ser apreciadas según el caso y por un tercero imparcial, para no ser un delito de peligro abstracto.

c. Sujetos

Por tratarse de un delito propio, el autor es aquel que es portador del estado, profesión, oficio o arte, según BUOMPADRE, se trata de un delito propio de autor calificado y el secreto debe haberse conocido en razón de esta especial calidad del autor.

3) Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, constituido por el conocimiento de que se está revelando un secreto sin autorización alguna para ello “sin justa causa” y la voluntad final de revelar ese secreto. En cuanto a la “justa causa” para la revelación según TARDITTI⁴³³, se trataría de un elemento normativo del tipo, en cambio, en opinión de CATTANI⁴³⁴ tal circunstancia pasible de alegación debería ser tratada en el plano de la antijuridicidad. Se entiende que hay justa causa, cuando hay consentimiento del interesado o cuando se verifican situaciones de necesidad, como puede ser para evitar un mal mayor, el cumplimiento de un deber o el

⁴³² DONNA, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 370.

⁴³³ TARDITTI, A., *Violación de secretos y sus efectos en un proceso penal por infanticidio*, en “Doctrina Penal”, n°. 9, Ed. Depalma, 1986, págs. 33/36.

⁴³⁴ CATTANI, ob. cit., pág. 1692.

legítimo ejercicio de un derecho o en defensa de un interés propio o ajeno (art. 34 inc. 3,4,6,7, del C. Penal)⁴³⁵ .

4) Consumación y tentativa

Se consuma el hecho cuando se revela el secreto a un tercero no obligado a guardar secreto, pues si se revelara por parte de un médico a otro médico, no se estaría ante la hipótesis típica. Asimismo no se exige que el perjuicio se concrete. La tentativa es admitida.

5) Abordaje Jurisprudencial brevemente comentado en especial sobre la colisión de deberes:

⁴³⁵ Art. 34: “No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

Sobre denuncia

“Nos enfrentamos aquí, a un presunto delito de aborto, su denuncia por parte del profesional interviniente dio inicio a las actuaciones; no existió a mi ver deber de denunciar por parte del médico actuante, pues la simple circunstancia de encontrarnos ante la posible presencia de un delito de acción pública, no configura la justa causa, que autoriza a un profesional a develar aquello de que tuviera conocimiento, ni da en su consecuencia nacimiento automático a la obligación a ellos impuesta por el art. 82 del C.P.P. en su primera parte.”⁴³⁶

-“No debe instruirse sumario criminal, por el delito de corrupción, sobre la base de denuncia efectuada por un profesional médico en virtud de datos por él conocidos en el ejercicio de esa actividad y por el que debió guardar secreto y proceder de acuerdo a lo prescripto en el art.10 de la Ley 12.331. Dicho artículo sólo le impone al médico procurar informar "a los efectos exclusivamente sanitarios" de donde proviene la enfermedad a las autoridades competentes en el tema.”⁴³⁷

A más de las apreciaciones efectuadas al tiempo de tratar en el punto 1) las condiciones generales, diré que se trata de un caso de colisión de deberes en donde manda el deber de confidencialidad. Nótese que existen normativas aplicables que dan base legal a este deber y que son el art. 1071 bis⁴³⁸. del Código Civil, que establece responsabilidades en caso de intromisión arbitraria en la vida ajena. Asimismo la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal 25.326 y su reglamentación⁴³⁹, en que toda información relacionada

⁴³⁶ CP0000 TL, P 907 RSI-110-5 I 30-10-1990. CARATULA: S.,P.N. s/ Denuncia presunto aborto. Magistrados Votantes: BRESILLARD - BASSO CRAIG – PERALTA.

⁴³⁷ CP0000 AZ, P 9963 RSD-21-88 S 22-9-1988, Juez GOSPARINI (SD) CARATULA: D.C. s/ Corrupción. MAG. VOTANTES: Gosparini - Herrero – Pagliere.

⁴³⁸ Art. 1071 bis del Código Civil: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

⁴³⁹ Ley 25.326, de Protección de Datos Personales, “Disposiciones Generales. Principios generales relativos a la protección de datos. Derechos de los titulares de datos. Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos. Control. Sanciones. Acción de protección de los datos personales. Sancionada: Octubre 4 de 2000.Promulgada Parcialmente: Octubre 30 de 2000.

con la salud se define como dato sensible. La comisión en este caso está con el cumplimiento de un deber de parte del médico, que si se verificara operaría como justa causa, mas no ha sido la opinión de los magistrados que consideraron que no debía revelar el secreto haciendo denuncia. En el segundo caso se trata de las limitaciones impuestas por la ley 12331 de “Profilaxis de enfermedades venéreas”. La colisión más precisamente para el médico se basa en la existencia de normas procesales como el art. 177 del código Procesal Penal de la Nación que establece la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio *aciertos funcionarios*⁴⁴⁰. La doctrina y la jurisprudencia no han sido pacíficas al tiempo de darle el justo alcance al precepto. En definitiva, se puede colegir que la obligación de denunciar para los médicos y profesionales en el arte de curar alcanza a los delitos de acción pública, quedando descartados los de acción privada y dependiente de instancia privada.

La discusión intensa se ha dado en los profesionales que son parte de un hospital público pues tiene carácter de funcionario público, pero la confusión es aparente pues, prima la norma constitucional (obligación de guardar secreto de lo que se adquiere como consecuencia de una atención médica o profesional en el arte de curar) y una ley nacional o procesal. Y si como consecuencia la revelación de un dato que diera lugar a la instrucción de un proceso penal, debería aplicarse la regla de la exclusión probatoria.

Prueba de peritos - Violación secreto profesional

“La virtual amplitud del requerimiento pericial no autoriza al Forense a violentar el secreto profesional respecto de las afirmaciones de un inculpado que involucran su

⁴⁴⁰ Obligación de denunciar. Art. 177: “Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.

responsabilidad en el hecho, y la garantía constitucional de que nadie se obligará a declarar contra sí mismo.”⁴⁴¹-

Este es un caso muy común en la práctica en que el perito, generalmente médico psiquiatras, a más de las conclusiones de sus test o verificaciones profesionales, refieren lo que el peritado les dice, por caso cuando de soslayo consignan en sus informes que el entrevistado se encuentra “arrepentido de lo que hizo” , circunstancia en la que no sólo no deberá tomarse en cuenta estas expresiones sino que deberá llamarse al orden al profesional.

“Tratándose en el caso de un delito de acción pública, sea el aborto auto provocado o consentido, cuando la denuncia proviene, como en el sub litem, de un profesional del arte de curar que conoció el hecho en ejercicio de su profesión y empleo, corresponde válidamente instruir sumario contra la mujer cuya conducta encuadre en la variante señalada, ya que atento a la naturaleza del delito que admite aún que sea perseguido de oficio, de ninguna manera puede resultar un obstáculo las disposiciones de la ley de fondo, o procesales relativas a la observancia del secreto profesional”⁴⁴²

Aquí se ve claramente cómo, hay posturas encontradas en cuanto a la validez de la denuncia pro parte del médico que toma conocimiento de un hecho delictivo de carácter público y se le da trámite a la denuncia

Alcance

⁴⁴¹ CP0304 LP, P 71769 RSI-17-87 I 28-10-1987 CARATULA: M.,F. s/ Abuso deshonesto. Magistrados Votantes: BARTOLOMÉ - DI GIROLAMO – DELBÉS.

⁴⁴² Cfr. Cámara de Morón en pleno, 8/5/86; E.D. 16/6/86 punto 3; Cámara de Lomas de Zamora, 2/7/81 J.A., 1981-IV-454). CP0000 JU, P 4471 RSD-33-95 S 16-3-1995, Juez DURANTE (SD) CARATULA: G.,M.A. s/ Aborto.

“El secreto profesional del médico, cubre tanto las revelaciones expresas como las implícitas o tácitas, éstas últimas derivadas de la sola mostración del cuerpo por los abortantes.”⁴⁴³

“El secreto es el mismo, si es explícitamente comunicado o simplemente advertido, no existiendo para el médico zona de facultad ya que debe denunciar siempre que no haya secreto (arts. 80 CPP y 227 inc. 1° CP) o bien callar si lo hay (art. 156 CP).”⁴⁴⁴

Aquí está claro que el secreto no necesariamente tiene que ser algo comunicado verbal o expresamente, el confidencial en la atención de salud, cualquier indicio o muestra por la vía que sea de datos que puedan considerarse como información sensible. De otra forma, si la persona estuviera inconsciente y su cuerpo evidenciara información confidencial, por el sólo hecho de que no puede expresarse no se habilita al profesional a divulgar el secreto.

Denuncia - Violación secreto profesional

*“La excepción a la obligación de guardar secreto deriva de la existencia de justa causa, y ello no depende de la conciencia profesional, sino del presupuesto de que el derecho la considere como tal”.*⁴⁴⁵

“Corresponde dispensar con la protección del secreto profesional a la mujer que acosada por la necesidad y por no poder controlar las consecuencias postreras del aborto que se

⁴⁴³ CP0001 ME, P 54243 RSD-75-94 S 28-4-1994 , Juez REVORA (SD) CARATULA: M.,G. s/ Aborto. Magistrados Votantes: RÉVORA - BERRUTI – BARRENECHE.

⁴⁴⁴ CPPB Art. 80 ; CPE Art. 277 Inc. 1 ; CPE Art. 156 CP0001 ME, P 54243 RSD-75-94 S 28-4-1994 , Juez REVORA (SD). CARATULA: M.G. s/ Aborto. Magistrados Votantes: RÉVORA - BERRUTI – BARRENECHE.

⁴⁴⁵ CP0001 ME, P 54243 RSD-75-94 S 28-4-1994 , Juez REVORA (SD) CARATULA: M.,G. s/ Aborto Magistrados Votantes: RÉVORA – BERRUTI – BARRENECHE.

autoprovocó o consintió que le provocaran, solicita asistencia médica en estado de desvalimiento físico y espiritual, del que sería inicuo aprovecharse.”⁴⁴⁶

Este es el típico caso y que en la explicación del mismo da la respuesta, a la concesión de no investigar a quien revela por sí a un profesional un secreto en extremo estado de necesidad por correr peligro su vida. Es que la dispensa se basa en que la potestad punitiva del Estado cede ante situaciones que de otra forma causarían que las persona no se presentaran ante instituciones médicas corriendo peligro sus vidas a fin de no ser denunciadas.

Violación Secreto Profesional - Garantías Constitucionales

“La instrucción del proceso a la acusada violó el secreto profesional, y se basó consecuentemente en un acto ilícito, conculcando garantías constitucionales, al par de normas de fondo y forma, en razón de lo cual comprometería la correcta administración de justicia, vulnerando el orden público, apoyar sobre el acto ilícito la sentencia judicial.”⁴⁴⁷

Este es un caso en que se aplica la doctrina del fruto del árbol envenenado por el que, si se ha violado garantías constitucionales para obtener una prueba, resulta ésta viciada y todos los actos que son su consecuencia, toda vez que el estado no puede servirse de prueba proveniente de un delito.

Violación secreto profesional - Alcance // Denuncia - Violación secreto profesional

“El secreto profesional presume una relación de confianza entre la persona que confía y quien recibe la noticia que es el valor defraudado con la revelación. Esto reclama para la operatividad del secreto una cierta relación profesional personalizada la cual no se

⁴⁴⁶ CP0001 ME, P 54243 RSD-75-94 S 28-4-1994 , Juez REVORA (SD) CARATULA: M.,G. s/ Aborto. Magistrados Votantes: RÉVORA – BERRUTI – BARRENECHE.

⁴⁴⁷ CP0001 ME, P 54243 RSD-75-94 S 28-4-1994 , Juez REVORA (SD)CARATULA: M.,G. s/ Aborto. Magistrados Votantes: RÉVORA – BERRUTI - BARRENECHE.

configura cuando quien adquiere el conocimiento acerca de la perpetración de un delito de acción pública es el director de un hospital estatal.”⁴⁴⁸

Ya he dicho que la confidencialidad es uno de los elementos que integran el acto médico y que lo facilita al establecer una particular relación de confianza que el paciente debe depositar en él.

Violación secreto profesional - Alcance // Denuncia - Violación secreto profesional

“El director de un hospital público que denuncia la comisión de un delito de aborto llegado a su conocimiento por vía de su actividad administrativa no comete el delito de revelación de secretos ni incumplimiento de los deberes del funcionario público, toda vez que se trata de una clara situación de observancia de un deber jurídico derivado de esa condición. Sostener lo contrario implicaría desconocer el texto del artículo 287 del Código Procesal Penal y sellar la suerte adversa de toda investigación cuyo punto de contacto fuera el servicio de salud.”⁴⁴⁹

No estoy de acuerdo con esta solución pues parece que como la denuncia la realiza el director quien llegó al conocimiento de forma administrativa se cortara la cadena de obligación de confidencialidad con el médico que recibió la confidencia en ejercicio de su arte de curar.

Denuncia - Violación secreto profesional // Acto jurídico - Nulidad

Si bien, por una parte, el personal sanitario tiene la obligación de denunciar ante la evidencia de una conducta presuntamente delictiva con la finalidad de promover la formación de un proceso penal, por otra, no siempre puede iniciarse válidamente un proceso contra la persona que -impelida por razones de vida o muerte- ha debido

⁴⁴⁸ TC0001 LP 6353 RSD-717-2 S 26-11-2002 , Juez SAL LLARGUES (SD) CARATULA: M.P.F.e.c.6. s/ Recurso de casación. Magistrados Votantes: SAL LLARGUÉS - NATIELLO - PIOMBO. Tribunal de origen: CP0003ME.

⁴⁴⁹ CPPB Art. 287.TC0001 LP, P 6353 RSD-717-2 S 26-11-2002 , Juez SAL LLARGUES (SD) CARATULA: M.P.F.e.c.6. s/ Recurso de casación. Magistrados Votantes: SAL LLARGUÉS-NATIELLO-PIOMBO. Tribunal de origen: CP0003ME.

someterse al tratamiento asistencial hospitalario estatal. La primera situación atiende a facilitar la investigación de una maniobra delictiva en la que han participado personas distintas de quien se ha visto compelida a someterse al aludido tratamiento. La segunda tiene la impronta de la vedada obligación de declarar contra si mismo, dado que tornaría lícito hacer operar dicha conducta en contra de quien forzosamente ha debido exponerse a la autoridad sanitaria. Y pretender que deba afrontar las contingencias del proceso penal por su decisión de ocurrir al nosocomio en busca del vital tratamiento importa condicionar la necesaria salvaguarda de su integridad física y su vida a la sujeción a derecho, que en la emergencia puede importar la condena a pena privativa de libertad. De ahí que sea válida, en estas circunstancias, la anulación -decidida por el órgano judicial de instancia- respecto de lo actuado penalmente contra la mujer que provocara su aborto.”⁴⁵⁰

Este es el caso de la preeminencia del derecho a la salud, garantizado en la Constitución Nacional frente a la obligación legal de denunciar

Denuncia - Violación secreto profesional // Acto jurídico - Nulidad // Aborto - Prueba

Debe declararse la nulidad del acta inicial y todo lo actuado en consecuencia, ya que en la misma se consigna que el director del nosocomio de figuración en autos ha puesto en conocimiento de la autoridad policial el ingreso de una mujer a la que presuntamente se le ha practicado un aborto. La aplicación de la sanción procesal emerge plausible de la interpretación armónica de los arts. 235, 253 y 287 inc. 2 del rito, de los que se infiere que los hechos presuntamente delictivos que lleguen a conocimiento de un profesional médico, con motivo de prestar auxilio o asistencia en el arte de curar, están bajo el amparo del secreto profesional y por ello exentos de ser denunciados. Por lo demás su violación está expresamente conminada con la sanción procesal que se propicia (art. 236 primer párrafo del C.P.P.).⁴⁵¹

⁴⁵⁰ TC0001 LP, P 6353 RSD-717-2 S 26-11-2002 , Juez SAL LLARGUES (SD) CARATULA: M.P.F.e.c.6. s/ Recurso de casación. Magistrados Votantes: SAL LLARGUÉS - NATIELLO - PIOMBO. Tribunal de origen: CP0003ME.

⁴⁵¹ CPPB Art. 235; CPPB Art. 253 ; CPPB Art. 287 Inc. 2 ; CPPB Art. 236 CP0000 JU 11123 I 8-8-2006 , Juez PORTIGLIA (SD). CARATULA: M.,L.F.C.,G.R.R.,M.I. s/ Aborto. Magistrados Votantes: PORTIGLIA - SAINZ - DE ROSA.

Este es un caso en que se aplicó correctamente la preeminencia de normas,

Denuncia - Violación secreto profesional // Acto jurídico - Nulidad // Aborto - Prueba

El secreto profesional debe ser guardado por el mero hecho de que el médico tenga conocimiento por razón de su cargo o de su actividad de un presunto hecho ilícito -en el caso la paciente presentaba sintomatología compatible con la práctica de un aborto-; es decir, la regla general es el secreto que se presumirá salvo manifestación en contrario. Es que existe un interés social superior, esto es, el derecho a la salud y a la vida y un derecho, a su vez, de rango constitucional -la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional-. Por tal razón debe estarse en favor de la persona, aún a costa de sacrificar bienes de altísimo valor, máxime cuando la concurrencia de la paciente al nosocomio ha sido por un evidente estado de necesidad. Adoptar un criterio distinto importaría condicionar la salvaguarda de la integridad física a la sujeción a derecho. Es por ello que la pieza inicial donde el médico anoticia el hecho ilícito se encuentra viciada y la nulidad debe alcanzar a los actos que son su consecuencia”⁴⁵².

Instrucción sumarial - Obligatoriedad // Denuncia - Violación secreto profesional

No es nulo el proceso iniciado a raíz del envío a la policía de un diagnóstico precario de aborto incompleto signado por una médica de un hospital, sosteniendo que ello implicaría violación del secreto profesional, ya que en realidad no se incoa causa por una denuncia recibida con las formalidades de la ley sino a raíz de la "notitia criminis" que implica dicho diagnóstico, en virtud del cual la autoridad policial en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 436 del C.P.P. respecto a todos los delitos de acción pública "...que de cualquier forma llegaren a su conocimiento", procede a instruir sumario⁴⁵³.

⁴⁵² CON Art. 18 CP0000 JU 11123 I 8-8-2006, Juez PORTIGLIA (SD) CARATULA: M.,L.F.C.,G.R.R.,M.I. s/ Aborto. Magistrados Votantes: PORTIGLIA - SAINZ - DE ROSA.

