

Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)

MANUEL COBO

Catedrático de Derecho Penal
y Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de La Laguna.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Consideraciones sobre el previo «apoderamiento» y su carácter instrumental. Consecuencias de orden interpretativo.—3. Precisión sobre su naturaleza técnica.—4. Formas imperfectas y función del descubrimiento.—5. Doctrina expresada por la sentencia de 6 de octubre de 1967.—6. Posición de la jurisprudencia sobre los temas desarrollados en la sentencia citada.—7. Análisis valorativo de las tesis mantenidas por la sentencia de 6 de octubre de 1967. Diferentes extremos en relación con los «hechos probados» y su significación jurídica.

1. INTRODUCCION

El artículo 497 del Código penal, primero del capítulo destinado al «descubrimiento y revelación de secretos», describe dos figuras delictivas con el siguiente texto: «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 5.000 a 100.000 pesetas. Si no los divulgare las penas serán de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas».

De forma concreta, al segundo párrafo, se le ha prestado muy escasa, casi nula atención, por parte de la doctrina en particular, quizá debido, además del general abandono que la elaboración de la Parte especial se ha venido encontrando —los problemas concretos, parece que no entusiasman a muchos, que tienen una idea inconcreta por demás de su función como juristas—, a la poca frecuencia con que se ha presentado a la consideración de la administración de justicia, y esto último hizo decir a Quintano, y no sin razón, que «viene a cons-

tituir letra muerta» (1). A su juicio, lo anterior «es bien comprensible porque el descubrimiento no comunicado a nadie suele permanecer impune al no trascender ni ocasionar perjuicio» (2), y precisamente es esa la *única* causa que *no* puede aducirse sobre la inaplicación del precepto, aunque inoportunamente haya sido utilizada, por la sencilla consideración de que el descubrimiento «comunicado» deja de ser mero y simple descubrimiento y nada más, para convertirse en el tipo del párrafo primero del artículo 497 (descubrimiento-divulgación), como el mismo autor reconoce al plantear la distinción entre «descubrir» y «divulgar» (3).

Hubiese sido mucho más fácil, si se quiere *aventurar* una opinión sobre tal extremo, decir genéricamente que las dificultades probatorias le hacen, en cierto modo, inaplicable, o incluso aludir, en un deseo de mayor precisión, a la facilidad con que pueden ser eliminadas las pruebas por parte del autor, y si a ello se une la ineludible exigencia legal del apoderamiento de «papeles o cartas», que conduce a un estrechísimo margen la realización del tipo, tendremos que el texto legal será no sólo escasamente utilizado, sino también incompleto, dejando fuera de sí conductas que deben ser incriminadas por atentar, y hasta con mayor eficacia, contra los derechos que se pretendieron salvaguardar. En la época en que se redacta el artículo —inalterable desde 1848—, quizá no podía tener, en cierto sentido, mayor amplitud, aunque hubiese sido aconsejable al legislador del XIX una redacción: menos formalista, menos aferrada a «papeles o cartas», más amplia en suma, con vistas a la inclusión de supuestos que en la actualidad se producen con singular frecuencia, y otros que perfectamente eran imaginables en la misma época de la confección del precepto y que *sin* ser apoderamiento de papeles o cartas suponen, desde luego, un ataque equivalente, a veces más flagrante y digno de incriminación: nuestra legislación, en este caso miopemente, estima que sólo el secreto contenido en papeles o cartas *no debe ser* descubierto, y siempre y cuando exista un apoderamiento de aquéllos (4).

(1) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. I, Madrid, 1962, pág. 876.

(2) QUINTANO, *ob. cit.*, loc. cit.

(3) QUINTANO, *ob. cit.*, pág. 875.

(4) Por la misma consideración, y ya dentro del diferente casuismo que pudiera ofrecerse, se dice por RODRÍGUEZ DEVESA que «los secretos confiados a un registro magnetofónico o de palabra, no hallan tutela en la ley y están abandonados al tráfico». (J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. esp.), 3.^a edición, Madrid, 1969, pág. 298).

GROIZARD había denunciado la imperfección, por incompleta, de la regulación legal, en penetrante comentario: «De lo expuesto ya aparece que la simple revelación de secretos no está castigada en nuestro Código, si sólo se hace aquella mediante el apoderamiento de cartas o papeles. No nos parece esto justo. Ha debido castigarse por lo menos...», y apoyándose en la legislación italiana de entonces, realiza una descripción de supuestos que, a

Sin necesidad de verificar inacabable casuismo, es evidente, pues, en un mundo altamente tecnificado, que ofrece una infinita gama de modalidades que ciertamente suponen descubrir secretos de otro, de las que pueden derivarse notorios perjuicios, y no sólo menoscabo a la intimidad, que quedan fuera del tipo estudiado, además de la mayor delicadeza y sensibilidad que ha adquirido en nuestros días la «reserva» en atención a la desvinculación personal, insolidaridad e infidelidad, pérfidamente empleadas, casi como método, en el *modus operandi* del impenitente indiscreto llamado «hombre moderno». Sin duda, el capítulo «del descubrimiento y revelación de secretos» —al margen, claro es, de sus proyecciones oficiales, que sí se han preocupado de tutelar en fecha reciente—, referido a los particulares, no debiera ser olvidado en una revisión o reforma del Código penal con base en las presentes consideraciones.

Desde otra perspectiva bien distinta radicada en su exclusivo tratamiento jurídico el párrafo segundo del artículo 497 presenta una serie de problemas no resueltos, ni siquiera planteados, que encierran verdadero interés técnico, que se vio subrayado por la aparición el 6 de octubre de 1967 de una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que nuestra jurisprudencia se pronuncia, de forma directa y bastante completa, sobre diferentes y esenciales aspectos interpretativos que no deben dejar de tener resonancia en la doctrina científica, aunque ésta, hasta el momento, no haya ni estudiado ni aludido todavía al fallo en cuestión, a pesar de las primicias que el mismo significara (5).

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL PREVIO «APODERAMIENTO» Y SU CARACTER INSTRUMENTAL. CONSECUENCIAS DE ORDEN INTERPRETATIVO

Con el presente título se designa, sin otra dilación, un tema crucial de carácter interpretativo, cuya virtualidad afecta a todos, o casi todos, los extremos específicos que la exégesis del precepto pudiera ofrecer, pues condicionará su visión no sólo objetiva sino también subjetiva: tanto el tipo objetivo, como el subjetivo, empleando terminología más moderna y precisa, quedarán sin duda condicionados por el resultado del análisis sobre dicha cuestión. De ahí, por tanto, su inmediato planteamiento.

Un sector de la doctrina española apenas si ha reflexionado sobre el problema, que ha sido, en cierto modo, marginado superficialmente, con toscas y simplistas afirmaciones, como hiciera Vizmanos, en pobre comentario, al decir, sin más, que el delito «cométenlo estos

su juicio, merecían ser acogidos como delictivos (A. GROIZARD, *El Código penal de 1870*, T. V, Salamanca, 1893, pág. 726).

(5) Ni siquiera su mera cita hemos encontrado en las publicaciones de fecha posterior.

(se refiere a los «particulares»), en apoderarse de los papeles o cartas de otros, sea que divulguen o no los secretos de tal modo descubiertos» (6).

Más perspicaz, aunque extremadamente escueto, se muestra Pacheco, y no le acompaña total fortuna al elogiado comentarista en este punto, ya que habiéndose planteado, con meridiana claridad, la cuestión, no extrae las lógicas e inmediatas consecuencias que habitualmente caracterizan sus comentarios. Por lo que se refiere al párrafo primero del artículo 497 (artículo 422 del texto legal comentado por Pacheco), afirma que se trata de un delito «compuesto y doble», consistiendo «en apoderarse del secreto, haciéndolo de los papeles» y «en divulgarle, dándole publicidad», y precisamente, fundándose en su «composición» —por continuar con la terminología del comentarista—, se plantea y resuelve acto seguido las dos hipótesis que se extraen de la misma: cuando «el que se apodera del secreto no lo publica» y cuando «el que lo publica no se ha apoderado de él». «Al primer caso —dice Pacheco—, responde el segundo párrafo de la ley... Al otro, no podemos decir sino que el Código no lo castiga». No persiste el autor en ese esquema compuesto y desdoblado de su análisis, ni lo lleva a sus últimas y obligadas consecuencias dentro del párrafo segundo del artículo 497, que hubiese favorecido no sólo el nacimiento de temas específicos, dignos y necesitados de interpretación, sino también de sus soluciones, y por el contrario, escapa de lleno, unitariamente, una vertiente que, en cierto sentido, escapa a su función y competencia cual es la referente a la probanza del «ánimo de conocer» los secretos y a quién incumbe mostrarla, llegando a una conclusión desde luego discutible y que discurre por la vía de la «presunción» —término incluso empleado por el propio comentarista—, en el siguiente modo: «quien los usurpa, pues, busca sin duda el conocimiento de lo que encierran; y si él supone otro propósito, él será *de ordinario* quien lo deba acreditar» (7). Al final, Pacheco que tan tajantemente admitía la presunción desfavorable, no pudo por menos que concluir que «de ordinario», con lo que deja margen para que proliferen cuantas excepciones se presenten.

El comentario citado encierra, sin embargo, un interés decisivo

(6) T. M. DE VIZMANOS y C. ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, pág. 453 (comentario de VIZMANOS). Tampoco RUEDA alude, ni siquiera, a la cuestión, vid. R. RUEDA, *Elementos de Derecho penal*, T. II, 4.^a edición, Santiago de Compostela, 1894, págs. 282-283. El silencio más absoluto, por parte de J. A. HIDALGO, *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, T. II, Madrid, 1909, pág. 548. Muy brevemente, y sólo parafraseando el texto legal, S. VIADA y VILASECA, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, T. VI, 5.^a edición, Madrid-1927, págs. 99-100.

(7) J. F. PACHECO, *El Código penal, concordado y comentado*, T. III, 2.^a edición, Madrid, 1856, pág. 273. (Todos los pasajes del comentario se refieren a esa página) (Hemos puesto en cursiva «de ordinario».)

puesto que en él, si bien un tanto rudimentariamente, se encuentran dos extremos muy importantes para la interpretación del artículo 497, a saber: en primer lugar, la utilización de un esquema mental, en el análisis del tipo, desdoblado y diferenciador de dos momentos, relativo uno al apoderamiento, y otro a la divulgación (y en nuestro concreto supuesto, válido también para el mero descubrimiento) de secretos, moviéndose pendularmente la exégesis de uno a otro; y, en segundo, la especial significación y acentuación que hace recaer en el «se apoderare de sus papeles o cartas», en orden a condicionar no sólo su objetiva proyección, sino incluso a prejuzgar y *presumir* lo más esencial y subjetivo como es el ánimo o propósito de descubrir. El camino a seguir quedaba trazado en buena parte, una vez más.

Las páginas más certeras y agudas sobre el particular fueron escritas ciertamente por Groizard, en comentario al artículo 512 del Código penal de 1870, semejante al vigente 497, quien comienza realizando un planteamiento general de gran penetración: «El mero acto de descubrir los secretos de otro, no ofrece objetividad bastante para la configuración de una determinada delincuencia. Cuando los *medios* que se ponen en práctica para averiguar esos secretos —como, por ejemplo, la apertura de cartas, el quebrantamiento de sellos o la ocupación de papeles—, o cuando los fines ulteriores que con el descubrimiento de la noticia se quieren alcanzar, acusan la lesión de un derecho que, por su índole, debía ser tutelado, entonces, y sólo entonces, es cuando el delito aparece. Pero la consecuencia de este modo de ver las cosas, no puede ni debe ser otra más que patentizar que semejante hecho no recibe la genuina nomenclatura del fin próximo de la acción que se ejecuta, esto es, del descubrimiento del secreto ajeno, sino del remoto que el culpable aspiraba también a conseguir o de la perturbación que al derecho social o al derecho particular lleve el ejercicio de los *medios* insidiosos y violentos usados por él para llegar al término del camino que se propuso recorrer» (8).

Como puede observarse, la significación instrumental del apoderamiento, su carácter de «medio», queda, desde su inicio, destacada por Groizard, con lo que pone de manifiesto la composición del tipo, que subjetivamente encuentra su conexión y enlace íntimos, en los términos siguientes: «Dos elementos comunes entran en su construcción. Consiste el primero en el apoderamiento de los papeles o cartas de una persona; el segundo en que este acto material se realice con el doloso propósito de descubrir sus secretos. *Ni aquel ni este, por sí solos, son bastantes para determinar la necesidad legal de la aplicación de los preceptos en el artículo 512 escritos*» (9). Y, más adelante, insistiendo en la misma idea, y refiriéndose a la concreta realización del fin de descubrir los secretos de otro, en el sentido de su configuración legal, afirma que no se «puede hacer sin comenzar por apoderarse del despacho, del documento o del papel en el que existe

(8) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 719. Hemos puesto en cursiva.

