

Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad (*)

FERNANDO RODRIGUEZ MARIN

Colaborador del Departamento de Derecho penal y procesal
de la Universidad de Sevilla

INTRODUCCION

El propósito de este trabajo es llevar a cabo un estudio exhaustivo de los delitos de escuchas ilegales o de «colocación ilegal de escuchas telefónicas» como los llama la Ley Orgánica 7/1984, que los introdujo. A cuatro años de la publicación de esta Ley, la preocupación social sobre la violación de la intimidad por medio de escuchas telefónicas o clandestinas no ha disminuido, siendo objeto de denuncia política y de atención constante por parte de los medios de comunicación social. Por esta razón, creo necesario llamar la atención de la comunidad jurídica una vez más sobre el valor del bien jurídico protegido en estos delitos, el derecho a la intimidad, como pilar imprescindible de nuestro sistema de libertades democráticas. No obstante, quisiera poner de manifiesto las limitaciones y dificultades inherentes al concepto intimidad como valor social digno de protección penal. En primer lugar, al tratarse de un tema relativamente reciente en el derecho comparado, y decididamente nuevo en el nuestro, es de difícil definición. Así, al ser un derecho que se predica frente a terceros (individuos o personas jurídicas), es cultural, política y socialmente relativo, dependiendo su reconocimiento y contenido del modelo político-social imperante en cada comunidad política o grupo social. Con todo, y una vez reconocida su obligada indeterminación, el derecho a la intimidad ha de reconocerse como un valor básico de nuestro sistema político de libertades individuales, merecedor de protección penal en casos de conculcaciones especialmente graves del mismo.

(*) Trabajo presentado en el curso doctoral «Derecho penal y control social» dirigido por el Profesor Muñoz Conde en la Universidad de Sevilla, 1987-88. En parte, este trabajo ha sido elaborado durante la estancia que tuvo el autor en la Harvard-Law-School, Bostón Cambridge (USA).

El trabajo está dividido en tres capítulos. El primer capítulo se dedica a reseñar, brevemente, la historia legislativa de la Ley Orgánica 7/1984 y, más en profundidad, a realizar una revisión de la idea «derecho a la intimidad», repasando algunas de las teorías más relevantes que se han ofrecido durante su desarrollo histórico, y ofreciendo una versión (que se pretende) clarificadora de la misma.

En los capítulos siguientes llevaré a cabo una disección pormenorizada de los dos tipos penales de escuchas. el segundo capítulo está dedicado a las escuchas realizadas por particulares, y el tercero a las escuchas realizadas por funcionarios. Esta división no pretende sugerir o conferir un relación de prelación de un tipo sobre el otro, y es meramente aleatoria. Por último, reseñaré algunas conclusiones críticas e incluiré algunas proposiciones *de lege ferenda*.

CAPITULO I

EL BIEN JURIDICO INTIMIDAD

A. La Ley Orgánica 7/1984

La Ley Orgánica 7/1984 nació como consecuencia de una proposición de Ley del grupo conservador del Congreso de los Diputados encaminada a poner fin a la práctica indiscriminada de escuchas telefónicas. Esta práctica venía siendo denunciada con insistencia en la prensa por este y otros grupos políticos. Así, en 1983 AP se quejó repetidas veces de que alguno de sus miembros más destacados estaban siendo escuchados subrepticamente. En 1984, el diputado de Herri Batasuna Jon Idígoras alegó haber sido escuchado por la policía cuando daba un discurso en el interior de una sede de esa coalición (1). Esta inquietud era patente también en ciertos sectores de la Magistratura, como lo demuestra, por ejemplo, el artículo publicado en la revista «La Ley» por el entonces presidente de la Audiencia Territorial de Canarias. En él J. A. Vega Escandón llamaba la atención sobre la existencia de una gran cantidad de teléfonos intervenidos sin orden judicial y de la carencia total de control sobre estas actuaciones por parte de los jueces (2). Las escuchas habían sido objeto de preocupación asimismo, por parte de la doctrina, quienes habían llamado la atención sobre la inexistencia de regulación penal de esta materia (3).

(1) Esta situación no ha remitido tras la publicación de la Ley. Por ejemplo, en 1986, los ciudadanos de Bergara pusieron de manifiesto su alarma ante la realización indiscriminada e incontrolada de escuchas telefónicas en esta y otras localidades del País Vasco.

(2) VEGA ESCANDÓN, *La escucha telefónica en España*, Revista «La Ley», Año V, núm. 881, 24 de febrero de 1984.

(3) Cfr. entre otros, GARCÍA VITORIA, A., *Derecho a la intimidad en el Derecho*

La proposición conservadora, que apareció el 28 de junio de 1983 contenía dos nuevos artículos (192 bis a) y (192 bis b), en los que se castigaba sola y exclusivamente la realización de escuchas telefónicas «sin mediar resolución judicial». Asimismo, se contenía una agravación de la responsabilidad en caso de ser realizadas por funcionarios, y una equiparación a éstos de los empleados de la compañía telefónica (4). El pleno del Congreso envió el texto a la Comisión de Justicia e Interior el 13 de marzo de 1984. En Comisión, la proposición sufrió enmiendas por parte de los grupos Socialista y Comunista, de las que surgió la redacción definitiva (5). El texto contiene dos artículos en los que se incriminan la colocación de escuchas telefónicas y/o subrepticias bien sea por parte de funcionarios (art. 192 bis), o por parte de particulares (art. 497 bis). La redacción definitiva, además de hacer esta distinción sistemática, amplía el elenco de acciones punibles, no restringiendo su ámbito de aplicación a las interceptaciones telefónicas, sino ampliándolo a todo tipo de aprehensión del sonido por la utilización de instrumentos de escucha, grabación, transmisión o reproducción. Es por ésto que titulo este artículo «escuchas ilegales» y no «escuchas telefónicas», porque junto a las escuchas telefónicas se incriminan también escuchas como objeto conversaciones no telefónicas. Por consiguiente, en este artículo distinguiré entre dos tipos de escuchas: escuchas telefónicas y escuchas subrepticias.

La Proposición de Ley conservadora respondía a una gran preocupación social ante el problema de las escuchas telefónicas. La propia E. M. de dicha proposición habla de «la gran inquietud generada en la opinión pública ante la inseguridad jurídica que supone la colocación indiscriminada de escuchas telefónicas...». Esta inquietud fue asimismo recogida en la redacción final de la E. M. de la Ley Orgánica 7/1984, en la que se recoge: «Establecido en nuestra Constitución el secreto de las comunicaciones telefónicas como uno de los principios de la protección que nuestra máxima Ley dispensa al honor y a la intimidad personales, se hace necesario tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra dicho bien jurídico.» La E. M. prosigue diciendo que la existencia de esta Ley ha sido exigida por una «sensibilidad democráticamente expresada ante la posibilidad de que se instalen con manifiesta ilicitud arbitraria escuchas telefónicas». Así, el legislador señala que el motivo principal de la aparición de estos nuevos delitos es la necesidad de proteger el bien jurídico «secreto de las comunicaciones telefónicas.»

penal y en la Constitución de 1978, ed. Aranzadi, Pamplona, 1983, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.

(4) Ver B. O. Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II.^a Legislatura, serie B, núm. 48.

(5) Ver Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1984, II.^a Legislatura, núm. 174, sesión de la Comisión de 23 de mayo de 1984.

El contenido de estos dos nuevos preceptos, sin embargo, va más allá de la mera protección al secreto telefónico. En primer lugar, ambos artículos incriminan dos acciones básicamente diferentes: por un lado, la interceptación telefónica, y por otro la realización de escuchas de conversaciones no telefónicas. Esto quiere decir que, si bien la prohibición de interceptar arbitrariamente teléfonos constituye una protección eficaz del secreto de las comunicaciones telefónicas, la segunda acción, si bien tangencialmente protege dicho bien jurídico, en realidad excede al mismo. Del tenor de estos artículos se deduce que esta segunda acción viene a conceder protección frente a agresiones a un bien jurídico más amplio, la intimidad, que engloba dentro de sí al secreto de las comunicaciones.

La misma E. M. reconoce que dicho secreto telefónico no es más que un principio de protección constitucional a los derechos al honor y a la intimidad a los que reconoce una entidad superior. Sin embargo, y a propósito de esta consideración en la E. M., estos delitos no vienen a ofrecer una protección reforzada a la ya concedida al derecho al honor en el Título X del Código Penal. Por supuesto, las acciones tipificadas en los dos nuevos tipos penales pueden atentar al honor de las víctimas de escuchas ilegales ya que toda captación de una información íntima y, más aún, su divulgación, puede resultar en una amenaza a la *reputación* social o la estima pública de las mismas. Como escribe Berdugo, «el honor está constituido por las *relaciones de reconocimiento* fundadas en valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (6)». No obstante, nótese que esta agresión al honor es sólo potencial: del tenor literal de estos nuevos tipos no se infiere exigencia alguna de atentado a la reputación del sujeto pasivo sino, meramente, un atentado a su libertad de matener un espacio privado y, por ello, exclusivo. El interés en castigar estos delitos no es originaria ni principalmente el proteger la reputación de los ciudadanos ya que en ese caso sólo se castigarán escuchas que difundiesen información falsa o socialmente perjudicial, sino, de un modo más general, el otorgar una protección *formal* frente a meras intrusiones en sus vidas privadas que, aún poniendo en peligro dicha reputación, sobre todo violan el deseo de los mismos de permanecer libres del escrutinio arbitrario de los demás. Violan, en una palabra, su libertad personal (7).

(6) IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en «ADP», 1984. También el mismo autor, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987.

(7) Vidal, siguiendo a Martín Bernal, dice: «puede ser globalizada la enunciación del derecho al honor, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones que tienen como base y como común denominador el respeto a una esfera o vida privada». VIDAL JAIME, *La protección de la intimidad de las personas en el ordenamiento jurídico español*, «Revista de Derecho Privado», julio/agosto, 1981, p. 765.

Por consiguiente, el bien jurídico protegido en estos nuevos delitos parece ser un derecho a la intimidad que incluya tanto una protección formal de lo íntimo como la protección contra su divulgación. Este derecho se reconoce en el artículo 18 de la Constitución, donde se encuentra meramente enunciado, siendo la labor de la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, el llenarlo de contenido práctico.

B. El derecho a la intimidad

Concepto relativamente reciente en la doctrina anglosajona, donde se originó a finales del siglo pasado, la intimidad como derecho, no ha sido objeto de investigación particularizada por parte de la doctrina nacional hasta tiempos muy recientes. En los EE.UU., ni la Corte Suprema ni la doctrina han podido arribar a un concepto común, más o menos universal. Su ámbito es delimitado constantemente por decisiones judiciales en las 51 jurisdicciones, con lo que podría quizá confeccionarse un mapa que describiera una «geografía de la intimidad», con claros lindes, y un variopinto relieve.

El derecho a la intimidad derivado de aquel ámbito se ha interpretado en un sentido patrimonial o cuasipatrimonial por unos y en un sentido socio-político por otros. Por ello, una visión más o menos restrictiva del concepto intimidad ha resultado por un lado en una definición como un mero derecho subjetivo al secreto o al disfrute de la paz domiciliaria, con un valor esencialmente patrimonial; y por otro, en una definición como derecho moral y políticamente fundamental garante de otras libertades individuales. Resulta evidente, pues, que los márgenes de este derecho son borrosos. Así, el derecho a la información se presenta como un contra-valor que sugiere la posibilidad de legitimar atentados a lo íntimo en base a un valor colectivo, y por tanto, pretendidamente superior. Por otro lado, está el interés gubernamental en defender el bienestar común y la seguridad colectiva, así como la seguridad del Estado frente a agresiones exteriores, que presenta un nuevo obstáculo a la tendencia expansiva del derecho a la intimidad (8).

En lo que sigue vamos a repasar rápidamente las versiones más destacadas del concepto intimidad/privacy y su evolución en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país y de los EE.UU. (9). Así mis-

(8) Cfr. Dworkin, Gerald, *Privacy and the Law*, en «Privacy», editado por John B. Young, pp. 122 y ss., (1978).

(9) La limitación al estudio de la doctrina estadounidense se basa en varias razones prácticas: Por un lado, la mayoría de los trabajos publicados en España sobre este tema han puesto gran énfasis en la doctrina europea, particularmente alemana e italiana, a lo que poco puedo añadir. Por otro, la doctrina de los EE.UU. es muy extensa y avanzada y sirve de inspiración la europea. Por último, mi formación en un centro de estudios de aquel país me permite ofrecer una visión precisa del estado del derecho estadounidense, y aclarar ciertos puntos.

mo, repasaremos aquellos casos en que este derecho entra en conflicto con otros derechos fundamentales, estableciendo sus límites. A efectos meramente didácticos, dividiré lo que sigue en tres secciones que representan otros tantos rasgos identificadores de este derecho fundamental: 1.º es un derecho formulado recientemente cuya evolución doctrinal ha sido muy dinámica en lo que va de siglo; 2.º se basa en un concepto, la intimidad, cuyo contenido es muy impreciso y relativo, cultural y políticamente; y 3.º es, en España, un derecho fundamental constitucional.

1. *Novedad y dinamismo*

Se ha dicho que el artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandis en la *Harvard Law Review* sobre la *privacy* es el artículo más citado de todos los tiempos (10). Indudablemente, es referencia obligada para la comprensión del desarrollo doctrinal de la idea de intimidad dentro del mundo jurídico. Warren y Brandeis intentaron elaborar doctrinalmente un principio de derecho común accionable en los tribunales civiles («tort») que no era reconocido por la jurisprudencia anglosajona tradicional. Hasta entonces, sólo eran accionables en juicio acciones que violaban un derecho patrimonial a la víctima, como eran el derecho a la posesión pacífica que era violado al entrar en propiedad ajena sin permiso del dueño de la misma (*trespass*). El desarrollo tecnológico aportó, entre otros instrumentos, la fotografía, mediante la cual era posible captar y reproducir escenas de la vida privada sin necesidad de saltar verjas o romper cadenas. En estos casos, las acciones tradicionalmente disponibles en Derecho civil para proteger la propiedad privada no cubrían estas situaciones que, según los autores, violaban el derecho a ser dejado sólo («*right to be let alone*»). Esta es la aportación decisiva de los autores, la concepción de *privacy* como un derecho subjetivo autónomo del derecho a la propiedad cuyo valor consiste en reconocer la «integridad de la personalidad».