⁴⁵³ CPPB Art. 436 SCBA, P 38305 S 3-4-1990 , Juez LABORDE (MA) CARATULA: F.,G.y.o. s/ Aborto. PUBLICACIONES: AyS 1990-I, 670 - LL 1990-C, 559. Magistrados Votantes: LABORDE - SAN MARTIN - RODRIGUEZ VILLAR - MERCADER - NEGRI - CAVAGNA MARTINEZ – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

Denuncia - Violación secreto profesional

“La validez de un proceso iniciado a raíz de la "notitia criminis" que recibe la autoridad instructora no podría enervarse sobre la base de consideraciones acerca de si el cumplimiento de una obligación legal establecida para los profesionales del arte de curar debió o no ser exceptuada (art. 82, C.P.P.), o si el referido anoticiamiento a la instrucción constituye o no un hecho ilícito (art. 156, C.P.), extremos que no han sido debatidos en autos y que sólo podrían ser dilucidados en un procedimiento que asegure debidamente el derecho de defensa de la eventual imputada (arts. 9, Const. prov. y 18 de la nacional).⁴⁵⁴

Denuncia - Violación secreto profesional

“La mujer que consiente que un tercero le cause un aborto, si como consecuencia del mismo sufre complicaciones que afectan a su salud y para atenderlas requiere los auxilios de un médico, debe estar amparada por el secreto profesional pertinente. Razones humanitarias y de respeto a la libertad individual impiden en estos casos valerse de una autoinculpación que se presta ineludiblemente sólo para preservar la salud seriamente comprometida por las maniobras abortivas⁴⁵⁵.

Instrucción sumarial - Obligatoriedad // Denuncia - Violación secreto profesional

⁴⁵⁴ CPPB Art. 82 ; CONB Art. 9 ; CON Art. 18 ; CPE Art. 156 SCBA, P 38305 S 3-4-1990 , Juez LABORDE (MA). CARATULA: F.,G.y.o. s/ Aborto. PUBLICACIONES: AyS 1990-I, 670 - LL 1990-C, 559 Magistrados Votantes: LABORDE - SAN MARTIN - RODRIGUEZ VILLAR - MERCADER - NEGRI - CAVAGNA MARTINEZ – SALAS. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁵⁵ SCBA, P 38305 S 3-4-1990 , Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI) CARATULA: F.,G.y.o. s/ Aborto. PUBLICACIONES: AyS 1990-I, 670 - LL 1990-C, 559. Magistrados Votantes: LABORDE - SAN MARTIN - RODRIGUEZ VILLAR - MERCADER - NEGRI - CAVAGNA MARTINEZ. Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ. – SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI) CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto. PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

*La denuncia que objetivamente vulnera una norma penal, carece de virtualidad jurídica para iniciar el sumario o para que la autoridad policial lo instruya válidamente en los términos del art. 436 del C.P.P.*⁴⁵⁶

Denuncia - Violación secreto profesional

*No es posible requerir, a la mujer que ha consentido que un tercero le cause un aborto y como resultado de la maniobra ve gravemente perjudicada su salud, que arriesgue su propia vida por falta de atención médica a cambio del silencio del hecho. De otro modo se le exigiría elegir entre su vida y un proceso -antesala de la prisión-, elección heroica que el legislador no ha pedido al hombre común, sin violentar el art. 18 de la Constitución nacional.*⁴⁵⁷

*La circunstancia que el delito sea de acción pública no implica la posibilidad de iniciar y proseguir un proceso sobre una denuncia delictiva, en violación del art. 156 del C.P.. La "justa causa" del artículo citado se refiere a una causa exclusivamente legal.*⁴⁵⁸

*El art. 75 -n.a.- del Código Procesal en su primera parte impone la obligación de denunciar y en la segunda solamente deja sin efecto tal obligación ("se exceptúan de la obligación") pero no prevé prohibición alguna.*⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ CPPB Art. 436 SCBA, P 38305 S 3-4-1990, Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI) CARATULA: F.,G.y.o. s/ Aborto. PUBLICACIONES: AyS 1990-I, 670 - LL 1990-C, 559. Magistrados Votantes: LABORDE - SAN MARTIN - RODRIGUEZ VILLAR - MERCADER - NEGRI - CAVAGNA MARTINEZ - Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ SCBA, P 39085 S 7-7-1992, Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI).

⁴⁵⁷ CON Art. 18 SCBA, P 38305 S 3-4-1990, Juez NEGRI (OP) CARATULA: F.,G.y.o. s/ Aborto. PUBLICACIONES: AyS 1990-I, 670 - LL 1990-C, 559 Magistrados Votantes: LABORDE - SAN MARTIN - RODRIGUEZ VILLAR - MERCADER - NEGRI - CAVAGNA MARTINEZ - Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁵⁸ CPE Art. 156 SCBA, P 38305 S 3-4-1990, Juez NEGRI (OP) CARATULA: F.,G.y.o. s/ Aborto. PUBLICACIONES: AyS 1990-I, 670 - LL 1990-C, 559. Magistrados Votantes: LABORDE - SAN MARTIN - RODRIGUEZ VILLAR - MERCADER - NEGRI - CAVAGNA MARTINEZ - Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁵⁹ CPPB Art. 75 SCBA, P 39085 S 7-7-1992, Juez GHIONE (MA). CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto. PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559 .

“No es necesario resolver si el denunciante cometió el delito de violación de secreto al que se refiere el art. 156 del Código Penal pues ello tampoco ocasionaría la anulación de lo actuado. Ya que aún cuando el funcionario policial se hubiera enterado del delito mediante otro delito -de acción privada- cometido por el tercero que lo informara sobre el aborto, ello no desplazaría lo establecido en la primera parte del art. 448 -n.a.- del Código de Procedimiento Penal.”⁴⁶⁰

Si la denuncia es delictiva ello podrá originar para su autor las consecuencias propias de todo delito, pero no implica que el funcionario de policía que la recibió no haya tomado conocimiento del delito de acción pública, bien o mal denunciado. El art. 448 -n.a.- se refiere a todos los delitos de acción pública que "en cualquier forma llegare a su conocimiento".⁴⁶¹

Es innecesario resolver si el eventual carácter delictivo del acto de quien comunicó a la autoridad la existencia de un aborto le privaría o no a dicho acto del carácter jurídico de denuncia, pues de uno u otro modo la situación resulta captada en la primera parte del art. 448 -n.a.- del Código de Procedimiento Penal.”⁴⁶²

Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁶⁰ CPE Art. 156 ; CPPB Art. 448 SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez GHIONE (MA). CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto. PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁶¹ CPPB Art. 448 SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez GHIONE (MA) CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto. PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁶² CPPB Art. 448 SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez GHIONE (MA) CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

La denuncia prevista en la primera parte del art. 82 del Código de Procedimiento Penal contempla acontecimientos que por su naturaleza requieren una urgente comunicación, como se advierte de la significativa brevedad del plazo establecido para efectuarla. De allí que la misma no está sujeta a las formalidades que genéricamente se determinan en los arts. 76, 77, y 78 del citado cuerpo legal.⁴⁶³

El art. 156 del Código Penal garantiza que debe permanecer en secreto -bajo la admonición de la condigna sanción en caso de incumplimiento- el anociamiento de prácticas abortivas cuando por sus derivaciones la procesada se ha visto constreñida a presentarse a un hospital para recabar asistencia para su salud afectada con motivo de esa operación ilegal⁴⁶⁴.

No constituye justa causa de revelación del secreto el tomar conocimiento de la práctica de maniobras abortivas. Su divulgación ocasiona a la paciente el perjuicio que significa tener que afrontar la acción penal. En consecuencia se está en presencia de un hecho que la profesional del arte de curar no estaba obligada a denunciar según la ley de fondo⁴⁶⁵.

⁴⁶³ CPPB Art. 82 ; CPPB Art. 76 ; CPPB Art. 77 ; CPPB Art. 78 SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto. PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁶⁴ CPE Art. 156 SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI) CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

⁴⁶⁵ SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI) CARATULA: I.,D.I. s/Aborto PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votantes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ.

El hecho de que la revelación se haga de un delito de acción pública (arts. 71 y 88, C.P.) no constituye la "justa causa" a que alude el art. 156.⁴⁶⁶

Alcance

Los informes criminológicos y psicológicos pertenecientes al interno, realizados tanto en oportunidad de la detención como en períodos de privación de la libertad anteriores, son de naturaleza estrictamente reservados, y por ello se encuentran amparados por el secreto profesional y solo podrían obrar en el legajo penitenciario bajo la debida interdicción de acceso; por lo que su acompañamiento directo en autos como prueba documental obrante en poder del querellante podría constituir delitos de acción pública⁴⁶⁷.

Ciertamente que aún siendo informes oficiales, no pierden el carácter de secretos para terceros, en este caso la parte querellante.

Proceso penal - Ley aplicable // Violación secreto profesional - Alcance // Defensa en juicio - Declaración contra sí mismo // Investigación preparatoria - Nulidad Sumario 31 de 32

La investigación penal preparatoria iniciada sobre la base de la violación del secreto profesional resulta indudablemente viciada, dado su origen en un acto contrario a las garantías constitucionales de no autoincriminación, debido proceso adjetivo y ejercicio del derecho de defensa en juicio.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ CPE Art. 71 ; CPE Art. 88 ; CPE Art. 156 SCBA, P 39085 S 7-7-1992 , Juez RODRIGUEZ VILLAR (MI) CARATULA: I.,D.I. s/ Aborto. PUBLICACIONES: ED 152, 522 - JA 1993 II, 64 - DJBA 143, 147 - LL 1994 B, 556 - AyS 1992 II, 559. Magistrados Votentes: GHIONE - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE - MERCADER - SAN MARTÍN – Salas. Tribunal de origen: CP0001LZ

⁴⁶⁷ TC0003 LP 27419 RSD-524-8 S 3-4-2008 , Juez BORINSKY (SD) CARATULA: C.G.,D.V. s/ Recurso de casación interpuesto por el querellante. Magistrados Votentes: BORINSKY - VIOLINI. Tribunal de origen: JO0200MP.

⁴⁶⁸ TC0003 LP 52002 RSD-293-13 S 11-4-2013 , Juez VIOLINI (SD) CARATULA: C.N.,Y.J. s/ Recurso de queja. Magistrados Votantes: VIOLINI - CARRAL - BORINSKY. Tribunal de origen: CP0003LZ.

Defensor oficial - Deberes y facultades // Violación secreto profesional - Alcance

*El secreto profesional no es un deber exclusivo para el titular de una Defensoría Oficial, pues no se trata de una cuestión de cargos, sino de funciones; no pudiendo pesar sobre el justiciable distinguir si está o no frente a un profesional obligado a dicho secreto.*⁴⁶⁹

Ciertamente que la obligación de guardar secreto en un ámbito en que a más del defensor oficial se hallan otras personas, es para todas ellas sobre las confidencias que le realice el defendido

REVELACIÓN DE SECRETO OFICIAL

ART. 157 DEL CÓDIGO PENAL :

*“ Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos”*⁴⁷⁰.

1) Consideraciones generales

En el Código Penal de 1906, este dispositivo se hallaba en el art. 164 apartado segundo, hasta que la ley 23077 lo tomó como delito propio del funcionario ampliando la acción violatoria a la de “revelar”.

⁴⁶⁹ TC0003 LP 52002 RSD-293-13 S 11-4-2013 , Juez CARRAL (OP) CARATULA: C.N.,Y.J. s/ Recurso de queja. Magistrados Votantes: VIOLINI - CARRAL - BORINSKY. Tribunal de origen: CP0003LZ.

⁴⁷⁰ Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008.

2) El tipo objetivo.

a. La acción.

Se trata de “revelar, lo que quiere decir tanto como descubrir hechos o documentos contenedores de secretos que corresponden a la administración pública.

b. Objeto.

Son los hechos, actuaciones o documentos que pertenecen a la administración pública

c. Sujetos.

El sujeto activo es el funcionario público que ha tomado conocimiento del secreto en razón del cargo que ocupa. Se exige la relación funcional, es decir que haya conocido el secreto pro el ejercicio del cargo y no caben extensiones.

3) Tipo subjetivo

Es un delito doloso de pura actividad, exigiéndose el conocimiento de que se trata de un secretos, la voluntad de revelarlo a personas que no deben conocerlo.

4) Consumación y tentativa

Se consuma cuando el secreto llega a destino, o sea al conocimiento de la persona que no debe conocerlo, sin necesitar que se produzca un perjuicio a la administración pública y cabe la tentativa.

4.6 VIOLACIÓN DE DATOS PERSONALES

ARTÍCULO 157 BIS DEL CÓDIGO PENAL

“Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.”

1) Consideraciones generales

Se trata de una norma incorporada por la ley de Protección de Datos Personales nro. 25.326. y luego, modificada por la 26388. Como se ha dicho, la primera normativa, tiene como bien jurídico tutelado el derecho al honor -a la intimidad de las personas-, así como también al acceso a la información que sobre las mismas se registre (artículo 1). Dentro de los principios relativos a la protección de los datos personales destaca al “consentimiento” en su artículo 5. Estas dos normas -en conjunto con los derechos de acceso, rectificación, actualización, supresión y confidencialidad (artículos 14 y 16)- constituyen el sustento normativo de la autodeterminación informativa en el derecho argentino.

La ley argentina de Protección de Datos Personales, que es de orden público, entiendo, trata de cubrir ambos ejes de aprovechamiento y control, pues a la vez que consagra el principio de la autodeterminación informativa, habilita el tratamiento de los datos personales en circunstancias y bajo vigilancias determinadas, buscando la mesura.

Por caso, consagra al consentimiento (artículo 5), como requisito de licitud para el tratamiento de los datos personales -determinando los recaudos que éste debe cumplir

y por ello debe ser libre, expreso, informado, por escrito o medio que se equipare; también consagra otros principios que demuestran, también, la protección a la intimidad y a la autodeterminación informativa, ejemplo de ello son la finalidad, calidad, lealtad, confidencialidad y seguridad. Recepiona, también, los “derechos” íntimamente ligados con el manejo del derecho a la protección de los datos personales: ellos son, el derecho a la información, el de acceso y los de rectificación, actualización, supresión y confidencialidad.

Por otra parte y dado lo habitual en el ejercicio de un derecho, este no es de carácter absoluto.

En efecto, del derecho a la protección de los datos personales, al fijarse en la misma ley 25.326 excepciones al principio del consentimiento art.5.2.

“No será necesario el consentimiento cuando:

- a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto;*
- b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;*
- c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;*
- d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;*
- e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.*

Se convierte, entonces con esta regulación, en un derecho relativo. Asimismo, existen datos, que pueden ser íntimos o no, que no nos conciernen con exclusividad, ya que pueden ser recogidos mediando fines científicos o aún comerciales .

Es el caso del Estado que a través de la policía o del poder judicial, a los efectos de viabilizar su poder punitivo que le es de exclusivo y excluyente ejercicio, se encuentra facultado para avanzar y disponer de los datos.

De esta forma surge una excepción al condicionamiento del consentimiento dispuesto en el artículo 5.2.b): *“no será necesario el consentimiento cuando los datos se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o cuando sean utilizados con fines de defensa nacional o seguridad pública”*.

Esta excepción se enmarca dentro de los límites impuestos por la norma art. 23.2 *“El tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin el consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquél los para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad”*

De forma tal que se exige que el tratamiento de los datos personales sin consentimiento de los afectados, quede limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos.

El inciso 3 del artículo 23 agrega: *“Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”*

O sea la obligación de anulación cuando no sean forzosos para las investigaciones que causaron su acopio.

Respecto de la transferencia internacional de datos personales, también se impone medida, pues nuestra legislación nacional faculta la transferencia de los datos personales a otros Estados en lo que es una excepción a la norma general que fija su prohibición artículo 12 *“1. Es prohibida la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales o supranacionales, que no proporcionen niveles de protección adecuados.*

2. La prohibición no regirá en los siguientes supuestos:

- a) Colaboración judicial internacional;*
- b) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el tratamiento del afectado, o una investigación epidemiológica, en tanto se realice en los términos del inciso e) del artículo anterior;*
- c) Transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable;*

d) Cuando la transferencia se hubiera acordado en el marco de tratados internacionales en los cuales la República Argentina sea parte;

e) Cuando la transferencia tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico”.

Visto está que la excepción opera cuando el objeto sea “la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico”.

El artículo 157 bis del C. Penal en su redacción actual ha sido modificado por la ley 26.388 que en su artículo 8° dice:

“Sustitúyese el artículo 157 bis del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 157 bis: Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2. Ilegítimamente proporcionar o revelar a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.”

La ley contempla los siguientes delitos:

- Distribución de pornografía infantil
- Interrupción, obstrucción, entorpecimiento o desvío de comunicación. (e-mail, navegación, mensajería instantánea, etc.)
- Acceso indebido a bases de datos privadas y/o restringidas.
- Acceso o apertura indebida de comunicaciones electrónicas. (e-mail, mensajería instantánea, twitter, e incluso sms si se argumenta que pasan por un sistema informático central)
- Alteración de normal funcionamiento de sistemas.

- Alteración, destrucción y/o inutilización de documentos, programas y sistemas informáticos.
- Venta, distribución o introducción de programas destinados a hacer daño en un sistema informático.

Y plantea las siguientes limitaciones de alcance:

- Los delitos afectan a las personas y no a las empresas, por lo que la empresa donde trabaje alguien que cometa un delito de los contemplados en el modificado Código Penal no se vería afectada
- Los filtros instalados a nivel de servidores que pudieran interceptar comunicaciones (antivirus, antispam, etc.) no se verían contemplados.
- No se penará cualquier acceso a información, bases de datos, comunicaciones electrónicas, sino solo las indebidas (sin derecho o justificación alguna)
- La ley no tiene en cuenta la educación de los usuarios, dando pie a muchos casos en los que el usuario promedio publica sus datos personales y de tarjeta de crédito en Internet, sin tener en cuenta que pueden ser accedidos por cualquiera, y contra eso no hay ley que los proteja.

Efecto de la ley sobre las empresas

Previo a la incorporación de la nueva ley las empresas podían, sin miedo a perjuicio, revisar los e-mail's u otras comunicaciones electrónicas de los empleados dependientes, argumentando que el ámbito laboral provisto por la empresa debía ser utilizado únicamente para los fines establecidos por la misma. Este "abuso" fue motivo de varios altercados entre empleados y empleadores que en algunos casos terminó en lo que podría considerarse como reprimenda improcedente.

La ley de delitos informáticos tiene consecuencias directas en la vida diaria de las empresas. La norma busca proteger la privacidad del correo electrónico, pero obligará a las compañías a establecer y publicar reglas internas para el uso de las herramientas y aplicaciones tecnológicas basadas en Internet.

Sin embargo, las compañías deberán ser cuidadosas en el uso de la tecnología, explicó. Por ejemplo, a partir de esta ley es considerado como un delito el acceso de un correo electrónico sin permiso.

Las organizaciones deberán poner en práctica y comunicar internamente una política de privacidad que en forma clara y definida, informe a sus empleados cuáles son los límites en el uso de las herramientas tecnológicas de la empresa, y cuáles son las consecuencias, advirtió.

Ya se ha enfatizado sobre la importancia de aclarar que la empresa ejercerá un control sobre el correo electrónico del trabajador y la forma en que lo hará, pues la reforma el acceso indebido a los sistemas informáticos es un delito.

Pero este control debe ser ejercido en forma prudente y razonable y no puede abarcar los correos privados de los empleados. Estos, según lo antes expuesto, poseen la protección equiparable a la violación de correspondencia epistolar amparada por la Constitución Nacional.

El paradigma de legislación actual no se encuentra preparado para hacer frente a la cambiante situación en materia informática, mucho menos para adelantarse a dichos cambios en pos de prevenir posibles desastres.

El modelo de tipificación de delitos es una traba importante para el sistema judicial, y bastante ineficiente a la hora de legislar, fue necesaria más de una década de deliberaciones, solo para tipificar los homólogos inmediatos, de delitos preexistentes, para los sistemas informáticos.