(9) GROIZARD, *ob. cit.*, págs. 725-726. La cursiva es nuestra.

la noticia o el secreto que ha de ser descubierto, revelado o divulgado. Basando en el apoderamiento el elemento físico del delito, nuestro Código ha llegado, por más fácil y corto camino, al mismo fin que se han propuesto los de otras naciones. No es bastante, sin embargo, el apoderarse de los papeles de otro: es necesario que semejante acto reconozca por causa el descubrir sus secretos. El que sin ese ánimo doloso, por mero accidente, se entere del contenido de una carta y viene por él en conocimiento de un secreto de familia, ni según los preceptos del artículo, ni con arreglo a los principios, delinque» (10). Por si hubiese alguna duda sobre el particular, plantea Groizard un supuesto altamente aleccionador: dándose conocimiento (descubrimiento del secreto) e incluso divulgación, falta, sin embargo, la específica finalidad de descubrir que mueve al apoderamiento, y ofrece la solución de nuestro derecho positivo y la que él denomina de «la enseñanza de la ciencia», más propia de *lege ferenda*, ya que el texto legal impide sea sostenida la conclusión que dicha «enseñanza» comporta, en opinión del comentarista, que por así admitirlo se ve obligado a poner de manifiesto tal disparidad, insistiendo, en definitiva, en su crítica acerca de lo incompleto del precepto: «Pero, ¿qué sucedería o qué debería suceder, si obtenido de ese modo el conocimiento de la noticia reservada, la divulga? ¿Será también en este caso irresponsable? Según el texto, sí; porque es en él esencial condición, para que sea castigada la divulgación de secretos, *que hayan sido descubiertos mediante el intencionado apoderamiento de papeles o cartas*; pero según la enseñanza de la ciencia, no; toda vez que la existencia del dolo, necesaria para la configuración del delito, lo mismo ocurre apoderándose con el fin de descubrir los secretos de los papeles o cartas de otro, que cuando, casualmente conocidos esos secretos, son con dañada intención esparcidos y divulgados» (11).

Con posterioridad al comentario de Groizard, puede decirse que bien poco se ha añadido, de forma específica, a la clarificación del tipo, y en consecuencia, las meras digresiones al respecto quedan reconducidas a éste o aquél pasaje del citado comentarista (12), por lo que se omite su transcripción particularizada, que sería reiterativa e innecesaria.

El artículo 497 contempla un período ejecutivo, cuyos hitos decisivos, por así decir, son los siguientes:

(10) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 727.

(11) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 727. Hemos puesto en cursiva.

(12) Vid., además de las obras ya citadas en notas anteriores, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, T. II, Madrid, 1958, págs. 306-307. Del mismo, *Curso de Derecho penal*, T. II, Madrid, 1963, págs. 130-131. Del mismo, *Comentarios al Código penal*, 2.^a edición, Madrid, 1966, págs. 913-915. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, T. II, 12.^a edición, Barcelona, 1967, páginas 752-756. F. PUIG PEÑA, *Derecho penal*, T. IV, 5.^a edición, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1960, págs. 176-178.

- a) Apoderarse de papeles o cartas de otro con la finalidad de descubrir sus secretos.
- b) Descubrir los secretos en cuestión.
- c) Divulgar aquéllos.

Así fragmentada la redacción legal, se observará que quien conjuga los tres apartados, realiza el delito del párrafo primero del artículo 497, quedando sólo como autor del segundo quien recorre el primer apartado, o el primero y el segundo, que es justamente el que aquí nos interesa de forma específica. Y conviene afirmar lo anterior, pues desde ahora debe quedar sentado que *no* es necesario llegar al «descubrimiento» para que la conducta sea típica del párrafo segundo, siendo suficiente con el simple apoderarse *para* descubrir, al margen de que se haya o no descubierto (13), aunque, como es obvio, por lo general, se darán conjuntamente tanto el apoderamiento como el descubrimiento, pero sin que éste se exija como inexorable toma de conocimiento del contenido de los papeles o cartas, puesto que únicamente expresa la irremediable finalidad que, por imperativo legal inexcusable, orientará, en todo caso, la conducta de apoderarse. Pueden, sin duda, pensarse supuestos en los que, dándose un apoderamiento, incluso en su radical modalidad de libre disposición, sin embargo no se llegue a descubrir los secretos, aún teniendo aquél como finalidad el conocimiento de estos. Sólo, pues, por razones extratípicas, en suma, por consideraciones de orden sistemático («Del descubrimiento y revelación de secretos»), cabe llegar a la conclusión inversa, que lesionaría sin duda el principio de legalidad, en este caso

(13) No distingue RODRÍGUEZ DEVESA entre la modalidad del párrafo primero y la del segundo del artículo 497, y afirma «que es preciso que el sujeto venga en conocimiento del contenido de los documentos en cuestión, pues carecería de sentido el que hubiera un hiato entre el apoderamiento y la divulgación, ya que mal se puede divulgar el contenido de una carta si no se ha leído» (*ob. cit.*, pág. 299). Sin duda, lo anterior puede ser cierto para el párrafo primero del artículo 497, pero evidentemente ya no lo es tanto, es más, no puede ser sostenido, para el párrafo segundo que expresamente alude a que los secretos *no hayan sido divulgados*. QUINTANO, por su parte, le denomina delito de «descubrimiento», apoyándose tan sólo en la rúbrica del capítulo, pero la verdad es que no adopta una postura clara y definida sobre el particular, siendo a veces desconcertante (*vid.*, además de las obras citadas en la nota 12, su *Tratado cit.*, págs. 873-877). CUELLO CALÓN olvida incluso hasta la propia transcripción del párrafo segundo del artículo 497, que según parece resulta inexistente para él, y de ahí que ni distinga, ni pueda distinguir, entre «descubrir» y «divulgar», y por absurdo que sea es éste el origen de polémica tan lamentable como superflua entre él, PUIG PEÑA y QUINTANO (*vid. ob. cit.*, pág. 754). Más certera es la opinión de estos últimos, que, por la simple razón de no olvidar la existencia y vigencia del párrafo segundo del artículo 497, afirman, en definitiva, que «descubrir se refiere aquí tan sólo a conocer» (F. PUIG PEÑA, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en NEJ, T. VII, Barcelona, 1955, pág. 241).

favoreciendo al reo, al restringir el ámbito del precepto con una exigencia no típica, al margen, claro es, de la complementación personal de la redacción legal por parte del intérprete, de ninguna forma lícita. «Para descubrir», no significa que se haya llegado al descubrimiento. Si éste fuese requerido por el precepto, se habría así expresado a través de cualquier fórmula gramatical, que hubiese podido ser utilizada perfectamente. El descubrimiento será, en su proyección puramente objetiva, una especie de puente de enlace entre el párrafo segundo y el párrafo primero del artículo 497, pero no una inevitable exigencia de aquél.

Ahora bien; dado que el tipo está orientado hacia la modalidad de «divulgación», que supone, en definitiva, la última fase de la redacción, parece lógico pensar que *previamente* a aquélla, así como al propio descubrimiento, si fuese menester, deberá comprobarse la existencia del «apoderamiento». De suerte que, como ha venido poniendo de manifiesto la doctrina, sólo en la medida que haya existido aquél, puede hablarse de una divulgación típica, o dicho con otras palabras, únicamente se protege el secreto incorporado a papeles o cartas en cuanto se hayan apoderado de los mismos, con la finalidad de descubrirlo. Cualquier otro medio de acceso a los secretos resulta atípico en este precepto; cualquier otro secreto que no se haya plasmado documentalmentemente también. Hasta tal punto es cierto lo que antecede que sólo puede ser autor del delito de «divulgación», a modo de singular «propia mano» (14), quien haya verificado el apoderamiento y cumplimentado tales exigencias, y no cualquier otro.

Del carácter básico, o como se ha dicho, previo del «se apoderare», cabe extraer, como inmediata consecuencia, su naturaleza instrumental, reforzada claramente con la expresión «para descubrir», entendiéndose por aquélla, que carezca de una finalidad propia o diferente a la exigida típicamente, y que no es otra sino que tienda directamente al descubrimiento. En ese sentido, el apoderamiento es el único y exclusivo instrumento o medio típico *para* descubrir, si bien es irrelevante, a los presente efectos, que se haya verificado el descubrimiento. Pero precisamente en atención a su carácter instrumental, debetener, de manera necesaria, un dinamismo que es el que le dota de sentido, como ya pusiera de manifiesto Groizard (15): no todo apoderamiento tiene esta específica significación; sólo el que tenga por finalidad descubrir los secretos. En consecuencia, estáticamente considerado puede ciertamente darse un apoderamiento, incluso acompañado, de forma sucesiva, de descubrimiento, y hasta si se quiere, de divulgación, pero que no haya sido realizado con la impenitente finalidad de descubrir, y habrá que concluir que adolece de un requisito indispensable y que invalida toda alusión al artículo 497: apode-

(14) Vid., de interés, el desarrollo de la cuestión en general y las distintas consecuencias en E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 242-249.

(15) Vid., los textos de GROIZARD en las notas 8 a 11.

ramiento es, por tanto, sinónimo de apoderamiento *para* descubrir, y caso contrario no será apoderamiento típico (16).

Sucede, pues, que no sólo es necesaria la presencia estática de un apoderarse más descubrimiento y divulgación, en su caso, sino que también, y de forma igualmente decisiva, tendrá que existir una *conexión* inexorable entre la finalidad de descubrir y, el apoderamiento, pudiendo ser configurada como un auténtico y genuino elemento del tipo. Parecida forma de razonar es empleada para distinto supuesto, concretamente en tema de delito complejo, por Gimbernat, y ciertamente consiguiendo gran penetración (17). El hecho de que hayamos descartado la presunta, y no requerida, presencia del descubrimiento, no supone el menor obstáculo para el empleo del presente esquema mental, aunque naturalmente hace más sutil la conexión y relación exigida y aquí subrayada, y hasta tal punto es válido lo anterior que puede ser afirmado que, *antes* incluso que el propio apoderamiento, deberá darse el «para descubrir», o como mucho—y la negativa es plenamente admisible—, de forma coetánea, pero jamás tendrá sentido como una exigencia y realidad *posterior* al hecho de apoderarse. Verificado el apoderamiento *sin* finalidad de descubrir, no podrá decirse entonces, pues sería completamente impropio y absurdo, que «se hizo» para descubrir los secretos, ya que en este supuesto podrá darse, sin duda, incluso, descubrimiento, pero *nunca* el «para descubrir» requerido típicamente, que revela un proceso orientado hacia el futuro y no, desde luego, hacia el pasado.

3. PRECISION SOBRE SU NATURALEZA TECNICA

Que la modalidad de «divulgación» del párrafo primero debe ser estructurada como un *tipo compuesto*, parece fuera de duda, y como vimos, ya Pacheco lo subrayó con su peculiar terminología, y hasta

(16) En otra ocasión, y referido al delito de infanticidio, operamos con similar esquema interpretativo, pues también se estaba a presencia de «un resultado final, o por mejor decir, un resultado instrumental, que directamente ha de tender a un meta legalmente prevista (*causa honoris*)» (DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, *Derecho penal español* (P. esp.), T. I, Madrid, 1962, página 313, y con más detalle, págs. 293 y sigs.).

(17) E. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966: «de la estructura del delito complejo se deduce, pues, que, por estar tipificados en él dos delitos y una relación, si falta la relación falta un elemento del tipo» (pág. 181), y a continuación, habla de «conexión dolosa de medio a fin», de «conexión típica» (págs. 181-182). Como es natural, no se trata, en modo alguno, de una simple adaptación, que sería de por sí imposible, pues el supuesto es distinto, ya que no estamos ante un delito complejo, sino tan sólo de un parecido razonamiento utilizado en un aspecto de la interpretación sin más.

se pone como ejemplo en publicaciones de orden elemental y estrictamente docente (18): se integra por la conjugación de las varias acciones recogidas en los apartados *a*, *b*) y *c*), precisados en el anterior título, que quedan enlazados por una finalidad común que les informa y da sentido, cual es la de «para descubrir», al mismo tiempo que también lo son de forma objetiva copulativamente.