La visión del tema de Warren y Brandeis se limita al ámbito del derecho civil en el cual demandaban la elaboración jurisprudencial de un derecho subjetivo a la intimidad. Con ella se concede un valor patrimonial a este derecho al ser la indemnización pecuniaria la principal sanción imponible en sede civil. Además, este «derecho a ser dejado solo» se presta a una lectura amplia: si se viola la intimidad al fotografiar subrepticamente a alguien sin su permiso, también ocurre lo mismo si se le escuchan sus conversaciones telefónicas, o si se le

(10) WARREN & BRANDEIS. *The Right To Privacy*, «4 *Harvard Law Review* 193», 1980.

recorta arbitraria y excesivamente el campo de libertad individual. La evolución del derecho a la intimidad desde el ámbito meramente civil a su consagración como derecho fundamental constitucional se basa en gran medida en el carácter expansivo del mismo que quizá intuyeran en su día los famosos Warren y Brandeis.

El tema intimidad como «tort» (injusto que acarrea responsabilidad civil) fue objeto de estudio de civilistas en los EE.UU. y otros países del sistema de «common law» ya que, por un lado, los medios de conculcación de ese «right to be let alone» se hicieron cada vez más eficaces a medida que avanzaba el siglo, y por otro, el Derecho civil, en la forma de «torts» presenta en esos ordenamientos soluciones más satisfactorias. El más destacado exponente es Prosser, quien resumió el estado de la jurisprudencia civil a principios de los sesenta en cuatro tipos de «tort»: a) intrusión en la soledad o seclusión del demandado, o en sus asuntos privados; b) divulgación pública de datos privados embarazosos; c) publicidad falsa acerca del demandado; y d) apropiación del nombre o la imagen del demandante para beneficio del demandado (11). Esta jurisprudencia ha avanzado relativamente desde entonces, pero puede decirse que las categorías de Prosser son todavía correctas. Además, como pone de manifiesto John Shattuck, la protección civil (en derecho común, o «common law», civil) a la privacy en los EE.UU. es débil ya que la misma cede frecuentemente ante otros intereses, especialmente la libertad de expresión reconocida constitucionalmente por la primera enmienda de la Constitución estadounidense (12).

Pero el derecho a la intimidad trasciende el ámbito del Derecho civil, y ha sido reivindicado como un derecho fundamental, lo cual tiene consecuencias políticas, y penales (tanto materiales —criminalización de escuchas— como procesales —ineficacia de pruebas ilegítimamente obtenidas). Esta posición procede de la influencia de otras disciplinas sobre el derecho, en cuanto al contenido de la idea de intimidad.

Puede decirse que tras Warren y Brandeis, ha sido Alan Westin el autor que más influencia ha tenido en el desarrollo doctrinal de la privacy ya que relacionó todos aquellos aspectos de la intimidad que habían sido puestos de manifiesto por jueces y autores a través de los años, cuyo origen puede encontrarse en la amplitud de la definición original de aquellos autores. Westin encontró tres ámbitos de intimidad merecedores de protección jurídica: la de los individuos, de los grupos y la de las instituciones. Una de las novedades más importantes de Westin consiste precisamente en la introducción de grupos e instituciones públicas (gubernamentales) como titulares de

(11) Cfr. Dworkin, *op. cit.*, p. 117.

(12) SHATTUCK Y PYLE, *The Rights of Privacy*, pp. 6-1, materiales para el curso de mismo título, «Harvard Law School», 1987.

un ámbito de intimidad susceptible de protección. Por un lado, la intimidad de los grupos (de las discusiones dentro de los mismos y entre los mismos —negociaciones de convenios, por ejemplo) la ve Westin como presupuesto del libre ejercicio de la libertad política de empresas, grupos cívicos y movimientos de protesta ideológicos. Esta intimidad protege el sistema de valores de una sociedad pluralista y democrática. En cuanto a la intimidad de las instituciones. Westin, se refiere a la necesidad de reserva de las negociaciones y conversaciones a ciertos niveles de la administración, en ciertos comités legislativos, y en conversaciones entre gobiernos. En estas situaciones, dice Westin, la intimidad es un «ingrediente esencial del proceso de consenso y resolución sobre el que se basa el arreglo pacífico de intereses en conflicto (13)».

Para Westin, la intimidad individual cumple cuatro funciones desde el punto de vista psicológico, a saber: protección de la autonomía personal (la cual él considera vital para el desarrollo de la individualidad y la elección consciente de estilo de vida), liberación emocional, autoevaluación, y comunicación limitada y protegida. Estas últimas se refieren a la necesidad de un ámbito privado donde retirarse para reflexionar o actuar sobre decisiones vitales personalísimas (14). Para este autor la demanda de intimidad consiste en que los individuos, grupos e instituciones determinen por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida, cierta información es comunicada a otros (15). Es decir, el elemento principal de este derecho es el poder de controlar la apropiación y divulgación de lo íntimo.

Tras Westin, el elemento de control pasa a ser decisivo en el concepto de intimidad; un control de carácter negativo, entendido como capacidad de impedir acceso a ciertos ámbitos personales. En este mismo sentido se manifiesta Altman, quien considera este derecho como el derecho a «disponer de un control selectivo del acceso a uno mismo o a su grupo (16)». Para Fried, *privacy* también se refiere a control, a una «sensación de control» y un poder reconocido y justificado de controlar ciertos aspectos del ámbito personal (17). Por último, Greenawalt describe la *privacy* como un valor primordial en una sociedad pluralista que protege la autonomía del individuo al prohibir ciertas formas de coerción reconociendo, de una parte, el interés individual en controlar información sobre uno mismo, pero asimismo, prohibiendo otras formas de instrucción gubernamental (18).

(13) WESTIN, *op. cit.*, pp. 368-369.

(14) WESTIN, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(15) «Privacy is the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information is communicated to others.» WESTIN ALAN, *Privacy and Freedom*, p. 7, New York, 1970.

(16) ALTMAN IRWIN, *The environment and Social Behavior*, Belmont, CA, 1975.

(17) Fried, en *Rights to Privacy*, Por JOHN SHATTUCK, p. 198, 1977.

(18) GREENAWALT, *op. cit.*, p. 199.

La intimidad como poder de control sobre los ámbitos privados se puede ver en una vertiente positiva, en aquellos casos en que habiéndose obtenido legítimamente información privada, esta es manipulada o es utilizada en forma distinta a aquélla que hizo lícita su obtención. En estos casos, el individuo debe disponer de algún recurso por el que hacer cesar dicho uso ilegítimo de la información. Este tema originó con gran fuerza en los años setenta en Europa y los EE.UU. con relación al uso y manipulación de datos informáticos. Así mismo, el intento de usar en juicio de pruebas obtenidas ilegalmente por parte de la policía acarrea que los titulares de esa información ilegalmente obtenida exijan la invalidación de la misma en el proceso.

La magnitud de los niveles posibles de intrusión en la vida privada de los ciudadanos ha llevado a un replanteamiento del tema en los últimos años. Así, John Shattuck encuentra que la intimidad personal engloba dentro de sí varias libertades y que, vista así, la privacy sirve de garantía del pacífico disfrute de los derechos civiles. Para este autor, hay múltiples «derechos a la intimidad», que se pueden agrupar en cuatro: 1) La autonomía frente a interferencias del gobierno, la cual incluye la libre elección de conducta sexual, la integridad física, y la libertad de decidir sobre el propio cuerpo; 2) la libertad frente a las intrusiones privadas y la publicidad; 3) la libertad frente a intrusiones del gobierno, que incluye el rechazo al uso de medios insidiosos de vigilancia policial (v. gr. escuchas), el rechazo a los registros y entradas arbitrarias en lugares privados; y 4) la intimidad informática, que incluye el derecho a no declarar contra uno mismo, la intimidad de las comunicaciones privilegiadas, y la de los datos informáticos (19). Estos derechos han sido elaborados por la jurisprudencia estadounidense y para Shattuck provienen de una visión iusnaturalista de los derechos constitucionales. (Este aspecto se verá con más detalle *infra*.)

La elaboración doctrinal de un derecho a la intimidad amplio puede verse, por el contrario, como una ficción supérflua ya que las libertades que viene a proteger forman parte del contenido de otros derechos. Este es el caso para Judith Thompson, profesora de filosofía de M. I. T., quien estima que el derecho a la intimidad no es más que una manifestación de un «derecho sobre la persona» el cual ya contiene unos derechos reconocidos por todos, en concreto el derecho a la libertad y a la propiedad. Para ella, por ejemplo, el que alguien pretenda ocultar su posesión de una película pornográfica no es más que una expresión de su derecho de propiedad, del cual deriva su pretensión de usar exclusivamente la misma. Al estar la intimidad

(19) Ver SHATTUCK, *op. cit.*, Asimismo: SHATTUCK & PYLE, *Rights of Privacy, op. cit.*,

subordinada a estos otros derechos preexistentes, Thompson concluye que no es necesario su reconocimiento (20).

No obstante, esta posición no ha sido acogida por la mayoría. En concreto, James Rachels y Jeffrey Reinman rebatieron esos planteamientos. El primero puso de relieve la especificidad del derecho a la intimidad como capacidad de control, una postura análoga a las vistas anteriormente Rachels considera que es necesario mantener una zona privada en aras a conservar esa información resevada que constituye la base de las confidencias las cuales constituyen a su vez el contenido primordial de la relaciones de amistad (21). Reinman va más allá, y considera que la posición de Rachels (substancialmente la misma de Charles Fried) denota una visión capitalista de las relaciones personales. Para él el derecho a la intimidad es más amplio, y es presupuesto de la personalidad. «La intimidad es un rito social mediante el cual el individuo recibe la titularidad moral de su razón de existir (22)». Por tanto, la intimidad es necesaria para la creación de la identidad (self), la cual incluye los pensamientos, el cuerpo y las acciones del sujeto. El derecho a la intimidad confiere titularidad a la persona sobre sí misma (23).

En nuestro país la aportación más valiosa al tema lo ha presentado Morales Prats quien encuentra una relación inmediata entre la intimidad y la libertad individual por la que la intimidad adquiere la función de garantía de otras libertades individuales. Morales propugna un concepto de libertad personal en el cual anide «la dimensión garantista de la privacy cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye un presupuesto de su ejercicio» (24). El bien jurídico intimidad se presenta en dos aspectos: una privacy pre-informática, y una privacy informática. La privacy pre-informática incluye tres aspectos: 1) la privacy de la esfera íntima, que se refiere a la libertad de toma de decisiones relativas al propio cuerpo y a la protección de los secretos; 2) la privacy política, relativa a la libertad de elección de actividades y preferencias políticas; y 3) la privacy personal, que incluye la intimidad del hogar, la del propio cuerpo y la protección

(20) THOMPSON, JUDITH J., *The Right to Privacy*, «5 Philosophy & Public Affairs», pp. 295-314, Summer, 1975.

(21) RACHELS JAMES, *Why Privacy is Important*, «5 Philosophy & Public Affairs», pp. 323 y ss., Summer, 1975.

(22) «Privacy is a social ritual by means of which an individual's moral title to his existence is conferred.»

(23) REINMAN JEFFREY, *Privacy, Intimacy and Personhood*, «6 Philosophy & Public Affairs», pp. 26, 36, 37, 39 and 43. Fall, 1976. Ver también, VELECKI LUBOR, *The concept of Privacy*, en «Privacy», pp. 31-34, edited by John B. Young, London, 1978, quien habla de la intimidad como la titularidad moral a las decisiones relativas a uno mismo, «el derecho a ser el capitán de su propia alma».

(24) MORALES PRATS, F., *Privacy y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto*, «Documentación Jurídica», núms. 37-40, p. 582, 1983.

de las garantías jurisdiccionales. La privacy informática protege los datos íntimos frente al uso arbitrario e inconsciente de los mismos, y frente a su manipulación, y concede al titular de los mismos el derecho de acceder a los bancos de datos para impedir tal uso y de obtener rectificación de datos falsos (25).

Como recuerda por su parte González Gutiérrez, el derecho a la intimidad presenta, asimismo, un aspecto formal y un aspecto material. En función del primero, se protege el ámbito íntimo, «sin atender a qué contenido de ese ámbito puede ser afectado» por un ataque al mismo. En su aspecto material se protege lo íntimo de la divulgación o revelación inconsciente, para lo cual lo que se revele habrá de ser necesariamente íntimo (26).

La intimidad se puede entender pues como un superderecho garantía de otras libertades individuales. Los contenidos de intimidad y libertad individual se conectan de un modo absoluto. Puede decirse que todas aquellas actividades que afectan a la identidad personal y al aire libre, desarrollo de la personalidad, forman parte de la esfera íntima. Este modelo se ajusta a la necesidad sentida cada vez más de garantizar a los ciudadanos ese *habeas mentem* de que habla Morales, la posibilidad de formar la propia personalidad sin imposiciones o alienación. Responde a una visión de la sociedad post-industrial avanzada ya por Marcuse donde la homogeneización de los usos sociales, rasgos culturales e incluso los valores sociales y opiniones políticas se ha obtenido mediante el ejercicio de un control social subrepticio que se manifiesta en la existencia de un espurio consenso social provocado por la «administración total» de la vida social a través de su ordenación «técnica» (27). Visto así, la intimidad es un último reducto donde el ciudadano puede ejercer la opción de ser diferente, donde se puede plantear estilos de vida, actitudes personales o sociedades políticas alternativas. Donde, en otros términos, se pueden cuestionar las bases presuntamente neutras (técnicas) de la sociedad post-industrial. Este derecho garantiza la «inmunidad» del ciudadano frente a las transgresiones inconscientes en ese ámbito exclusivo. La intimidad, como derecho-inmunidad, otorgaría, en la terminología del profesor Unger, «la opción de retirarse, funcional e incluso territorialmente, del orden social establecido» y «concedería al individuo la sensación fundamental de seguridad (28).