Previo a la sanción de la ley 26.388 las sentencias de los distintos jueces solían ser contrapuestas y tornaban al sistema legal en una rueda de apelaciones, es de esperar que este tipo de comportamiento se repita siempre que exista un “vacío legal”.

En el mundo moderno, una inmensa cantidad de las comunicaciones laborales y personales se realizan por medio del correo electrónico. La ley 26.388 ha plasmado un criterio protector de la correspondencia electrónica y, siguiendo los lineamientos de los fallos dictados con anterioridad a su sanción, la ha asimilado a la correspondencia epistolar cuya inviolabilidad gozaba ya del amparo constitucional.

Finalmente se posee una herramienta legal para el procesamiento penal de los “hackers” quienes hasta el momento gozaban de una cierta inmunidad para sus actos delictivos de violación de privacidad y manipulación de datos. Al mismo tiempo la ley contempla los casos de “ethical hacking” estipulando que solo corresponderá pena si el involucrado no cuenta con la autorización adecuada.

La limitación de alcance de la ley 26.388 que establece que los filtros instalados a nivel de servidores que pudieran interceptar comunicaciones (antivirus, antispam, etc.) no se verían contemplados, parece dejar las puertas peligrosamente entreabiertas a herramientas tipo “Carnivore” (un software desarrollado por la inteligencia estadounidense para captar y clasificar el correo electrónico que circule por el servidor donde se encuentre operativo), u otras de similares características que intercepten la correspondencia a en alguno de los nodos externos.

La identidad sigue siendo muy fácil de violar. Y en tanto no existan regulaciones claras y firmes sobre que constituye un sistema informático seguro en este aspecto, la ley 26.388 a mi entender, queda expuesta a ataques desde este flanco.

Las empresas tienen la facultad de vigilar y controlar los correos electrónicos de sus empleados, vigilancia y control que deben ser ejercidos en forma razonable y prudente, estándole vedado el acceso a los correos de carácter privado.

2) El tipo penal

La norma consta de tres incisos:

A- En el primer inciso

La acción es “acceder” a un banco de datos personales a sabiendas e ilegítimamente violando sistemas de confidencialidad; ya entonces, al accionar, debe conocer la ilicitud de su obrar. Se accede, introduciéndose de manera inespecífica toda vez que el artículo refiere que dicho acceso puede ser de cualquier forma. El objeto son los datos personales. Los sujetos. El sujeto activo, cualquier persona, el pasivo el titular de dichos datos personales. El tipo subjetivo requiere de dolo directo, en atención a que la norma estipula “el que a sabiendas” implica conocimiento y voluntad de obrar. También requiere que se acceda ilegítimamente, es decir sin derecho ni autorización. Pone finalmente el broche de cierre en cuanto a la ilegalidad, que se accede violando sistemas de confidencialidad, lo que implica que no debe estar a disposición de cualquiera.

B- En el segundo inciso

La acción típica es revelar a otro la información registrada en un banco de datos personales cuando se halla la persona obligada a preservar el secreto por disposición legal.

El objeto sigue siendo los datos personales, los sujetos pueden ser cualquier persona, sólo que el sujeto activo está obligado a guardar silencio, razón por la cual aparece como garante de esos datos. Al respecto y en beneficio a la brevedad, me remito a las consideraciones efectuadas al tiempo de tratar el tipo penal del art. 156 del C.P.A

C- El tercer inciso

Es el que incorpora la última ley, y está relacionado con la protección del hábeas data, secundado por la base constitucional que le otorga el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina⁴⁷¹.-

La última parte del artículo agrava la pena al funcionario público. Al respecto me remito a las consideraciones realizadas al tratar el tipo del artículo 157 C.P.A

⁴⁷¹ Artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

CAPÍTULO XV

BREVE ENUMERACIÓN Y RESEÑA DE LAS NORMAS EN LOS CÓDIGOS LATINOMERICANOS

I- COLOMBIA.

1) CONSTITUCIÓN DE 1991, ACTUALIZADA HASTA LA REFORMA DE 200.

De los derechos fundamentales

a) ARTICULO 15.

*“Todas las personas tienen derecho a su **intimidad personal y familiar** y a su **buen nombre**, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

***La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.**”*

b) ARTICULO 21.

“Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.”

2) CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA

a) Ubicación legal.

El tipo penal, en este Código, fue introducido en el TÍTULO X caratulado “Delitos contra la Libertad Individual y Otras Garantías y específicamente en el CAPÍTULO QUINTO “De la Violación de Secretos y Comunicaciones”

El primer comentario atinente a tal ubicación, es el relacionado con el bien jurídico protegido que ha sido uno de los puntos álgidos de este trabajo de investigación y estudio, toda vez que en el caso de este compendio normativo, se ha elegido al igual que en el argentino, tener por bien jurídico protegido a la libertad y no a la intimidad.

Así la norma se halla redactada de la siguiente forma:

a) Art. 288. - Violación ilícita de comunicaciones.

“El que ilícitamente substraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de ocho (8) meses a tres (3) años de arresto si se trata de comunicación oficial.

Si el autor del hecho revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de uno a tres años, si se tratare de comunicación privada, y de dos (2) a cinco (5) años si fuere oficial”.

BREVE COMENTARIO

Al tener por objeto de protección la “comunicación privada” esta norma ha abarcado toda la variedad de formas de comunicación y en tal sentido ha evitado la enumeración que, luego, por aplicación de los principios constitucionales de taxatividad y de prohibición de analogía generalmente queda escasa para abarcar todos los supuestos posible de soporte material en los que circule el secreto y obliga a reformas legales.

Las acciones previstas son: *substraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida o se entere indebidamente de su contenido*. En cuanto a las acciones posibles, la enumeración resulta más extensa que la del código español, con lo que se abarcan otras posibilidades. Resulta al menos curiosa la mención “extraviare” toda vez que dicho vocablo implica de por sí una actividad de tipo culposa, aunque como se halla precedido de la condición de que tales acciones deban ser ilícitas, parece ser que primero debería hacerse el sujeto de la comunicación por cualquiera de los medios y luego extraviarla.

Luego, también se incluye la posibilidad de acción sobre una comunicación oficial, no especificando tampoco en este caso a qué soporte se limita y en este caso la pena de agrava, aunque en todo el ámbito de éste artículo las penas resultan ser más benignas en general que las del código español.

En efecto en el art. 197.1 CE, dos son las conductas tipificadas en el tipo básico: el apoderamiento para revelar y la interceptación de las comunicaciones, o bien tres conductas cuando se agrega la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión etc. en cambio en la presente norma, las acciones son “substraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida”.

Por último, también falta el principal ánimo que mueve a la conducta o bien si se quiere la finalidad de dicha conducta, que es, “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro” en el derecho español y que lo hace un delito de tendencia y mutilado de dos actos.

Entiendo que en este caso queda integrado todo el ámbito informático. El accionar debe ser ilícito, y en tal sentido, es sí, este un concepto que corresponde llenar y que no puede ser otra interpretación que implique que tales acciones son sin autorización de quien tiene derecho a oponerse. El delito resulta ser doloso sin exigirse otro elemento subjetivo del tipo distinto de ese dolo.

En la norma española (art. 197.1) prevé que las acciones se desarrollen “sin el consentimiento”, pero como expresé deduce de la condición de “ilegítimamente”.

*b) **Art. 289. - Divulgación y empleo de documento reservados.** El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.*

BREVE COMENTARIO

Esta norma en primer lugar establece la necesidad de que sea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otros, lo que lo hace posible en dos circunstancias alternativas, -la del provecho propio o ajeno-, lo mismo da, y la de perjudicar a otros, con lo cual cualquiera de estas posibilidades que se diera llena el tipo o sea en cualquier caso: asimismo requiere la divulgación o el empleo del contenido, lo que abarca cualquier tipo de circunstancia que lo saque de la esfera de su titular y que el documento sea de los que necesariamente deba permanecer en reserva con lo que le pone una condición al objeto que no es ya la misma que el secreto en general al que tiene derecho cualquier persona.

Este artículo se acerca al contenido del 197.2 del C.E. pero carece de todas las notas de aquel. Por último se trata de un delito residual porque cede ante la posibilidad de configuración de un delito más grave.

El Código colombiano no ha previsto otros supuestos tipificables sí existentes en la ley española, como toda la protección al derecho a la propia imagen, no hace especial referencia al secreto , ni prevé agravantes como el fin de lucro o la realización del hecho mediante el concurso de más personas.

II. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

1) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Art. 28:

“Los papeles de los particulares y sus correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie son inviolables y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación, sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”.

2) CÓDIGO PENAL DE URUGUAY

En el presente ordenamiento el tipo penal se halla en el **TITULO XI**, dentro de los delitos contra la libertad, al igual que en el código argentino y específicamente en el Capítulo I de la libertad individual caratulado “inviolabilidad del secreto.

a) **Artículo 296.** (Violación de correspondencia escrita)

“Comete el delito de violación de correspondencia el que, con la intención de informarse de su contenido, abre un pliego epistolar, telefónico o telegráfico, cerrado, que no le estuviera destinado.

Este delito se castiga con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables) de multa.

Los que abran, intercepten, destruyan u oculten correspondencia, encomiendas y demás objetos postales con la intención de apropiarse de su contenido o interrumpir el curso normal de los mismos, sufrirán la pena de un año de prisión a cuatro de penitenciaría.

Constituye circunstancia agravante de este delitos, en sus dos formas, el que fuera cometido por funcionario público perteneciente a los servicios de que en cada caso se tratare”.

BREVE COMENTARIO

Aquí el objeto de tutela es concretamente la correspondencia, debe existir un fin que es el de informarse de su contenido, en el tipo básico del primer párrafo y el accionar está constituido por la apertura de un pliego cerrado ya sea telefónico epistolar o telegráfico, no requiere de la apropiación como en la ley española. No se prevé en el tipo básico la figura referida a la correspondencia electrónica.

Otra diferencia es que se prevé una pena ya no de prisión sino de multa para este tipo básico.

El segundo párrafo tiene como acción abrir, destruir u ocultar. También referido a correspondencia, encomiendas y demás objetos postales y el fin específico debe ser la intención de apropiarse de su contenido o interrumpir el curso normal. Ya prevé pena de prisión.

En el último párrafo se constituye la agravante para ambas posibilidades cuando el sujeto activo funcionario público del servicio que se trate.

b) Art. 297. (Intercepción de noticia, telegráfica o telefónica)

“El que, valiéndose de artificios, intercepta una comunicación telegráfica o telefónica, la impide o la interrumpe, será castigado con multa de 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables).

BREVE COMENTARIO

En este caso ya se trata de interceptar, interrumpir o impedir una comunicación en sí misma, mediante la utilización de artificios técnicos, como en el caso de la segunda parte del art. 197.1 del C.P. español, cuando se trate de aquella que sea telegráfica o telefónica. Ya que en el caso anterior se protegía el despacho o pliego teleográfico o telefónico en sobre cerrado. Sin embargo en este dispositivo legal no se halla prevista necesariamente la ultra intención de descubrir secretos o vulnerar la intimidad. En este tipo legal tampoco se prevé pena de prisión.-

c) Art. 298. (Revelación del secreto de la correspondencia y de la comunicación epistolar, telegráfica o telefónica)

“Comete el delito de revelación de correspondencia epistolar, telegráfica o telefónica, siempre que causare perjuicio :

- 1. El que, sin justa causa, comunica a los demás lo que ha llegado a su conocimiento, por alguno de los medios especificados en los artículos anteriores.*
- 2. El que, sin justa causa, publica el contenido de una correspondencia, epistolar, telegráfica o telefónica que le estuviere dirigida y que, por su propia naturaleza debiera permanecer secreta.*

Este delito será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 200 U.R. (doscientas unidades reajustables).

BREVE COMENTARIO

Este tipo delictivo requiere como condición que se cause un perjuicio como presupuesto de punibilidad. Luego también requiere para su tipificación que en el accionar no medie justa causa y luego lo divide en dos posibilidades, la primera, que se comunique a los terceros lo que llegó a conocimiento del sujeto activo y en el segundo supuesto que publique ese contenido, aunque la comunicación le hubiera sido dirigida, pero con la condición de que sea en aquellos casos que por su naturaleza debiera permanecer secreta.

Nada se dice de la posibilidad de la comunicación en soporte informático.-

d) Art. 299. (Circunstancias agravantes)

“Constituyen circunstancias agravantes de este delito :

- 1. El que fuera cometido por persona adscripta al servicio postal, telegráfico o telefónico.*
- 2. Que se tratase de correspondencia oficial ;*
- 3. Que la revelación se efectuare por medio de la prensa.*

BREVE COMENTARIO

Las agravantes aplicables a los artículos anteriores están concebidas con relación al sujeto activo (empleado postal) que implica por su calidad de persona que tiene a su alcance con toda comodidad la correspondencia, es mayor su obligación de guarda y por ello, el desvalor de la acción es mayor; en el segundo apartado se refiere al contenido, pues al tratarse de correspondencia oficial hay un interés que excede el particular para ser público y

por último, se refiere al medio de divulgación, pues la prensa importa un medio masivo que causa más daño al bien jurídico protegido.

e) Art. 300. (Conocimiento fraudulento de documentos secretos)

“El que, por medios fraudulentos, se enterare del contenido de documentos públicos o privados que por su propia naturaleza debieran permanecer secretos, y que no constituyeran correspondencia, será castigado, siempre que del hecho resultaren perjuicios, con multa de 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables). “

BREVE COMENTARIO

En este caso se requiere que se obre mediante medios fraudulentos que a mi criterio abarcan todo ardid o engaño que lleve a que el documento sea entregado por la parte pasiva en forma incauta y que se produzca perjuicio. Protege al contenido de documentos públicos que por su propia naturaleza debieran permanecer secretos, excluyendo a la correspondencia.

f) 301. (Revelación de documentos secretos)

“El que, sin justa causa, revelare el contenido de los documentos que se mencionan en el artículo precedente, que hubieren llegado a su conocimiento por los medios en él establecidos o en otra forma delictuosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

BREVE COMENTARIO

Se trata de un tipo que prevé la revelación del secreto pero no establece la forma en que ese secreto, sea proveniente de documento público o privado que por su naturaleza debiera permanecer en ese estado, o sea secreto, pudo llegar a conocimiento del ajeno, siempre y cuando el que revela accione sin justa causa y llegue por cualquiera de los medios descriptos en las precedentes normas, o en forma delictuosa.-

g) Art. 302. (Revelación de secreto profesional)

“El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables).

BREVE COMENTARIO

Se trata del típico caso de la revelación de secreto profesional, pero abarca también a empleados o comisionados. La diferencia con la norma respectiva en el derecho español (art. 199 C.P.E.) es que ésta divide en dos supuestos, el primero dedicado a quien revele secretos ajenos a los que accediere en razón de su oficio o relación laborales, no requiriendo que se trate de profesional, pues está previsto el tipo específico para ellos en el segundo apartado, en el que además de la pena de prisión y multa, que en este caso en mayor se impone, como es lógico la de inhabilitación especial para ejercer la profesión de que se trate. Asimismo, en ninguno de estos casos requiere que el hecho cause perjuicio como en el tipo previsto en la ley uruguaya.-

III. REPÚBLICA DE CHILE

1) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.

“La constitución asegura a todas las personas:...

4° El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”

5° La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”

2) CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.-

Se halla legislado en el punto “5” protegiendo la vida privada y pública de la persona y su familia, rótulo bastante particular dado que no se observa en otras legislaciones.

5. De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia.-

a) Art. 161-A.

“Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

BREVE COMENTARIO

Analizado el tipo penal, no puedo menos que coincidir con la crítica efectuada por Regina Ingrid Díaz de Tolosa⁴⁷² cuando expresa que esta norma, es una muestra de los resultados que se obtienen al legislar materias tan importantes, como lo es la protección penal de la intimidad de las personas, de forma acelerada. Para comenzar he de agregar que el dispositivo resulta tan extenso que es inapropiado para su rápida comprensión.

“La norma en análisis resiste innumerables críticas; su redacción es confusa e imprecisa, lo que conlleva arduas tareas de interpretación... así respecto al inciso primero se analiza, especialmente, si se penaliza la indiscreción o deslealtad en las comunicaciones y actuaciones privadas, mientras que en cuanto al inciso segundo se medita acerca de si se exige el conocimiento de la obtención subrepticia del material por parte de quien lo difunde. Además, se destaca la necesaria interpretación restrictiva de estos tipos, se analiza el interés público como fundamento de la autorización legal o judicial para ejecutar las conductas tipificadas, y de *legeferendae*, se indican las ventajas que tendría introducir un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo como la *finalidad de vulnerar la intimidad de otro*, a fin de salvar las incertidumbres que existen en la actual legislación”.

Y continúa la autora citada, “el artículo 161-A del Código Penal protege jurídicamente la vida privada de las personas. En el inciso primero, se castiga, en general, a quienes, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del

⁴⁷² DÍAZ TOLOZA, Regina Ingrid, “Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, 13 (1):291-314, 2007.

afectado y por cualquier medio, capte conversaciones o comunicaciones, documentos o instrumentos, imágenes o hechos de carácter privado. Mientras, el inciso segundo sanciona a quienes difundan el material obtenido de aquella forma.

No obstante, es preciso dilucidar interpretativamente cuáles son los tipos penales incluidos en el artículo, pues la redacción del mismo es confusa; es claro que el inciso segundo se refiere a la difusión del material conseguido subrepticamente, sin embargo, no se puede distinguir con tal certeza las conductas sancionadas por el inciso primero, v.g. ¿se incluye en la tipificación la hipótesis en la que uno de los interlocutores de la conversación la graba con desconocimiento de los otros?

Por su parte, la escueta redacción del inciso segundo que se refiere a la divulgación del material obtenido ilícitamente, no aclara si es necesario el conocimiento de esta circunstancia por parte del agente, o si siempre que éste hubiere obrado de buena fe, es decir, desconociendo el modo por el que fue obtenida la información, ha de considerarse irrelevante penalmente la publicación de su contenido.

IV. REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

1) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, 1988

De los derechos y deberes individuales y colectivos

Art. 5.

“Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación”

1) CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

Violação de correspondência

- a) Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Sonegação ou destruição de correspondência

- Na mesma pena incorre:

I - quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica

II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;

III - quem impede a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;

IV - quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

2º - As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.

3º - Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico:

Pena - detenção, de um a três anos.

4º - Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do 1º, IV, e do 3º.

Correspondência comercial

b) Art. 152 - Abusar da condição de sócio ou empregado de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência, ou revelar a estranho seu conteúdo:

Pena - detenção, de três meses a dois anos.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

IV- DOS CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DOS SEGREDOS

Divulgação de segredo

c) Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

1º Somente se procede mediante representação.

1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

Violação do segredo profissional

- d) Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

- e) Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

4º Na hipótese do 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Ação penal

- f) Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL.