Ahora bien; lo que ya no está tan claro es que el párrafo segundo sea tipo compuesto, pues al contrario, parece seguro que no puede ser acogido bajo esa denominación técnica. Si, como es sabido, la nota fundamental y genérica del tipo compuesto es su necesaria integración por varias acciones (19), ¿cuáles serían éstas en este caso?, ¿no es más correcto que *una* tan sólo es la exigida, aunque eventual, pero generalmente, puedan concurrir dos?

La contestación a dichas preguntas queda conectada, evidente y lógicamente, a un extremo ya despejado en este mismo título: típicamente no se requiere que se alcance el descubrimiento, real y efectivo, del secreto, pues las exigencias típicas se agotan con que, en definitiva, se haya podido sin limitación descubrir, aunque no se descubra con posterioridad. La simple, pero *concreta* posibilidad, o mejor, probabilidad de conocer los secretos, derivada naturalmente del apoderamiento con tal finalidad, es suficiente. Y, entonces, ¿dónde está la segunda acción? Como es lógico, cosa distinta sucedería si se admitiese la necesidad del descubrimiento, pues las dos conductas serían claramente, apoderarse con la finalidad de descubrir, y descubrir, y en este caso, quedaría configurado como tipo compuesto sin más.

En lo que sí existirá unánime acuerdo es en su configuración como delito con un *elemento subjetivo del injusto*, incorporado expresamente al tipo a través del «para descubrir», o si se prefiere la más reciente forma de manifestar tal particularidad, como un delito *estructuralmente incongruente* en que el tipo subjetivo trasciende al tipo

(18) Aunque no de forma exacta en cuanto al juicio unitario que comporta sobre todo el artículo 497 (vid. C. M. DE LANDECHO, *Derecho penal* (P. Gen.), Madrid, 1966, pág. 229, *Apuntes* que reproducen las lecciones de ANTÓN ONECA).

(19) Vid. la *ob. cit.*, en la nota anterior y *loc. cit.*, y en el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, que afirma que tipos compuestos «son aquellos integrados por varias acciones del sujeto activo» (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (P. Gen.), Madrid, 1970, pág. 342). Como «tipos combinados» (de varios actos) es traducido por CÓRDOBA el texto de R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. CÓRDOBA), T. II, Barcelona, 1962, pág. 423. RODRÍGUEZ MUÑOZ empleó el término «tipos compuestos» y «delitos compuestos» en su traducción de E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, nueva edición (trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ), T. I, Madrid, 1955, pág. 394. En ambos casos la idea central es la misma, y la terminología empleada suficientemente expresiva.

objetivo, va más allá que este último (20), en atención a la constancia de la especial finalidad que, a modo de característica subjetiva, informa al presente tipo, y que se concreta en el citado pasaje legal. En este sentido, no sería más que un actuar, a través del apoderamiento, *para* facilitar, o mejor, hacer posible el descubrimiento, conforme ejemplifica Maurach, y acepta Córdoba para nuestro derecho positivo específicamente en los artículos 292 y 300 del Código penal, que tienen estructura afín al inciso del precepto que comentamos (21): «Los que... adquieren, para ponerlos en circulación...» del artículo 292 y «los que... adquieren... para expenderlos...» del artículo 300, revelan, en esta dimensión, una misma problemática y tratamiento a nuestro «el que para descubrir... se apoderare».

Hasta aquí la posición central sobre su naturaleza técnica que en este aspecto quedaría bastante clarificada y generalmente admisible.

No obstante, aceptado lo anterior, pueden surgir algunas dudas en orden a la singular y precisa inscripción de este delito dentro de los distintos grupos o categorías que se han venido formulando. Quizá la dificultad nace en atención a que las propias clasificaciones utilizadas tienen, en ocasiones, unos contornos no muy definidos, siendo dudosa la distinción de una clase con otras. En esa misma línea de pensamiento, puede inducir a confusión la afirmación global y simplista, verificada por autor tan admirado por su reconocida agudeza y finura interpretativas como Rodríguez Muñoz, cuando anota el siguiente texto de Mezger: «a los delitos de tendencia en propio sentido corresponden aquellos en los que la conducta aparece como realización de una tendencia *subjetiva*. Tipo: la acción impúdica del parágrafo 176 del Código, con su tendencia sexual, o el parágrafo 260 del mismo texto, con su tendencia de lucro o con la inclinación que constituye la base de la misma tendencia», diciendo: «por ejemplo, en nuestro Código, los artículos 497 y 503» (22). Sin embargo, Rodríguez Muñoz, poco antes, puso como ejemplo —complementando otro texto anotado—, al artículo 292 ya aludido, de los llamados por Mezger «*delitos de intención en la forma de los llamados delitos mutilados de dos actos*, en los que el acto es querido por el agente como medio *subjetivo* de un actuar posterior del mismo sujeto» (23). Y, parece más acertada la inclusión también en este último apartado del párrafo segundo del artículo 497, y no como delito de tendencia, pues, en definitiva, se trata, como ya se ha indicado, de un apoderamiento instrumental, encaminado a conseguir una finalidad, como es el descubrimiento, a hacerlo posible, con lo que estaríamos ante un

(20) E. MEZGER, *ob. cit.*, págs. 346 y sigs., MAURACH, *ob. cit.*, pág. 80. por sólo citar dos de las más representativas y conocidas formulaciones.

(21) MAURACH, *ob. cit.*, T. I, pág. 330, nota 39 de CÓRDOBA.

(22) MEZGER, *ob. cit.*, págs. 358-359, nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ en la página 358.

(23) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 357, nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ en la misma página.

medio (apoderamiento) de un probable, pero no necesario, actuar posterior del mismo sujeto (descubrir). El *medio* lo hace posible, aunque no supone total y absolutamente la realización del fin propuesto: se necesita una actividad posterior traducida en descubrir, tomar conocimiento del secreto, desvelarlo en suma, *distinta* al mero apoderamiento, y que puede o no darse por lo que a este párrafo segundo se refiere.

Como cabe observar con tan somera consideración, es más aceptable esa versión, que la propuesta de constituir un delito de tendencia. El propio Mezger puso como claro ejemplo de los «*delitos mutilados de dos actos*» el parágrafo 146 del Código penal alemán, que estructuralmente coincide con el aquí debatido: se trata de la alteración o falseamiento de moneda metálica o billetes de banco *a fin* de usarlos como a genuinos... y, como se deduce de la simple lectura de su texto, tampoco se exige típica y necesariamente la real y concreta utilización del dinero falsificado por el mismo autor, y si así lo hiciera podría constituir delito distinto. También Rodríguez Devesa abunda en el mismo esquema interpretativo en orden al artículo 292, que sirvió de ejemplo a Rodríguez Muñoz, afirmando que «no se trata, como equivocadamente afirman algunos autores, de un caso de expendición, pues no se requiere ésta» (24). Es más, en otra ocasión, y aludiendo Mezger a los «*delitos de varios actos*», se refiere de nuevo al citado parágrafo 146, y esta vez de forma nítida por demás, cuando dice que «en el correspondiente delito de falsificación de moneda del parágrafo 146, el segundo acto aparece volatilizado en lo subjetivo (es un caso del llamado delito mutilado de dos actos), resultando que la falsificación de moneda se consuma ya con el «falsificar» (25). En la nota correspondiente, Rodríguez Muñoz subraya que «ejemplo de este grupo en el Código penal español puede serlo el artículo 292» (26).

Finalmente, desde otro punto de vista, su *expresa* constancia en la redacción típica (27), y que la pretendida «tendencia» no adquiere realidad en la acción misma, ni tampoco queda afirmada a modo de mera *consecuencia*, ya sea próxima o remota, del «se apoderare» (28), sino que *exige* inevitablemente *otra* acción, radicada en «descubrir», hace que, en definitiva, sea descartada su inclusión dentro de los

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.* (P. Esp.) cit., pág. 811. Del mismo, *ob. cit.* (P. Gen.) cit., pág. 342: «ejemplo de delito mutilado de dos actos. lo ofrece el artículo 292», insistiendo en idéntica afirmación.

(25) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 394. La misma tesis con respecto al parágrafo 146 del Código penal alemán es mantenida en E. MEZGER-BLEI, *Strafrecht* (Allg. Teil), 12 ed., München, 1967, pág. 97.

(26) Nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ en la página 394 de MEZGER, *ob. cit.*

(27) También MAURACH, *ob. cit.*, T. I, pág. 280, habla en los delitos de tendencia de «característica no escrita del tipo».

(28) Como se requiere en MEZGER, *ob. cit.*, pág. 358.

«delitos de tendencia», siendo preferible la denominación (29) aquí propuesta.

Por las mismas razones, no es atendible tampoco su configuración como «delito de resultado cortado», pues de ninguna forma se persigue la *producción* de una *consecuencia* ulterior, sino en todo caso una acción nueva y distinta (30), a pesar de que su dimensión político-criminal se encuentre informada también por idéntica «pretensión del legislador de trasladar el centro de gravedad de la defensa frente al infractor, a una etapa anterior al ataque» (31).

Son muy variadas las consecuencias de orden técnico que fácilmente cabe extraer de su conceptualización como «delito mutilado de dos actos», y en este trabajo no serán desarrolladas en toda su concreta y variada proyección, si bien el contorno interpretativo que comporta *condiciona* y simplifica la investigación sobre temas que deberán ser incorporados a un estudio completo del presente delito. Tanto el encuentro y delimitación del bien jurídico, como el de la consumación, formas imperfectas, culpabilidad, participación, etc., se verán determinados por la línea interpretativa aquí expuesta.

(29) Denominación, por lo demás, importada de la dogmática alemana, si bien en este caso la traducción o adaptación es suficientemente expresiva y puede ser utilizada sin grave escándalo e inconveniente. La formulación más preclara, puede verse en K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts* (Besond. Teil), T. I., nueva reimpression, Darmstadt, 1969, págs. 11-15, poniendo de ejemplo el presente supuesto, en unión de los «delitos de resultado cortado», de estructuras o formas derivadas de un mandato prohibitivo de modificación del mundo exterior, pues por expresa voluntad del legislador se refuerza la protección del bien jurídico *antes* incluso de que se produzca su lesión. El propio BINDING, aludió expresamente, dentro de la misma categoría, al tan citado párrafo 146 (pág. 12). En el mismo sentido, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10.^a edición, Berlín, 1967, págs. 107 y 181, precisamente al desarrollar la teoría de la participación y de la tentativa. Muy claro, y aceptando la formulación de BINDING, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht* (Allg. Teil), Berlín, 1969, págs. 214-215, que también pone como ejemplo el párrafo 146 (pág. 215). Del máximo interés, en orden a la repercusión de estas categorías delictivas como estructuras no puras dentro del sistema del bien jurídico y del dogma de la causación, además de la conocida nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ (MEZGER, *ob. cit.*, págs. 253 y sigs.), en la que expone y revisa la posición crítica de H. MAYER en su *Parte General* de 1936, debe verse, con posterioridad, del mismo autor, su *Strafrecht* (Allg. Teil), Stuttgart-Köln, 1953, págs. 125 y sigs.; y, más recientemente, su nuevo *Strafrecht* (Allg. Teil), Tübingen, 1967, págs. 66 y sigs.

(30) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 357.

(31) MAURACH, *ob. cit.*, T. I, pág. 280. También JESCHECK, *ob. cit.*, página 215. Con anterioridad, como ya hemos expuesto en la nota 29, BINDING, *ob. cit.*, pág. 12.

4. FORMAS IMPERFECTAS Y FUNCION DEL DESCUBRIMIENTO

Debe subrayarse, brevemente, un aspecto que puede encerrar interés en orden a completar su diagnóstico técnico, y que viene a ser una especie de recapitulación de lo hasta ahora expuesto: la posición que ha de mantenerse en referencia con la realización del «para descubrir» y la función que pudiera comportar en la medida que constituye el *éxito*, vale decir, de la conducta típica. Más concretamente: ¿qué significación jurídica pudiera adquirir la verificación o no del descubrimiento?

El tipo estudiado no es, en modo alguno, una forma imperfecta (ya sea tentativa o frustración) de un delito perfecto, entendiendo por éste la modalidad de «divulgación» o, incluso, el apoderamiento *con* descubrimiento. Por el contrario, estamos a presencia de un delito *completo* y perfecto desde el momento que se comprueba la existencia de un apoderarse de los documentos con la finalidad, mera finalidad —potencialidad, en suma, con respecto a la realización de aquélla—, de descubrir los secretos que contengan, quedando, en consecuencia, de esa suerte consumado. Situar, pues, el momento consumativo del delito en el descubrimiento supone, sin duda, transportarlo, por así decir, fuera del tipo, exigiendo algo que normativamente no es requerido. El descubrimiento, pues, queda, como gráficamente veíamos se expresaba Mezger, «volatilizado en lo subjetivo»: su externa y objetiva consecución no es necesaria; la acción o el acto de descubrir, típicamente no es exigido. En ese sentido, y aunque pueda tratarse de un proceso fáctico inacabado desde el momento que, por la causa que fuese, no se haya llegado ni al descubrimiento, ni menos a la divulgación de los secretos, sin embargo, jurídicamente sí que lo es, pues las exigencias típicas se satisfacen plenamente sin necesidad de que sean cubiertas ambas etapas, sin que se requieran esas dos nuevas conductas distintas y diferenciadas del apoderamiento.