(25) Para un tratamiento a fondo de la intimidad de los bancos de datos, véase Adoración de MIGUEL CASTAÑO, *El derecho a la intimidad frente al derecho a la información. El ordenador y las leyes de protección de datos*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Tomo 86, núm. 4, pp. 319 y ss., abril, 1983.

(26) GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, *Protección de la intimidad y escuchas clandestinas*, «Comentarios al Código Penal», pp. 70-71, 1987.

(27) HERBERT MARCUSE, *The One-Dimensional Man*, Boston, 1967.

(28) ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

En resumen, en su versión expansiva, la intimidad es la parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. La misma garantiza la libertad frente a intrusiones por parte del gobierno (entre otros, el secreto de las comunicaciones y la titularidad particular de los datos informáticos) y de los particulares (la cual incluye el secreto también, y en su aspecto material, la protección al honor). Asimismo, la intimidad garantiza la autonomía individual, incluidas la libertad de elección sexual, y la titularidad individual sobre el propio cuerpo. La *privacy* es, por último, garante de la libertad de opción política y de disensión; garantiza la existencia de las condiciones necesarias para la formación y elaboración de las opiniones políticas: la libertad frente a la coerción.

2. *Imprecisión y relatividad*

Pero la *privacy* es un concepto impreciso y, sobre todo, relativo, ya que tiene un contenido fundamentalmente cultural (y por tanto social), y político. En cuanto a su relatividad cultural, para algunos, se trata de un valor social reconocido por todas las culturas, y sólo varía el grado de reconocimiento y protección del mismo. Otros consideran que es un valor absolutamente desconocido por algunos pueblos, o que al menos, así lo ha sido históricamente. Esta posición lleva a concluir que se trata de un derecho dispensable (29), mientras que la primera refuerza una concepción iusnaturalista del mismo. Sin entrar en la polémica, es importante aquí poner de relieve este dato por su influencia potencial en cuanto al puesto que al derecho a la intimidad se ha de atribuir en una determinada sociedad. En nuestro país, en todo caso, parece ser claro que existe un consenso en reconocer, al menos nominalmente este derecho como un rasgo cultural compartido por todos.

Entendiendo el derecho a la intimidad como un derecho a la diversidad, a «ser diferente», a la tranquilidad espiritual, etc., es preciso reconocer donde se encuentra su frontera: en la necesidad de evitar daño a los demás y en la protección de intereses primordiales de la comunidad —los cuales son consagrados en nuestro sistema político como derechos fundamentales constitucionales. Como escribe García-Pablos «no se puede defender la existencia de unos límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles de los derechos, pues la dinámica social está denominada por el relativismo (30)». La ubicación de

(29) Véase FERDINAND D. SHOEMAN, *Privacy. Philosophical dimensions of the literature*, en «Philosophical Dimensions of Privacy, An Anthology», Cambridge University Press, 1984.

(30) GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *El derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal al derecho al honor y a la intimidad*, en «Estudios Penales», Barcelona, 1984.

estos límites dependerá de la importancia relativa de los derechos e intereses en conflicto. Como veremos más adelante (en los apartados relativos a las causas de justificación en los delitos de escuchas) estos conflictos se resolverán a favor de uno u otro en razón a su respectivo calibre constitucional y en base a consideraciones políticas y en nuestro caso, de política criminal.

Igualmente se trata de un concepto vago, impreciso cuyo auténtico contenido, como hemos visto, es debatido fervientemente. Desde un derecho con base patrimonial, hoy se aboga por su consideración como derecho-garantía de libertades personales. Es un derecho que presenta, pues, una relatividad socio-política, sin dejar de tener un valor patrimonial (no debe olvidarse que este derecho es renunciable, aunque no de un modo absoluto, a cambio de compensación económica). Por un lado, el contenido del derecho a la *privacy* es limitado por el de otros derechos individuales o colectivos, de los cuales hay que destacar la protección a la vida y la integridad física, la libertad de información y la seguridad nacional. Además el contenido político del mismo depende y se corresponde con el modelo socio-político bajo el que se enfoque, bien sea éste, por ejemplo, un modelo liberal o socialista.

Elevado a la categoría de super-derecho, el derecho a la *privacy* parece exigir un tratamiento favorable con relación a otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico al recibir la consideración de derecho fundamental. Así, puede sostenerse en base a un principio *in dubio pro libertate* (31) que existe una presunción favorable a la intimidad en situaciones de conflicto con otros intereses de la colectividad, bien sean estos servidos por el gobierno o patrimonio de particulares. Esta visión, desconfiar del poder del estado, y parece estar también cerca de un cierto iusnaturalismo que promueve una concepción restrictiva del poder del estado (independientemente de su legitimidad representativa), entendiéndolo como un poder residual cuya intervención en la vida de los ciudadanos ha de restringirse al mínimo. En consecuencia, el Estado intervendrá solamente en aquellos aspectos de la vida privada y social que sean específicamente detallados en las leyes fundamentales, dejándose en manos de los ciudadanos el disfrute de cualquier otra manifestación de su libertad (32). Esto es así porque se considera que los ciudadanos son titulares de una serie de derechos naturales inalienables que les son inherentes y no necesitan ser descritos en constitución política. Igualmente, este

(31) GARCIA-PABLOS, *op. cit.*,

(32) Esta es la visión defendida por la corriente «civil libertarian» de los EE.UU. Esta teoría entiende que cuando se está ante conflictos de valores o derechos fundamentales e intereses colectivos, es necesario realizar una evaluación y contrapeso (*balancing*) de los intereses en conflicto, sólo siendo aceptable aquellas limitaciones donde se pueda probar que existe un interés colectivo tan importante que resulte ineludible (*compelling interest*). Tribe.

sistema presupone la existencia (33) de una concepción más o menos fija del modelo de sociedad consagrado en las leyes fundamentales. En la constante dialéctica solidaridad colectiva/autonomía individual, la balanza se decantaría por esta última.

Como consecuencia de esta visión liberal, el derecho a la intimidad ha llegado a considerarse en nuestras sociedades occidentales un elemento capital de las libertades públicas. Su importancia como constante recordatorio del valor capital de la autonomía personal no puede ser ignorado. Sin embargo, esta visión no es la única. Frente a ella, se encuentra una visión positivista que admitiría teóricamente un modelo socialista o colectivista donde el bienestar de la comunidad se impusiera sistemáticamente al bienestar individual.

¿Cuál es el modelo contemplado en la Constitución española? El tema es debatido (34), pero, aunque en general se admita un modelo mixto (estado social y democrático de derecho), en cuanto al derecho a la intimidad (y a los demás derechos fundamentales), este no deja lugar a dudas, ya la Constitución reconoce específicamente la existencia del mismo (art. 18.1), aunque no le de un contenido específico. Igualmente, la declaración general del artículo 10 de la Constitución Española, constituye la consagración inequívoca en nuestro ordenamiento de la existencia de derechos inviolables que son inherentes a la persona. Así, la mera enumeración de estos derechos permite concluir que será el contenido específico de cada uno de estos derechos lo que será objeto de debate y evolución, respondiendo, con mayor o menor fidelidad, al sentir de la sociedad —se debatirá acerca de aquéllo que es inherente a la persona en el derecho a la intimidad, pero no su lugar preeminente dentro de los valores sociales reconocidos por la Constitución.

Visto así (y teniendo en mente, además, su reconocimiento constitucional, que veremos más adelante), el derecho a la intimidad es un derecho eminentemente político, el cual debe ser aplicable y estar disponible para todos los ciudadanos sin distinción de raza, origen, etc., en caso de violación de los mismos, si es que van a ser desarrollados justa y democráticamente. Para que esto ocurra, es muy posible que la realidad sociológica de un estado impida o limite la posibilidad de dicha aplicación igualatoria del derecho. Así, el concepto de intimidad se relativiza aún más (relatividad sociológica) al variar su contenido y ámbito de la región del estado donde se intenta invocar al derecho (35). Es más se ha llegado a hablar de la existencia,

(33) ¿Es acaso determinable un modelo de sociedad específico derivado de la constitución estadounidense?

(34) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982.

(35) No ha que olvidar que en estados como el español existen grandes diferencias socio-culturales y económicas entre las diversas nacionalidades y regiones que se traducen sin duda en diferentes concepciones de la idea de «lo íntimo». Igualmente, la

en algunas comunidades, de una verdadera «patología» de la intimidad la cual se manifiesta en la aberración del deseo de aislamiento frente a los demás. Así, Barrington Moore pone como ejemplo el caso del vecino que presencia la comisión de un atraco desde la ventana de su apartamento en una gran ciudad y no hace nada alegando que no es asunto suyo (36). Otro ejemplo que acude a la mente es la existencia, en los EE.UU., de acuerdos extrajudiciales secretos; acuerdos privados en demandas de responsabilidad civil por daños a la salud, (normalmente causados por vertidos de fábricas químicas) en virtud de los cuales los demandantes se comprometen a no revelar o divulgar las pruebas de que disponen como base de la demanda. Con acuerdos como éstos, el riesgo de posible daño a terceros mantiene oculto a cambio de una compensación pecuniaria. Como se puede deducir, el contenido de la intimidad es susceptible de cambiar según la sociedad de que se trate, coadyuvando en algunos casos, a una hipertomización de la sociedad en la que cada individuo constituye una célula herméticamente aislada de los demás.

Precisamente por existir estas diferencias, y dada la necesidad de proteger en sociedades industriales como las nuestras los derechos de las minorías frente a la voluntad a veces tiránica de la mayoría, debe imponerse un concepto normativo de los derechos fundamentales, y en nuestro caso, del derecho a la intimidad. Este concepto indicaría las expectativas mínimas de privacidad de los ciudadanos, independientemente del área de geografía o del grupo social al que éstos pertenecan.

Este concepto normativo es, sin embargo, también susceptible de ser el foco de disputas ya que no parece claro quién debe formularlo. En el contexto del derecho anglosajón, se debate entre la formulación judicial o popular (a través del jurado) y la elaboración legislativa del mismo. En nuestro sistema jurídico el debate debe discurrir por los mismos cauces en un futuro próximo debido a la futura introducción del jurado en juicios penales. El planteamiento y resolución del debate es un tema complicado que excede los límites de este trabajo. No obstante, puede señalarse aquí el punto principal del mismo: el establecer qué resulta más democrático, la elaboración del mínimo contenido de los derechos por parte de representantes electos o directos del pueblo, o por parte de técnicos altamente cualificados pero no sujetos al control popular. La solución a este dilema dependerá entre otros factores, del grado de representatividad de las institucio-

existencia de un colectivo social dividido en clases en cualquiera de las nacionalidades o regiones (donde la movilidad inter-clases es mínima), pueden conllevar la aparición de diversas «zonas de intimidad», dependiendo del grado en que la misma se reconozca en las diversas comunidades del Estado, a menos que se garantice una visión normativa de este derecho.

(36) MOORE, BARRINGTON, Jr., *Privacy*, en «Society», Vol. 22, núm. 4, May/June, 1985.

nes legislativas y de los jurados, y de las características sociológicas de la comunidad respectiva.

3. *Apoyo constitucional*

El derecho a la intimidad es reconocido, aunque meramente enunciado, en el artículo 18.1 de la Constitución Española, dentro del Capítulo II, Título II. Dada su posición constitucional, este derecho es reconocido como fundamental e inviolable, vinculante directamente sobre todos los ciudadanos del Estado y sobre el Estado mismo (37). Dada esa posición también, el mismo debe tener primacía en caso de conflicto con cualquier otro derecho o interés de menor rango. Como se verá más tarde, sin embargo, no está claro que estas asunciones generales vayan a ser reconocidas por los tribunales.

En los EE.UU. el reconocimiento constitucional de la *privacy* ha evolucionado gradualmente durante este siglo. Como ya ha expuesto extensamente Morales, se ha pasado de considerarlo un derecho subjetivo accionable en los tribunales civiles, a ser un derecho fundamental constitucional que ha de invocarse como límite a la actuación arbitraria del estado. El camino hacia este reconocimiento constitucional ha sido azaroso debido a las especiales características de la constitución estadounidense, con su limitada enumeración de derechos fundamentales contenida en las enmiendas a la misma. Como es bien sabido, la *privacy* no aparece enumerada expresamente en las enmiendas. Sin embargo, varias enmiendas reconocen una serie de libertades individuales que afectan varios aspectos del ámbito privado. Así, las enmiendas 1.^a, 4.^a, 5.^a y 14.^a protegen la libertad de asociación y expresión; la libertad frente a registros y confiscaciones arbitrarios, al derecho a no declarar contra uno mismo, y el derecho a un proceso con todas las garantías («due process»). Asimismo, la 9.^a enmienda contiene una cláusula residual cuyo contenido ha sido el foco de diatribas constitucionales y que sido usada para invocar la constitucionalidad de la *privacy*. Según la misma, la enumeración de los derechos fundamentales no es exclusiva del reconocimiento y protección de otros derechos «retenidos por el pueblo».

El tema de la existencia de un derecho constitucional a la *privacy per se* fue discutido por la corte en el caso *Griswold v. Connecticut* (38). Este caso es reconocido por la mayoría de la doctrina estadounidense como la base del reconocimiento judicial de la existencia de un derecho a la intimidad dentro de la constitución no enunciado expresamente, pero «implícito» en el concepto de libertad. En *Gris-*

(37) Cfr. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.