Crímenes contra la inmunidad

Correspondencia

Violación de correspondencia

Artículo 151. - Devassa indebidamente el contenido de la correspondencia cerrado dirigido a los demás:

Pena - detención, de 1 (un) a 6 (seis) meses o una multa. De retención o destrucción de la correspondencia Pena de 1 - el mismo: I - que erróneamente se apodera de la correspondencia de los demás, aunque no cerrado, en todo o en parte, para engañar o destruir; La violación de telégrafo, teléfono o radio-electrónica II - que indebidamente divulgar, transmitir a otra persona o usa la radio abusivo de comunicación electrónica o telegráfica dirigida a terceros, o la conversación telefónica entre otras personas; III - que impide la comunicación o la conversación se refiere el párrafo anterior; IV - que instale o utilice la radio-estación eléctrica o dispositivo, sin tener en cuenta las disposiciones legales.2 - El aumento de penas a la mitad, si hay daño a otros.3 - Si el agente comete un delito, con abuso de poder en postales, telegráficas, radioeléctricas o por teléfono: Pena - detención, de 1 (un) a 3 (tres) años.4 - Sólo se procede a través de la representación, salvo en los casos de 1,número IV, y 3.La correspondencia comercial

V. REPÚBLICA DEL PERÚ

1) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

El dispositivo de interés para el presente trabajo se halla dentro de los Derechos fundamentales de la persona

a) Artículo 2º en su inciso 6º :

“Toda persona tiene derecho:...

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

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

2) CODIGO PENAL DE PERÚ.-

El Dispositivo se halla dentro de los delitos contra la libertad, en el título IV, en el capítulo II bajo el rótulo “Violación de la intimidad” por lo que se ha elegido también ubicar como bien jurídico protegido la libertad en estos casos y no la intimidad, aunque ésta se menciona ya al rótulo del primer dispositivo.-

a) Artículo 154.- Violación de la intimidad

“El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

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

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

BREVE COMENTARIO

Es primer tipo penal, resulta bastante abarcador, al punto de poder cuestionarse si basta con sólo escuchar para ser penado, ya que la utilización de medios o procesos técnicos es mencionada pero inmediatamente accede a que pueda ser cualquier medio con lo que no se figura otro que la misma escucha física. Por otra parte, puede tratarse de observación, escucha o registro lo que también resulta bastante amplio y la misma observación implica sólo una conducta física del sujeto que mire. El objeto es también muy amplio pues palabra, escrito o imagen puede ser normal, pero lo que excede también es “hecho” esto no se encuentra previsto en ningún otro ordenamiento, al menos de los tratados, podría decirse que se pena el simple curiosidad de un vecino, pudiendo ser difícil de determinar en el caso concreto si media culpa o dolo, ya que, es evidente el delito requiere del dolo. El delito no establece mínimo.

En el caso de los párrafos segundo y tercero, se plasman las agravantes, por revelación del secreto y por el medio utilizado en virtud de la mayor dañosidad.-

b) Artículo 155.- Agravante por razón de la función

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

BREVE COMENTARIO

Se trata del tipo agravado por la calidad de funcionario público del sujeto activo. Al respecto, a fin de no entrar en farragosas repeticiones, me remito al tratamiento que sobre funcionarios plasmara ya al estudiar el tipo respectivo en la ley española.-

c) Artículo 156.- Revelación de la intimidad personal y familiar

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

BREVE COMENTARIO

Trata este artículo de la agravante por el trabajo, no haciendo diferencia de si se trata de profesional o no profesional.-

d) Artículo 157.- Uso indebido de archivos computarizados

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

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

BREVE COMENTARIO

Se trata del delito, similar al previsto en el párrafo segundo del art. 197 del C.P. español.-

e) Artículo 158.- Acción privada

“Los delitos previstos en este Capítulo son perseguibles por acción privada.”

BREVE COMENTARIO.

El tipo de tratamiento procesal es similar al de los demás códigos, e idéntico del argentino.-

VI- REPÚBLICA DEL PARAGUAY

1) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY 1992

Artículo 33 - DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

“La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.”

1) CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

El dispositivo se halla en el capítulo VII *“hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona”* .-

En este caso se elige la intimidad como bien jurídico protegido-

a) Artículo 143.- Lesión de la intimidad de la persona

“1º El que, ante una multitud o mediante publicación en los términos del artículo 14, inciso 3º, expusiera la intimidad de otro, entendiéndose como tal la esfera personal íntima de su vida y especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud, será castigado con pena de multa.

BREVE COMENTARIO

Este inciso resulta al menos curioso, dado que se habla de la intimidad de otro y aunque en un intento de constreñir el término tan amplio, habla de la esfera personal de su vida, en especial vida familiar y sexual, no llega a limitar del término, dejando al juez amplia posibilidades de interpretación creando cierta inseguridad jurídica, la forma del acciona punible, o se ala exposición debe ser “ante una multitud o por publicación.-

2° Cuando por su forma o contenido, la declaración no exceda los límites de una crítica racional, ella quedará exenta de pena.

BREVE COMENTARIO

Aquí hay otro problema evidente. Es que no se entiende qué se entiende por no exceder los límites de una crítica racional, dejando nuevamente en manos de la interpretación judicial la subjetividad de determinar cuál es el límite para punir.-

3° Cuando la declaración, sopesando los intereses involucrados y el deber de comprobación que según las circunstancias incumba al autor, sea un medio adecuado para la persecución de legítimos intereses públicos o privados, ella quedará exenta de pena.

BREVE COMENTARIO

Aquí también establece una causal de exención de pena que queda a criterio del juzgador con, nuevamente, un amplio margen de inseguridad.

4° La prueba de la verdad de la declaración será admitida sólo cuando de ella dependiera la aplicación de los incisos 2° y 3°.”

BREVE COMENTARIO

Aquí establece la posibilidad de probar la verdad de lo declarado y hace pensar más en el delito de calumnias e injurias que en el tipo en estudio.

b) Artículo 144.- Lesión del derecho a la comunicación y a la imagen

“1º El que sin consentimiento del afectado:

- 1. escuchara mediante instrumentos técnicos;*
- 2. grabara o almacenara técnicamente; o*
- 3. hiciera, mediante instalaciones técnicas, inmediatamente accesible a un tercero, la palabra de otro, no destinada al conocimiento del autor y no públicamente dicha, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.*

2º La misma pena se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes:

- 1. de otra persona dentro de su recinto privado;*
- 2. del recinto privado ajeno;*
- 3. de otra persona fuera de su recinto, violando su derecho al respeto del ámbito de su vida íntima.*

3º La misma pena se aplicará a quien hiciera accesible a un tercero una grabación o reproducción realizada conforme a los incisos 1º y 2º.

4º En los casos señalados en los incisos 1º y 2º será castigada también la tentativa.

5º La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo que el interés público requiera una persecución de oficio. Si la víctima muriera antes del vencimiento del plazo para la instancia sin haber renunciado a su derecho de interponerla, éste pasará a sus parientes.”

BREVE COMENTARIO

Esta normativa, por el contrario, es sumamente casuística evidenciando una deficiente técnica legislativa. Establece, el elemento normativo del no consentimiento, se trata de un delito doloso, sin requerir ningún otro elemento subjetivo del tipo distinto del dolo y prevé

la posibilidad de interferir en la intimidad privada también refiriéndose a la propia imagen que no es un ítem que esté previsto en todas las legislaciones. También prevé curiosamente la posibilidad de tentativa en los incisos 1 y 2 y otro dato de interés es que establece la instancia privada con excepción de la de oficio en los casos de interés público y el derecho sucesorio de instar por muerte del titular. Por último diré que la previsión del inciso 2, punto 3 resulta realmente extensiva, abarcando un innumerable cantidad de posibilidades, que deberá el intérprete y operador del derecho de ajustar a lo razonable.-

c) Artículo 145.- Violación de la confidencialidad de la palabra

“ 1º El que sin consentimiento del afectado:

1. grabara o almacenara técnicamente; o

2. hiciera inmediatamente accesibles a un tercero, mediante instalaciones técnicas, la palabra de otro destinada a su conocimiento confidencial, será castigado con multa.-

2º La misma pena se aplicará a quien hiciera accesible a un tercero una grabación o reproducción realizada conforme al inciso anterior.”

BREVE COMENTARIO

En este tipo delictivo, deberá determinarse muy específicamente uqué límite tiene el concepto de confidencial.

d) Artículo 146.- Violación del secreto de la comunicación

“1º El que, sin consentimiento del titular:

1. abriera una carta cerrada no destinada a su conocimiento;

2. abriera una publicación, en los términos del artículo 14, inciso 3º, que se encontrara cerrada o depositada en un recipiente cerrado destinado especialmente a guardar de su conocimiento dicha publicación, o que procurara, para sí o para un tercero, el conocimiento del contenido de la publicación;

3. lograra mediante medios técnicos, sin apertura del cierre, conocimiento del contenido de tal publicación para sí o para un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

2° La persecución penal dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5°, última parte”.

BREVE COMENTARIO

Este es el caso del delito de violación de correspondencia personal. La acción es la apertura de la correspondencia que no le es dirigida. En cuanto la publicación, la norma remite al art. 14 inciso tercero que define como publicaciones a los escritos, cintas portadoras de sonido o imágenes, reproducciones y demás medios de registro.-

e) Artículo 147.- “Revelación de un secreto de carácter privado

1° El que revelara un secreto ajeno:

1. llegado a su conocimiento en su actuación como,

a) médico, dentista o farmacéutico;

b) abogado, notario o escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda;

c) ayudante profesional de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión; o

2. respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley una obligación de guardar silencio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

2° La misma pena se aplicará a quien divulgue un secreto que haya logrado por herencia de una persona obligada conforme al inciso anterior.

3° Cuando el secreto sea de carácter industrial o empresarial, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta tres años. Será castigada también la tentativa.

4° La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 145, inciso 5°, última parte.

5° Como secreto se entenderá cualquier hecho, dato o conocimiento:

1. de acceso restringido cuya divulgación a terceros lesionaría, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado; o

2. respecto de los cuales por ley o en base a una ley, debe guardarse silencio.”

BREVE COMENTARIO

Este tipo penal sí se trata de la violación de secreto profesional. La norma realiza una inusual enumeración de las profesiones que tipifican, dejando afuera, por esa enumeración taxativa, una cantidad de profesionales y para profesionales que actualmente intervienen o que se pudieran incluir a futuro. Luego determina distintos tipos de secretos. Establece la instancia privada y define “secreto”

f) Artículo 148.-

“Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial

1º El que revelara un secreto ajeno llegado a su conocimiento en su actuación como:

1. funcionario conforme al artículo 14, inciso 1º, numeral 2; o

2. perito formalmente designado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2º La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte.”

BREVE COMENTARIO

El código le ha dedicado un artículo especial a los funcionarios junto a los peritos, siendo que estos igualmente ingresarían dentro de cualquier legislación en el carácter de funcionarios, siempre que fueran designados formalmente pero por autoridad, es el caos de los peritos de la justicia que actúan como funcionario como auxiliares de justicia. La duda que queda es si se trata de peritos particulares, pero en ese caso, ingresarían por su responsabilidad como profesionales.

g) Artículo 149.-

“Revelación de secretos privados por motivos económicos

1º Cuando los hechos punibles descritos en los artículos 147 y 148 hayan sido realizados:

1. a cambio de una remuneración;

2. con la intención de lograr para sí u otro un beneficio patrimonial; o

3. con la intención de perjudicar a otro,

La pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco años.

2º Será castigada también la tentativa.

3º La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte”.

BREVE COEMNTARIO

Se trata de tipos agravados en razón del interés económico. La razón de la agravación, es obvio, por el mayor desvalor de la acción, al delinquir por dinero. Especifica la punición del delito en conato y continúa estableciendo la instancia privada.-

VII. REPÚBLICA DEL ECUADOR

1) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.-

El dispositivo de reconocimiento del derecho a la intimidad se halla dentro del capítulo sexto rotulado “ Derechos de libertad”

Art. 66:

”Se reconoce y garantizará a las personas:...20. El derecho a la intimidad personal y familiar...”

2) CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Los dispositivos se hallan en el Título II bajo el rótulo “De los delitos contra las garantías constitucionales y la igualdad racial, en el capítulo V “De los delitos contra la inviolabilidad del secreto”

a) Art. 197.-

“Serán reprimidos con prisión de dos meses a un año y multa de cuarenta a cien sucres, los empleados o agentes del Gobierno y los del servicio de estafetas y telégrafos que hubieren abierto o suprimido cartas confiadas al correo, o partes telegráficas, o que hubieren facilitado su apertura o supresión.”

Comienza con un tipo especial propio toda vez que requiere una calidad especial en el agente, esto es la de ser empleado o agente del gobierno y de servicios de estafetas o telégrafos. La acción es abrir o suprimir o facilitar ambas acciones, de cartas o partes telegráficas confiadas al correo.-

b) Art. 198.-

“Los que, siendo depositarios de partes telegráficas, hubieren revelado su existencia o contenido, a excepción de los casos en que fueren llamados a declarar en juicio y de aquellos en que la ley les obligue a hacer conocer la existencia o contenido de dichos despachos, serán reprimidos con prisión de quince días a seis meses y multa de cuarenta a ochenta sucres.”

BREVE COMENTARIO

Se trata de la revelación del contenido de esos o partes telegráficas y el sujeto debe ser depositario de esos materiales, con lo cual ingresa cualquier persona en tal situación. En cuanto a la justificante ensayada sobre el final, alcanzan con la disposiciones generales sobre justificación, sin tener que especificar este caso concreto.-

c) Art. 199.-

“El que hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicación, la hiciera publicar, o presentare en juicio sin orden judicial, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de cuarenta a doscientos sucres, si el acto puede causar perjuicio a terceros; a no ser que se trate de correspondencia en que consten obligaciones a favor del tenedor de ella, caso en el que puede presentarse en juicio.”

BREVE COMENTARIO

Se trata del caso de la publicación de material no destinado a ese fin, pero en poder del legítimo destinatario. La parte notoria es la que trata de la presentación en juicio sin orden judicial, toda vez que no está prohibido ello en otras legislaciones, toda vez que un expediente judicial si es de derecho privado no adquiere publicidad y si es criminal, puede mediar más de un interés en llevar su contenido al mismo.-

d) Art. 200.-

“En la misma pena incurrirá el que, sin ser empleado público, divulgare actuaciones o procedimientos de que haya tenido conocimiento y que, por ley, deben quedar reservados.”

BREVE COMENTARIO

Este tipo abarca los casos en que ya no se es ni empleado público, ni funcionado, sino un particular que por alguna disposición legal tuviera ese deber de sigilo. Son los casos en que la información pasa a ser secreta por la naturaleza misma de ella y haya una ley que así lo disponga. -

e) Art. 201.-

“El que teniendo noticia, por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin causa justa, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a quinientos sucres.”

BREVECOMENTARIO

Es el caos del normal llamado secreto profesional. Resulta curioso que no prevea también pena de inhabilitación.-

f) Art. 202.-

“Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia.”

BREVE COMENTARIO

Este es un dispositivo que no existe ni en la legislación argentina ni en la española, toda vez que hace la expresa excepción de punibilidad a los padres o maridos, respecto de los hijos, consortes o pupilos. En cuanto a los padres respecto de los hijos, podría en otras legislaciones se solucionado a través del derecho de vigilancia de los hijos menores, aunque el Tratado Internacional de los Derechos del Niño expresa entre sus derecho el de intimidad y de privacidad de su correspondencia. En cuanto al derecho de los maridos, aquí, ya el caso es más rotundo pues no se refiere a las cónyuges en general por lo que puede pensarse que es una norma que sólo habilita al hombre respecto de la mujer siendo una norma completamente perimida y por otro lado, no solucionaría lo insólito de la misma que ambos cónyuges tuvieran ese derecho, toda vez que la persona sigue manteniendo su derecho a la intimidad aunque esté ligada por la sociedad conyugal.

VIII- DE REPÚBLICA BOLIVIA .

1) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA, 1995

Garantías de la persona

Artículo 20:

*“I. Son **inviolables la correspondencia y los papeles privados**, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o substraídos.*

II. Ni la autoridad pública, ni persona u organismos alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.

1) CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA

Los dispositivos penales se hallan bajo el título X “Delitos contra la libertad, Capítulo III “Delitos contra la inviolabilidad del secreto”

a) ARTICULO 300°.- (VIOLACION DE LA CORRESPONDENCIA Y PAPELES PRIVADOS).

“El que indebidamente abriere una carta, un pliego cerrado o una comunicación telegráfica, radiotelegráfica o telefónica, dirigidos a otra persona, o el que, sin abrir la correspondencia, por medios técnicos se impusiere de un contenido, será sancionado con reclusión de tres meses a un año o multa de sesenta a doscientos cuarenta días.

Con la misma pena será sancionado el que de igual modo se apoderare, ocultare o destruyere una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque estén abiertos, o el que arbitrariamente desviare de su destino la correspondencia que no le pertenece.

Se elevará el máximo de la sanción a dos años, cuando el autor de tales hechos divulgare el contenido de la correspondencia y despachos indicados”.

b) ARTICULO 301°.- (VIOLACION DE SECRETOS EN CORRESPONDENCIA NO DESTINADA A LA PUBLICIDAD).

“El que grabare las palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuchare manifestaciones privadas que no le estén dirigidas, o el que hiciere lo mismo con papeles privados o con una correspondencia epistolar o telegráfica aunque le hubieren sido dirigidos, siempre que el hecho pueda ocasionar algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año.”

c) ARTICULO 302°.- (REVELACION DE SECRETO PROFESIONAL).

“El que teniendo conocimiento de secretos en virtud de su estado, ministerio, profesión, empleo, oficio, arte o comisión, los revelare sin justa causa, o los usare en beneficio propio o ajeno, si de ello se siguiere algún perjuicio, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año y multa de treinta a cien días.”

IX- ESTADO UNIDOS DE MEXICO

1) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO

Artículo 16.

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que

rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

2) CÓDIGO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO

Se halla dentro de rótulo “Libre desarrollo de la personalidad” Libro segundo, título noveno. “Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”. Capítulo I “Revelación de secretos”

a) Artículo 210.

“Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.”

b) Artículo 211. *“La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial”.*

c) Artículo 211 bis. *“A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa”.*

CAPÍTULO II. ACCESO ILÍCITO A SISTEMAS Y EQUIPOS DE INFORMÁTICA

d) Artículo 211 bis 1.

“Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa”.

e) Artículo 211 bis 2.

“Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

A quien sin autorización conozca, obtenga, copie o utilice información contenida en cualquier sistema, equipo o medio de almacenamiento informáticos de seguridad pública, protegido por algún medio de seguridad, se le impondrá pena de cuatro a diez años de prisión y multa de quinientos a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Si el responsable es o hubiera sido servidor público en una institución de

seguridad pública, se impondrá además, destitución e inhabilitación de cuatro a diez años para desempeñarse en otro empleo, puesto, cargo o comisión pública”.

f) Artículo 211 bis 3.

“Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

A quien estando autorizado para acceder a sistemas, equipos o medios de almacenamiento informáticos en materia de seguridad pública, indebidamente obtenga, copie o utilice información que contengan, se le impondrá pena de cuatro a diez años de prisión y multa de quinientos a mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Si el responsable es o hubiera sido servidor público en una institución de seguridad pública, se impondrá además, hasta una mitad más de la pena impuesta, destitución e inhabilitación por un plazo igual al de la pena resultante para desempeñarse en otro empleo, puesto, cargo o comisión pública.”

g) Artículo 211 bis 4.

“Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.”

h) Artículo 211 bis 5.

“Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios o empleados de las instituciones que integran el sistema financiero”. (DR)IJ

i) Artículo 211 bis 6.