Que ciertamente el proceso ejecutivo pueda *progresar* y llegarse al descubrimiento, que será lo más frecuente y común, y hasta la misma divulgación, es algo que excede del tipo del párrafo segundo del artículo 497, y únicamente pone en camino de la conjugación de una figura delictiva *distinta*, como es la del párrafo primero del mismo precepto que incorpora a aquélla, y que prevé pena diferente, más grave, y que ya hemos visto constituye un tipo compuesto. No se equipara, en este caso, una forma imperfecta (tentativa o frustración) por el legislador a un delito consumado, reuniéndoles en un tipo único, a modo de los llamados «delitos de emprendimiento» o de «empresa» o de «emprender», según las opiniones (32), pues lo que sucede es que no se parifica a forma imperfecta alguna, porque jurídicamente lo que existe es un delito consumado, y nada más: apode-

(32) MAURACH, *ob. cit.*, T. II, pág. 180. MEZGER, *ob. cit.*, T. II, páginas 243-244.

rarse para descubrir. Y no es lícito hablar de *tentativa*, y cuando decimos «tentativa» nos referimos a la institución descrita por el artículo 3, párrafo tercero del Código penal español, por la sencilla y obvia razón de que el culpable *no* da principio a la ejecución del delito, sino que lo *ejecuta*, practicando *todos* los actos de ejecución que debieran producir el delito, y se produce el delito *completo* del párrafo segundo del artículo 497, y poco importa se haya o no conseguido el «éxito», ya que éste es sólo una simple referencia típica, sin la menor exigencia en orden a su concreta verificación en el mundo de la realidad.

Hablar, por consiguiente, de «tentativa» sería, en este sentido, expresar la imagen de tentativa *que tenga personalmente* el intérprete, pero no la formulada por la ley. Una cosa es que exista un proceso natural, real y fáctico, incompleto, y otra bien distinta la calificación jurídica que al mismo corresponda: unas veces será tentativa o frustración, y otras delito consumado, y otras, incluso nada. Que ese proceso imperfecto sea tipificado como delito completo y autónomo pone de manifiesto, sin duda, algo que es tan claro que ni siquiera debiera ser apuntado: que *no* es tentativa, sino delito consumado (33). Tampoco es lícito situar en una relación de subordinación o dependencia al párrafo segundo del párrafo primero del artículo 497, so pretexto de que éste es un proceso acabado, concluido con la divulgación, ya que precisamente queda *mutilado* en la medida que quien se apodera no sólo puede *no* perseguir ni desear la divulgación, y tender únicamente al descubrimiento, sino incluso ni siquiera llegar a este último, pudiendo perfectamente gozar de la suficiente autonomía como para entenderse *consumado* sin necesidad de recurrir a la modalidad divulgatoria. De todas formas, cabría decir, que para llegar a la «divulgación» debe ser conjugada la presente figura, y que ello significa una indudable dependencia, pues quedaría concebida como una forma imperfecta de la primera, y se olvidaría, además de lo antes expuesto en relación con que la finalidad divulgatoria puede ser extraña a la meramente cognoscitiva y desveladora del secreto —no necesariamente reveladora—, que si así fuese, estaría de más el párrafo segundo, pecándose *per abundantiam iuris* pues con el juego del artículo 3 del Código penal, y el párrafo primero del artículo 497, en solitario, quedarían suficientemente cubiertas las necesidades inculpativas. Pero no es así, debido a que no se trata de forma imper-

(33) La impropiedad de hablar en estos casos de tentativa cuando se trata de un delito consumado, quizá obedezca, con independencia del prejuicio metódico que pudiera comportar, al olvido de una consideración tan simple como evidente, que con acierto subraya RODRÍGUEZ DEVESA, y es que «para que haya tentativa, en sentido amplio, es preciso que el delito no se haya consumado. La consumación se produce cuando se ha realizado íntegramente la conducta tipificada por la Ley» (RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.* (P. Gen.), página 628).

fecta del delito de divulgación, que no funciona como delito consumado del supuesto aquí estudiado, como resulta palmario.

Desde la perspectiva del descubrimiento, o si se quiere, conforme ya expusimos en otra ocasión (34) del *éxito*, de la verificación del fin perseguido, lo que acontece es que el bien jurídico que se pretende tutelar es de tal sensibilidad que no es necesaria su infracción, pues su simple probabilidad, *casi* segura, es ya suficiente, tiene significación y relevancia, y *no* exige que, real y efectivamente, los secretos se hayan descubierto. De esa suerte, puede decirse, y *sólo* desde tal consideración, que el delito queda consumado «anticipadamente», o mejor, que queda consumado, aunque *no agotado*, en aquellos casos en que el autor no haya practicado el descubrimiento que perseguía (35).

(34) M. COBO, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal*, en ADPCP, 1968, pág. 68.

(35) La distinción la utilizamos en la interpretación del artículo 226 del Código penal, en la incidental explicación de los delitos de rebelión y sedición que fue necesario verificar para despejar el problema central que se trataba en el trabajo citado en la nota anterior. En el mismo sentido, con validez general, se pronuncia RODRÍGUEZ DEVESA, cuando afirma que «la conducta del sujeto... concluye con la *consumación*, sin que sea preciso que el sujeto llegue al *delito* agotado, a la consecución de sus ulteriores propósitos, en el caso de que los hubiera», o recogiendo la distinción de JESCHECK entre *consumación* y *terminación*, y que esta «se da cuando el autor ha realizado el propósito que perseguía más allá de la realización de las características objetivas del tipo en las que radica la consumación» (RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, (P. Gen.), pág. 623. En inmediata referencia con este extremo, y especialmente con la interpretación que en su día propuse sobre el artículo 226, MUÑOZ CONDE extrajo, por su cuenta y riesgo, conclusiones inadmisibles, sin el menor fundamento ni en mis opiniones sobre el particular, ni menos en el derecho positivo interpretado, y esto último sería, desde luego, lo único importante. En nota recensionaria de mi trabajo (vid. F. MUÑOZ CONDE, *Una nueva interpretación del artículo 226 del Código penal*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia (órgano oficial del departamento) número 797, año XXIII, 15 febrero 1969, Madrid, págs. 3 a 7, tan sólo), afirma (pág. 3), que «se puede deducir del artículo del profesor COBO que, desde un punto de vista formal, el «mero alzamiento» de los rebeldes o sediciosos no consume el delito», e inmediatamente cita un pasaje, —con la página equivocada, pues no es la 72, sino la 68 de mi estudio—, en el que clara y expresamente digo todo lo contrario: «desde el punto de vista de la objetividad jurídica protegida en los artículos de rebelión y sedición, su simple puesta en peligro, el intento de quebrantarla, *es ya constitutivo de los citados delitos*. Sin embargo, desde la perspectiva del éxito, de la verificación del fin perseguido, el delito queda *consumado anticipadamente*», etc. Resulta, por tanto, evidenciado hasta la saciedad, con su simple lectura, que *no* es necesario para su consumación con alcanzar realmente las finalidades pretendidas por los alzados, pues es suficiente el mero alzamiento. Por si hubiese alguna

Las consecuencias que cabe extraer en orden a la vigencia de formas imperfectas y su general dinamismo son evidentes por demás: su problemática, pues, gravitará, única e inexorablemente, sobre el

duda, igual opinión reflejan otros pasajes, referidos a la misma cuestión: que es ya «delito completo» (pág. 68), «auténticos delitos» (pág. 73), «es evidentemente porque tales delitos se han verificado, esto es, son *ya delitos*» (pág. 73), «opera en los casos en que se hayan cometido la rebelión o sedición» (pág. 73), «de suerte que el tipo se agota con la existencia de un alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno, informado por unas específicas finalidades» (pág. 66), «si la rebelión o sedición se han consumado» (pág. 67), «sin que sea necesario se consigan los fines (resultados) a los que las conductas típicas se orientan» (pág. 67), etc. Como es palmario, *no se puede deducir* lo que deduce MUÑOZ CONDE, o mejor, poderse se podrá, pero *no se deberá*, por la sencilla razón de que justamente lo contrario es no sólo la que cabe extraer, sino lo que, sin deducción alguna, se *afirma* claramente. En la página 4, MUÑOZ CONDE, con base en la nota 4, en la que recoge parte del texto del artículo 214, y un pasaje entrecomillado, sin indicar su procedencia, dice lo siguiente: «lo cierto es que el legislador no ha esperado para aplicar la pena a que los rebeldes o sediciosos consigan sus fines, sino que construyendo una «consumación anticipada», castiga el simple «alzamiento», como se deduce del tenor literal de los artículos 214 y 218... y esta vez, por cierto, es lo que veníamos sosteniendo en todo momento. Pero, por fin, ¿qué cosa es la deducida? A continuación, y en orden a la función que atribuíamos al desistimiento, por exigencias que creemos son claras del artículo 226, y que *recuerda* a la que desempeña en la tentativa de delito del párrafo tercero del artículo 3 del Código penal, transcribe otro texto —y con errata, pues no decía «delito complejo», sino «delito completo», y también con página equivocada, ya que no es la 73, sino las 68-69—, junto a la opinión, en el mismo sentido, de ANTÓN —que recogí en su lugar oportuno (J. ANTÓN, *Derecho penal* (P. Gen.), Madrid, 1949, págs. 317 y sigs.)—, y extrae la conclusión, puramente constatoria, de que me pronuncio «pues, en definitiva por el mantenimiento de la naturaleza propia de la tentativa, a pesar de su equiparación a la consumación, continuando aquélla con sus atributos» (pág. 4). En ningún momento he llegado a la equiparación de la tentativa con la consumación, pues lo que ha sido afirmado por ANTÓN y subrayado en el citado trabajo con fines interpretativos diferentes, es que se *puede comparar*, sólo y únicamente *comparar*, la función que al *desistimiento* se le atribuye por el artículo 226, y sólo y únicamente al *desistimiento*, con la que desempeña en la tentativa del párrafo tercero del artículo 3, pero *nunca* que la forma imperfecta se equipare, en este caso, plena y totalmente, con el delito consumado: «se impone el parangón», dice ANTÓN (*ob. cit.*, loc. cit.), «desempeña pareja función» (pág. 69), se afirma por mi parte. Nadie, a excepción de MUÑOZ CONDE, ha hablado en el citado supuesto de «equiparaciones», ni nadie, salvo él, ha puesto en tela de juicio la «naturaleza propia de la tentativa», ni nadie se ha preguntado, porque no tiene el menor sentido, si de dicha comparación de carácter funcional «cabría preguntarse si vincula también a otros efectos, haciéndole perder los caracteres propios de la figura de la

simple apoderamiento, si bien éste de forma necesaria sea también invariablemente *para* descubrir, pero en el ciclo ejecutivo sólo aquél *podrá* ser tenido en cuenta.

tentativa, de los cuales uno de ellos es el desistimiento», porque ni se precisan a qué «efectos» se refiere, ni qué se deriva de ello, ni el desistimiento es un carácter de la figura de tentativa, pues sucede todo lo contrario; que la desvirtúa, ni menos estamos aquí a presencia de *tentativa*, jurídicamente entendida, sino siempre, y en todo caso, de delitos consumados, ni tampoco el artículo 226, y la función por él desplegada, tolera se hable, como hace MUÑOZ CONDE, de los llamados «delitos de empresa», por la sencilla y obvia razón de que *no existe tentativa* que equiparar, ni es equiparable, ni equiparada, ni por la doctrina, ni mucho menos por la ley. MUÑOZ CONDE ha radicalizado la tesis que expuse sobre el artículo 226, traspasando los límites de lo admisible, e incluso hasta de lo discutible: es claro que, por tratarse de delitos consumados, y no de tentativas, no les afectaría el desistimiento, y sólo por vigencia del artículo 226 así sucede, y precisamente la prueba de todo ello, de que son delitos consumados, es la propia existencia del artículo 226, ya que sería innecesario si de tentativas puras y simples se tratara. Por esta razón, concluí sosteniendo que eran «razones de utilidad y conveniencia, las que han aconsejado al legislador la instauración y vigencia del artículo 226» y «que su genuino fundamento debe ser encontrado en el *desistimiento*» (página 69), y que finalmente, era «una *causa especial de exención de la pena*» (pág. 74) en cuanto a su naturaleza jurídica, y no que «debe ser *conceptuado como impunidad por falta de tipicidad*» (MUÑOZ CONDE, pág. 5), porque el proceso ejecutivo ya fue *típico, antijurídico* y hasta *culpable*. Hasta aquí unas breves puntualizaciones a las propuestas de MUÑOZ CONDE, y sería salirse del presente tema precisar otros extremos referidos a la cuestión de la participación.