(38) 381 US 479, 1965.

wold, la Corte decidió anular por anticonstitucional una ley del estado de Connecticut que penalizaba el uso de anticonceptivos, incluso por personas casadas. El ponente, el famoso Juez Douglas, falló que existe un derecho a la intimidad en las relaciones matrimoniales que, aunque no esté expresamente recogido en la constitución, está implícito en «la penumbra» de los derechos reconocidos en la misma.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la opinión de Douglas no fue asumida incondicionalmente por los demás miembros de la corte que votaron con él. La razón principal fue el desacuerdo de estos jueces acerca del pertinente soporte constitucional de este derecho. Así, para Golberg (apoyado por Warren y Brennan), este derecho se basa en la 9.^a enmienda la cual establece literalmente que «la enumeración por la constitución de ciertos derechos no deberá ser construída (interpretada) para negar o eliminar otros (derechos) retenidos por el pueblo», pero Golberg se limita a reconocer un derecho restringido a la intimidad matrimonial. Para Harlan, quien también opinó estrictamente, este derecho se basa en la 14.^a enmienda, en la llamada «Due Process Clause» que puede equipararse al derecho a un proceso justo, con todas las garantías (39). Por último, White basa su apoyo a la anticonstitucionalidad de la Ley de Connecticut en base a que la misma sería de imposible cumplimiento por parte de los ciudadanos a los que se dirige.

Los votos particulares de Black y Stewart recogen una interpretación contraria a las avanzadas. Para ellos no es posible «encontrar» derechos en la constitución que no estén enumerados expresamente en el texto de la misma. Para ellos, la constitución de los EE.UU., al no contener precepto alguno que proteja expresamente el derecho a la intimidad, el mismo no existe.

Las diferentes interpretaciones recogidas en Grinswold reflejan en buena medida la situación actual de la discusión en la doctrina estadounidense. Una mayoría es favorable a admitir la existencia del derecho, mientras que sólo algunos mantienen la opinión contraria. Esta disputa académica ha llegado al corazón de los ciudadanos americanos gracias a la difusión de las audiencias en el Senado de los EE.UU., para la confirmación del Juez Bork como miembro de la Corte Suprema. Allí las posiciones restrictivas positivistas, de Bork se enfrentaron a las de la mayoría de los Senadores, y, principalmente, a la autoridad jurídica del profesor Tribe. Puede decirse inequívocamente que fue su posición ante este tema lo que le costó el puesto en la Corte Suprema a Bork.

(39) Esta cláusula ha sido interpretada tanto en un sentido procesal como en un sentido material. Este último, avanzado por la Corte a principios de siglo en la comentada sentencia *Lockner v. New York*, 198 US 45, 1905, predica que la 14.^a enmienda no sólo consagra las garantías procesales, sino que además garantiza el respeto a los derechos reconocidos en cualquier otro lugar del ordenamiento jurídico, incluidos los derechos enunciados o naturales.

El marco interpretativo del ámbito de intimidad protegido por la constitución estadounidense fue elaborado por el Juez Harlan en su voto particular concurrente en el caso *Katz v. United States* (40), en relación a casos de entradas y registros ilegales por agentes del Estado. En este caso, la mayoría decidió que la 4.^a enmienda protege a personas y no lugares, y que, por tanto, la escucha por parte de la policía de una conversación telefónica (sin autorización judicial) llevada a cabo desde una cabina pública representaba una invasión injustificada de dicha enmienda. Harlan matizó este resultado en su voto particular concurrente. Para él existe una violación de la 4.^a enmienda cuando se dan las dos condiciones siguientes: a) que la víctima manifieste una expectativa subjetiva de intimidad (por ejemplo, manteniendo algo oculto, o bajo llave), y b) que la sociedad esté dispuesta a reconocer dicha expectativa como razonable (así, por ejemplo, esconder marihuana plantada en el jardín tras una tapia hacia donde se puede mirar desde el exterior). La fórmula de Harlan, y no la visión más general señalada por la mayoría ha sido recogida por la Corte desde entonces (41).

En suma, en los EE.UU. se puede decir que se ha reconocido no un derecho general a la intimidad, sino varios derechos a disfrutar diversas manifestaciones de la intimidad. Así hemos visto se reconoce un derecho a la intimidad del hogar, de las comunicaciones telefónicas (en el caso de *Katz*), y de ciertas decisiones personales (por ejemplo, el aborto, en *Roe v. Wade* (42)) aunque no de todas (43). En este último caso, la Corte es muy reacia a reconocer un derecho a la intimidad de las decisiones personalísimas como pedía el demandante en *Bower*, sino que estudia cada caso individualmente. La mayoría de la Corte simplemente se limitó a negar que existiera un «derecho a practicar la homosexualidad».

Frente a la situación del país norteamericano, la constitución española, como ya vimos, sí reconoce un derecho fundamental a la intimidad. Empero, el contenido del mismo está por determinar ya que la Constitución no lo define. Por tanto, la experiencia estadounidense con respecto al tratamiento particular de cada manifestación de este derecho puede servir de referencia al legislador español y sobre todo al Tribunal Constitucional en la aplicación del artículo 18 a situaciones concretas (44).

(40) 389 UW 347, 1967.

(41) Se ha usado a la Corte desde sectores progresistas que ésta ha usado la fórmula de Harlan para limitar gradualmente el ámbito de *privacy* reconocido a las personas bajo la 4.^a enmienda.

(42) 410 US 113, 1973

(43) Así, la Corte decidió en 1986 que una ley estatal que criminalizaba la realización de ciertos actos sexuales (coito anal y oral) era constitucional. *Bower v. Hardwick*, 1986.

(44) Labor que el Tribunal Constitucional ya ha realizado por ejemplo en la sentencia núm. 114/1984.

El principio, no se puede refutar que un concepto amplio como el ofrecido en el apartado primero arriba, es perfectamente aceptable, dada la inconcreción del texto constitucional. El hecho de que, por ejemplo, honor y libertad política estén, asimismo, enunciados en la Constitución Española, no impide reconocer que, substantivamente, éstos no son más que dos de las manifestaciones del derecho material a la intimidad. Los demás aspectos de este derecho tal y como se definieron con anterioridad, no encuentran, sin embargo, apoyo constitucional directo. Además, una interpretación sistemática del artículo 18.1 en conexión con el artículo 10 de la Constitución Española, sustenta el concepto de amplio de intimidad. Así, el derecho a la intimidad incluye parte de esos «derechos inviolables que le son inherentes» y que garantizan la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

4. *Conclusión*

En resumen, el derecho a la intimidad se perfila como el derecho de todos los ciudadanos a mantener una determinada parte de sus vidas fuera del conocimiento in consentido de los demás (esto es el resto de los particulares y sobre todo, el Gobierno) y, como consecuencia, de ejercer un control sobre la información relativa a la misma. Intimidad o *provacv* es la parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones peronalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal. El reconocimiento legal de la titularidad de todos los ciudadanos a dicha esfera privada viene impuesta por el principio de igualdad y representa una manifestación del respeto a la dignidad humana. El derecho a la intimidad es pues el derecho de todos los ciudadanos a mantener una parte de sus vidas fuera del acceso y conocimiento in consentido de los demás particulares así como del acceso y conocimiento injustificado y arbitrario del Gobierno y, por consiguiente, el derecho a mantener un control constante y efectivo sobre la información relativa a esa parte de sus vidas.

Dado su carácter de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, este derecho tiene además un valor superior y por lo tanto, prevalente, en relación con otros derechos e intereses jurídicamente protegidos. En caso de conflicto entre estos últimos y la intimidad, será necesario evaluar la jerarquía normativa relativa de ambos. Por consiguiente, prevalecerá la intimidad sobre cualquiera de esos intereses o derechos, pero no frente a los demás derechos, fundamentales —v. gr. derecho a la vida y la libertad de expresión—. La solución a estos conflictos requerirá necesariamente una labor de contrapeso que habrá de tener en cuenta las consecuencias político-jurídicas (*policy*) de la misma.

La Ley Orgánica 7/1984, solamente concede protección legal a la intimidad de las comunicaciones orales, telefónicas o no. Las posibles agresiones a este bien jurídico por medio de la captación de la imagen o de la manipulación y/o colección de datos íntimos, carecen hasta el momento de protección penal en nuestro ordenamiento jurídico. En el Derecho civil, la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar declara ilegales ciertas acciones de captación subrepticia de la imagen, además de acciones de captación del sonido similares a las recogidas en los artículos 192 bis y 497 bis.

Además de faltar una regulación penal de ciertos ataques muy graves a la intimidad por la captación de la imagen, no existe protección alguna frente a violación de la intimidad de los datos informáticos. La falta de una Ley de Protección de Datos (pedida desde sectores de la doctrina y sectores profesionales afectados (45) hace que el uso arbitrario de la informática se encuentre pues completamente impune, en ostensible contradicción al mandato constitucional del artículo 18.4 de la Constitución Española.

CAPITULO II

LOS DELITOS DE ESCUCHAS ILEGALES REALIZADAS POR PARTICULARES

El nuevo artículo 497 bis describe tres acciones típicas: la interceptación de comunicaciones telefónicas, la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido y la divulgación o revelación de lo descubierto.

En el primer caso, por interceptación debe entenderse el acceso in consentido de un tercero a una conversación telefónica con la intención de aprehender el contenido de la misma. Esta acción puede sustanciarse de diversas maneras, siendo quizá la más común el «pinchazo» (la manipulación directa de los cables telefónicos) (46). Igualmente, el verbo «interceptar» significa apoderarse de una cosa, o interrumpir. Por tanto, la acción podría consistir también en interrumpir o evitar que una conversación telefónica se lleve a cabo. No obstante, el tenor literal del tipo impide esta interpretación extensiva ya que, como se verá más adelante, el mismo no se realiza si no se comete la acción con la intención de descubrir los secretos o la intimidad

(45) Ver DE MIGUEL, Adoración, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

(46) Para una descripción de algunos de los métodos comisivos más frecuentes, véase, por todos, GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

de otros. Por tanto, sólo se incriminarán acciones en que se llegue a escuchar una conversación (47).

Recientemente además han aparecido nuevas técnicas de comunicación telefónica, como, por ejemplo, los sistemas de telefonía sin cable, como son el teléfono digital, y el teléfono celular, cuya problemática ha provocado acciones legislativas en el Congreso de los EE.UU. que han culminado con la reforma de la Communications Act por la nueva Ley de 1986 «Electronic Communications Privacy Act» (48). En esta ley, se ha ampliado la definición del verbo «to intercept» como «la adquisición, oral o de otro modo, del contenido de cualquier comunicación oral, por cable o electrónica, por medio del uso de cualquier instrumento electrónico, mecánico o de cualquier otro instrumento». 18 USC § 2510 (4). Por ello, salvo en el caso del uso legítimo del teléfono y de aparatos médicos de corrección auditiva, cualquier escucha de una conversación, sea esta telefónica, mediante el uso de cualquier instrumento técnico, será punible en los EE.UU.

La posibilidad de interpretar el 497 bis del Código Penal de un modo acorde a la nueva regulación estadounidense, dependerá de la definición que se apoye de la palabra «telefónicas». Si, por un lado, se entiende como telefónicas aquellas conversaciones con soporte en los cables telefónicos, entonces se podría incluir entre las acciones prohibidas al llamado correo electrónico (electronic mail). Si, alternativamente, se define telefónico como relativo al instrumento teléfono y a conversaciones orales, entonces podría entenderse como prohibida la escucha de conversaciones por telefonía celular por medio de la interferencia en las ondas de radio por las que estos teléfonos comunican. En principio, parece ser más acorde al espíritu de la Ley la segunda interpretación, pues la otra acción típica descrita en este artículo se refiere a la aprehensión del «sonido». Además, esta sería un interpretación más restrictiva, de acuerdo con el principio de legalidad penal.

De cualquier modo, lo decisivo en esta acción es que el objeto de la misma es una conversación mantenida a través de un soporte telefónico, y por ello, llamo a estas acciones «interceptaciones telefónicas».

En la segunda acción, la utilización de instrumentos o artificios técnicos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido, lo que se está tipificando es la colocación subrepticia o clandestina

(47) GONZÁLEZ GUTIÁN, *op. cit.*, p. 166.

(48) Véase «The Boston Globe», ed. de 15 de junio de 1985, «Balancing privacy rights», en el que se pide una revisión legal en Massachusetts a tenor de los tremendos cambios en la tecnología que han ocurrido en la pasada década. Ver también artículo de 17 de septiembre de 1985, a propósito de una propuesta de reforma de la ley federal «Omnibus Crime Control Act».

La nueva Electronic Communications Privacy Act fue aprobada el 20 de octubre, 1986, Public Law 99-508, 100 Stat., 1848.

na (esto es sin obtener permiso) de instrumentos que permitan captar el sonido. Micrófonos ocultos, magnetófonos ocultos que funcionan al escuchar voces y se desconectan al cesar éstas, micrófonos que envían un rayo laser a distancia que refleja las vibraciones que produce una conversación cuya lectura reproduce la misma, micrófonos direccionales de gran potencia que permiten oír conversaciones sostenidas a larga distancia, son sólo algunos de los métodos posibles de realización de la escucha penada en este nuevo precepto (49).

El objeto de la acción en este caso es el sonido en general, y las conversaciones íntimas o privadas en particular. En este caso, no existe en mi opinión un marco espacial determinado para la realización de la escucha, siendo igualmente típica la utilización de un artificio de escucha dentro de un domicilio como en una habitación de un hotel o en mitad de un parque. Téngase en cuenta que dada la amplitud de la redacción legal, será perfectamente posible incriminar una escucha realizada por medio de, por ejemplo, un micrófono colocado en las ropas o en instrumentos de trabajo de la víctima. Así pues, el artículo 497 bis está incriminando un amplio abanico de posibles acciones tendentes a descubrir los secretos o la intimidad de otros. Sin embargo, de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1984 y del repaso de las discusiones parlamentarias de dicha Ley se deduce que el fin primordial de la misma es, únicamente dar una tipificación legal a la instalación de arbitrarias escuchas telefónicas por lo que se puede pensar que el tipo de utilización de instrumentos de escucha va más allá de la intención primera del legislador (50). Y es que aunque el bien jurídico protegido sea la intimidad personal y familiar en ambos tipos y, por consiguiente, se haya ampliado la protección penal contra los ataques a este derecho fundamental, tal no era la intención primera del legislador sino, más modestamente, la de proteger el secreto de las comunicaciones telefónicas el cual no es más que uno de los aspectos del amplio derecho a la intimidad.