“Para los efectos de los artículos 211 Bis 4 y 211 Bis 5 anteriores, se entiende por instituciones que integran el sistema financiero, las señaladas en el artículo 400 Bis de este Código”.

j) Artículo 211 bis 7.

“Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida se utilice en provecho propio o ajeno”.

TÍTULO DÉCIMO. DELITOS COMETIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS.
CAPÍTULO I.

K) Artículo 212.

“Para los efectos de este Título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.

Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este Título o el subsecuente.”

k) Artículo 213.

“Para la individualización de las sanciones previstas en este Título, el Juez tomará en cuenta, en su caso, si el servidor público es trabajador de base o funcionario o empleado de confianza, su antigüedad en el empleo, sus antecedentes de servicio, sus percepciones, su grado de instrucción, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la

conducta ilícita y las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito. Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena”.

II) Artículo 213-bis.

“Cuando los delitos a que se refieren los artículos 215, 219 y 222 del presente Código, sean cometidos por servidores públicos miembros de alguna corporación policiaca, aduanera o migratoria, las penas previstas serán aumentadas hasta en una mitad y, además, se impondrá destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

CAPÍTULO II. EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO

I) Artículo 214.

“Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que:...

IV. Por sí o por interpósita persona, sustraiga, destruya, oculte, utilice, o inutilice ilícitamente información o documentación que se encuentre bajo su custodia o a la cual tenga acceso, o de la que tenga conocimiento en virtud de su empleo, cargo o comisión.

V.- Por sí o por interpósita persona, cuando legalmente le sean requeridos, rinda informes en los que manifieste hechos o circunstancias falsos o niegue la verdad en todo o en parte sobre los mismos, y

Al que cometa alguno de los delitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, se le impondrán de tres días a un año de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la comisión del

delito y destitución en su caso, e inhabilitación de un mes a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Al infractor de las fracciones III, IV, V y VI se le impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

XV- CONCLUSIONES

Del profundo estudio realizado sobre la protección del derecho a la intimidad, a través del análisis de los tipos penales de descubrimiento y revelación de secretos, pudo esbozar las siguientes conclusiones:

1. Que históricamente, las legislaciones han establecido una protección muy restringida sobre la intimidad, -entendiendo a la misma como manifestación del derecho de la personalidad íntimamente ligado a la dignidad y al honor- ya que recientemente se ha comenzado a tomar conciencia de la importancia que tiene para los individuos, la protección de su esfera íntima, tanto, que a veces un avance sobre ella, implica un embate tan grave como lo puede ser un ataque contra su propia persona física.

Por otra parte, y para delimitar conceptualmente el tema que da base a la protección legal por ser nada menos que su bien jurídico protegido, la intimidad del sujeto actual, se manifiesta en su domicilio, sus documentos, su correspondencia, y muchas veces su prestigio o tranquilidad espiritual, resultando indispensable que estos soportes de su vida íntima estén a resguardo y libres de toda intromisión.

La Constituciones de los Estados democráticos deben proteger estos atributos de la personas como derechos y libertades fundamentales y por ello, debe estar a la altura de dicho resguardo, sobre todo por el imparable avance en las comunicaciones, que por la aparición de las nuevas vías tecnológicas permite con un conocimiento de la informática tal, que de la mano de sofisticadas herramientas que evolucionan día a día nunca se sabe bien, si la intimidad del sujeto común se halla a salvo de espías, oportunistas, o simplemente de cualquier sujeto que, avezado en el manejo de sistemas, dado que , hoy una

gran cantidad de datos de nuestra vida se hallan en las redes informáticas y casi todos podemos ser seguidos en nuestras actividades diarias. En suma, el ciudadano común se halla indefenso ante tanta tecnología, y me refiero tanto a la informática como a la electrónica en general, abarcando los sistemas de grabación audiovisual con los que se puede, tranquilamente y con un bajísimo conocimiento, violar la intimidad personal y familiar.

Es por ello, que una “saludable” evolución de las normas protectoras no puede detenerse, ya que a cada paso ganado en la creación de dicha normativa, existe uno o más pasos de adelanto en la vertiginosa carrera tecnológica que habilita intromisiones en la vida privada de las personas.

Ésta es la problemática que me llevara oportunamente a elegir este tema como centro de esta investigación, con el objeto y fin de lograr hallar la mayor precisión viable en la tipificación de las posibles conductas que, en algunos casos con el auxilio de las nuevas tecnologías, invaden fácilmente la esfera íntima de todos los individuos; pero, claro está, intentando lograr el delicado equilibrio que requiere una legislación responsable o, en todo caso, una interpretación responsable de la legislación existente que respete los límites constitucionales instaurados que nos mantienen dentro del estado de derecho.

2. Si bien, a lo largo de la historia mundial, española en particular, y en menor caso en Argentina, por su corta historia, se han implementado normas protectoras de las distintas manifestaciones de la intimidad, en general, dichas normas se han mantenido bajo la órbita de la protección del derecho a la libertad, concepto más amplio, aunque abarcador de los demás derechos, pero más inespecífico.

Asimismo, de la observación de la evolución de estas normas, las mismas han respondido al tipo y costumbres de las sociedades en cada época -resulta ilustrativa la norma sostenida durante los antiguos códigos españoles a través del tiempo de la habilitación al marido a violar lisa y llanamente los secretos de su esposa-. Es que, como he adelantado, la legislación, sobre todo en el aspecto de la intimidad, debe amoldarse a los tiempos que corren.

Así, se ha llegado a un sistema actual, el que si bien ajusta muy convenientemente la normativa al bien jurídico intimidad y agrupa los delitos referidos a ella en el capítulo que

ha sido motivo de estudio ya que engloba los tipos delictivos que en el código precedente se hallaban ubicados o distribuidos en diferentes sitios, por caso el de descubrimiento y revelación de secretos entre los delitos contra la libertad y seguridad; la revelación de secretos e informaciones entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; y de otro, las interceptaciones de telecomunicaciones y las escuchas ilegales, entre los delitos cometidos por los funcionario públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, no puedo menos que coincidir con mi maestro, Don Miguel Polaino Navarrete cuando con meridiana claridad dice: “Tal simplificación temática no se ve acompañada, en cambio, por una sistemática estructuración ni por un adecuada sustantivación de las diversas figuras delictivas que en el Capítulo se incluyen, antes bien la inarmónica concentración operada, de manera un tanto irracional en el seno de un título legal heterogéneo, genera contradicciones que no son sólo metódicas, sino que revelan importantes deficiencias valorativas, expresadas en desigualdades punitivas y en lagunas de incriminación”

A lo que agrego que existen imprecisiones conceptuales y valorativas, y que, en cuanto a su técnica, la agrupación de los tipo penales es demasiado extensa, lo que dificulta la labor de los intérpretes, operadores jurídicos y, por sobre todas las cosas, del destinatario de las normas, esto es del simple ciudadano, que debería saber claramente cuáles son las conductas incriminadas, cuando actualmente ese conocimiento deviene al común del individuo sumamente confuso, toda vez que deberá interpretar que se entiende por conceptos tales como carta, papeles, documentos, correo electrónico, imagen, entre otros y examinar en cada caso su alcance para luego, bucear en la extensión de los verbos acceder, apoderar, interceptar, modificar, utilizar artificios etc.

Por otra parte, la rúbrica llama a desconcierto, toda vez que enumera bienes jurídicos que no quedan afectados por algunos de los delitos esbozados en el título, como por ejemplo la propia imagen respecto de la violación de domicilio. Ciertamente que la imagen nada tiene que ver con el domicilio ni viceversa, aunque debo admitir que, de todas formas, ambos comulgan con ser expresiones de la intimidad de todo individuo. Lo correcto hubiere sido que el título, sólo mencionara como bien jurídico protegido a la intimidad como abarcadora de la inviolabilidad del domicilio, de la propia imagen, etc.

En España, esta normativa vigente, aún con los defectos advertidos en su estudio y más allá de cierto caos organizativo, ha venido a poner al día ciertas hipótesis delictivas contra la intimidad, no previstas anteriormente, y por ello atípicas, resultando aunque claramente perfectible por futuras normas, indudablemente provechoso, el avance las reformas operadas a guisa de las leyes 10/1995, 5/2010 y 3/2011.

En Argentina, las últimas modificaciones como lo han sido las de las leyes 25.326 /2001 y 26. 688/ 2008, a más de la consideración de los avances tecnológicos operados socialmente, ha sido empujadas, ideológicamente -aunque en forma tardía-, de la operatividad y preeminencia que a través de la incorporación de los tratados de Derechos Humanos como texto con jerarquía constitucional operara en la reforma Constitucional de 1994. Sin embargo tales reformas no merecieron observación ni modificación alguna sobre el título del Código bajo el cual se insertan las normas, el que sigue bajo los delitos contra la libertad, cuando, ya se verá al tratar el tema del bien jurídico, resulta indiscutible que el mismo es la intimidad.

El beneficio de estas modificaciones es que finalmente se equipara al e-mail y al SMS a la correspondencia. Con tal innovación, a las Empresas, pues sólo les queda realizar una revisión de sus políticas, toda vez que o bien ya no podrán controlar los e-mail de las cuentas corporativas de sus empleados, tal y como lo hacían en la mayoría de los casos, o bien regularlo de alguna forma que no afecte la intimidad ya que ahora, esa actividad, con esta reforma, se halla prohibida.

Todo ello se ha convertido en un tema harto espinoso para conciliar el justo punto entre los intereses de los empresarios y el respeto a la intimidad de los trabajadores, lo que a mi entender podría ser manejado salomónicamente limitando el uso de tales dispositivos o del servicio mismo de internet, limitando también las páginas de acceso, colocando claves, estipulando páginas y correos corporativos propios de la actividad al que pudieran tener acceso escalonado según jerarquías pero nunca, si el trabajador tiene una casilla de correo privada, podrá el empleador tener derecho de pesquisa de dicho correo electrónico. Tal conflicto de intereses, del que no son ajenos ni Argentina y España, derivado de la expectativa que todo trabajador tiene de privacidad en el ámbito laboral que resulta indispensable regular, debe tener como eje central que ese derecho del trabajador a conservar su intimidad aún dentro del contexto laboral, no puede tener carácter absoluto,

sino que debe estar limitado en función de los derechos e intereses legítimos del empleador, relacionadas con la administración eficiente de la empresa y a protegerse de la responsabilidad por perjuicios derivados del uso de la internet.

Aquí llego al discutido tema de si existe o no una categoría de delitos informáticos. Así, hay quien define al delito informático en forma típica y atípica, entendiendo a la primera como a "las conductas típicas, antijurídicas y culpables, en las que se tienen a las computadoras como instrumento o fin" y a las segundas "actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin"-Telles Valez, y quien como Rinaldi, a mi criterio con razón, dice que estamos en presencia de delitos clásicos en los que su naturaleza no varía en gran medida por el hecho de que para su perpetración se haga uso de moderna tecnología relacionada con la computación. Que debe hablarse de una categoría criminológica como delincuencia o criminalidad informática dentro de la cual se agruparán los problemas del procesamiento de datos, relevantes para el derecho penal sin modificar los tipos penales y las conductas a ellos vinculadas. La gran mayoría de los ilícitos informáticos pueden encuadrarse en los tipos penales tradicionales, en la medida en que sistemas computarizados sean utilizados como medio, instrumento, herramienta u objeto de aquellos.

Pero el motivo y fin de este estudio, se dirige fundamentalmente, como vector principal, a la mejor protección que pueda darse de ese atributo humano que constituye el derecho personalísimo que es su propia intimidad; así se ha realizado un recorrido por los diferentes conceptos, y entiendo con Francisco Ruiz Marcó, que es "el reducto privado en el que se desenvuelven algunas de las actividades más vinculadas a la naturaleza del ser humano. Desde sus creencias, hasta determinadas relaciones personales, pasando por sus atributos (identidad, imagen, orientación sexual, salud, etc.) des este ámbito vital manifestado en numerosas vertientes y actividades (imágenes, conversaciones, relaciones etc.) y objetos físicos (cartas, agendas, bases de datos, etc.) se ha reconocido a la persona el derecho a excluir a los demás..." o, ni más ni menos que un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana. En definitiva y combinando ambos ejes, esto es las modernas tecnologías que podrían atacar la intimidad y su concepto mismo, diré que ante el concepto negativo de intimidad como derecho a impedir la

injerencia de terceros en este bien jurídico, se halla una vertiente positiva que deviene a la teoría anglosajona y consistente en las facultades reconocidas a la persona de controlar el uso que hagan terceros de sus propios datos personales (privacy) en un bien jurídico positivo, proyectado socialmente, del que derivan facultades de control sobre los datos e informaciones del individuo en la sociedad tecnológica” o sociedad de información que exige y posibilita que los datos volcados fluyan, de manera tal que los distintos dispositivos, ahora, al alcance de todos, permiten acceder a dichos datos más allá de cualquier control tradicional con grave riesgo a la intimidad y a la libertad de los individuos. Es por ello que el derecho reacciona otorgando protección desde el núcleo mismo del ordenamiento (La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos en el plano del ejercicio de sus derechos. Art. 18.4 CE) y se le reconoce al ciudadano el derecho de control sobre los datos relativos hacia su persona construyéndose el concepto de libertad informática (Privacy o hábeas data) es una suerte de libertad y autodeterminación informativa.

Por ello, y ya en síntesis, sobre estos prolegómenos que fueran el andarivel sobre el que ha girado el estudio de esta tesis puede afirmarse que:

- El derecho a la intimidad no es sólo y únicamente derecho a ser dejado sólo, sino que incluye necesariamente el derecho a controlar a quienes poseen nuestros datos.
- La “libertad” se obtiene con la igualdad de condiciones. Para poder concretar esa libertad es requisito indispensable conocer los datos que existen de nosotros.
- Privilegiar la seguridad por sobre la intimidad atenta contra ambos conceptos.
- Los derechos no son absolutos. Las nuevas legislaciones no prohíben el acceso a la información. Por el contrario, lo legitiman al proteger la intimidad.
- El equilibrio entre el derecho a la información y la autodeterminación informativa” se pretende lograr a través de legislaciones de protección de datos personales. Como en Argentina lo es la ley 25.326, que permiten el tratamiento de los datos personales en condiciones que no afecten la seguridad de la Nación, ni desprotejan a la persona, dando el marco normativo para un manejo de la información de las personas y un tratamiento de los datos personales que garantice la privacidad, al mismo tiempo que la seguridad, coadyuvando a la merecida seguridad de la Nación, en España la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal,

(LOPD), que tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor, y privacidad personal y familiar.

-Una sociedad que protege los datos personales y la seguridad de sus ciudadanos puede jactarse de ser una sociedad verdaderamente democrática.

3. La ley Orgánica 10/1995, junto a la intimidad y el domicilio, protege a la propia imagen que fuera definida como la “facultad que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona para decidir cuándo, por quién y de qué forma pueden ser captados, reproducidos o publicados sus rasgos fisionómicos” .-

El derecho se le reconoce a la persona y no ya a una persona haciéndolo “erga homnes”. La ley abarca a todos y por ende la protección penal también, estatuyendo sobre ese derecho la conminación penal correspondiente que lo protege.

Lo que se protege son los rasgos fisionómicos reconocibles de la persona, sobre los cuales la misma tiene total dominio para conceder o no su captación, reproducción o publicación, por lo tanto el ordenamiento jurídico le da a su titular (cualquier individuo) la capacidad de escoger cuando, por quien y de qué forma. Y cuando se alude a rasgos fisionómicos reconocibles, entiendo que reconocibilidad resulta capital, desde que el atentado a la imagen puede consistir en la reproducción fiel o bien imperfecta pero siempre que permita reconocer de quién se trata, pues cuando se da este supuesto también se incurre en transgresión entrometiéndose y debiendo hallarse el justo punto en la interpretación casuística para no caer en reclamos de personas extremadamente susceptibles.

Estudiamos que la imagen ha sido elevada a la categoría de derecho fundamental conforme los establece la constitución en el art. 18 C.E., reconociendo este derecho conjuntamente con el del honor y la intimidad personal y familiar. Si la imagen representa tal trascendencia que permita hablar de la existencia de un derecho de la personalidad independiente del honor e intimidad o si, por el contrario, ha de afirmarse únicamente su relevancia de ir asociada a éstos últimos. Mediante el agravio a la propia imagen se puede llegar a lesionar tanto al honor como a la intimidad y ello dependerá qué tipo de reproducción se efectúe, toda vez que no todas las reproducciones de la imagen de una persona pueden lesionar estos otros bienes jurídicos. Pero en definitiva, lo que aquí

interesa es la imagen como representante de un contenido estrictamente personalista que lo configura como un derecho fundamental y no patrimonial y es un derecho independiente cuya tutela no requiere de la asociación con los otros mencionados y que la LO 1/82.

En cuanto a los derechos de la personalidad, se ha consignado que -con tal expresión- se acostumbra a aludir a un conjunto de derechos de la propia persona, que constituyen, en definitiva, manifestaciones, tanto exteriores como interiores, diversas de la cada persona singular, su dignidad y su propio ámbito individual. Son aquellos que el ordenamiento jurídico concede para la protección de los intereses más personales de un individuo, de ahí la justificación de tal denominación y no sólo tienen un alcance objetivo (alcance de los derechos y los bienes protegidos en cuestión), sino subjetivo, y quizás por esa razón se les ha otorgado la categoría de derechos subjetivos, aunque con cierta discusión doctrinal en Argentina. Son inembargables e imprescriptibles, características que se desprenden de ser extrapatrimoniales e intransferibles. Es que resulta absurdo siquiera pensar en su embargo, desde que no son transferibles a ninguna otra persona y son imprescriptibles por su propia naturaleza pues su pérdida sólo habrá de producirse con la muerte de la persona, es decir, se extinguen con la personalidad misma. Por último, Sólo pueden ser titulares de estos derechos las personas físicas y nunca las personas jurídicas, dado que no pueden disponer de lo que no tienen, aunque sí puedan disponer de la imagen o de la intimidad de la persona que contrata con ellas.

4. Ya sobre los delitos que fueran materia de análisis, se puede preludear diciendo: que todo tipo penal reconoce funciones muy definidas, principalmente, la que hace a la operatividad del principio de legalidad, que impacta en el principio de reserva -de principal utilidad para el ciudadano en un estado de derecho pues hace la seguridad jurídica- y que se ha denominado función garantizadora, lo que permite al individuo saber exactamente qué es lo que está prohibido, cumpliéndose el mandato constitucional de que lo que no está prohibido se halla permitido o bien dicho el principio de reserva, todo ello en consonancia con la concreción del principio “nullun crimen nulla poena sine lege”. Asimismo la función indiciaria, ya que el tipo legal es indicio de la configuración del delito y primer escalón en la escalera de análisis. la función de instrucción y de conocimiento para el individuo de la sociedad, en palabras de Bustos Ramírez como prevención general cognoscitiva.