(Encontrándose redactado y finalizado este estudio, me llega un trabajo del mismo MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971, en el que de nuevo alude a la cuestión debatida, y esta vez quizá más reflexivamente. Me referiré tan sólo a su rectificación de lo expuesto anteriormente, y no a la interpretación que ofrece del artículo 519 del Código penal, cuyo concreto y especial estudio es posible le haya hecho ver la inconsecuencia de continuar manteniendo sus sugerencias por lo que al artículo 226 y concordantes, así como sus interferencias con la tentativa, se refería. Dice últimamente MUÑOZ CONDE: «creo que ahora los delitos de rebelión y sedición no son subsumibles en este grupo de delitos (se refiere de nuevo a los *Unternehmensdelikten*), sino en el de aquellos en los que la tentativa se considera como tipo autónomo independiente de la producción o no del resultado, lo que tiene por consecuencia la no aplicación de los efectos del desistimiento» (pág. 167, nota 3). Como puede verse se adhiere ahora a la tesis de que se trataba de «un principio de ejecución... elevado a la categoría de delito completo por el legislador», pero siempre de delitos *consumados*, aunque prefiere seguir empleando el término de «tentativa», si bien como tipo autónomo independiente, con lo que sustancialmente viene a decir lo mismo que ya se expuso en su momento. Y, naturalmente, como delitos con-

Todo ello, pues, viene derivado, como otros tantos puntos concretos que no son del caso, de su naturaleza como «delito mutilado de dos actos», y sólo ha sido destacada la anterior consideración con vistas a conseguir una mayor claridad exegética y expositiva.

5. DOCTRINA EXPRESADA POR LA SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1967

La sentencia indicada, recoge los siguientes «hechos probados»: «Que durante el período de tiempo comprendido entre los meses de julio y agosto de 1964, el procesado G. R. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, recibió repetidamente y en distintos días, en su oficina sita en la calle de N. E. (de esta capital) n.º X, correspondencia postal en pliegos cerrados dirigida a don F. R. F. conteniendo cheques suscritos por éste y ya pagados, estados de cuentas bancarias, comunicaciones acerca del arriendo en L. de un local para su oficina, cartas de su socio o empleado en aquella ciudad, y otros documentos contenidos en sus respectivos sobres, que el procesado abrió enterándose de lo en ellos escrito, sin que conste que les haya abierto por simple error, habiéndose probado igualmente que entre el procesado y su padre por una parte, y el Sr. R. por otra, hubo relaciones comerciales durante unos 25 años, como exportadores de frutas de aquéllos y como receptor encargado de su venta en I. éste, relaciones que cesaron súbitamente el 6 de febrero de 1964, por determinación de tales exportadores, lo que dio lugar a que el trato de éstos con el citado Sr. R., resultara poco o nada cordial, habiendo tenido todos ellos sus oficinas en la casa n.º X de la calle V. de esta ciudad, hasta el 31 de enero de 1964, a la cual había sido dirigidas las cartas que el procesado abrió, sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas del procesado y su padre en la citada calle de N. E.»

La Audiencia Provincial de L. P., una vez relatados los anteriores hechos, entendió se trataba de un delito de descubrimiento de secre-

sumados que son, no les afectaría el desistimiento, salvo que así, expresamente, lo diga el legislador, que es precisamente lo que aquí ha ocurrido, y que ahora reconoce MUÑOZ CONDE, cuando afirma «del artículo 226, que en definitiva no se trata más que de un supuesto especial de desistimiento previsto por el legislador para unos delitos, que de otra manera lo rechazarían» (*ob. cit.*, loc. cit.). Por lo demás, no cabe la menor duda que debe continuar manteniendo MUÑOZ CONDE, la función del desestimiento allí donde haya tentativa, cosa que no creemos sea puesta en duda por nadie, pues las «complicaciones dogmáticas» a las que alude no surgen precisamente ni por la soltura del legislador, ni por los «pocos principios rectores», sino mas bien por la desenvoltura y no ajustada comprensión de algunos hermeneutas. Podría extenderme en más consideraciones sobre ambos trabajos que harían excesivamente prolija la presente nota.)

tos previsto y penado en el artículo 497, párrafo segundo, del Código penal, condenando al procesado a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de cinco mil pesetas.

La defensa del condenado, por diferentes motivos de casación, formalizó el recurso oportuno, siendo rechazados todos ellos, con base en los siguientes «considerandos», que por su indudable interés general transcribimos literalmente (36).

«CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo del recurso —el primero no fue admitido—, se atribuyó a la sentencia, al amparo del número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el defecto de no resolver la cuestión propuesta en el escrito de calificación de la defensa consistente en que en 17 de enero de 1964 don N. y don G. comunicaron a la Administración de Correos de L. P., haber trasladado sus oficinas desde la calle de V. n.º X a la de N. E. n.º X, omisión que en opinión del recurrente deja sin sentido el pasaje de la sentencia referente a que no consta quién haya indicado al cartero de la calle que desviara la correspondencia del Sr. R. a las nuevas oficinas; motivo de casación que no puede ser acogido, porque lo que el Tribunal tiene que resolver en la sentencia son las cuestiones jurídicas propuestas por las partes, no las de *facto*, que implícitamente quedan resueltas en la declaración de hechos probados, donde el órgano jurisdiccional recoge los que a su juicio adquirieron sello de certeza y en la forma que estimó habían acaecido, aunque no coincida con el relato formulado por las partes, y sin que tenga que hacer declaración sobre la inexistencia o no constancia de los hechos que no estime probados; omisión de *facto* que en todo caso como error de hecho no podía combatirse por la vía de un recurso de la naturaleza del interpuesto, y que recogido o no en la declaración de hechos probados es intrascendente a los fines del proceso porque no se trataba del desvío de la correspondencia de los señores R., sino de la de don F. R., y por tanto, al referirse ese oficio a la correspondencia de aquéllos y no a la de éste, la sentencia que silenció tal detalle del escrito de calificación no incurrió en la falta de que se le acusa en este motivo del recurso».

«CONSIDERANDO: Que en los tres primeros motivos del recurso por infracción de Ley —únicos admitidos a trámite—, y que corresponden a los números tercero, cuarto y quinto del escrito, interpuestos al amparo del n.º 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; se sostiene la indebida aplicación del artículo 497 del Código penal por no concurrir los presupuestos fácticos en que descansa el delito; apoderamiento de las cartas, carácter secreto de éstas y ánimo de descubrir su contenido; presupuestos que se desarrollan en cada uno de los tres motivos y que tienen que ser desestimados por las siguientes razones:

A) El tercero, referente a la no existencia de una acción de apo-

(36) Ha sido ponente de esta sentencia, el Excmo. Sr. D. José María González Díaz.

deramiento, por decirse en los hechos probados que el procesado recibió en su oficina la correspondencia dirigida a don R. F., y no que se apoderó de ellas, porque si en amplitud de conceptos recibir supone una actitud pasiva del sujeto que recibe, contrapuesta a la de actividad que implica la acción de apoderarse de algo, como gramaticalmente este «apoderarse» de una cosa significa hacerse dueño de ella, la figura delictiva que se contempla emplea al verbo «apoderar» en el sentido de que los papeles o cartas queden bajo el poder de quien no les pertenece, incorporación al patrimonio de uno que precisa necesariamente una actividad, una acción positiva, un hacer, un algo positivo de quien recibe la cosa para que ésta quede bajo su dominio, ya que la sola inactividad o pasividad no produciría el efecto de tener por suyo o poder disponer de lo que recibió; y así, al declararse probado que el procesado recibió repetidamente en distintos días en su oficina correspondencia postal en pliegos cerrados que abrió enterándose de su contenido sin que conste lo hiciera por simple error, queda patente la acción de apoderarse de lo que no iba dirigido a él, pues aunque el acto inicial de llevar la correspondencia a su oficina fuese extraño a su actividad y se la encontrase allí en el buzón, en cualquier otro lugar o entregada en propia mano, a ese desasimiento del cartero o de quien hiciese la entrega, siguió el acto de apoderamiento al tomarla, abrirla y enterarse de su contenido, y como éste lo hizo repetidamente y en distintos días y no por distracción, contra lo que se afirma en el recurso, hay una actividad plenamente desarrollada para apoderarse de la correspondencia ajena, apoderamiento que, por otra parte, no precisa de medios violentos o fraudulentos de comisión que darían lugar a otras formas más agravadas de delincuencia, contemplándose en ésta solamente el hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos que estaban cerrados.

B) El cuarto motivo, referente a la no existencia de delito por no existir «secretos de otro», carece de toda consistencia porque la cosa puede ser secreta *per se*, por su misma naturaleza o por voluntad de quien la posee; circunstancias una y otra que se dan en la correspondencia abierta por el inculpado; la primera por tratarse de correspondencia mercantil —cheques, estados de cuentas, comunicaciones sobre arriendo de local para oficinas, etc.—, de carácter secreto por ministerio de la Ley —artículos 45 y 46 del Código de Comercio—; y la segunda porque el hecho de cerrar una carta demuestra la voluntad de que su contenido no sea conocido más que por la persona a quien va dirigida, y por tanto, es un secreto que viola el que la abre sin el consentimiento del destinatario, como así lo tiene declarado esta Sala al abrir una carta encontrada en la calle y divulgar su contenido, porque en cualquier parte que se encuentre el documento cerrado y dirigido a otro, su contenido es siempre un secreto para los demás.

C) La falta de intención o ánimo de descubrir los secretos de

otros —materia del quinto motivo del recurso—, porque la simple lectura de los hechos probados repele toda la argumentación encaminada a demostrar esa carencia de ánimo delictivo, pues se afirma en ellos que el procesado y su padre como exportadores, habían mantenido relaciones comerciales durante veinticinco años con don F. R., que súbitamente cesaron estas relaciones en 6 de febrero de 1964; que cinco días antes —el 31 de enero de ese año— el procesado y su padre, que tenían una oficina común con el Sr. R. en la calle de V., la trasladan a otra calle, y en ese nuevo domicilio comercial, entre los meses de julio y agosto de dicho año, reciben repetidamente y en distintos días correspondencia postal cerrada dirigida a don F. R., que el procesado abrió enterándose de su contenido sin que conste que la abriera por simple error; relato que pone de manifiesto el propósito del procesado de enterarse de los asuntos mercantiles de su antiguo socio, propósito malicioso al abrir repetidamente la correspondencia y no por simple error como dice la sentencia, tanto más acusado cuanto las relaciones comerciales habían cesado «súbitamente» —es palabra de los hechos probados—, y el trato entre ellos era poco o nada cordial, según declaran esos mismos hechos; y si en ese ambiente separan la oficina y en la nueva recibe el procesado la correspondencia dirigida al ex-socio una y otra vez, la intención delictiva está perfectamente acusada, ya que de otro modo al primer pliego abierto inadvertidamente hubiera seguido el acto de cerrarlo y reexpedirlo a su destinatario, o devolvérselo al cartero para que él lo verificara, cosa además que hubiera impedido la continuación de esa irregularidad; y al no hacerlo así, y convertirse en receptor de la correspondencia mercantil de persona con la se había enemistado enterándose de su contenido, quedó incurso en el delito del artículo 497 del Código penal en su párrafo 2.º por el que ha sido condenado, al no constar que divulgara el contenido de aquella correspondencia».

6. POSICION DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS TEMAS DESARROLLADOS EN LA SENTENCIA CITADA

Al margen de las diferentes cuestiones de carácter procesal, que sólo incidentalmente serán expuestas, el fallo comentado comporta pronunciamiento pleno sobre los problemas más importantes de orden técnico que plantea el artículo 497, o más específicamente, su párrafo segundo. De esta manera, nuestra jurisprudencia ha tomado posición clara y terminante, sobre:

a) El contenido y significación de la expresión «se apoderare», así como los puntos concretos que de ella se derivan.

b) Concepto y principios informativos del pasaje legal «secretos de otro», siempre del máximo interés en este delito, como es de por sí natural y lógico.

c) Exigencia y presencia del elemento subjetivo del injusto, ra-

dicado en el específico «propósito» de descubrir los secretos de un tercero.