En el último párrafo de la E. M. se dice que la definición de esta figura delictiva debe contener tanto los elementos intencionales necesarios como «la previsión delictiva al amparo de la multiplicidad de medios instrumentales a través de los que se consigue violar el secreto de las comunicaciones telefónicas». Es decir, se quiere incriminar todo tipo de interceptación telefónica, sea por el medio que sea. Sin embargo, tal como está redactado el tipo, el objeto de la acción es mucho más amplio, siendo éste, en realidad, el sonido en general. Por consiguiente, llamo a estas acciones «escuchas subrepticias».

(49) Para una descripción más detallada de instrumentos similares, WESTIN, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

(50) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 80.

Por último, el artículo 497 bis tipifica una tercera acción consistente en la divulgación o revelación de lo descubierto. Revelar consiste en descubrir, decir o hacer saber cosas que se mantienen secretas. Divulgar es difundir o publicar una cosa que se mantenía reservada. La diferencia entre las dos acciones es mínima, acaso cuantitativa, dependiendo del número de personas a las que se hace llegar la información reservada.

Ahora bien, debe ser «lo descubierto» aquéllo que se revele o divulgue. No toda publicación de una información reservada es punible, sino sólo la de aquélla que ha sido obtenida de manera ilegal, esto es, por alguno de los medios descritos en las dos acciones anteriores. Se dice en el párrafo 2 «si divulgare o revelare lo descubierto». Gramaticalmente, este sólo puede interpretarse en el sentido de que sólo lo descubierto con la ayuda de alguno de los métodos descritos en el párrafo anterior puede ser objeto de sanción penal si es hecho público. Luego no existe una protección penal hoy por hoy contra la divulgación de secretos obtenidos lícitamente. Para que esto fuese posible, el párrafo que nos ocupa debería haber sido redactado de un modo distinto (v. gr. «el que divulgase o revelase los secretos o la intimidad de otros...») (51). Pero ello no sería recomendable ya que supondría una extensión desproporcionada del ámbito penal. Esas acciones tendrían cabida, en todo caso, en el ámbito del Derecho civil.

Como vemos pues, el nuevo artículo 497 bis del Código Penal describe tres acciones punibles, acciones que a su vez y desde un punto de vista meramente técnico jurídico, constituyen dos tipos de delito, uno básico y otro cualificado. Así, el tipo básico lo constituirá aquella conducta de utilización de instrumentos de escucha, reproducción, grabación o transmisión telefónicas, conánico de apoderarse de una información reservada a la que no les es lícito acceder sin el consentimiento de su titular. El tipo cualificado será la divulgación de lo conocido ilícitamente, esto es, por alguno de los medios comisivos del tipo básico.

Estos dos tipos son un ejemplo de aquellos delitos que Maurach clasifica de «delitos de mera actividad» en contraposición a los «delitos de resultado» (52). Siguiendo la clasificación de Maurach, los delitos del 497 bis se encuadran, asimismo, en la categoría de los por él denominados «delitos estructuralmente incongruentes». Son tales aquellos delitos en los que el tipo subjetivo transciende o bien queda rezagado al tipo objetivo. En los tipos del 497 bis el tipo subjetivo

(51) En contra, véase HIGUERA GUIMERÁ *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código Penal Español*, M.º de Justicia, «Centro de Publicaciones», Madrid, 1986. En cuanto a la validez de la interpretación gramatical en el Derecho penal, véase MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, «Editorial Bosch», Barcelona, 1974, pp. 139 y ss.

(52) MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Córdoba Roda, Barcelona, 1962, Tomo I, p. 276.

transcendiendo al objetivo pues no se da la acción típica en tanto no se verifique la intención antijurídica del autor. En otras palabras, la mera realización del tipo objetivo no determina la tipicidad, la cual queda relegada a la verificación del tipo subjetivo (53).

Antes de continuar con el análisis crítico de este nuevo artículo creo importante realizar una breve comparación con el anteriormente existente 497 del Código Penal ya que se ha utilizado su estructura para la redacción del nuevo «simétrico» 497 bis (54).

El 497 del Código Penal se describe un tipo básico y un tipo cualificado, aunque, curiosamente, por razones históricas, está redactado en primer lugar que aquél. La Ley Orgánica 8/1983 ha modificado únicamente las cuantías de las multas a imponer por dichos delitos, incrementándolas de un modo más acorde con la situación económica actual. El nuevo delito de escuchas realizadas por particulares ha adoptado básicamente la estructura del 497 del Código Penal, con dos diferencias: por un lado, realizando una mejora sistemática al redactarse el tipo básico en primer lugar, seguido del tipo cualificado. En segundo lugar, el nuevo delito no recoge ninguna prescripción en cuanto a la realización de escuchas por parte de «padres, tutores o quienes hagan sus veces» hacia sus hijos o los menores que se hallen bajo su dependencia. El párrafo tercero del 497 del Código Penal, por su parte, exige de responsabilidad penal a dichas personas cuando descubrieren o revelaren secretos documentales de los menores bajo su dependencia. En este punto debe recordarse que en los trabajos parlamentarios de la Ley Orgánica 7/1984 se pidió por el Diputado Pérez Royo la desaparición del citado párrafo tercero evitar «el que sea el Código Penal, el legislador español, el que dentro de su sistema de valores ampare como un valor a proteger el hecho del padre o la madre que viola la intimidad del hijo...» En verdad, se ha desperdiciado una buena oportunidad para ampliar la tutela del derecho a la intimidad de los menores, para corregir una secuela histórica, otra, de un sistema político-social ya superado.

Sujeto activo en este delito puede ser cualquiera que actúe en cuanto que particular, es decir que no actúe como autoridad o funcionario público. Salvo en estos casos, cualquiera puede ser sujeto activo de este delito incluso dichas personas, en tanto en cuanto no cometan la acción típica en el ejercicio de sus cargos o funciones.

En cuanto al sujeto pasivo, en el caso de interceptaciones telefónicas, sólo pueden serlo aquellas personas que participen en la conversación escuchada. El 497 bis habla de «el que para conocer los secretos o la intimidad de *otros*, interceptare *sus* comunicaciones telefónicas».

(53) Véase MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 182, donde ofrece esta interpretación para el artículo 497 del Código Penal.

(54) Véase debate parlamentario de la Ley Orgánica 7/1984.

cas...» Al usar la voz «otros» la Ley nos hace suponer que los secretos puedan afectar a terceras personas ajenas a la conversación escuchada a quienes conozcan los escuchados y hacia los cuales tengan estos un deber de reserva (v. gr. un secreto profesional). Sin embargo, el posesivo «sus» nos impide hacer extensivo el ámbito de este tipo penal a tales personas.

En el caso de la escucha subrepticia, sin embargo, el sujeto pasivo no puede limitarse tanto. En una escucha telefónica los posibles sujetos intervinientes en la conversación son limitados por las mismas condiciones físicas del medio. En una conversación no telefónica, pueden ser muchos los sujetos pasivos, incluso podría serlo un colectivo (este sería el caso de las escuchas llevadas a cabo dentro de locales de asociaciones políticas, o de escuchas de reuniones de consejos de administración, o de comités de empresa, por ejemplo). Es más, los avances recientes en la investigación científica han hecho posible la puesta en funcionamiento de teléfonos especiales que reproducen conversaciones sostenidas por un número ilimitado de personas (los llamados en las EE.UU. «conference calls»).

La determinación del sujeto pasivo es decisiva a la hora de conocer el titular del bien jurídico protegido y, por consiguiente, saber quien está legitimado para disponer del mismo. Como muy acertadamente escribe Jescheck: «sólo puede tenerse en cuenta el consentimiento cuando el que consiente es a la vez titular del bien jurídico protegido ya que una libertad que se realizara a costa de los demás sería lo contrario de un valor social (55). Tal determinación resulta aún más esencial en el tipo que nos ocupa ya que éste establece el consentimiento del sujeto pasivo como una causa de exclusión de la tipicidad, es decir, como un elemento objetivo del tipo formulado en forma negativa. Por tanto, saber que sólo quien tome parte en la conversación escuchada puede consentir es capital en este delito.

Ahondando en el tema del consentimiento, es importante dejar claro que, ya que todos los participantes en la conversación son titulares del bien jurídico protegido, es necesario que todos ellos presten su consentimiento para que la escucha sea considerada atípica. En caso de que haya más de dos personas implicadas en la escucha, todos deberán prestar consentimiento, y si sólo una de ellas consiente, ésta debería ser considerada partícipe de la acción punible (56).

Como ya se ha adelantado, el consentimiento tal como está redactado el 497 bis, constituye un elemento objetivo del tipo, redactado en forma negativa. Como tal, es necesario que este no exista para que la acción sea típica. Ahora bien, el consentimiento no se presume

(55) Véase JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde y Mir Puig, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, Tomo 1, p. 516.

(56) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 7.^a ed., Sevilla, 1987, p. 150.

sino que debe ser expresamente declarado en virtud del carácter de derecho fundamental que tiene el derecho a la intimidad enunciando en el artículo 18 de la Constitución Española (57). Por tanto, del carácter de derecho fundamental del bien jurídico intimidad deriva la necesidad de una interpretación restrictiva de los límites de este derecho, el primero de los cuales es la propia voluntad del titular. Esta voluntad ha de expresarse inequívocamente a la hora de permitir cualquier acceso de extraños a la esfera íntima (58).

El consentimiento opera aquí como un caso de conformidad (lo que Jescheck denomina «acuerdo» en contraposición al mero «consentimiento»), y no como causa de justificación. En los casos de «acuerdo», la voluntad del sujeto pasivo determina la existencia o no del delito. No hay lesión del bien jurídico porque la existencia de ésta depende exclusivamente del titular del mismo. En el caso del 497 bis, el consentimiento a la realización de escuchas equivale al consentimiento para acceder a la esfera íntima del titular, lo cual constituye una acción socialmente aceptada y normal. El tercero que desee acceder a la conversación deberá recabar el consentimiento de cada una de las partes de la misma. Una vez tal consentimiento es prestado, la realización de la escucha será atípica (59). Esta posición no significa admitir la llamada Teoría de los Elementos Negativos del Tipo. Nótese que Jescheck sólo habla de casos en que la justificación de la conducta se basa en el consentimiento en los supuestos en que el sujeto pasivo tiene dominio absoluto sobre la incriminación del actor. En el caso de este nuevo tipo, la redacción legal no deja lugar a dudas, siendo el sujeto pasivo dueño de la incriminación o no de la acción.

Dado el carácter de imprescindible que tiene el consentimiento en la determinación de la tipicidad, no es posible aceptar la presunción de dicho consentimiento, el cual, deberá, por tanto, prestarse con anterioridad a la escucha (60).

La respuesta a interrogantes como qué forma de consentimiento es aceptable (oral, escrita), o quién debe prestar el consentimiento a la escucha (todos los participantes o sólo uno), habrá de ser provista por la Jurisprudencia y los usos sociales. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya en un caso, considerando

(57) CLAVERIA, L. H., *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo*, «Anuario de Derecho Civil», 2.º trimestre, 1984.

(58) GARCÍA PABLOS. *op. cit.*

(59) En este sentido también Bustos, si bien él considera que el consentimiento es siempre causa de atipicidad en cuanto el tipo exija actuar «contra la voluntad» del sujeto pasivo. *Manual de Derecho Penal Español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 107.

(60) CLAVERIA. *op. cit.*

que la grabación de una conversación por uno de los sujetos de la misma no conculca el derecho a la intimidad (61).

Tipo subjetivo

Además del dolo natural, que en este caso supondría la conciencia y voluntad del sujeto activo de realizar la escucha sin el consentimiento del/los participantes en la conversación escuchada, el nuevo 497 bis requiere un especial elemento subjetivo del injusto consistente en la intención de descubrir los secretos o la intimidad de otros. Se confirma pues el carácter de delito estructuralmente incongruente ya que, como vemos, el tipo subjetivo trasciende al objetivo. Esto supone, asimismo, una superación técnica con respecto al «simétrico» 497 del Código Penal ya que no se puede dar en este caso polémica alguna en relación con la intención del autor. Aquí la intención es determinante de la existencia de acción típica. El Tribunal Supremo ya ha sentado en este sentido una doctrina que hoy por hoy puede ser aplicable al 497 bis, doctrina en la que se concede una importancia capital al elemento intencional en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En la sentencia de 19 de junio de 1923, el Tribunal Supremo decidió que para la aplicación del 497 es imprescindible que el apoderamiento de cartas o papeles se realice con el fin de descubrir el contenido de los mismos, se divulgue o no. (Ver también STS 03/04/57.)

Antijuricidad

En este delito, así como en el nuevo 192 bis, se plantea la interrogante de qué causas de justificación son admisibles. En concreto, se plantea si son admisibles el estado de necesidad, y el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un cargo.

En primer lugar, para la existencia de un estado de necesidad es necesario que el sujeto activo se encuentre en una situación de peligro inminente en la que deba decidir entre causar o no un mal para evitar que otro mal sea causado (art. 8.7 CP «...para evitar un mal, se lesione un bien jurídico o se infrinja un deber»). En el caso del delito que nos ocupa, es posible, de un modo teórico, admitir la posibilidad de realización de escuchas ilegales en un estado de necesidad. Los problemas en la práctica son varios. En primer lugar, la dificultad de probar la inmediatez del peligro que provoca la colocación de es-

(61) Sent. Tribunal Constitucional. Núm. 114/1984 de 29 de noviembre, «B.O.E.», supl. núm. 305 de fecha 21 de diciembre de 1984.

cuchas en estado de necesidad. En segundo lugar, el mal que se causa implica siempre necesariamente una agresión a un derecho constitucional fundamental. Por tanto, el bien jurídico que se intenta proteger con la realización de la escucha habría de ser un valor al menos igual a aquél que se evita sea lesionado («el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar», art. 8.7 CP). En los delitos que nos ocupan, el bien jurídico protegido es, como hemos visto, la intimidad personal y familiar (62).