Ya tomando rumbo hacia el tratamiento de los delitos que son objeto de estudio, y, sobre la base de los conceptos acuñados por POLAINO NAVARRETE en el sentido de que a la teoría de los elementos subjetivos del injusto debe atribuirse gran parte del logro de concebir el delito no como un acto o hecho irracional, mecánico o puramente aséptico, impersonalizado o meramente objetivo, sino como una acción humana, una acción de una ser racional, esto es, una conducta dependiente de la voluntad humana, con las connotaciones y consecuencias que ello trae desde el punto de vista de la psicología humana, esto se completa con los conceptos de ZAFFARONI ha dado en llamar elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, o elementos subjetivos distintos del dolo que dividió en delitos de tendencia interna excesiva o trascendente y elementos de tendencia interna peculiar y a su vez, dentro de la primera clasificación en delitos de resultado separado y delitos incompletos de dos actos.

A los delitos de intención corresponden aquellos que verifican un determinado fin perseguido por el autor, clasificándolo también en delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado cortado siendo que en el caso del primero la consumación se produce cuando el autor realiza el primer acto, con el fin de llevar a cabo el segundo. Ya dentro de esta clasificación entiendo con POLAINO NAVARRETE que “La finalidad de vulnerar la intimidad de otro afecta la propio objeto de protección de la norma penal. La lesión del bien jurídico protegido resulta de la incidencia típica en su ámbito de elementos objetivos y subjetivos, que según la naturaleza de la acción y del objeto de tutela han de ser valorados por la ley...Los elementos subjetivos del injusto “para descubrir o para vulnerar, configuran un tipo intencional de resultado cortado. El autor realiza dolosamente un acto objetivo con la indicada finalidad específica que no es dependiente de un ulterior comportamiento del propio sujeto.” Es que a criterio del Maestro, la figura no exige indagación cognitiva ni práctica inquisitiva posteriores en el sujeto que se apodera de los documentos con la intención finalista específica del tipo penal.

4. Ya ingresando en los tipos penales, de comienzo, el art. 197 en toda su extensión resulta, en lo que a casuística se refiere, sumamente dificultoso a la hora de aprehenderlo, de tal suerte que he tenido que optar por el tratamiento de sus diversos párrafo, acápite, partes o incisos, de forma separada dedicándoles capítulos independientes, con la sola

agrupación de los tipos calificados. A tal forma que al tratarla sistemática del capítulo, he consignado las acertadas palabras vertidas por Fernández Delgado cuando expresara “Pareciera como si el legislador hubiera sentido una especie de “horror vacui” ante la posibilidad de que alguna conducta actual o futura pudiera transgredir el derecho a la intimidad y no apareciera prevista en la norma”.

Entre los conceptos de difícil interpretación se ha debido desentrañar el de secreto, cuáles son sus aristas de importancia, toda vez que es el objeto por excelencia al que habrá de referenciarse en todos los tipos delictivos de la normativa que fuera objeto del presente estudio. En primer lugar se ha deslindado una diferencia entre secreto e intimidad, toda vez que esta tiene más alcance que el secreto mismo, dando ejemplos referidos al estado de ánimo de una persona o a padecimiento de enfermedades, ambas circunstancias así como todas otras de tal naturaleza que no tienen por qué salir de las esfera íntima del sujeto portador.

El primer tipo penal es el denominado “Secretos documentales”, el que resulta muy amplio, en cuanto protege una extensa gama de soportes que contengan secretos de una persona y secreto, es un «conocimiento», una posesión exclusiva de información; pasando la información a ser el objeto material del conocimiento. Asimismo, resulta que esa información debe ser poseída por alguien y aunque ello no requiere una comprensión cabal de esa información, debe al menos tener la posesión formal o material de la información. En el concepto de lo reservado u oculto, la información es el objeto material del secreto ya que sin la información el secreto estaría vacío de contenido, siendo que ese contenido puede tener diversa naturaleza, que puede consistir en datos, listas, manuales de fabricación dato financieros cuentas bancarias y obviamente datos familiares o bien de salud de una persona siendo de una gran amplitud.

La característica de oculta de la información, hace que el secreto tenga la característica de ser poseído por unos pocos, implica cierta exclusividad o bien que dicha información que hace al secreto no sea de libre o de sencillo acceso, por el contrario si la información puede adquirirse con cierta facilidad o bien si es notoria o circula en canales libre, entonces no llena el requisito de considerarse secreto.

Por otra parte ese secreto tiene una bipartita desde que por un lado es un derecho pero en algunos casos puede constituir una obligación, como en el caso de los profesionales de la

salud o de los periodistas. De todas formas, no ha de confundirse el concepto vulgar de secreto, con la relevancia jurídico-penal del mismo en relación al bien jurídico protegido: la intimidad. Secreto, pues será todo conocimiento reservado, que el sujeto pasivo no quiera que conozca; y tampoco debe confundirse el secreto con el objeto que lo materializa. un secreto pueda ser objeto de amparo, es indispensable que el mismo sea de carácter lícito.

Así se le ha reconocido las siguientes condiciones: a) los elementos propios de lo que se ha de poseer (el secreto como información); b) un “ánimus” (secreto como posesión); y, c) un legítimo, serio, actual o potencial interés. Todo legítimo poseedor tiene derecho a que no se violente su posesión, y a mantener la posesión en el mismo estado, al menos mientras no aparezca alguien con mejor derecho. Es serio quien no mantiene el secreto sólo con un ánimo de juego. Es legítimo, cuando su titular o el poseedor tiene derecho a guardarlo, como ya adelanté no tiene derecho a reservarse un secreto por más seriedad que rodee el caso, quien tiene una información que pudiera causar un mal a terceros. Si el interés legítimo es actual o potencial y serio debe merecer que el Estado deba custodiarlo y protegerlo mediante normas que prevean sanciones conminatorias a sus posibles formas de violación.

En cuanto a qué habrá de consideras secreto y qué no, de lo que se derivará su necesidad de protección o no, depende en mucho de la subjetividad que implica un sinnúmero de posibilidades según la persona en sí misma, la sociedad en la que se halla inmersa, el tiempo cronológico, las circunstancias, etc. La obligación general de secreto consiste en la obligación de no acceder a la información oculta de los demás, sin su autorización o anuencia, pues ya veremos, es condición para su punibilidad, la inexistencia de consentimiento, ya que como se consignara, es este un elemento normativo del tipo penal en trato.

La normativa en estudio protege a una amplia gama de derecho, pues si bien el bien jurídico protegido es genéricamente la intimidad, esta imputa los siguiente derechos: como lo son:

- El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad,

- El derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción
- El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión
- El derecho a no ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
- La gama de derechos intelectuales

El párrafo 1ro del art. 197 actual, se configura como un tipo compuesto, y, dentro de éstos, como lo que se ha denominado tipo mixto alternativo, pues la ley prevé distintas acciones, las de apoderamiento, interceptación y utilización, abarcadas por la misma conminación penal. Se ha dicho que son las conductas tipificadas en el tipo básico: el apoderamiento para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro y la interceptación de las comunicaciones, para esos mismo fines. También se los ha dividido en tres, las dos mencionadas y la utilización de artificios técnicos.

En el tratamiento de este tópico (apoderamiento) es el problema central de la figura, cuanto es el alcance del término, desde que siguiendo los postulados de legalidad máxima taxatividad y prohibición de analogía, la interpretación de los alcance de dicho vocablo marcará la existencia de conductas abarcadas o no por la norma, sobre todo teniendo en cuenta el ya tratado tema de la aprehensión de información por vía electrónica informática.- siendo que como bien expresa Ruiz Marco se trata de un descubrimiento por acceso intelectual y se produce una especie de “traslación posesoria cognitiva”. Esta postura es rechazada por parte de la doctrina, pero la exigencia del apoderamiento en sentido físico, ha quedado desactualizada, teniendo en cuenta los actuales adelantos tecnológicos que permiten a una persona acceder a información sin hacerse del soporte material y sin desplazamiento físico alguno. Es que limitar el concepto de apoderamiento al físico o material implicaría dejar impunes las conductas que el legislador al reformar este tipo penal ha querido abarcar.

De soslayo pero no menos importante ha sido desentrañar cuál es el justo punto para considerar qué tratamiento ha de darse a un apueba obtenida en violación al derecho de secreto particular, lo que me introdujera en el espinoso tema de las “prohibiciones de valoración probatoria” o más sencillamente “prohibiciones probatorias”, “regla de exclusión” o “exclusiones probatorias”, “prueba ilícita”, “prueba ilegal”, “prueba

irregular”, “prueba ilegítima” o “prueba viciada” de lo que se ha concluido que se proscriben la incorporación y valoración en el proceso penal de aquellos medios de prueba que han sido adquiridos mediante la lesión a un precepto legal relativo a su presupuesto y modo de adquisición, es decir, se trata de casos de actividad estatal irregular o ilícita (esto es, aquéllas que se fundan en la lesión de una prohibición de producción de prueba), que resultan excluidas del proceso debido a que su valoración lesionaría otros derechos constitucionales, como el derecho a la intimidad o a la personalidad.

Y siguiendo con la acción de apropiarse el problema se suscitó de la mano del “mensaje de correo electrónico” pues si bien ya nadie tiene dudas acerca de qué se trata cuando se habla de este tipo de comunicación, la controversia se centra en el modo de apropiación que exige la norma pues es la muestra más cabal de un soporte que no podría calificarse de objeto físico en sí mismo. Se ha preguntado si es necesario que el mensaje sea abierto por el sujeto activo lo bien basta para configurar el tipo penal con acceder a un mensaje que, dentro de la casilla privada de alguien, ya se encuentra abierto; también se puede cuestionar, en base a esta primera pregunta, cuándo comienza la ejecución del delito, esto es: cuando se abre la casilla de correos, cuándo se abre el mensaje que aún no fue abierto por su destinatario, si el mensaje es capturado, o reenviado, y sobre esto último, útil sería saber si el reenvío del mensaje a la casilla de correos del sujeto activo, ya basta para considerar que estamos frente a un supuesto de apoderamiento, cuando en realidad, si bien se hace poseedor del mensaje y obviamente de su contenido, el mensaje puede continuar dentro de la casilla del sujeto pasivo. Por último, si bien es cierto que siempre cabe la posibilidad de transformarlo en un objeto físico, como cuando se imprime, pero en ese supuesto no estaríamos frente a otra cosa que no fuera una simple carta.

En cuanto a la acción de interceptar, (art. 197.1.II) Por interceptar se entiende la irrupción o acceso a la comunicación, sin interferir en su prosecución o interrumpirla realizada con la intención finalista consignada en la ley de descubrir los secretos o de vulnerar la intimidad de otro.

Se entiende a toda intromisión, o interrupción u obstrucción de una vía de telecomunicación que permita un acceso intelectual a su contenido. El objeto de tal acción son las telecomunicaciones, siendo que ha de entenderse por telecomunicación, toda comunicación a distancia por medios técnicos. De tal forma, ingresa en el tipo delictivo

toda comunicación realizada por vía telefónica, de correo electrónico, videoconferencia o cualquier comunicación lograda mediante tecnología, lo que previene por nuevos medios que pudieran acontecer en el futuro y en este sentido he de decir que la norma es sumamente abarcativa. Las insuficiencias de la regulación tradicional para sancionar adecuadamente los graves atentados a la intimidad que, a partir de los avances técnicos, empezaron a poderse realizar a través de las escuchas telefónicas, grabaciones sonoras, etc., motivaron la creación de dos preceptos en el anterior código penal por Ley Orgánica 7/1984 y la ley orgánica 18/1994 amplió los tipos de captación de imagen.

El precepto ha traído a estudio de este trabajo de Tesis, el caso de las escuchas telefónicas, que como medida investigadora y de prueba, pueden ser definidas como un medio o instrumento para obtener o descubrir los secretos comunicados a través del teléfono, teniendo reconocidas las medidas de intervención telefónica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial una doble naturaleza toda vez que las mismas cumplen una doble función: investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental).

Ha resultado interesante traer a debate, el alto nivel de injerencia en la vida privada de los ciudadanos, que ha traído la Ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos tras los atentados en Nueva York el 11.09.2001 conocida como la Patriot Act, la cual bajo la justificación declarada de luchar con el terrorismo en Estados Unidos y en el extranjero, autoriza entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los ciudadanos sin autorización judicial previa, lo que ha sido objeto de numerosas críticas desde su entrada en vigor, en atención a que la misma propende a debilitar la protección de las libertades civiles ya que un Estado no debe llegar al punto de perder el equilibrio entre la seguridad pública y las libertades privadas, pues si bien la primera tiene preeminencia sobre la segunda, ya no se puede vivir en una sociedad en donde las garantías individuales se van debilitando, al punto de crearse una psicosis en la que puede llegar un punto en que todo vale, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica y personal de los mismos individuos que la componen.

Ya con relación a la acción de utilización de artificios técnicos escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de

comunicación, se incluye como objeto de la conducta que ya veremos es la mera utilización de esos artificios, la comunicación que se ejecuta en forma directa, sin intermediación entre personas, siempre que no se efectúen estas captaciones por las vías naturales de una persona, es decir requiere la “utilización” de esos artificios técnicos. Si bien es pacífica la doctrina en cuanto a que se excluyen las famosas escuchas a escondidas pero por los sentidos naturales de la persona (oído), se halla discutido en cuanto a si los artificios incluyen también a los micrófonos o a los prismáticos.

La acción típica se realiza con la implementación de los medios técnicos para la captación del sonido, sin embargo, restan los demás elementos del delito y como dice el Profesor POLAINO NAVARRETE, “La configuración legal incurre en una excesiva instrumentación descriptiva de la naturaleza de la acción conminada, en la medida que se formaliza mecánicamente la misma en unos términos que la hacen consistir en la pura y simple utilización de los indicados artificios técnicos”. Su enunciación implica una amplitud tal, que cualquier medio técnico aunque no estuviera destinado al objeto o fin de la norma de escucha, transmisión, grabación o reproducción que pudiera hacerlo ingresar en la norma; no se requiere que el sujeto activo tome conocimiento del contenido, escuchado por sí o comprendido lo escuchado, ya que no es más que una acción puramente formal, siempre, que lo lleve a cabo con la finalidad específica de descubrir los secretos ajenos o vulnerar la intimidad del otro. La conducta de utilización de artificios técnicos, constituye un delito puramente formal, ya que no requiere de la toma de conocimiento, sino que tiene índole instrumental, por lo que también se trata de un delito de mera actividad, diría que este constituye un delito de peligro abstracto, aunque también comulga con los anteriores en cuanto a delito intencional y de resultado cortado, pues todo el accionar doloso debe tener esa ultrafinalidad de ser para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad ajenas, aunque esto no se cumpla. La discusión técnica se centra aquí, ya que por otro lado no requiere de un resultado material, por lo que se trata de un delito de mera actividad, que, para su consumación, no requiere de un resultado material y asimismo, se trata de un delito de intención y de resultado cortado, pues comulga con las mismas finalidades que el anterior. Ese fin posterior puede darse o no, y el delito queda igualmente consumado con la primera acción de interceptar o efectuar la utilización instrumental siempre que esté dirigido a descubrir o vulnerar como medio para ese fin ulterior.

La característica esencial de este accionar es que la norma no exige que efectivamente se acceda a las comunicaciones privadas o se logre captar la imagen, basta con la utilización, obviamente con el fin subjetivo ya indicado y que precede a toda la norma de este apartado. Este aspecto de la norma, resulta sumamente atacable, toda vez que se puede decir que estaría penándose meros actos preparatorios toda vez que se podría hablar sólo de una puesta en peligro del bien jurídico protegido. a mi criterio el delito es de peligro abstracto de dudosa constitucionalidad, toda vez que si bien no es bueno que las comunicaciones sean blanco de cualquier interceptación, o que se utilicen los artificios descritos pro la norma sobre el sonido, la imagen, etc., si ello no daña en el sentido de que el contenido intelectual de tal comunicación o la imagen que se pretende captar no llega a la intelección del agente ni de terceros, no se ha vulnerado intimidad alguna y entonces el precepto legal queda vacío de contenido y por ende de interés para aplicar el poder punitivo estatal.

A guisa de lo tratado, se plantea el problema del delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador. Aunque de modo no infrecuente haya sido presentado así, dicho problema no refleja sólo la tensión entre la libertad de empresa y el derecho de propiedad, por un lado, y los derechos fundamentales del trabajador, por el otro. El correo electrónico es una importantísima herramienta de trabajo que es propiedad del empresario y se la pone a disposición del trabajador, y por lo tanto la pregunta es si éste puede hacer un uso socialmente razonable con fines extra productivos, la respuesta necesariamente debe ser positiva, sin embargo debe resguardarse a la empresa de posibles extralimitaciones de límites. Es que se trata, en definitiva de un problema de límites entre los derechos personales y los empresariales y la debida expectativa de que quien pone a disposición los medios técnicos, no corra el riesgo de verse defraudado y perjudicado, pues ya simplemente la pérdida de tiempo dentro del horario laboral es una pérdida económica para la empresa. En definitiva, he entendido que los derechos no son absolutos y por ello debe llegarse a un equilibrio en el que ninguna parte titular de los derechos en pugna pierda en beneficio de la otra. Así el empleador no podrá husmear en la correspondencia electrónica personal de su empleado pero podrá

limitar el acceso a determinados usos del material software y hardware pone a su disposición

Al tiempo de tratar el tipo del artículo 197 párrafo 2do., sobre la base de que las sociedades modernas se encuentran configuradas como verdaderas “sociedades del riesgo”, en las cuales los efectos adversos del desarrollo de la tecnología, la producción y el consumo adquieren nuevas dimensiones y provocan riesgos masivos a los ciudadanos, aparece la informática que no obstante sus innegables efectos positivos en el desarrollo social actual, tiene también un cariz negativo que puede identificarse con los "nuevos riesgos" que supone la actual configuración social. La criminalización de los delitos informáticos aparece así dentro del proceso de "expansión del Derecho penal", caracterizado por la inflación de ésta rama del ordenamiento jurídico.

La Red posibilita la distribución indiscriminada de contenidos ilegales o pornográficos, el espionaje y el acceso a información confidencial y personal de modo casi indetectable, la causación de daños y perjuicios de difícil cuantificación con una mínima infraestructura, o la proliferación de «ciberterroristas» y «ciberespías», por citar sólo unos ejemplos. Además, el mundo virtual ofrece mayores facilidades para la comisión de delitos: así, las pruebas son endeble y fácilmente alterables, la lentitud en la tramitación de los procedimientos de investigación y enjuiciamiento favorece la destrucción o inutilización de las pruebas o, en fin, el enmascaramiento del autor y el empleo de «personalidades virtuales» arroja incertidumbre e impunidad en la identificación del delincuente. Igualmente, debemos apuntar que muchos de estos delitos no son descubiertos, son descubiertos tarde o por puro azar. En este sentido, existe una «macro-victimización» muy difícil de determinar y cuantificar.

Sin embargo, es aquí donde debe actuar la medida en definir político-criminalmente los límites de la punición penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad. determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho Penal, considera hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho Penal, para no restringir la esfera de la libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable El Derecho Penal debe, por tanto, responder ante estas nuevas amenazas haciendo uso de sus técnicas e instrumentos, pero sin olvidar sus principios estructurales y en especial el principio de última ratio. Hoy en día se enfatiza la necesidad de un sistema penal eficaz frente a las

nuevas formas de criminalidad propias de un mundo globalizado. Pero el Derecho Penal no puede convertirse en un sistema que deseche la Justicia. Expresa con acierto, POLAINO ORTS, cuando entre las conclusiones a su obra, resume que: “las sociedades post-industriales se caracterizan porque la maximización de la protección del riesgo (la seguridad como bien jurídico penal) ha propiciado varias tendencias en la Dogmática jurídico-penal entre las que cabe destacar: La anticipación de las barreras de protección y de punición, una ausencia de reducción proporcional de la sanción penal correspondiente a dicha anticipación, una identificación material entre injusto tentado e injusto consumado, el paso de una legislación de “protección” a una de “combate” contra la criminalidad, etc.. En el seno de un ordenamiento democrático esa orientación tiene carácter de excepcional.