Los puntos reseñados no han sido totalmente desconocidos por nuestra jurisprudencia, pues ésta, en las pocas sentencias que existen sobre el particular, se ha producido con anterioridad, si bien refiriéndose al párrafo primero del artículo 497 esencialmente, en lo que de común tiene con la modalidad del párrafo segundo y, desde luego, de forma un tanto fragmentaria, no contemplando en única decisión, como ahora sucede, la proyección total de las diferentes, o mejor, más significativas cuestiones del precepto. Justamente en esto último radica la trascendencia de la presente resolución, que trata de lleno y en bloque los problemas específicos que afectan al párrafo segundo del artículo 497 por vez primera.

Admitida, no obstante, la validez general de determinadas soluciones jurisprudenciales para el presente supuesto, conviene sean tenidas en cuenta con la finalidad de verificar una valoración de la doctrina sentada por la sentencia de 6 de octubre de 1967, desde la perspectiva deparada por las decisiones que le han precedido. Así, correlativamente, tenemos:

a) En cuanto a la expresión «se apoderare», fue entendida en su proyección hacia el sujeto pasivo, como que éste quedaba «desposeído» de sus papeles o cartas: «quedando el perjudicado *desposeído* de ellos en aquellas circunstancias» (37). Por lo que a su concepción exclusivamente física, material, se refiere, queda descartada, con base en el siguiente razonamiento: «si el apoderamiento de papeles... ha de ser material o simplemente para examen y toma de conocimiento, y en el sentido en que la Ley emplea la palabra apoderamiento en el artículo 497, y dada la colocación de este hecho punible en el título de los delitos contra la libertad y seguridad, *hay que excluir el concepto material, por bastar el apoderamiento momentáneo para las operaciones mentales de conocer y entender, con la finalidad de descubrir y utilizar en cualquier forma los secretos de otro*» (38).

b) En orden a la precisión del término «secreto», se afirma que «el plagio atribuido al querellante siempre se trataría de secretos de la vida privada o comercial de éste, que forman parte de la esfera de su libertad y de su seguridad, que la Ley ampara frente a todo registro, examen o comunicación a terceros, *contra o sin la voluntad del interesado*» (39).

c) Con más frecuencia se ha pronunciado nuestra jurisprudencia sobre el tercer problema, y la doctrina es constante al exigir la inexorable presencia del elemento subjetivo, consistente en el «móvil específico» directa e inequívocamente encaminado a descubrir los secretos de otro. Así, se tiene declarado que «el que para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas y divulga aqué-

(37) S. de 22 de marzo de 1962. La cursiva es nuestra.

(38) S. de 3 de abril de 1957. La cursiva es nuestra.

(39) S. de 3 de abril de 1957. La cursiva es nuestra.

llos, es de todo punto *inaplicable* al caso... *ajeno completamente al propósito de descubrir* secretos para divulgarlos o no, en razón a que lo que los funcionarios aludidos practicaron fue un acto judicial» (40), y que «para la existencia de este delito es indispensable que *el apoderamiento de las cartas o papeles se realice con el fin de descubrir el contenido de los mismos*, se divulgue o no; y como de los hechos declarados probados ... se desprende que la intención de los procesados ... al abrir la carta que se entregó al último para llevarla al correo, y que no consta siquiera llegara a leerla, *no fue la de descubrir su contenido*, sino la de introducir, como lo hicieron en la misma, la fotografía que la acompañaba o un papel que incluyeron frases y figuras obscenas e injuriosas, es obligado reconocer que tal hecho, por carecer de tan esencial elemento, no puede entrañar el referido delito» (41). Del mismo modo, se alude a la *«finalidad perseguida de descubrir el secreto* contenido en el sobre cerrado que guardaba la carta, apoderándose de ella y divulgando su contenido al entregarla al abogado e incorporarla a actuaciones judiciales, y al concurrir el dolo específico de pretender descubrir secretos contenidos en una carta cerrada, que se abre, se lee y se retiene, haciendo público su contenido» (42). Más recientemente, aunque subrayando tan sólo un «móvil» genérico de «perjudicar», se afirma que «si bien el motivo aparente fue el de denunciar ciertas defraudaciones a la Hacienda Pública, *el móvil* que les indujo a ello no fue simplemente el de ejercitar una acción pública y ciudadana, sino el de *perjudicar* al repetido don M. L. por las malas relaciones en que con él se encontraban» (43).

Finalmente, debe tenerse muy en cuenta, la tesis sostenida en orden a que «si una persona, *inadvertidamente*, abre una carta a otro dirigida, no por eso puede encuadrarse en el vulgar concepto de delincuentes» (44).

A la vista de las anteriores posiciones de nuestra jurisprudencia, el fallo comentado significa los siguientes pronunciamientos:

a) Implícitamente acepta la presencia de la «desposesión», como se admite en el pasaje que transcribimos: «en el sentido de que los papeles o cartas queden bajo el poder o dominio de quien no les pertenece». Al mismo tiempo, se subraya la dimensión física, inevitable en el pasaje legal «se apoderare», cuando declara que «contemplándose en ésta solamente el hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos que estaban cerrados». No presenta, pues, la sentencia en cuestión, en este extremo, la menor disociación con la doctrina formulada que le ha precedido.

(40) S. de 14 de octubre de 1876. La cursiva es nuestra.

(41) S. de 19 de junio de 1923. La cursiva es nuestra.

(42) S. de 10 de diciembre de 1957.

(43) S. de 22 de marzo de 1962. La cursiva es nuestra.

(44) S. de 10 de diciembre de 1957. La cursiva es nuestra.

b) Tampoco ofrece novedad con respecto a la anterior jurisprudencia —citada incluso por la propia sentencia—, en cuanto a la general validez del «secreto», concretado en las cartas, e inequívoca expresión de una voluntad de que así permanezca: «el hecho de cerrar una carta demuestra la voluntad de que su contenido no sea conocido más que por la persona a quien va dirigida».

c) Por lo que al móvil específico se refiere, la sentencia lleva a cabo un razonamiento no tan acorde como hasta ahora hemos comprobado en relación con anteriores fallos: en definitiva, tan sólo se afirma que el «relato... pone de manifiesto el propósito del procesado de enterarse de los asuntos mercantiles de su antiguo socio», y que si «recibe y abre el procesado la correspondencia dirigida al ex-socio una y otra vez, la intención delictiva está perfectamente acusada». Sin embargo, las exigencias, por así decir, de muy particular orden subjetivo en anteriores decisiones, han sido mayores y la función y dinamismo asignados a la motivación fueron sumamente matizados, como puede observarse a través de la simple lectura de los pasajes transcritos en c), y conforme desarrollaremos detenidamente a continuación.

7. ANALISIS VALORATIVO DE LAS TESIS MANTENIDAS POR LA SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1967. DIFERENTES EXTREMOS EN RELACION CON LOS «HECHOS PROBADOS» Y SU SIGNIFICACION JURIDICA

Conviene, para una mejor comprensión del análisis del fallo citado y conseguir una mayor claridad expositiva, sistematizar en apartados las consideraciones siguientes:

a) Los *hechos* recogidos en el pertinente «resultando» se formulan, en cierto modo, con una redacción que si bien aparentemente pudiera marginar fisuras, deja, sin embargo, espacio para que penetre una valoración derivada del empleo de la lógica, que puede ofrecer indudable interés para clarificar algunos aspectos concretos del párrafo segundo del artículo 497. Dado que, en el momento presente, no se trata de sustanciar —ni siquiera de dar la pauta—, recurso alguno, el análisis científico se moverá más ampliamente que si de ello se tratara, sin el condicionamiento que suponen las normas rituales disciplinadoras del recurso de casación, aunque obviamente no sean perdidas de vista, ajustándose a ellas, en todo momento, las presentes reflexiones. Así, tenemos:

a') La sentencia de la Audiencia, mantenida incólume por el Tribunal Supremo en todos sus pronunciamientos, emplea una expresión que constituye su eje central, y que no puede escapar a la consideración del comentarista, cual es «sin que conste los haya abierto por simple *error*». El término «error» proyecta su significación jurídica en una doble vertiente: de un lado, aleja la posibilidad de una clara y terminante inculpabilidad, saliendo al paso, de forma tajante, de

su posible constancia; y de otro, introduce en la redacción fáctica un concepto altamente valorizado, lleno de significación jurídico-penal de suyo, que empaña, por así decir, la pureza descriptiva de los hechos. En su primer aspecto, conduce por una vía en principio expedita para la afirmación de la culpabilidad; y en el segundo, coloca ante la admisión de un concepto, como es el «error», que por su carácter jurídico condiciona y puede predeterminar, en cierto modo, el fallo en este caso condenatorio, haciendo inevitable la alusión al número 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (45). En este sentido, la redacción jurisprudencial citada es asimilable a esta otra: «sin que conste sea inculpable». La validez del error, sobre todo en este supuesto, como causa de inculpabilidad, hace inexorable la anterior equivalencia. El mismo defecto se comprobaría si se invierten los términos, es decir, si se hubiese dicho «constando han sido abiertos por simple *error*», aunque la conclusión, en sede de culpabilidad, sería diametralmente opuesta, pues habría que negar ésta y absolver de forma necesaria y ya predeterminada en el momento del «resultando de hechos probados». Cosa distinta es si se describiera una situación fáctica de la que, a continuación, en los «considerandos», se derivase la existencia o no de error, a través del oportuno razonamiento jurídico. Quizá un deseo simplificador ha inspirado el pasaje, y como tal simplificación, nada habría que decir si las disposiciones de orden formal —así mal llamadas, pues constantemente esconden en su seno principios sustantivos, sobre todo, garantizadores de derechos (46)—, resultasen sin mácula, lo

(45) El texto legal citado dice: «Podrá también interponerse el recurso de casación por la misma causa: 1.º Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo». (La cursiva es nuestra.)

(46) El eterno problema de la postergación de lo peyorativamente llamado «formal» presenta a veces una engañosa apariencia, ya que en aras de lo «material» o «sustantivo» se comprueba una tensión casi constante, con la finalidad de minimizar, so pretexto de consideraciones más o menos pragmáticas o justicieras, el «formalismo» en el Derecho. Es curiosa la transición acontecida incluso en el lenguaje vulgar: ser «formal» es o era equivalente a ser «serio», «cumplidor», «honrado», etc., en tanto que el término ha sufrido profunda trivialización con la expresión «formalista» de evidente contenido peyorativo. El Derecho no puede prescindir de las formas, de lo formal, pues en cierto modo, valga la paradoja, le es también y al mismo tiempo algo sustancial que supone su contenido. Por lo general, lo absolutamente formal, en cuanto vacío, no existe en el Derecho: tiene su contenido y significación. Que a veces no sea palmario a primera vista, no supone que no exista. Casi siempre sucede que las «formas» comportan, cuando menos, un mínimo siquiera de garantías, y muy especialmente, de *seguridad*, y precisamente por

que esta vez, y cuando menos por la razón expuesta, resulta ciertamente difícil mantener.

b') Desde ángulo valorativo distinto, los hechos declarados probados, se encuentran informados, en cierto modo, por un laconismo generador a veces de singular ambigüedad, como sucede con un extremo que pudiera tener significativa función en orden a la total comprensión del suceso penal: «sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas del procesado y su padre en la citada calle de N. E.». No consta, pues, quién haya indicado al cartero desviase las cartas dirigidas a la calle V. hacia la calle N. E., pero se admite un hecho indudable: que, por la razón que fuere, que no consta tampoco —o, al menos, no se especifica—, el cartero, por error o por cualquier otra causa, las desvió del destino al que iban dirigidas. Si a esto se le une, que el párrafo segundo del artículo 497 venía siendo letra muerta (47) —por la evidente dificultad en la probanza del tipo, no exteriorizado, a través de la divulgación—, y que la sentencia no alude en el relato de los hechos, a cómo estos fueron *conocidos* y probados —pues tan sólo los describe como si de un caso práctico académico se tratara, aunque en verdad así puede hacerse—, se desprenderá, en el terreno estrictamente lógico, un cierto hábito misterioso acerca del constante *por qué* y *cómo* que cabe formular y que, sin duda, estimulan la curiosidad e imaginación del intérprete, quedando sin contestación, imprejuizados lógicamente, en la redacción cuestionada. Tampoco ofrece mayor amplitud explicativa, ni concreción, la pista seguida a través de los «considerandos» del fallo, como veremos a continuación, y casi seguro por la propia naturaleza y ordenación rituarial del recurso de casación penal.

esto sucede que algo que parece, superficialmente, como accidental, se convierte en esencial, en algo sustantivo y material. No debe, pues, frívolamente, perderse de vista el contenido de sentido que implica la dimensión formal del Derecho, a pesar del prejuicio que viene suponiendo, en concretos casos, el empleo de denominaciones tales como «adjetivo», «rituario», «procedimental», etc., para determinadas disposiciones que, si se analizan con detalle, se verán que, en definitiva, son garantizadoras, en amplia proyección, de específicos derechos. Innecesario citar bibliografía sobre este amplísimo tema, pues sólo nos hemos permitido una simple digresión. Sin embargo, destacamos la decisiva importancia que se atribuye en la actualidad por parte de la moderna antropología social al conjunto significativo, lleno de sentido, de todo símbolo, en cuanto «forma», en su acepción más elemental y rudimentaria, y como es natural, con mayor razón, en una sociedad evolucionada, y por lo que al Derecho se refiere, vid. C. LÉVI-STRAUSS, *Antropología estructural*, (trad. esp. E. VERÓN), 2.^a ed., Buenos Aires, 1969, págs. 320 y sigs. y 324 y sigs. Del mismo, *El Totemismo en la actualidad* (trad. esp. F. GONZÁLEZ ARAMBURU), Méjico, 1965, págs. 29 y sigs., por sólo citar dos de sus obras más representativas, en cuanto al extremo aquí apuntado.