Así pues, dado el rango constitucional del derecho a la intimidad, no es posible admitir un estado de necesidad que elimine la antijuricidad, ya que cualquier bien jurídico que se intente proteger será, al menos, de igual importancia que el que se ha lesionado. Si es admisible, por el contrario, la existencia de un estado de necesidad exculpante en aquellos casos en que se intente proteger un bien jurídico de igual valor al derecho a la intimidad (dejando a salvo el derecho a la vida cuyo valor no puede ser comparable a ningún otro derecho). Sin embargo, en la práctica, ¿cómo llegaría a darse el caso de que alguien alegase dicho estado de necesidad ante un Tribunal de Justicia? Para que tal caso se diese, la persona escuchada debería haber denunciado al sujeto activo, con lo que, si realmente iba a lesionar algún bien jurídico, nunca podría denunciar alguna por temor a ser descubierta. Si, por el contrario, dicha persona no tenía intención de lesionar nada ni a nadie, el único expediente al que podría acogerse el sujeto activo de la escucha sería un estado de necesidad putativo, alegando que creyó erróneamente estar evitando la lesión de un bien jurídico de igual valor. Este caso se trataría como un error sobre la causa de justificación, aplicándose el artículo 6 bis a) 3), error de prohibición. Si el error fuese invencible, el sujeto sería eximido de responsabilidad penal, aunque su acción fuera típicamente dolosa. En caso de error vencible, el sujeto activo respondería con la pena establecida para el delito doloso, si bien atenuada en uno o dos grados, conforme a la regla del artículo 66 del Código Penal, lo cual significa que, la mayoría de las veces, este delito quedará impune.

No cabe aplicar la exigente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho o cargo. En cuanto al ejercicio legítimo de un derecho, este artículo no contiene prescripción alguna relativa a exención de responsabilidad penal a los padres con respecto de los secretos o la intimidad de sus hijos. Es este otro vacío legal a aclarar por la Jurisprudencia. Parece no obstante que, en principio, no debería ser aceptable dicha causa de justificación, por las razones mencionadas arriba.

(62) En contra Gimbernat, opina que lo que hay que tener en cuenta en el estado de necesidad es la comparación de los males que se causan y evitan en lugar de comparar los bienes jurídicos en conflicto. Ver GIMBERNAT ORDEIG, *Estado de Necesidad: un problema de antijuricidad*, en «Estudios de Derecho penal», Editorial Civitas, Madrid, 1976, pp. 107 y ss.

Formas imperfectas de ejecución

Como regla general, el Tribunal Supremo suele negar que los delitos de mera actividad pueden realizarse imperfectamente, en base a la llamada teoría objetivo-formal de la consumación: al empezar a realizarse una acción típica se consume el delito (63). Gómez Benítez ve posible, no obstante, admitirlas en base a la idoneidad de la conducta para la consumación del delito (64).

Para Muñoz Conde, «en los delitos de mera actividad, si bien teóricamente no haya inconveniente para apreciar la tentativa, en la práctica no se castiga». En este sentido, este autor considera que caben la tentativa y frustración de los delitos de escuchas ilegales (65).

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, el inicio de la acción típica consume el delito. Sin embargo, como pone de relieve González Guitián, en el caso de las escuchas subrepticias, la elección por el legislador del verbo «utilizar» requiere algo más que la mera colocación de estos instrumentos o artefactos técnicos (66). Por ello, en estos casos, se darían formas imperfectas cuando por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo dichos instrumentos se dispusieran para la realización de la escucha, pero no llegarán a ser utilizados. Sin embargo, en el caso de las escuchas telefónicas, la mera manipulación de cables ya representaría una «interceptación». Por ello, no es posible, en las escuchas telefónicas, encontrar una diferencia valorativa entre los actos ejecutivos y la efectiva realización de la escucha.

Penalidad

La doctrina dominante propugna convertir los delitos de escuchas realizadas por particulares en delitos privados, accionables solamente previa querrela de la persona ofendida (67). De esta manera se podría garantizar la posibilidad de prestar consentimiento tras la realización de la escucha dejándose así a la voluntad del sujeto pasivo la posibilidad de perseguir o no al sujeto activo.

No obstante, *de lege ferenda*, la existencia de una regulación civil bastante más amplia que la pena (L. O. 1/1982), pone en duda la eficacia y conveniencia de la utilización del derecho penal para reparar estos injustos. Es preciso, además, recordar que en base al principio de intervención mínima, el Derecho penal ha de utilizarse como último recurso, siendo preferiblemente una regulación no penal del

(63) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, 1984, p. 254.

(64) *Op. cit.*, p. 264.

(65) MUÑOZ CONDE, *Parte Especial, cit.*, p. 150.

(66) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 148-149.

(67) Por todos, GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

asunto, si con ella se satisfacen los fines últimos de la pena (prevención general y especial). Agresiones muy graves a bienes jurídicos muy importantes deben ser castigadas penalmente como, por ejemplo, un allanamiento de morada. Pero, dada la vaguedad y difícil concreción del derecho a la intimidad en casos de conflictos entre particulares, parece más aconsejable que otros ataques al mismo queden fuera del ámbito penal. El derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente es una garantía política frente al poder abusivo del estado, pero también frente a abusos por los particulares. Sin embargo, parece desproporcionado condenar penalmente a un particular por realizar escuchas ya que la sanción pecuniaria civil es, o puede ser, lo suficientemente importante como para asegurar un alto grado de prevención general. La opción por la sanción penal o la civil ha de depender, como se ha dicho, de su efecto en aras a la prevención general de una conducta que se considera antijurídica. Así, el expediente penal no siempre asegura este fin, por ejemplo cuando las sanciones penales no se aplican por razones técnicas (oscuridad de la redacción legal) o políticas (tolerancia de fiscales y policía). Por otro lado, las sanciones civiles pueden no tener el efecto deseado si el sujeto activo es lo suficientemente rico como para hacerles frente.

Con todo, parece prudente mantener por el momento la criminalización de estas acciones, siquiera sea como declaración de voluntad política por parte del legislador de conceder al derecho a la intimidad un valor primordial en el ordenamiento jurídico. Por ello, la penalidad actual del delito de escuchas por particulares resulta, adecuada (68).

El tipo cualificado del 497 bis

Al tratarse de un delito de dos actos, lo primero que hay que resaltar es la necesidad de que se haya consumado el tipo básico. En este tipo cualificado, lo que se castiga es la divulgación o revelación de lo descubierto por medio de una interceptación telefónica o de una escucha subrepticia. Lo que se aprehenda por medio de tal acción ha de ser necesariamente parte de la intimidad del sujeto pasivo o un secreto del mismo, o de los mismos, ya que divulgarse algo que no es secreto, no se estaría dañando ningún bien jurídico del sujeto pasivo. Lo mismo puede decirse en el caso de divulgación de información que no pertenece a la intimidad del sujeto pasivo.

En cuanto al tema del consentimiento en este tipo, resulta esencial que el mismo se formule antes de la realización de la divulgación o revelación, por la misma razón señalada antes para el tipo básico. Dicho consentimiento ha de ser expreso y específico para el acto de

(68) En contra, GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 183, quien propugna una sanción más severa para estas acciones.

divulgar o revelar. No debe ser aceptable una autorización en blanco para acceder a los secretos o la intimidad como la que prevé el tipo básico. En este sentido, Vidal Martínez considera que, en el ámbito del Derecho civil, todo pacto de exclusividad de posibles intrusiones futuras en la intimidad de alguien es nulo (69). El consentimiento opera aquí como una causa de justificación. No puede considerarse parte de la tipicidad. En cuanto a la admisibilidad de otro tipo de causas de justificación me remito a lo dicho con relación al tipo básico.

Por último y dado que este delito puede inscribirse dentro de los llamados delitos de varios actos, sería posible admitir, teóricamente, formas imperfectas de ejecución. Es posible imaginar tentativa o frustración en este delito cuando se descubra la realización de actos tendentes a la divulgación del secreto o de la información íntima antes de que se lleve a cabo la misma. Podría pensarse, por ejemplo, en el caso de un periodista que mandase un artículo a máquinas, conteniendo la información reservada y fuese descubierto accidentalmente por el sujeto pasivo antes de ser imprimido, o que se posponga la tirada de la publicación por causa de una huelga. En tal caso, al tratarse de un delito de dos actos, el sujeto activo sería responsable por el tipo básico consumado y por el cualificado en grado de tentativa o frustración, es decir, operaría un concurso ideal de delitos (70).

CAPITULO III

EL DELITO DE ESCUCHAS TELEFONICAS ILEGALES REALIZADAS POR FUNCIONARIOS

La acción en este delito es básicamente similar a la descrita en el 497 bis. Hay un tipo básico, el interceptar las comunicaciones telefónicas o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido, y un tipo cualificado consistente en la divulgación o revelación de la información obtenida por cualquiera de los medios citados en el tipo básico. Los medios comisivos en este delito son o pueden ser idénticos a los ya reseñados en el tipo básico, ya expuesto en el capítulo anterior.

La gran diferencia entre éste y el 497 bis estriba en el tipo subjetivo ya que el nuevo 192 bis no exige ninguna intención específica en la realización de las escuchas para considerar una acción como típica. Basta con que una persona investida del «status» de autoridad, funcionario público, o agente de éstas, lleve a cabo una de las acciones descritas en el tipo objetivo sin la necesaria autorización legal (judi-

(69) VIDAL MARTÍNEZ J., *Protección a la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español*, «Revista de Derecho Privado», 1981, p. 767.

(70) JESCHECK, *op. cit.*, Tomo II, pp. 1004 y 1013.

cial o, en algunos casos, administrativa) para que su acción sea típica. Esta «objetividad» del tipo hace también posible interpretar literalmente el verbo «interceptar» como interrupción o impedimento de las comunicaciones telefónicas por funcionarios (71).

Sujetos activos de ese delito lo son pues aquellas personas que actúen como autoridad, funcionario público o agente de éstas. El artículo 119 del Código Penal define quienes, a efectos penales, se reputarán autoridad o funcionario. No obstante, este artículo no hace mención alguna a los denominados «agentes». Siguiendo la definición del citado artículo, «se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia». funcionario público lo es «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe del ejercicio de las funciones públicas». El artículo 119 del Código Penal menciona específicamente a los funcionarios del Ministerio Fiscal, los cuales se reputarán Autoridad, a efectos penales.

Hay que hacer notar aquí que la definición de funcionario público que ofrece el Código Penal es específica para efectos penales y nada tiene que ver con cualquier otra que se considere apropiada en derecho administrativo. Es más, se afirma, que el Código Penal no ofrece una definición propia de funcionario público, sino que ofrece únicamente unas pautas para determinar en cada caso quien ha de ser considerado como tal (72). Queralt se decanta por una visión amplia del concepto de funcionario. Para él, el Código Penal da un concepto de funcionario que debe entenderse, engloba dentro de sí al de autoridad y al de agente. Como muy bien señala, no es posible entender una autoridad que no sea funcionario público ya que los dos caracteres que según el Código Penal definen al funcionario (el ser nombrado en virtud de una disposición legal) y el particular en el ejercicio de las funciones públicas deben estar presentes en toda persona que actúe como autoridad.

En resumen, sujeto activo de este delito lo será aquella persona que participe en el ejercicio de las funciones públicas, ejerciendo mando o jurisdicción o ejecutando lo dispuesto por superiores jerárquicos, y cuyo nombramiento se haya hecho en base a una disposición de rango legal.

No obstante, no toda persona que reúna las características reseñadas arriba será siempre considerado sujeto activo de este delito, sino *sólo cuando llevase a cabo una de las acciones en él tipificadas, en el ejercicio de su cargo o función*. En caso de que tal acción se llevase

(71) GONZÁLEZ GUTIÁN, *op. cit.*, pp. 99-105.

(72) QUERALT, *El concepto de Funcionario Público en el Derecho penal Español*, en «ADP», 1985, p. 484.

a cabo estando «fuera de servicio», dicha acción podría constituir un delito del 497 bis. No parece justo adherir la condición de funcionario a la piel de las personas que ejercen tales cargos (73).

Por otro lado, si es de sentido común extender la aplicación de este delito en los casos en que el funcionario lleve a cabo la acción típica en su tiempo libre, pero prevaliéndose de su oposición o de los medios que por razón de su función o cargo están a su alcance. En estos casos, el funcionario respondería por un delito de escuchas del 497 bis aplicándose la agravante de prevalimiento del artículo 10.10 del Código Penal (74).

En cuanto al sujeto pasivo, este puede serlo cualquiera. No parece existir duda alguna sobre la titularidad del bien jurídico protegido, al ser clara la redacción legal. No se especifica qué comunicaciones (las de quién) son las interceptadas, sino se *castiga cualquier escucha ilegal por el solo hecho de ser llevada a cabo por un servidor público en contra de un ciudadano cualquiera*. En cualquier caso, no parece posible plantearse en este supuesto la tipicidad de una grabación in-consentida de una conversación entre un funcionario y un particular. Dicha acción sería típica ya que el artículo 192 bis no exige la existencia de ningún elemento subjetivo del tipo (75).

El 192 bis supone una agravación de la responsabilidad criminal con respecto a la del resto de los ciudadanos que es acorde con la especial naturaleza de la función pública. La razón de ser de un delito específico de escuchas ilegales realizadas por funcionarios, extensible también a la de los demás delitos del Título II del Código Penal, rebelión hasta la apertura de cartas, debe ser el interés del ejecutivo en garantizar el más escrupuloso cumplimiento de las leyes por parte de sus servidores. Dicho cumplimiento, al tratarse de leyes dictadas por órganos legislativos democráticamente elegidos por el pueblo, pondrá de manifiesto el respeto del Ejecutivo del Estado por los designios de la voluntad popular, de entre los cuales los derechos y libertades constitucionales y su pacífico disfrute constituyen su contenido elemental. Lo contrario sucedía en el Código Penal de las reformas del período democrático, cuando los funcionarios recibían un trato de favor con respecto de los particulares (76).