Siguiendo con el análisis, el artículo 197.2 protege los datos registrados en ficheros, en tanto que la conducta del artículo 197.3 afecta datos que no necesariamente son responsables, ni necesariamente están registrados en ficheros y añade el acceso a los programas, en el segundo tipo no se requiere un ataque a la intimidad, sino que se persigue el mero intrusismo, siendo a criterio de este autor el bien jurídico protegido la integridad e indemnidad del propio sistema que contiene los datos, protege la seguridad de los datos informáticos, no requiere del especial elemento subjetivo de vulnerar la intimidad, pero sí implícitamente la de descubrir secretos, pues el acceso no debe estar autorizado. Se lo ha calificado, en definitiva como delito barrera u obstáculo, generando no pocas dudas acerca de su correcta intrusión en este título.

El apartado 4to, de agravamiento por cesión o difusión a tercero de lo descubierto, aunque contiene dos apartados que se diferencian claramente ya que uno contiene un tipo cualificado y el otro un tipo atenuado. El tipo cualificado aumenta la pena dado que a la conducta descrita en el tipo básico, se le agrega la conducta que implica divulgar ese secreto a terceros, con lo que se culmina el atropello contra la intimidad. Ceder es dar, transferir, traspasar a otro una cosa, acción o derecho. Difundir es extender, esparcir, propagar físicamente y Revelar en su primera acepción es “Descubrir o manifestar lo ignorado o secreto. Para que se configure este tipo atenuado, o en el concepto de Fernández Teruelo, el delito de indiscreción, es necesario también la divulgación en el sentido ya definido en el tratamiento del párrafo anterior. Se trata de un tipo de era revelación sin previo descubrimiento.

El apartado 5to., denominado tipo agravado en razón de la condición del sujeto activo es un tipo penal calificado por el especial deber de lealtad del sujeto activo. El punto aquí fue establecer el alcance de la expresión personas encargadas o responsables de esos ficheros o soportes. Es un tipo cualificado por la cualidad personal del autor, que reviste una posición de garante, por ser encargado o responsable de los soportes de los secretos personales protegidos por la disposición legal. Tienen una posición predominante en la custodia y protección de los datos

El apartado 6to., tipo agravado en razón de la especial sensibilidad de los datos o de la especial condición de la víctima, responde en su mayor reacción punible a que se trata de datos sensibles que responden a los previsto por el art. 16.2 de la Constitución Española y por la salud, origen racial y sexual art.7.3 LORTAD se trata de una mayor punibilidad teniendo en cuenta que se vulnera la intimidad en sus aspectos más esenciales de la personalidad. Luego también por el especial estado de vulnerabilidad de los sujetos pasivos, esto es menores de edad e incapaces.

En este precepto toma especial relevancia al protección de los menores de edad, que, tras la consagración de los derechos esbozados en las normativas internacionales que en casos como en la Argentina, han tomado jerarquía constitucional, dan carta de ciudadanía a prerrogativas que les fueran negadas históricamente, mediante el avance de los mayores que se erigían en su calidad de controladores, cuando hoy el paradigma es el de protección integral, que propende el respeto mayúsculo a todos sus derechos en su carácter de personas en desarrollo.

El tipo penal del apartado 7º, agravado por el fin lucrativo. Como elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, siguiendo a POLAINO NAVARRETE debe ser interpretado desde una tesis amplia, pues no restringe los límites del propio concepto de “lucro”, ni sus caracteres materiales, ni los posibles sujetos destinatarios del lucro perseguido predicándose tal amplitud desde varios frentes, ya que no sólo debe entenderse el “lucro” como beneficio económico directo, sino antes bien, como cualquier beneficio directo o indirecto, económico, patrimonial o moral, valuable económicamente o no, que se pueda pretender obtener abarcando, entonces, cualquier provecho o favorecimiento o beneficio cuya obtención sea pretendida. En segundo término basta con su potencialidad., se requiere la mera intención lucrativa y en tercer término que cuando el legislador exige el

ánimo de lucro no prejuzga, salvo disposición en contrario- el destinatario del mismo, por lo que el lucro perseguido puede ser propio o ajeno. En cuarto lugar, el fin al que se destina el lucro pretendido, es independiente de la propia existencia del mismo en el ánimo del agente. El hecho de que se destine a un fin loable no le quita la característica de elemento idóneo a los efectos de la concreción del tipo penal, en quinto lugar, dicho ánimo de lucro no necesariamente debe conllevar un desmedro patrimonial ajeno.

El inciso 8º, Se trata de un nuevo tipo penal agravado, introducido por la LO 5/2010 que cualifica todos los tipos penales descritos en los apartados anteriores, conforme la línea doctrinal de un derecho penal del enemigo, por la especial gravedad que representa la realización de las conductas típicas y que debe recibir una respuesta punitiva del Estado especialmente grave también por razones puramente preventivas. Como el precepto en estudio establece dos posibilidades, las dificultades interpretativas sobre qué ha de entenderse como organización criminal quedan de lado, siendo punible tanto si los hechos los producen las agrupaciones criminales como si son concretadas por grupos criminales, en este último caso con condiciones típicas más laxas, como la posibilidad de que se trate de organizaciones transitorias y que actúan en forma ocasional. La mayor penalidad se debe a la mayor peligrosidad que implica que las conductas las realicen este tipo de organizaciones pues las víctimas se hallan más indefensas y con ello el bien jurídico protegido en mayor peligro

El tipo agravado por la condición del sujeto activo de autoridad o funcionario, del artículo art.198. Aquí el funcionario público actúa por completo fuera del marco de su competencias, es decir como un particular, pero prevaliéndose de su especial condición. La cualidad funcional del sujeto activo es determinante. Se exige que la autoridad realice su comportamiento concurriendo tres circunstancias claramente determinadas en la norma, estas son: 1) Fuera de los casos permitidos por ley. 2) Sin mediar causa legal por delito. 3) Prevaliéndose de su carácter público. “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”, pero no hay en el caso una conducta pluriofensiva, pues aquí únicamente se protege la intimidad que constituye el objeto de protección y no se tutela el correcto ejercicio de la función pública. Conforme lo establece el artículo 24. 2 del Código Penal español, se considerará funcionario público, todo aquel que a) “por disposición inmediata

de la ley”, b) “por elección” y c) “por nombramiento de autoridad competente”, <<participe en el ejercicio de funciones pública.

Se relaciona específicamente con la temática de la legitimidad de la obtención de la prueba por parte de los funcionarios y el reconocimiento de la validez de la misma en el proceso penal. Lo importante en el estudio de este precepto es que la verdad real no puede obtenerse a cualquier precio, pues en el proceso penal no todo lo vale. La denegación de efectiva garantía judicial de derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona es algo que no puede ser pasado por alto en un Estado de Derecho, ya que el avasallamiento de los derechos convierte en ilegal la prueba obtenida en violación de garantías constitucionales y constituye por parte del ofensor una actividad delictiva sancionada por la norma penal. Así, la obtención de prueba ilegal debe ser rechazada y no puede fundar válidamente ninguna investigación judicial y mucho menos una condena.

El sujeto activo será el funcionario o autoridad que tenga conocimiento de un secreto en virtud de su función, como un delito especial propio, no exigiéndose la revelación del secreto o de la información privilegiada, pues sólo se habla de “hacer uso”, así las cosas podrían surgir supuestos en los que la información permitiera obtener el beneficio buscado, sin tener que vulnerar la confidencialidad. El beneficio económico, ya sea para el funcionario público o para un tercero; puede tratarse de un beneficio dinerario o de cualquier otra índole siempre que resulte evaluable. Se consume cuando se hace uso de la información, si requerir haber obtenido los beneficios, que serían parte del agotamiento del delito. Se trata de un delito subjetivamente configurado, se establece un elemento subjetivo del injusto, que se integra por el ánimo del funcionario de obtener un beneficio económico por parte del funcionario público para sí o para un tercero. Asimismo se trata de un delito intencional de resultado cortado, en el que el sujeto activo lleva adelante un determinado comportamiento con la finalidad de obtener una meta ulterior, no dependiente de la voluntad del propio agente. También se prevé el ánimo de lucro, que implica el elemento subjetivo del injusto que exige “la pretensión finalista de enriquecimiento, mediante la obtención de un beneficio propio o ajeno”. El tipo agravado se produce cuando resultare “un grave daño para la causa pública o para un tercero”. En este caso se impondrán las penas en su mitad superior, de obtenerse el beneficio económico y habrá una inhabilitación para ejercer la función pública. Revelación de secretos conocidos por

razón del oficio o relaciones laborales. el secreto profesional, se halla en el tipo penal del art.199, respecto del cual tiene especial importancia el sustento filosófico que lo sostiene y por ello he dedicado unos párrafos a los aspectos deontológicos toda vez que la deontología afecta a todas las actividades profesionales, pero, sin duda, queremos resaltar que es en el ámbito médico donde alcanza especial importancia por la trascendencia de las funciones que sirven sus profesionales: la curación de la enfermedad y la evitación de la muerte de los pacientes

El bien jurídico es el mismo, esto es la intimidad del tercero, y la conducta también puede resumirse en descubrir o revelar o divulgar secretos conocidos en el desempeño de un oficio o relación laboral, o en el ejercicio de una profesión. El sujeto activo se halla con relación al pasivo en una relación de dependencia o subordinación que puede tener base contractual o que tal relación se origine en especiales deberes de sigilo. La estructura del secreto ofrece una situación en la que una persona confía a otra portadora de un status especial una información, recibiendo seguridad de que aquella no trascenderá fuera al ámbito de la relación. En el caso del secreto médico es en el que se producen las mayores controversias cuando median circunstancias que podrían considerarse justa causa para su relevamiento.

El secreto profesional involucra una manera de asegurar, proteger y no revelar la información que se ha obtenido a través de una relación de confianza, su génesis radica en la necesidad, en toda sociedad y para cualquier individuo de compartir con otra apersona y en forma voluntaria, información sobre circunstancias o situaciones propias dentro de un marco de intimidad para en la mayoría de los casos obtener alivio o bien soluciones a un problema en atención a la calidad de la persona oyente que se halla habilitada para ello. Por ello, se requiere al menos dos partes o bien personas, una que confía y la otra que recepta y que debe tener un status particular que lo obligue a la confidencialidad.

El tipo del artículo 200 La protección penal de los datos de las personas jurídicas .

En este dispositivo, se tiene a las personas jurídicas como sujeto pasivo de los delitos contra la intimidad, ya que protege su datos; sin embargo la discusión se centra en que la protección de esos datos o informaciones de esa sociedad o empresa podrían ingresar en el art. 278 C.P., ya que parte de la doctrina considera que la intimidad es un bien jurídico difícilmente predicable de las personas jurídicas. Así MORALES PRATS entiende que lo

que se protege en este precepto son datos de personas jurídicas con trascendencia en la intimidad de las personas físicas. Por consiguiente, se entiende, por lo general, que el artículo 200 del CP debe integrarse exclusivamente con aquellos datos reservados de las personas jurídicas que tengan trascendencia para la intimidad de las personas físicas (por ejemplo datos de los socios, directivos, empleados, etc.). En la doctrina hay, sin embargo, hay quien sostiene que las personas jurídicas tienen intimidad (criterios de administración, control, aspectos contables, infracciones...). No es desacertada la postura que a la luz de las nuevas reflexiones del T.C. tiene sobre el significado del derecho al honor y la inclusión de las personas jurídicas en su ámbito de protección y se llegue a postular la posible aplicación a las personas jurídicas de un concepto amplio de intimidad. Y asimismo se puede, defender, que las personas jurídicas tienen derecho a mantener una esfera de reserva y confidencialidad y a preservar datos que les conciernan (y no constituyan estrictamente secreto de empresa). En definitiva, el objeto de protección del artículo 200 del CP está constituido por informaciones que no atañen directamente a las personas físicas que componen la persona jurídica (que es un ente autónomo y distinto de éstas) ni puede considerarse, propiamente, secreto empresarial. Y nada impide que puede considerarse a las personas jurídicas como titulares del derecho a la autodeterminación informativa.

Siguiendo un criterio similar al de la normativa argentina, la perseguibilidad y procedencia de la acción, sí como el perdón del ofendido, previstos en el artículo 201, el legislador ha seguido el reclamo -para estos tipos penales contra la intimidad- de ser delitos perseguibles a instancia de parte, entre otras razones, por ser estrictamente particular el interés en juego, por la existencia del criterio cada vez más extendido de pasar al campo de los delitos privados un número más amplio de infracciones de ese derecho “tan profundamente público” como es el Derecho Penal de hoy y, además, y sobre todo, por la intención de salvaguardar la esfera íntima del individuo, que una vez dañada por el delito, podría verse perjudicada nuevamente por la intervención de esta rama del Derecho, debiéndose dejar en manos del sujeto pasivo, la decisión de si le es o no conveniente denunciar los hechos a fin de no verse afectado nuevamente por un proceso. Se aborda aquí el interesante y novedoso tema de la re victimización, que sabido es tiene gradaciones.

A mi entender, definitivamente, en una época en que la victimología ha devuelto el papel usurpado durante siglos a la víctima, lo mínimo que el derecho penal puede hacer es

evitar nuevas victimizaciones a quien ya ha tenido que sufrir, dejando a criterio de la misma, en una especie de principio de oportunidad aplicado, la conveniencia o no de poner en marcha los mecanismos de investigación y represión. Aunque la privatización del “ius persecuendi” no alcanza el nivel máximo, puesto que no requiere la formalización de querrela por parte de la víctima, pero la persecución del delito queda sometida al condicionamiento del impulso de parte, centrado en la imposición de la denuncia”.

Este artículo se estructura en tres apartados. El primero de ellos, en consonancia con otros tipos previstos en la normativa vigente, le ha impuesto un orden jerárquico, escalonado y excluyente para incitar el procedimiento de investigación, dando preeminencia siempre, primero al agraviado y conciliando de esta forma, el derecho constitucional a la intimidad con el interés general de persecución de las infracciones que la vulnera, estableciendo que sólo se podrá proceder por estos delitos, mediante la denuncia de la persona agraviada o su representante legal, a menos que el individuo no pudiera hacerlo por sí, en cuyo caso, cabe el supuesto de intervención del representante legal, y por imposibilidad física, psíquica o por minoría de edad, también se encuentra gradado, pues a la posibilidad de que efectivamente accionen sus representantes legales, queda la chance de que accione el Ministerio Público Fiscal en favor de los mismos, toda vez que en estos casos el Estado viene a compensar la protección de la menor capacidad legal del individuo, ejerciendo su función protectora y cumpliendo con el objetivo de que no existan trasgresiones que afecten a los particulares y que no sean investigados por imposibilidad de hacerlo las mismas víctimas en aquellos casos en que la ley les impone la carga de accionar

En el apartado tercero, se otorga eficacia extintiva al perdón, condicionado, del ofendido o de su representante legal, que alcanza tanto a la acción penal como a la pena impuesta (singular forma de extinción de la misma) con lo que se configura así la intimidad como un bien disponible hasta el final, por consiguiente, queda excluida la eficacia en los supuestos comprendidos en el apartado anterior.

Por último, sin perjuicio de las referencias que a lo largo de esta investigación se efectuaran con relación a la comparación con la normativa argentina pertinente, se da un tratamiento rápido a lo que en este país se ha rotulado como “El delito de violación de secretos y de la privacidad”

Allí las acciones punibles, se reprimen como conductas que atentan contra la libertad de los individuos relacionadas con su intimidad; tal como se ha explicado largamente al tratar el bien jurídico protegido en ambos ordenamientos.

En efecto, al tiempo de elegir su ubicación sistemática, el capítulo correspondiente a estos delitos se halla dentro del título V “Delitos contra la libertad”. El Capítulo III del Título V del Código Penal ha sido reformado por la ley 26.388, que incorporó al rótulo de la “Violación de secretos y de la privacidad” , dando cumplimiento a las obligaciones que el Estado Argentino asumiera no sólo a suscribir los convenios internacionales que aluden al tema, sino al hacerlos texto con jerarquía constitucional.

En definitiva, se protege un aspecto importante de la libertad en una esfera tal que no se reduce sólo al secreto, ya que el círculo jurídicamente protegido es mucho mayor siendo que la última incorporación del art. 157 bis pena también la violación a los sistemas de confiabilidad y seguridad de datos accediendo a un banco de datos personales y su agravante cuando ese banco de datos tuviera que preservarse por disposición de la ley agravándose la pena para el funcionario público.

La libertad como un bien jurídico protegido en su sentido más amplio, abarca también la protección de la integridad, la dignidad y la intimidad. El concepto libertad congloba a estas tres, pero a su vez, cada una de ellas conforman e integran el concepto de libertad en los delitos analizados, máxime si tenemos en mérito las nuevas figuras incorporadas (como es el caso de la “trata de personas”-art. 145 bis y ter del Código Penal-) de carácter pluriofensivas donde la libertad resulta ser el núcleo vulnerándose también la integridad, la dignidad e intimidad de la persona humana.

En este último punto, se ha entendido por intimidad el ámbito vital de carácter privado en el que se desarrollan algunas de las actividades más vinculadas a la naturaleza del ser humano. Dentro de las manifestaciones de la intimidad alcanzadas por el bien jurídico “libertad”, debemos destacar las que podemos denominar “intimidad corporal” e “intimidad psicológica”, las que sin duda se encuentran afectadas con la realización de las conductas típicas alguna de las figuras previstas por el Código Penal en el capítulo “Delitos contra la libertad individual”, tal por caso, la privación ilegal de la libertad (en su tipo simple o calificado), la reducción a la servidumbre, las severidades y la trata de personas, aunque el agrupamiento resulta constitutivo de figuras muy diversas.

La violación de secretos en general esta regulada en el Capítulo III (Violación de Secretos, arts. 153 al 157 bis del C.P.), del Título V (Delitos contra la Libertad), del Libro Segundo (De los Delitos) del Código Penal. Protege la incolumidad de: la intimidad de la correspondencia y de los papeles privados (arts. 153 al 155 de dicho texto sustantivo, por derivación expresa de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N. y, en función del último, los arts. 12 de la DUDH, 11.2. de la CADH y 17 ap. 1 y 2 del PIDCyP); los secretos y la libre comunicación entre las personas. Entiendo que con la incorporación del art. 157 bis en este Capítulo por vía del art. 32 de la Ley 25.326 de “Protección de los Datos Personales” debemos agregar: la información que se hallare registrada en un banco de datos personales. Si bien puede válidamente argumentarse que, al fin y al cabo, esto no es más que otra manifestación de la “intimidad” y en tal sentido entenderse integrado en aquélla, no sólo por la novedad sino por la trascendencia general de la largamente demorada ley sobre la materia, considero que merece destacarse por separado.