(47) QUINTANO, *Tratado*, cit., pág. 876.

c') Resuelve la sentencia, en su primer considerando, un motivo del recurso de la defensa al amparo del número 3 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (48), relativo a «que en 17 de enero de 1964 don N. y don G. comunicaron a la Administración de Correos de L. P., haber trasladado sus oficinas desde la calle de V. número X a la de N. E. número X, omisión que en opinión del recurrente, deja sin sentido el pasaje de la sentencia referente a que no consta quién haya indicado al cartero de la calle que desviara la correspondencia del Sr. R. a las nuevas oficinas». Tesis descartada por la decisión comentada, como ya ha sido expuesto en el oportuno apartado, en base a las consideraciones en ella expuestas.

Es cierto, desde luego, que el Tribunal, como dice el «considerando», debe resolver las cuestiones jurídicas propuestas por las partes, y que las de *facto* también quedan resueltas en la declaración de «hechos probados» —y no podía ser por menos—, como asimismo es correcta la afirmación de que no «tenga que hacer declaración sobre la inexistencia o no constancia de los hechos que no estime probados», y esto último precisamente no es tenido en cuenta por el Tribunal de instancia, mostrando cierta incongruencia que resulta paradójica con el razonamiento en cuestión: «sin que conste que les haya abierto por simple error», y «sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas», son pasajes de los hechos aleccionadores al respecto. En buena lógica, y de acuerdo con la propia doctrina sentada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo, esa «no constancia», cuya narración expresa no era necesaria, debería haber sido objeto del silencio más exquisito en el relato de hechos del «resultando» y, sobre todo, en este caso, en que la manifestada constancia de la no constancia, valga el juego de palabras, sitúa en camino que aboca a la tesis condenatoria. Lo que no consta, se silencia, y sólo se expresará aquello que ha adquirido, como dice la sentencia, «sello de certeza».

Pero, volviendo a la contestación del motivo de casación antes aludido, el último párrafo del «considerando» citado, conduce inequívocamente a una conclusión que puede tener el más alto valor en orden a la significación jurídica de los hechos, y especialmente en la concreción de la culpabilidad como, según se nos dice, apuntara la defensa del procesado. La existencia del oficio en que se advierte a la Administración de Correos el traslado de oficinas es admitido de plano en el «considerando» —no recogida en el «resultando» de la sentencia recurrida—, si bien se le califica de «intrascendente a los fines del proceso», porque se trataba en aquél tan sólo del desvío de la correspondencia del procesado y de su padre, y no de la de don F. R., por lo que nada podría extraerse de dicho extremo. No puede compartirse en su total proyección y significación esa forma de ra-

(48) Dice el texto legal citado: «Podrá también interponerse al recurso de casación por la misma causa: 3.º Cuando no se resuelva en ella sobre los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa».

zonar, y aun admitiendo la bondad de la misma para descartar de plano y frontalmente toda responsabilidad criminal —evidentemente de haberse referido a la correspondencia de don F. R., de manera expresa y directa, ni siquiera habría margen para la duda ni para la discusión—, sin embargo, ello no es obstáculo para, del mismo modo, sostener que tanto si se refería a una como a otra correspondencia, el desvío de la calle V., a la que iban dirigidas, a la calle de N. E., donde fueron abiertas, tuvo como factor causal el oficio en cuestión y, en suma, un error de la Administración de Correos. Error, que aparece diáfano y comprensible, por demás, si se tiene en cuenta que el oficio suscrito por el procesado y su padre, era de fecha anterior, el 17 de enero de 1964, a la de la ruptura de éstos con don F. R., que se verificó, como dicen los hechos, «súbitamente el 6 de febrero de 1964», lo que igualmente aleja toda posible actitud en relación con un propósito del procesado de desviar o recibir la correspondencia del aludido don F. R., y justo porque únicamente se refiere a la de aquéllos, y no a la de éste, es por lo que puede, sin temor a equivocación, hablarse de error: si se hubiese referido a las cartas de don F. R., como sugiere el «considerando» para que fuese «trascendente a los fines del proceso», entonces claramente no se podría hablar de error del Servicio de Correos, sino simplemente de cumplimentar la comunicación recibida, y ésta es la que sería errónea o falsa, o si se quiere, taimada. De otra parte, mal podían ser los señores R. los que indicaran a Correos que les enviasen una correspondencia que no era la suya a las nuevas oficinas. Parece, pues, más lógico, y hasta evidente, que la Administración de Correos, llevada por la inercia de un domicilio social común durante veinticinco años al que indistintamente les era remitida la correspondencia, y desconociendo la ruptura habida, continuó enviando conjuntamente a las nuevas oficinas, como consecuencia del oficio recibido, tanto la correspondencia de los Sres. R., como la de don F. R., debido a error o ligereza que queda de forma explicable evidenciado.

Ahora bien; admitido de esa suerte el error de Correos, o incluso, el individual del mismo cartero, ciertamente es obligado, en consecuencia, poner de manifiesto su posible significación, tanto en el contexto de los hechos como en el de su valoración jurídica. De esa forma, puede sin duda pensarse que el error del Servicio de Correos, llevando las cartas a la oficina del procesado, coloca a éste en vías de que abundase en esa misma equivocación o ligereza y realizase la apertura de los sobres, verificando un acto de disposición, con lo que entraría en crisis la tajante y desaconsejable afirmación de «sin que conste que las haya abierto por simple error», o cuando menos, aún no constando éste, quedaría en muy problemático lugar la aceptación de las específicas y particulares exigencias de instancia subjetiva del tipo del párrafo segundo del artículo 497, y esto último sería de suyo suficiente para hacer desaparecer su calificación delictiva. Sobre el presente extremo insistiremos más adelante.

b) Por lo que se refiere a la *valoración jurídica* verificada por la

sentencia, en el segundo «considerando» transcrito, debemos fijar la atención, de forma muy especial, en los razonamientos *explayados* en los diferentes apartados por las consecuencias técnicas que, sin duda, comporta la posición jurisprudencial:

a') Pudieran surgir algunas cuestiones en referencia con el empleo del reflexivo «*se apoderare*» y la redacción de los hechos, puesto que si bien comprobamos la existencia de un acto de disposición radicado en «que el procesado *abrió*», sin embargo, no es menos cierto, que la situación de poder, de señorío sobre las cartas o papeles *no se creó ni se gestó* por él mismo. Se da, por consiguiente, algo que pudiera ser paradójico: realización de una consecuencia derivada de la existencia de una situación de poder, real y física (disponer-abrir), pero *no* la creación, por parte del sujeto activo (procesado) de aquella situación, en suma, del apoderamiento, que en nuestro caso está tan personalizado, es tan intransferible, por así decir, como lo es la expresión legal «*se apoderare*» (49). Su actividad, pues, se ha visto *complementada*, a modo de determinante presupuesto, y sin que diga el «resultando» cómo fueron recibidas las cartas, ni por quién fueron entregadas, y mucho menos por qué: «sin que conste quién haya indicado al cartero de esta calle que las desviara a las nuevas oficinas del procesado y su padre», se nos dice tan sólo.

Un extremo, por tanto, queda claro, y es que existió una conducta, inexplicada e inexplicable, a efectos de los «hechos», que hizo penetrar en la esfera de poder del procesado la «correspondencia postal», por la causa o razón que fuere. Y otro punto queda también despejado: que hiciese lo que hiciese aquél, siempre se habría dado, sin lugar a dudas, un acto de *disposición* por su parte, condicionado inexorablemente por la desviación precedente de las cartas. Esa disposición podría haber adoptado, desde luego, variadas formas en su concreción, y van desde destruirlas, dejarlas en su sitio, o hasta abrirlas, que es lo sucedido; pero en todo caso, y es sumamente difícil imaginar lo contrario, siempre estaríamos a presencia del «hecho material de la aprehensión», con lo que se manifiesta que este último no es de por sí suficiente para que podamos afirmar el «apoderamiento» genuino de este tipo delictivo, y tanto es así que el «considerando» se ve en la necesidad de completarlo, recabando aspectos de instancia subjetiva que prejuzgarán ya esta última de manera un tanto extemporánea por lo que a la dimensión puramente física y material del apoderamiento se refiere: «hecho material de la aprehensión con la finalidad indicada en el Código de descubrir los secretos de otro y que queda manifiesta al proceder a la apertura de los pliegos

(49) El mismo esquema de distinguir entre una «situación de poder» y su génesis, fue subrayado en otra ocasión, y para distinto supuesto, vid. M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»* en ADPCP, 1960, págs. 213 y sigs. De interés, en referencia con la concreción del término en el delito de hurto, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, (P. Esp.) cit., págs. 359 y siguientes.

que estaban cerrados» (50), como si *siempre* que se verificase la apertura de unos sobres hubiese que terminar afirmando indubitadamente que se hizo con la finalidad de descubrir los secretos de otro. Se incurre, por consiguiente, con esa forma de razonar, en un férreo círculo vicioso que cabe expresar en los siguientes términos: hubo apoderamiento porque se realizó con la finalidad de descubrir los secretos de otro, y se dio esta última, porque hubo apoderamiento. Y ello es lógico puesto que ni se trata de un delito de mera violación de correspondencia ni tampoco lo que frecuente o normalmente acontezca es equivalente a lo que siempre, absolutamente siempre, haya sucedido; la simple apertura de las cartas no comporta invariablemente un acto previo de apoderamiento y la sola finalidad de descubrir los secretos que pudieran contener. En suma, puede darse la apertura, y no el apoderamiento *para* descubrir los secretos, e igualmente puede comprobarse un apoderamiento de las cartas, con la finalidad de descubrir los secretos de otro, y no haberse producido la apertura de las mismas. Falta, pues, algo más que debe ser afirmado. Las dudas, al menos, quedan más que justificadas razonablemente.

b') Apenas si ofrece alguna cuestión concreta el apartado B) del «considerando» comentado, con respecto a la precisión del término «secreto» y a su admisión en el presente supuesto. La sentencia, con buen criterio, así lo declara, y los «hechos» la verdad es que ofrecen escaso margen para la discusión, y en este único sentido pudiera ser correcta la afirmación llevada a cabo por el Tribunal Supremo de que la impugnación «carece de toda consistencia». Por consiguiente, se aceptan dos posiciones sobre la expresión «secretos de otro», que ya hemos visto fueron también afirmadas por decisiones anteriores: de un lado, por la propia naturaleza del papel o carta; y de otro, por voluntad de quien los posea, y no es momento de entrar en el tema de si es la voluntad del remitente o del destinatario o de ambos (51). La idea general es clara y terminante: el contenido de toda carta cerrada es configurado como secreto, pues muestra el deseo de que sólo sea conocido por el destinatario. El hecho, pues, de que se encuentre *cerrada* será el criterio rector para resolver las distintas hipótesis que puedan imaginarse (52), según nuestra jurisprudencia.

No obstante, al margen del comentario al caso concreto, conviene puntualizar un extremo de interés para la interpretación general del pasaje legal «secretos de otro». Como tantas otras expresiones y vocablos legales, es susceptible de una consideración objetiva y subjetiva que es preciso, al menos, apuntar. Objetivamente, «secreto» es lo

(50) Hemos puesto en cursiva.