La Ley Orgánica 7/1984 supone un paso adelante hacia la protección de los ciudadanos frente a agresiones a sus derechos fundamentales por parte de los funcionarios, si bien, en la práctica, poco ha

(73) En este sentido, ver MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, p. 645.

(74) GONZÁLEZ GUITIÁN, *op. cit.*, p. 190.

(75) Salvo, claro está, que esta grabación se realice en el ejercicio legítimo de un cargo, siempre y cuando el funcionario no intente usar la información recabada en un proceso penal contra el particular, ya que ello violaría el constitucional a no declarar contra sí mismo, lo cual se verá con más detalle *infra*.

(76) Ver MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, *op. cit.*, p. 602.

cambiado desde la publicación de la Constitución en lo que respecta al tratamiento cualificado de los delitos realizados por funcionarios.

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo, el *dolo natural* exige la conciencia y voluntad de realizar la escucha ilegal en cualquiera de las formas reseñadas en el 192 bis. No exige aquí ningún especial elemento subjetivo como en el caso del 497 bis. Para la tipicidad, lo mismo da que la escucha se haga con la intención de descubrir la intimidad de una persona como que se haga para descubrir si paga o no sus impuestos.

Razones de política criminal (fundamentalmente la aplicación del principio de intervención mínima), desaconsejan extender la aplicación de este precepto a casos de comisión culposa. Tales acciones, si es que son dables, pueden ser corregidas más eficazmente mediante sanciones administrativas que con una conminación penal.

Antijuricidad

El artículo 192 bis establece dos causas de justificación específicas para este delito: la autorización judicial y la autorización administrativa, prevista en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución Española. Antes de entrar en detalle en las mismas, ha de advertirse que, aunque redactadas en el tipo, la autorización judicial y la autorización administrativa no son elementos negativos del tipo sino que operan como causas de justificación. Razones de política criminal, aquí como antes en el tipo del 497 bis aconsejan esta posición, sobre todo, por la necesidad de dar una respuesta penalmente adecuada a los casos de error sobre la existencia de autorización (77). Por la misma razón que es necesario un tratamiento especialmente duro para con los delitos realizados por funcionarios, no debe permitirse tampoco que éstos puedan alegar error en la existencia de autorización y ser eximidos de responsabilidad criminal. Los servidores de la Administración, local, autonómica o estatal, deben conocer, siquiera sea de un modo general, por razón de sus cargos o empleos el contenido de las normativas relacionadas con tales empleos. En otras palabras, debe acuñarse una presunción normativa de conocimiento de dichas normas.

Por tanto, tratándose estas autorizaciones como causas de justificación, el artículo 6 bis a) 3) del Código Penal —error de prohibición— sería aplicable a los casos de error sobre la existencia de las mismas (y no el 6 bis a) 1) —error de tipo—, con lo que en caso de error invencible el funcionario se consideraría culpable, aunque con una pena atenuada.

(77) GONZÁLEZ GUITIÁN, *Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas telefónicas*, en «Poder Judicial», núm. 6, p. 23, junio, 1987.

En la práctica, sin embargo, esta medida será más simbólica que otra cosa ya que la mencionada atenuación acarrearía, como en el caso del 497 bis, la impunidad o en todo caso una penalidad mínima.

Con todo, aplicar el error de prohibición a la acción de colocación ilegal de escuchas por parte de funcionarios debe significar que esta acción no va a ser considerada «objetivamente lícita» por parte del funcionario, ni, lo que es más importante aún, por parte de la víctima (78). Sin perjuicio de que ambos tipos de error puedan y deban estar sujetos a sanción disciplinaria administrativa, es necesario insistir en la necesidad de que los jueces interpreten restrictivamente los casos de error de prohibición alegados por los funcionarios, aplicando la mencionada presunción de conocimiento de la Ley, y teniendo siempre en cuenta la función motivadora de la norma penal. Así, existe un riesgo manifiesto de obsolescencia de este precepto penal lo cual anularía dicha motivación y, por tanto la eficacia y credibilidad de las normas penales (79).

1) *Autorización judicial*

Hay que reiterar una vez más que no existe todavía en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal un procedimiento específico para la tramitación judicial de dicha autorización. El artículo 597 LECrim. habilita al Juez de Instrucción a acordar la detención de la correspondencia postal y telegráfica en la fase sumarial si «hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Artículo 582 LECrim. permite a su vez al Juez de Instrucción ordenar que por la Administración de Telégrafos se le faciliten copias de los telegramas por ella transmitidos. En fase sumarial no existe precepto alguno que regule la intervención telefónica o la colocación de aparatos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido por orden judicial.

No obstante, dichas órdenes fueron especialmente dadas por el Juzgado Central de Instrucción en la investigación de casos de terrorismo. Tal práctica ha levantado críticas en diversos sectores de la Magistratura por considerarse que el procedimiento de control establecido en la Ley Orgánica 8/1984 —Ley Antiterrorista—, no está siendo debidamente seguido.

En la mayoría de los países de nuestra esfera política se recogen preceptos relativos a la intervención judicial de 45 teléfonos y la vigilancia subrepticia (80)

(78) Ver MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, Valencia, 1988, p. 84, nota 5.

(79) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y Control Social*, Jerez, 1983, pp. 33 y ss.

(80) El Codice di Procedure italiano, por ejemplo establece la posibilidad de que el Juez interrumpa impida o intercepte comunicaciones o conversaciones telefónicas,

En España *de lege ferenda* sería deseable que la LECrim. regulase asimismo el procedimiento por el cual las escuchas pueda ser ordenadas por el Juez y, sobre todo, dentro de qué límites. En cuanto a estos límites, debería reservarse el uso de este procedimiento a la averiguación de delitos especialmente graves en los cuales el bien jurídico presuntamente lesionado o puesto en peligro sea de una importancia superior o al menos igual al bien jurídico intimidad (de nuevo aquí en virtud del principio de intervención mínima) (81).

Por último, sería aconsejable que se llevara por parte del Juez de Instrucción un registro especial de escuchas para evitar la oscuridad e indefensión en que se encuentran subsumidos en la actualidad los ciudadanos que son objeto de las mismas (82).

2) Autorización administrativa

Esta autorización, prevista en la Ley Orgánica 8/1984, para la investigación de delitos de terrorismo, plantea ciertos problemas de orden jurídico y práctico. En principio está claro que su existencia esté acorde con la letra de la Constitución. El artículo 55.2 de la Constitución Española establece la posibilidad de que en los casos de actuación de bandas armadas y de terrorismo sea posible suspender la vigencia de los artículos 17.2 y 18.2 y 3 para determinadas personas. Dos límites específicos se ponen a dicha suspensión: la intervención judicial y el control parlamentario.

El artículo 17 de la Ley Antiterrorista establece que el Juez podrá, por resolución motivada, autorizar la observación postal, telegráfica o telefónica por un plazo de hasta tres meses respecto de aquellas personas de las que (siempre con relación a bandas armadas, rebeldes o elementos terroristas) resulten indicio de responsabilidad criminal o en las que se sirvan (como cómplices de encubridores) para la realización de sus fines ilícitos. En su apartado segundo, este artículo permite que la escucha sea decretada *en caso de urgencia* por el Ministro de Interior o, en su defecto, por el Director General de la Seguridad del Estado quienes deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia al Juez mediante escrito motivado. El Juez podrá confirmar o revocar tal resolución en un plazo máximo de 72 horas desde que fuera ordenada la observación. En todo caso, en el punto tercero se ordena que el resultado de la observación ha de comunicarse puntualmente al Juez quien podrá revocar lo acordado total o parcialmente, debiendo ser ejecutada inmediatamente tal resolución.

aunque limita el uso de este procedimiento a la averiguación de una serie de delitos específicamente detallados que revisten una especial gravedad. Véase DiCiolo-DiMucio, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, «Giuffrè editore», Milano, 1974.

(81) Véase MUÑOZ CONDE, *Introducción, cit.*; pp. 50 y ss.

(82) En este sentido, MORALES PRATS, *op. cit.*; HIGUERA GUIMERÁ, *op. cit.*

Sin querer entrar en la polémica sobre la constitucionalidad de la Ley Antiterrorista (que excede los límites de este trabajo), esta causa de justificación plantea problemas de orden práctico y técnico. En primer lugar, y por las razones arriba expresadas, se hace necesaria la llevanza de un registro de escuchas ordenadas por el Juzgado Central de Instrucción. De este modo se podrá hacer posible y efectivo el control judicial de las escuchas autorizadas judicialmente. El artículo 52.2 de la Constitución Española exige una «necesaria intervención judicial» en los casos de suspensión de los derechos del 17.2 y 18.2 y 3. Sin un registro de escuchas no le es posible al Juez saber en cada momento qué teléfonos están intervenidos o qué individuos están siendo escuchados, con lo que no le es posible llevar a cabo intervención alguna en las escuchas y, por tanto, convierte en papel mojado su poder de revocación (83).

En segundo lugar, sería necesaria, asimismo, la llevanza de un registro detallado de escuchas por parte de la Dirección General de Seguridad del Ministerio del Interior. Dicho registro servirá para comprobar que no se ordenen más escuchas que aquéllas de las que se da cuenta al Juez y que éstas son llevadas a cabo en casos de auténtica urgencia. Aunque la definición de «urgencia» haya de ser establecida por la Jurisprudencia, es necesaria una interpretación lo más restrictiva posible del mismo en base al claro mandato constitucional de los artículos 55.2 y 17.3.

En cuanto a la posible aplicación de otras causas de justificación, es de reseñar, como pone de manifiesto Higuera Guimerá (84), que estaría justificada una escucha telefónica o subrepticia llevada a cabo en cumplimiento de lo ordenado por el Congreso de los Diputados con respecto a los estados de excepción y de sitio.

Por lo que respecta a la admisibilidad de otras causas de justificación, me remito a lo reseñado en el capítulo anterior, si bien quisiera aclarar aquí que no es posible la aplicación del estado de necesidad ya que ello serviría para legitimar conductas prohibidas. Toda aceptación de alegaciones de estado de necesidad por parte de funcionarios resultaría en la incoincisión del papel controlador del juez como exclusivo (para la inmensa mayoría de los delitos) autorizador

(83) Así, por ejemplo, El País (9/10/86) reseñaba la solicitud del Juez de Instrucción de Bergara a los Juzgados Centrales de Instrucción de que le fuera facilitada una lista de los ciudadanos de su partido judicial cuyo teléfono se encontraba intervenido. En dicho artículo se recogía la creencia de muchos ciudadanos vascos de que no existe control judicial alguno sobre las escuchas realizadas en el país y la inexistencia total de registros que den cuenta de aquellos teléfonos que están intervenidos.

En este sentido en los EE.UU. también se puso de relieve por parte de la asociación de abogados «Roscoe Pound» la indefensión de los ciudadanos ante actuaciones gubernamentales de este tipo. Ver *Privacy Law in a free society*, The Roscoe Pound American Trial Lawyers Foundation, 1974, artículo recogido en *The right to privacy*, edited by «Grant S. McClellan», New York, 1976, pp. 226 y ss.

(84) HIGUERA GUIMERÁ, *op. cit.*, p. 33.

de escuchas. Asimismo, ello privaría de eficacia al artículo 192 bis como motivador de la conducta de los funcionarios.

Por consiguiente, es necesario adoptar, dentro del procedimiento de autorización de escuchas, un expediente para la autorización urgente de las mismas, el cual podría recaer en la figura del juez de guardia.

Descartado el estado de necesidad, ha de plantearse la posibilidad de admitir el ejercicio legítimo de un cargo, del artículo 8.11 del Código Penal. Por la razones adelantadas arriba, si se admite la necesidad de una presunción normativa de conocimiento de las normas relativas a su profesión o cargo, la misma no sería admisible, al ser parte de dichas normas la exigencia legal de autorización judicial para la realización de escuchas. Por último, en cuanto a la obediencia debida, es posible admitir esta justificación cuando la orden de colocar escuchas telefónicas o subrepticias no fuese manifiestamente ilegal, lo cual habrá de ser determinado en cada caso por los jueces y tribunales.

En todo caso, no debe olvidarse que la realización de escuchas ilegales por funcionarios causa un perjuicio al derecho fundamental a la intimidad de los ciudadanos, y que el estado ha de considerar prioritaria la defensa del mismo. Así pues, el ciudadano debe disponer de alguna compensación por la conculcación de este derecho, la cual puede ser de carácter penal la imposición de la pena (retribución); de carácter civil —daños y perjuicios pagados por el estado; o procesales —la prohibición de usar en juicio pruebas obtenidas ilegalmente. Esta última circunstancia se dará en la práctica en el momento que el funcionario divulge la información obtenida ilegalmente, por lo que veremos este tema en el apartado dedicado al delito cualificado del 192 bis.

Formas imperfectas de ejecución

Por las mismas razones dadas por el 497 bis, éstas son admisibles en las escuchas subrepticias, pero en las escuchas telefónicas. Como se vio entonces, el tipo básico de escucha telefónica, al ser un delito de mera actividad, se consuma con la mera iniciación de la conducta delictiva, sobre todo en este caso en el que no se exige intención alguna para la realización del tipo. Higuera entiende que para la perfección del tipo de escucha subrepticia es necesario que el sujeto activo vulnere la intimidad personal o familiar. Tal especificación no parece, no obstante, necesaria ya que la mera realización de una acción de este tipo constituirá un ataque a la intimidad personal y familiar.