El tipo del art. 153 bis, incorporado por la ley 26.388 puede decirse que se trata de un delito de peligro, ya que configura un intrusismo o acceso informático ilegítimo que además de privar al titular de la información a la que se accede de su confidencialidad y exclusividad, lo que vulnera el ámbito de su intimidad como extensión de los atributos de la persona. En lo específico, afirman, esta figura supone vulnerar la confidencialidad de la información en sus dos aspectos: exclusividad e intimidad. En cuanto a que se trate de un delito de peligro, es discutible si se trata de un peligro concreto, en cuyo caso debe admitirse que hay un peligro de daño concreto al bien jurídico de forma instantánea con el acceso ilegítimo con los caracteres típicos. Pero se lo ha caracterizado como delito “de antesala” o “delito barrera o obstáculo” incluso se ha interpretado podría constituirse en una suerte de acto preparatorio punible con olvido del principio de lesividad.

Tiene importancia capital en los tiempos que corren, por ello, las diferentes legislaciones del mundo han regulado este procedimiento desde el punto de vista del derecho administrativo y civil y para protegerlo como “ultima ratio”, en todo o en parte, se han añadido mecanismos jurídicos de tipo penal, para tutelar los derechos al acceso a la información, las facultades estructurales del habeas data (conocimiento, actualización, rectificación y cancelación de datos); y por supuesto, los derechos fundamentales, tales como la intimidad.

Asimismo, el art. 157 bis., merece que se le dedique algunas palabras en las conclusiones, toda vez que es otra de las grandes reformas. Se trata de una norma incorporada por la ley de Protección de Datos Personales nro. 25.326. y luego, modificada por la 26388. La primera normativa, tiene como bien jurídico tutelado el derecho al honor -a la intimidad de las personas-, así como también al acceso a la información que sobre las mismas se registre (artículo 1). Dentro de los principios relativos a la protección de los datos personales destaca al “consentimiento” en su artículo 5. Estas dos normas -en conjunto con los derechos de acceso, rectificación, actualización, supresión y confidencialidad (artículos 14 y 16)- constituyen el sustento normativo de la autodeterminación informativa en el derecho argentino.

La ley argentina de Protección de Datos Personales, que es de orden público, y trata de cubrir ambos ejes de aprovechamiento y control, pues a la vez que consagra el principio de la autodeterminación informativa, habilita el tratamiento de los datos personales en circunstancias y bajo vigilancias determinadas, buscando la mesura. Por caso, consagra al consentimiento (artículo 5), como requisito de licitud para el tratamiento de los datos personales -determinando los recaudos que éste debe cumplir y por ello debe ser libre, expreso, informado, por escrito o medio que se equipare; también consagra otros principios que demuestran, también, la protección a la intimidad y a la autodeterminación informativa, ejemplo de ello son la finalidad, calidad, lealtad confidencialidad y seguridad. Receta, también, los “derechos” íntimamente ligados con el manejo del derecho a la protección de los datos personales: ellos son, el derecho a la información, el de acceso y los de rectificación, actualización, supresión y confidencialidad.

Por último, un tema que merece ser destacado los constituye el dilema suscitado en torno a los derechos y obligaciones emanados de la violación del mal llamado secreto profesional. He dicho mal llamado toda vez que abarca también sujetos que no son profesionales en sentido estricto. Aunque la norma presenta similitudes con la española, en este capítulo se han tratado las controversias atinentes en especial al secreto médico, toda vez que involucra el delicado tema de la confiabilidad que pone en jaque hasta el derecho a la salud en su expresión más alta y amplia de protección.

Ya finalizando y a los efectos de redondear un panorama que en mi caso es de interés por la regionalización de los aspectos penales del derecho en América, de la recopilación y breve recorrido por las normas de la región, surge que, existen normas en todas las constituciones que amparan el derecho de los individuos a que esta manifestación de su intimidad sea protegida y en los códigos penales dispositivos de protección de la intimidad similares a los Argentina y España, claro está, en algunos casos con una protección más amplia y en otros menos amplia, pero manteniéndose los mismos en la mayor parte de los casos agrupados bajo la protección el derecho a la libertad.

En definitiva, más allá de las observaciones que a lo largo de estas conclusiones he ido desgranando, esta investigación que he direccionado hacia los temas de conflicto y a través de todos los delitos que afectan la intimidad y especialmente los nuevos delitos que amparan la intimidad informática, me permite esbozar, que el nudo central de toda la normativa analizada y de las futuras reformas, habrá de pasar por las decisiones de política criminal que asuma cada Estado, acerca de los límites en la concepción de nuevas figuras penales, de forma tal, que se llegue a conciliar el justo equilibrio que, entre protección y libertad, que merece toda sociedad; pues más allá de indudable necesidad de avanzar hacia la adaptación de las normas protectoras penales a las nuevas formas de criminalidad que surjan en la sociedad, resulta indispensable que ello no sea en desmedro de los principios rectores que, como los de legalidad, reserva y máxima taxatividad, entre otros, aseguran la existencia de un vigoroso estado de derecho en el que los pesos y contrapesos funcionen de manera tal, que en pos de la mayor protección a través de un derecho penal cada vez más abarcador y poderoso, no se sacrifiquen, derechos fundamentales de los individuos, eje fundamental que sustenta la única forma de vida en sociedad, esto es en una plena democracia.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aboso, Gustavo Eduardo “El Delito de Defraudación por Administración Infiel”, Editorial B de F, Montevideo, 2000.
2. Agustina Sanllehi, José R, El Descubrimiento y Revelación de Secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador, Ed. La Ley, 2009.
3. Alsina, Hugo, Tratado de Derecho procesal civil y comercial, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
4. Álvarez García, F Javier, (Director), Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial, III, Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
 - _____ Bien Jurídico y Constitución, Cuadernos de Política Criminal, número 43, Madrid, 1991.
 - _____ Sobre el principio de legalidad, Ed. Tirant Lo Blanch, 2009.
 - Antón Oneca, José, Derecho penal. Parte General, 2da. Edición, AKAI, Madrid, 1989.
 - Antolisei, F, Manuale di Diritto penale, Parte speciale I, undésima edizione integrata e aggiornata a cura di L.Conti, ed. Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1994.
 - Arroyo Zapatero, Luis/ Berdugo Gómez de la Torre, I, Ferré Olivé, J.C., García Rivas N, Serrano Piedecabras J.R., Terradillos Basoco, J.M^a (Directores), Comentarios al Código Penal, Ed. Iustel, Madrid, 2007,
 - Bacigalupo Zapater, Enrique, Estudios sobre la Parte especial de Derecho Penal, Ed. Akal, Madrid, 1991.

_____ Hacia el Nuevo Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2006. Ed. Akal, Madrid, 1991.

□ Bajo Fernández, Miguel / Pérez Manzano, Mercedes/Suárez González, Carlos, Manual de Derecho Penal Parte especial II, Delitos patrimoniales y económicos, 2da. Edición, Ed. CEURA, Madrid, 1993.

Balaguer Callejón, María Luisa, Derecho de la Información y de la Comunicación, Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

□ Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, Ed. Siglo XXI, México. 1986.

□ Basílico Ricardo/ Poviña Fernando/ Varela Cristian, Delitos contra la libertad individual, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011.

Battaglia, Alfredo: “Aborto-Secreto Profesional”, pub. en E.D., Serie Especial “Derecho Penal y Política Criminal, N° 9763 del 31/05/99, Buenos Aires, 1999.

□ Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.

Bidart Campos, Germán J.: “Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad)”, pub. en “Suplemento de Derecho Constitucional”, La Ley, ejemplar del 14/12/98, Buenos Aires, 1998.

□ Binding, Karl, Die Amstverbrechem und seine legislatorischen Behandlung, en GS, Vol. 64, pág. 1 sig. 1904.

□ Blanco Lozano, Carlos, Derecho Penal Parte General, Ed. La Ley, Madrid, 2003.

□ _____, Tratado de Derecho Penal Español, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 2005.

□ Breglia Arias, Omar/Gauna, Omar, Código Penal Comentado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

Buompadre, Jorge, E, “Insolvencia Fraudulenta”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002. -

_____ Delitos contra la Administración Pública”- Editorial MAVE-Corrientes, 2001.

□ Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Parte especial, Ed. Ariel, Barcelona, 1986.

- Bricola, Franco, Teoría general del delito, Ed. B de F, Montevideo, 2012.
- Cabezuelo Arenas, Ana Laura, Derecho a la Intimidad, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac J.L./ Orts Berenguer .E. (Directores), Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal, Tomo I y II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Carbonell Mateu, J.C. Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- Carrara, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Tomo VII, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.
- Carrio, Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- Carrera, Daniel, “Utilización con fines de lucro de conocimientos funcionales reservados en el Código penal.”, en Rev. De Derecho Penal y Criminología, ed. La Ley, Buenos Aires, 1969.
- Catalán Sender, Jesús, Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, Ed. Bayer Hnos, Barcelona, 1999.
- Cerezo Mir, José, Curso de Derecho penal español. Parte general, Tomo II, vol. 1, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- Claría Olmedo Jorge, Derecho Procesal Penal, Ed. Lerner Editores, Córdoba, 1984.
- Chiara Díaz, Carlos, Ley Penal Tributaria y Previsional, 23.771 y 24.769”, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1997.
- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomas S, Derecho penal. Parte general. 4ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, Código Penal Comentado, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- Cordoba Roda, Juan / García Arán, Mercedes (Directores), Magaldi Paternostro, Mª José, Cugat Maurí, Miriam, Rebollo Vargas, R, Baucells Lladós, J, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, tomos I y II, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial Tomo 2, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998.

- _____ Invalidez de los actos procesales penales, Ed. Astrea, 1992.
- Cuello Calón, Eugenio, Derecho penal. Parte general. Parte especial, t. II, vol. I, 14ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1980.

Damarco, Jorge, “Los Bienes Jurídicos Protegidos por el Derecho Penal Tributario” en Revista de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Octubre de 2004, Buenos Aires, 2004.
- D’albora, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- D’alesio, Andres (Director), Código Penal Comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

De Luca, Javier Augusto, El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, La autoría en el Derecho Penal, Ed. PPU, Barcelona, 1991.
- Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Estrella, Oscar Alberto; Godoy Lemos, Roberto, Código Penal"(Parte Especial. De los Delitos en Particular) Tomos 2 y 3, Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2000.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, Comentarios al Código Penal (Dir. Gonzalo Rodríguez Mourullo), Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Fernández, Raymundo L.: “El secreto profesional en la prueba de testigos”, pub. en Jurisprudencia Argentina., Tomo 48, Buenos Aires, 1934.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1997
- Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal Tomo VII, Editorial Abeledo Perrot. 1984.
- Fontán Balestra, Carlos/ Ledezma Guillermo, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, ed. Actualizada por Guillermo Ledezma, E. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.
- Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, Dirito penale. Parte generale, Ed. Zanichelli, Bolonia, 1988.

□ Garraud, R, Traite Theorique et pratique du Droit penal francais, Ed. Siney, Paris, 1900.

Gil Gil, Alicia, Lacruz López, Juan M., Melendo Pardos, M, Nuñez Fernández J, Curso de Derecho Penal, Parte General, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

Gracia Martín, Luis El actual en lugar de otro en el derecho penal, Prensa Universitaria, Zaragoza, 1985.

□ Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en Derecho penal, Ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966.

Gössel, Karl-Heinz, Dos Estudios sobre la Teoría del Delito, Editorial Temis, Bogotá, 1984.

□ Green, Stuart P, Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno, (Una Teoría moral de los delitos de cuello blanco, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

□ Grispigni, Filippo, Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio en “Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini”, pág. 561 sig., Ed. CEDAM, Padua, 1954.

□ Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, El Código penal de 1870 concordado y comentado, t. IV, 2da. Edición, Establecimiento tipográfico de los sucesores de J.A. García, Madrid, 1912.

□ Hairabedian, Maximiliano, Eficacia de la prueba Ilícita y sus derivaciones en el proceso penal, Ed. Ad-Hoc., Buenos Aires, 2002.

□ Hassemer, Winfred, Fundamentos del Derecho Penal, (trad. Por Arroyo Zapatero, L y Muñoz Conde, F), Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

□ Herrera Moreno, Myriam, Publicidad y Control Penal, Ed. Grijley, Lima, 2002.

□ _____ La Hora de la Víctima (Compendio de Criminología), Edersa, Madrid, 1996.

□ Herrero Herrero, César, Criminología Parte General y Especial, tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

Herrero Tejedor, Fernando, La intimidad como derecho fundamental, Ed. Colex, 1ra edición, Madrid.

□ Jakobs, Günther, Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

_____ Imputación Objetiva, editorial AD HOC, Buenos Aires, 1999.

□ Jakobs, Günther, Polaino Navarrete, Miguel, Polaino Orts, Miguel Bien Jurídico, Vigencia de la Norma y Daño Social, ARA Editores, Perú, 2010.

□ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Comares, Granada, 1993.

Jiménez, Eduardo Pablo, Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

□ Landecho, Velasco, Carlos María / Molina Blázquez, Concepción, Derecho Penal Español, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

Laje Anaya, Justo; Laje Ros, Cristóbal y Laje, Sebastián: “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley 8123 y modificatorias”, Tomo II, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2000.

□ López Barja de Quiroga, Jacobo, Autoría y participación, Ed. Akal, Madrid, 1996.

□ Luzón Peña, Diego-Manuel Curso de Derecho penal. Parte general, t. I, Ed. Universitas, S.A, Madrid, 1996.

Maier, Julio B, (Compilador), Delitos No Convencionales, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1994.

□ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal. Parte especial, (trad. De la 4ª edición italiana por JJ. Ortega Torres), t III, Ed. Temis, Bogotá, 1955.

□ Manzini, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, t. V, Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1950.

□ Maurach, Reinhart , Zipf, Heinz y Gössel, Karl, Derecho Penal. Parte general, t. I y II, (traducción a cargo de Donna, Edgardo A), ed. Astrea, Buenos Aires ,1994/1995.

□ Molinario Alfredo/Aguirre Obarrio, Los Delitos, Tomo III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1999.

□ Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, María José, en VVAA, Comentarios a la Parte Especial del Código Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.

□ Morales Prats, Fermín y Morales García, Óscar, en VVAA, Comentarios a la Parte Especial del Código Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

□ Moreno, Rodolfo (h), El Código Penal y sus Antecedentes, Tomo 5, Editorial H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires.

- Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal. Parte especial, 11ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.
- Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Vol. II Editorial Lerner, Argentina, 1992.
- Olmo Fernández-Delgado, Leopoldo El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- Pacheco, J.F, El Código Penal concordado y comentado, 3 vol. 6ta. Edición, Madrid, 1888.
- Polaino Navarrete, Miguel (Obra Conjunta) Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I, Dirigida por el Profesor Manuel Cobo Del Rosal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Polaino Navarrete, Miguel El Bien Jurídico, Universidad de Sevilla, 1974.
- Polaino Navarrete, Miguel. El Injusto Típico en la Teoría del Delito. Editorial MAVE, Corrientes, Argentina, 2000.
- Polaino Navarrete, Miguel, Derecho Parte General, Ed. Bosch, 6º edición, Barcelona, 2008.
- Polaino Navarete, Miguel (Director), Martos Nuñez, J.A., Herrera Moreno, M, Blanco Lozano, C, Monge Fernández Aª, Aguado Correa Tª, Requejo Conde, Carmen, Rando Casameiro, P, Polaino-Orts, M., Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- Polaino-Orts, Miguel, Derecho Penal del Enemigo, Ed. Bosch, 2009.
- Queralt, Joan J. Derecho Penal español, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- Quintero Olivares, Gonzalo, Curso de Derecho Penal, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.
- _____, Valle Muñiz, José Manuel (Coordinador) Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
- Ranieri, Silvio, “Manual de Derecho Penal” Tomo III, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1975.
- Roca Agapito, Luis, “Concepto de autoridad y funcionario público” en Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III, Delitos contras las Administraciones Públicas y de Justicia, ALVAREZ GARCÍA, Fco. Javier. (Director), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2013.

Ruiz Vadillo, Enrique: “Estudios de Derecho Procesal Penal”, Ed. Comares, Granada, 1995.

□ Rodríguez Mourullo, Gonzalo (Director), Barrero, Agustín, J, (Coordinador), Comentarios al Código Penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997

□ Rodríguez Ramos, Luis, Código Penal, Ed. La Ley, 2da edición, 2007.

□ Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito., Traducción 2da. edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997.

□ _____ Autoría y Dominio del hecho, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

Sánchez-Ostiz, Pablo, Imputación y Teoría del Delito, Ed. B de F, Montevideo, 2008.

□ Serrano Gómez, Alfonso, Derecho Penal. Parte Especial Tercera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

□ Serrano Gómez, Alfonso/ Serrano Maíllo, Alfonso/ Serrano Tárraga, María D/ Vázquez González, Carlos, Curso de Derecho Penal Parte Especial, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2012.

□ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo 4, Editorial TEA, Buenos Aires, 1992.

Soriano, Ramón, Valores Jurídicos y derechos fundamentales, Ed. Colección Universitaria Textos Jurídicos, Madrid, 1999.

□ Stratenwert, Günther, Derecho Penal. Parte General. I El hecho punible, (Trad. de la 2da. edición alemana por Gladys Romero), EDERSA, 1982.

Sucar, Germán; Rodríguez, Jorge L / Iglesias, Agustín María: “Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio”, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, N° 8-B, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

□ Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coordinador), Judel Prieto, Ángel, Piñol Rodríguez, José Ramón, Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

Superti, Héctor C, Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos, Ed. Juris, Rosario, 1998.

Tarditti, Aída: “Violación de secretos y sus efectos en un proceso por infanticidio”, pub. En, Doctrina Penal, Año 9, 1986, Ed. Depalma, págs. 521/526., Buenos Aires, 1986.

□ Tiedeman, Klaus, Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad, Editorial Idemsa, Lima, 2000

□ Thiegui, Osvaldo, Tratado de Criminología, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989.

□ Torres, Sergio G, Nulidades en el proceso penal, Ed. Ad-hoc., Buenos Aires, 1993.

Tozzini, Carlos A, “La violación del secreto profesional médico en el aborto”, en “Doctrina Penal”, Año 5, 1982, Ed. Depalma, págs. 155/159, Buenos Aires, 1982.

Urbano Castrillo de Eduardo, El Derecho al secreto de las comunicaciones, Ed. La Ley, adrid, 2011

□ Valeije Álvarez, Inmaculada, El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho, Ed. EDERSA, Madrid, 1995.

□ _____ Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública” pág. 435. en CPC, 1997.

Vázquez Iruzubieta, Carlos: “Código Procesal Penal Comentado”, Tomo III, Plus Ultra, Bs.As., 1970.

□ Villavicencio Terreros, Felipe A. Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Perú 2007.

□ Vives Antón, Tomas S, Orts Berenguer, E, Carbonell Mateu J.C., González Cussac, J.L., Martínez- Buján Pérez, C, Derecho Penal Parte Especial, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

□ Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte General (trad. De la 11ª edición alemana por Bustos Ramirez y Yañez Pérez), Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

□ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Arnedo, Miguel Alfredo, Digesto de Codificación, Tomo 1, Editorial AZ, Buenos Aires.

. Zaffaroni. Eugenio Raúl/Alagia Alejandro/Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar. Buenos Aires, 2005.

□ Zugaldía Espinar, J. M, Fundamentos de Derecho Penal, 3ra. Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.