(51) La cuestión en Derecho civil es resuelta por CASTÁN VÁZQUEZ afirmando que «titulares del derecho al secreto no son sólo el remitente o el destinatario, sino ambos y aún los terceros» (CASTÁN VÁZQUEZ, *El derecho al secreto de la correspondencia epistolar*, en ADC, 1960, pág. 11). Vid. también RIERA AISA, *Carta*, en NEJ, Barcelona, 1951, pág. 700.

(52) Tesis duramente criticada por QUINTANO, *Tratado*, cit., pág. 872.

no conocido o lo que no se desea que así lo sea, lo «oculto y reservado» (53), y su acepción gramatical coincidirá, en su amplia versión, con su entendimiento jurídico. Sin embargo, subjetivamente el término soportará, sin duda, una mayor concreción, sobre todo a la vista del artículo 497 del Código penal. En esta línea de pensamiento debe partirse de que la idea de «secreto» *no es absoluta*, desde el momento que carecería de sentido operar con la noción de lo absolutamente secreto, pero tampoco es tan relativa y proteica como para no ser posible su reconducción a criterios generales de interpretación, y justamente en su proyección subjetiva pueden encontrarse puntos de vista del más acusado interés. Así, tenemos, que lo verdaderamente determinante de la noción de secreto no es su genérica y objetiva configuración como lo oculto y reservado, sino más bien como aquello que no es conocido, o mejor, que es *ignorado por el sujeto activo*, al margen de que sea incluso notorio para la generalidad, o hasta si se quiere, conocido por aquél pero no con carácter *previo* a la actividad de apoderamiento ni tampoco específico, es decir, que es suficiente con que *antes* de la realización de aquélla no conozca el contenido de los papeles o cartas, aunque *después* de verificada, y una vez enterado de forma total de su texto, resulte que era algo que fehaciente y plenamente conocía con anterioridad, y que incluso de haberlo sabido ni siquiera se hubiese apoderado de aquéllos. Más aún: en el supuesto de que no llegue a conocerlo jamás, o si se quiere reconocerlo, el tratamiento será el mismo, puesto que resulta irrelevante, a efectos del presente tipo, se produzca o no el descubrimiento, conforme ya fue puesto de relieve.

Mantener un esquema interpretativo conectado a la cronología no es más que ser consecuentes con la propia redacción legal que ha ido marcando hitos temporales en la descripción típica: primero, se apodera para descubrir; luego, descubre; y, finalmente, divulga. No obstante, se pensará un tanto superficialmente, que puede darse el caso de que a pesar de ser conocido cabalmente y de manera previa al apoderamiento éste se realice y entonces no podría hablarse, de acuerdo con nuestra propuesta, de «secretos» con todo lo que de ello sin duda se deriva. Pero, en estas hipótesis, lo que sucede es que no se comprobará, en modo alguno, la existencia de la finalidad de descubrir los secretos, ya que *nada* tiene que desvelar, ni siquiera que conocer, y sería necesario traer a colación otros tipos delictivos en su caso, y también la presencia de otras finalidades distintas a la de «para descubrir» los secretos, que nos alejarían del artículo 497 del Código penal.

El término «secreto» utilizado en el precepto aludido no es, en verdad, muy afortunado, y puede conducir a un casuismo prolífico que a veces convertirá la interpretación, así como la solución de los su-

(53) Primera acepción que le confiere la Real Academia, vid. *Diccionario de la lengua española*, 19.^a ed. (of. de la R. A.), Madrid, 1970, pág. 1186.

puestos, en un auténtico rompecabezas de difícil uniformidad. Sirvan las líneas anteriores de simple incitación interpretativa.

c') El último apartado del «considerando» admite la existencia de la «intención o ánimo de descubrir los secretos», con base en los pasajes fácticos ya señalados, que así lo denotan, según la sentencia. Y planteada la cuestión en los términos que lo hace el razonamiento jurisprudencial, no cabe duda que la respuesta será siempre afirmativa. La solución ya no será tan clara y simple si se contempla desde perspectiva diferente, de acuerdo con el criterio interpretativo aquí propuesto, y que estimamos se acomoda coherentemente al texto legal, como a continuación exponemos.

Es necesario despejar previamente algunas cuestiones que se derivan de la lógica interna de la sentencia. Según se deduce de ésta no habría existido inconveniente en negar el denominado «ánimo de descubrir» si al «primer pliego abierto inadvertidamente hubiera seguido el acto de cerrarlo y reexpedirlo a su destinatario, o devolvérselo al cartero para que él lo verificara, cosa además que hubiera impedido la continuación de esa irregularidad».

Pero, ¿qué hubiese sucedido si se actúa de acuerdo con dicho pasaje?, ¿qué diferencias en cuanto a su significación jurídica cabe extraer?, ¿es congruente esa propuesta de actuación con el resto de los argumentos exployados en la sentencia?

Las anteriores preguntas en buena medida pueden ser fácilmente contestadas: se habría producido el mismo «hecho material de la aprehensión»; se habría verificado un acto de disposición de ajena correspondencia; se habría también procedido a la apertura de los pliegos; se habría, igualmente, enterado de su contenido; se habría, en suma, comprobado la existencia de una súbita ruptura de las relaciones comerciales y de un trato personal poco o nada cordial; y seguiría, finalmente, sin constar quién haya indicado al cartero la desviación de los sobres y tampoco que los hubiese abierto por simple error y, desde luego, prácticamente estaríamos ante el mismo supuesto. Únicamente se diferenciaría en que solamente *una vez* recibió la correspondencia, y lo realmente acontecido es que, como imprecisamente se afirma, fue «en distintos días» (?), y de ahí se deduce que no hubo inadvertencia sino «propósito malicioso». No podemos acompañar a la sentencia por el camino que sigue su razonar, pues ciertamente la repetición de inadvertencias, dos o tres o las que sean, constituye, simplemente, una *suma* de aquéllas, pero no siempre y necesariamente el citado «propósito malicioso» que cualitativamente es algo, por demás obvio, muy diferente en su esencia. El silencio más absoluto se guarda sobre este decisivo extremo, no existiendo ni un solo pasaje fáctico que fehacientemente lo fundamente. La situación en que se mueven los hechos y la dialéctica del razonamiento puede ser tal que, con la simple introducción de la correspondencia en la esfera de poder del sujeto activo, éste se encontraría determinado férreamente por límites de actuación y respuesta tan angostos que, radicalizando un tanto el argumento, se vería irremediamente abo-

cado a la realización del delito, del que sólo podría huir con un exagerado y en modo alguno exigible nivel de precaución y alerta, como si de extraña advertencia a tan singular e improbable celada se tratara.

Al margen de lo anterior, y de acuerdo con las líneas generales de interpretación que han sido propuestas en epígrafes precedentes, no podemos por menos que negar en la actual descripción fáctica las específicas exigencias subjetivas típicamente requeridas por el párrafo segundo del artículo 497. No puede ser puesto en duda que existió descubrimiento, pero este simple hecho no condiciona inexorablemente la calificación de delictiva de la conducta, y hasta el extremo que, conforme se ha expuesto, no es necesaria su presencia pues es suficiente con que constituya mera referencia, simple finalidad, actitud puramente subjetiva que no será preciso se concrete en la realidad objetiva. Sin duda es discutible, por ser muy dudosa, la existencia de apoderamiento, aunque quepa admitir una noción del mismo basada en el ejercicio de cualquier acto de disposición que a su vez se fundamente en la simple aprehensión material. De suerte que podría aceptarse, de un lado, el hecho incommovible del descubrimiento, y de otro, sin el menor agrado, la existencia de un apoderamiento. Pero ambos por sí solos, no agotan la exigencia del tipo. Falta un elemento de *enlace* exclusivamente subjetivo que no existe forma de afirmar, es decir, no se comprueba un apoderamiento *para* ... descubrir; una finalidad *previa* de descubrir que instrumentalice al apoderamiento para llegar al conocimiento del contenido de los papeles o cartas; un apoderamiento, en definitiva, preordenado y encaminado al descubrimiento. No hay, por tanto, *conexión* entre la finalidad de para descubrir y el apoderamiento: al descubrimiento se puede llegar también *sin* que se haya propuesto como fin del apoderamiento, incluso casualmente.

Dos razones aconsejan dicha forma de pensar: la fortuita e inopinada penetración en la esfera de poder del sujeto activo de la correspondencia, y el silencio guardado por los hechos, tan expresivos en otros extremos, sobre la existencia de tal finalidad encaminada a utilizar el apoderamiento como instrumento para desvelar los secretos. Se podía llegar a admitir que quisiera descubrir los secretos, una vez aprehendidos los sobres o pliegos, pero no que los hubiese *aprehendido para descubrir*. El «para descubrir», pues, surge, a lo sumo, con *posterioridad al apoderamiento*, y precisamente el precepto exige todo lo contrario, esto es, que como expresión y concreción de aquélla finalidad se apodere de los papeles o cartas; el apoderamiento es, desde luego, *previo* al descubrimiento, o más precisamente, a su probable, casi segura, realización, pero a su vez la finalidad de descubrir ha de ser, necesariamente, *previa* al apoderamiento, ya que éste no es más que un instrumento, el único típico, a través del cual se canaliza y ejercita aquélla. Quien se apodera de papeles o cartas, con un mero ánimo posesorio, y posteriormente, surge el querer descubrir los secretos en ellos contenidos, no se ha apoderado para des-

cubrir, como tampoco quien lo hizo con ánimo de dañar, lucrarse, etcétera, y si después se *limita* a descubrir, en todos estos casos faltará la relación y enlace entre la finalidad, específica y genuina, de descubrir y el apoderamiento cometido e instrumentalizado por aquélla, a modo de un simple medio de ejecución de su propia esencia y contenido.

No debe olvidarse, para una justa comprensión de lo anterior, que el hecho de querer descubrir no supone siempre que se haya querido apoderarse para descubrir, que es cosa distinta, pues el apoderamiento puede ser, en cierto modo, un freno objetivo de lo que sería mera y simple curiosidad. La intensidad del propósito desvelador deberá ser tal que llegue incluso al apoderamiento, y que seleccione este camino, de apoderarse de los documentos, para descubrir los secretos; que quiera aquél, como medio de llegar a éste. Todavía más: no será suficiente con la presencia de una finalidad de descubrir y una tenencia, o incluso, posibilidad de disposición de los documentos, sino que deberá exigirse, en todo momento, que a ésta se haya llegado como concreción y realización de aquélla, es decir, que ambas *aisladas* pueden comprobarse, pero mientras no se presente y se afirme su íntima relación, seguirá faltando algo que resulta imprescindible y que, en última instancia, constituye la nota más específica y significativa de este tipo.

La finalidad, por consiguiente, afectará no sólo al descubrimiento, como es evidente, sino también a *todo* el proceso ejecutivo, al apoderamiento, que constituirá su único medio de realización, de suerte que se exigirá no sólo un querer apoderarse de los papeles o cartas, sino un querer apoderarse para descubrir los secretos, y si este último extremo, que sin duda será calificado simplistamente de detalle o matiz, no se produce, no estaremos a presencia de este delito, porque estará ausente el dinamismo y conexión exigida a la específica finalidad y al cauce por el que ha de discurrir, que no es otro mas que el apoderamiento.

En el caso presente, afirmábamos no se daban tales exigencias, por lo siguiente:

a") Que *sólo* se dice «sin que conste que les haya abierto por simple error», con lo que se lleva a cabo una afirmación negativamente formulada, que deja imprejujada la presencia o no de la finalidad desveladora, y sólo aleja la posibilidad de una apertura errónea, es decir, que cuando las abría tenía conciencia de que así lo hacía; pero, ¿conocía que eran de otro?, ¿existía un proceso, maquinal, mecánico, de abrir y abrir los sobres? La no constancia del error viene exclusivamente referida a la ejecución de la apertura de los sobres, y nada más, como se deduce del citado pasaje, pero la pervivencia de las anteriores preguntas hace que, en todo instante, proliferen la duda, y se llegue a la negativa en cuanto a la aceptación de elemento subjetivo, tan intenso y específico, como el requerido por el presente tipo.

b") Que por lo demás se guarda un silencio absoluto, de forma que para realizar la afirmación de la cuestionada finalidad se sigue un camino indirecto, y ciertamente presuntivo, basado en las relaciones comerciales, en su súbita ruptura, en el descubrimiento, etc., que constituyen datos, a lo sumo, indiciarios, pero, desde luego, no inequívocos de la existencia del requisito subjetivo que de *facto* debe quedar perfectamente evidenciado, cosa que aquí no sucede y que resulta sumamente controvertida.