El tipo cualificado

En este tipo se castiga la revelación o divulgación de secretos obtenidos por alguno de los medios ilícitos descritos en el tipo básico. Aquí no se plantea la duda del 497 bis sobre si lo que se revela ha de ser descubierto por medios ilícitos o si basta con que se revelen secretos. La redacción del segundo párrafo no deja lugar a dudas: ha de tratarse de información obtenida haciendo uso de cualquiera de los métodos descritos en el tipo básico. Parece claro que lo revelado o divulgado ha de afectar a la intimidad o los secretos del sujeto pasivo ya que la revelación de algo ya conocido públicamente sería irrelevante. Nos encontraríamos en este caso ante un supuesto de tentativa absolutamente inidónea o delito imposible. Sin embargo tal actividad resultaría un indicio de la realización del tipo básico, con lo que el sujeto activo respondería por tal concepto.

Dada la especial cualificación del sujeto activo, el problema central en el delito cualificado es la legitimidad de la posible utilización como prueba en juicio de la información obtenida por cualquiera de los medios ilícitos de escucha telefónica o subrepticia sin autorización legal.

Hay que aclarar, primeramente, que, en principio, la mera realización de una tal actividad constituiría un supuesto de delito básico de escuchas y la aportación en juicio de lo descubierto constituiría una acción típica del delito cualificado (sin perjuicio de que le fuese aplicable alguna causa de justificación), cuyo tratamiento no difiere en este tipo cualificado del descrito arriba para el tipo básico.

Sin embargo, no se debe olvidar que este hecho coincide con el descubrimiento de pruebas que demuestran la comisión de un delito posiblemente más grave que el delito cometido por el agente. Aunque, como se ha visto, no parece técnicamente posible admitir la existencia del 8.11 del Código Penal, ello no significa que la condena por escuchas ilegales del agente repercuta en la eficacia procesal de las pruebas obtenidas.

El tema se planteó en los EE.UU., país donde tuvo origen la llamada teoría de la «exclusionary rule» por la que pruebas obtenidas por la policía en violación de un derecho constitucional han sido consideradas inválidas en juicio y su admisión en juicio ha sido prohibida. Los derechos protegidos son, fundamentalmente, el derecho a declarar contra sí mismo, de la 5.^a enmienda y la protección a la libertad frente a registros y confiscaciones arbitrarias, de la 4.^a enmienda. Así, la Corte Suprema de los EE.UU. ha considerado inadmisibles las confesiones obtenidas, tanto por medio de coacción física (85) o psíquica (86). Asimismo, la Corte Suprema ha considerado inadmisibles

(85) *Brown v. Mississippi*, 297 US 278, 1936.

(86) *Spano v. New York*, 360 US 315, 1959 *Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, 1964.

bles pruebas obtenidas conculcando la 4.ª enmienda, es decir, la entrada, registro y confiscación de propiedad en domicilio privado sin autorización judicial (87). Por último, las declaraciones incriminatorias obtenidas por la policía antes de advertir al detenido de su derecho a mantener silencio han sido también suprimibles como prueba en juicio (88).

Esta doctrina tuvo desde un principio bastantes detractores (salvo en lo relativo a las confesiones extraídas por medio de violencia) que no entendían que el hecho de que un agente cometa un error (que, por ejemplo, no obtenga autorización para un registro) deba resultar necesariamente en la supresión de una prueba que es a todas luces indicativa de la comisión de un delito (89). De hecho en la actualidad, esta corriente goza del favor del gobierno en Washington, muy preocupada con dar una impresión de dureza en la persecución de los delitos (90). Coincidentemente, la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema ha restringido gravemente el alcance de la «exclusionary rule» (91). Con todo, puede decirse que la necesidad de la misma sigue siendo aceptada por los jueces estadounidenses, en términos generales.

La experiencia norteamericana puede servir de guía a los Tribunales españoles a la hora de afrontar este tema. Especialmente importante es el debate en aquel país sobre el fundamento de la supresión de pruebas. Básicamente dos argumentos apoyan la supresión de pruebas: uno sustantivo, y otro procesal. El primero basa la supresión en la creencia de que la conculcación de un derecho lleva implícita la ineficacia de cualquier prueba obtenida de ese modo. Toda prueba que se obtenga así será considerada anticonstitucional e inválida de pleno derecho. Por tanto, la supresión tiene, para los defensores de esta teoría, un carácter material de garantía: es un requisito para el pleno desarrollo de ese derecho (92). El segundo argumento, que es el prevalente en la actualidad en los EE.UU., ve la exclusión de pruebas como un modo, entre varios posibles, de reparar la conculcación de derecho por parte de la policía; se trata de una regla meramente procesal cuya sanción por los tribunales es discrecional y no tiene carácter sustantivo. Es un modo de prevenir la conculcación de derechos civiles por la policía en la investigación de delitos.

(87) *Weeks v. United States*, 232 US 383, 1914; *Mapp v. Ohio*, 367 US 643, 1961.

(88) *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 1966.

(89) WILKEY, M. R., *The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence?* «Judicature», november, 1978, Vol. 62, núm. 5.

(90) Report to the Attorney General on the Law of Pre-trial Interrogations. US Department of Justice, Office of Legal Policy, february 12, 1986.

(91) No debe olvidarse que el presidente Reagan ha nombrado a tres nuevos jueces de talante conservador en sus ocho años en la presidencia.

(92) Esta teoría es abrazada por la corriente «civil libertaria» de la Corte Suprema, cuyos exponentes más destacados pueden ser los jueces Marshall y Brennan. Asimismo, la American Civil Liberties Union (ACLU) defiende esta posición.

En España, tras la publicación de la sentencia 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, puede decirse que se ha reconocido, al menos nominalmente, la ineficacia en el proceso de las pruebas obtenidas en violación de un derecho constitucional. Esta premisa es aplicable, en principio, tanto al proceso penal como al civil, al contrario que en los EE.UU. donde la «*exclusionary rule*» sólo se aplica en casos penales. La sentencia 114/1984 evita entrar en el tema sustantivo del fundamento jurídico-político («*policy*») de la supresión de pruebas. Constitucionalmente, la exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas se basa en el artículo 24 de la Constitución Española, ya que la igualdad de las partes en el proceso se vería anulada si se admitiese la prueba ilícita.

Así, el Tribunal parece haber adoptado la fundamentación prevalente en la Corte Suprema de los EE.UU. y no ha querido ver la supresión de pruebas como una exigencia de la protección a los derechos fundamentales (94). De ser así, toda prueba obtenida ilícitamente sería suprimible, lo cual chocaría frontalmente con la tradición judicial española, y exigiría una reforma inmediata de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, el Tribunal Supremo, no dice nada sobre el posible efecto disuasorio de la inadmisión de pruebas en la conducta de los agentes del orden público. Finalmente, no he podido encontrar un solo caso en que el Tribunal haya rechazado la admisión de una prueba ilícita, desde la sentencia 114/1984 (95).

Visto lo anterior, parece necesario replantearse la vía procesal de reparación de la violación de derechos fundamentales por medio de la privación de eficacia procesal a las pruebas así obtenidas. Ante la posición actual del Tribunal Constitucional, puede decirse que, aunque posible, teóricamente, la supresión de todas aquellas pruebas ilícitamente obtenidas no parece gozar de demasiadas simpatías en la práctica (96). Pero ello no impide que la posición del Tribunal Cons-

(93) La mayoría conservadora de la Corte apoya esta teoría con el Juez Jefe Rehnquist como representante destacado.

(94) Y ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional consideró la doctrina estadounidense en este caso, como lo prueba el hecho de que citase expresamente una sentencia de la Corte Suprema: *United States v. Janis*.

(95) El Tribunal Constitucional en, al menos, dos casos demandas de supresión de pruebas. En la Sentencia 107/1985, rechazó por razones técnicas la pretensión del demandante de amparo de suprimir el resultado de una prueba de alcoholemia que se le había administrado sin avisarle de su derecho a rechazarlo. El Tribunal Constitucional no entró en el tema en profundidad, al considerar que cuando el test se llevó a cabo, el demandante no había sido detenido (y, por tanto, acusado de nada).

En el Auto 899/1985, el Tribunal Constitucional autorizó una concesión de extinción la cual se había obtenido con pruebas conseguidas en los EE.UU., conculcando los derechos fundamentales del detenido (por medio de escuchas telefónicas y por declaraciones obtenidas a cambio de concesiones por la policía —*plea bargainig*—). El Tribunal Constitucional en este caso, y por razones meramente técnicas, rechazó la petición: el Tribunal Supremo alegó no tener pruebas de que las acciones presuntamente violativas de derechos fundamentales fuesen ilegales en los EE.UU.

(96) Así se mantiene que lo que es realmente anticonstitucional es la *obtención*

titudinal sea inamovible, y ha de ser debatida en el futuro; intentar que el Tribunal Constitucional reconozca que la ineficacia de las pruebas deviene porque la mera violación de un derecho constitucional fundamental *convierte esas pruebas en anticonstitucionales*. Por tanto, no sólo la confesión obtenida mediante coacción sería inválida, sino también cualquier otra prueba consignada como resultado de la misma. Además, el legislador deberá tener este tema presente en la reforma de proceso penal con el fin de reconocer a los derechos fundamentales su papel central en nuestro ordenamiento jurídico, y la vinculación de todos los poderes públicos a los mismos —sin olvidar el efecto motivador (educativo y disuasorio) que puede tener en la policía al exigírsele un grado más alto de escrupulosidad en el descargo de sus funciones.

En el caso también posible de obtención de información íntima o de secretos actuando bajo autorización legal, la revelación de la misma en juicio no constituiría por supuesto delito alguno. Sin embargo, en el ejercicio de una investigación por medio de escuchas se puede descubrir gran cantidad de información que no necesariamente atañe al motivo de la misma. Esa información puede contener datos relativos a la vida íntima o a secretos de los escuchados. Si esa información fuera divulgada a particulares por algún funcionario, fuera del contexto de la susodicha investigación, éste podría responder por un delito de revelación de secretos conocidos por razón de cargo, artículo 368 del Código Penal (97).

Conclusiones

Quisiera cerrar este estudio con una relación sumaria de las conclusiones a que he llegado tras repasar la problemática de los delitos de escuchas. Algunas de estas conclusiones incluyen, asimismo, proposiciones *de lege ferenda* ante la eventual publicación de un nuevo Código Penal.

1. El bien jurídico protegido en los delitos de escuchas ilegales es el derecho constitucional fundamental a la intimidad. Este derecho debe ser entendido como el derecho de todos los ciudadanos a mantener una parte de sus vidas fuera del acceso y conocimiento ya incontestado ya injustificado de los demás particulares o del Estado, y a

de pruebas violando los derechos fundamentales, pero no la *admisión* de las mismas en juicio. Así, por ejemplo la profesora Pastor opina que una confesión obtenida por la policía mediante coacción sería inadmisibile, pero la localización de un arma cuyo paradero fue obtenido gracias a esa confesión gozaría de plena eficacia procesal. BLANCA PASTOR BORGONÓN, *Eficacia en el Proceso de las Pruebas Ilícitamente Obtenidas*, «Justicia», 1986, pp. 337-368.

(97) En contra, HIGUERA GUIMERÁ, *op. cit.*, p. 37.

mantener, además, un control constante sobre la información relativa a dicha parte de sus vidas.

2. No existe penalización alguna en nuestro ordenamiento penal en la actualidad a atentados al derecho a la intimidad por medio de la captación subrepticia e inconsentida de la imagen a través de la obtención y manipulación de datos privados archivados en ordenadores.

3. El derecho a la intimidad debe ser patrimonio también de los menores, incluso dentro del ámbito familiar, si bien, es necesario compensar este derecho con el deber constitucional de protección a los hijos y a la familia y el derecho de los menores a la educación (arts. 27 y 39 CE., arts. 154 y ss. CC).

4. El delito de escuchas realizadas por particulares es un delito estrictamente doloso, cuya aplicación por parte de los Tribunales promete ser mínima dada su redacción legal. En primer lugar, no puede admitirse la comisión culposa a causa de la clara redacción final del mismo. En segundo lugar, toda alegación de error en la existencia de una causa de justificación (vencible o invencible), si probada, dejaría impune al sujeto activo en la mayoría de los casos. En suma, muy pocas si acaso algunas condenas son previsibles en aplicación del 497 bis del Código Penal.

5. Para corregir esta debilidad legal, los jueces podrían hacer un uso estricto de su facultad de «recorrer toda la extensión que la ley permita» (art. 63 CP) al imponer las penas de multa. Asimismo, los jueces podrían quizá hacer uso del artículo 67 del Código Penal en los casos en que la gravedad del atentado al derecho a la intimidad haya sido patente, acordando en sus sentencias «la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiera cometido el delito o en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso».

6. Se impone la construcción del delito de escuchas realizadas por particulares como un «delito privado», o perseguible solamente a instancias de la víctima por medio de querrela. Con ello se haría posible la prestación del consentimiento a la escucha por parte de la víctima en cualquier momento.

7. En cuanto a la aplicación (y por tanto la eficacia de la función motivadora del delito) del delito de escuchas realizadas por funcionarios, ésta dependerá en tal vez mayor medida, que en el delito anterior de la actuación de los jueces. De nuevo aquí, los supuestos de alegación de error de prohibición por parte de los funcionarios representan la más importante amenaza a la eficacia de este precepto. Sería preciso establecer una presunción normativa de que las autoridades, funcionarios y agentes de estos tienen un conocimiento general del contenido de su función o empleo y que, por tanto, sus alegacio-

nes de ignorancia de prohibición deben ser juzgadas muy restrictivamente.

8. Procesalmente, se presenta como necesario el establecimiento de un procedimiento para la autorización de escuchas telefónicas o subrepticias por los jueces y su introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este procedimiento debería incluir una restricción de su empleo a la averiguación de ciertos delitos especialmente graves y mandar la llevanza de registros de escuchas por los jueces de instrucción.

9. Por último, y siguiendo a la doctrina dominante, es necesaria una clarificación sistemática del Código Penal donde se reuniera, en la medida de lo posible a todos los delitos contra la intimidad bajo un mismo título.