

DERECHO PENAL, IMAGEN E INTIMIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN DE LAS MUJERES

María Acale Sánchez

Catedrática de Derecho penal
Universidad de Cádiz¹

SUMARIO I. Cuestiones introductorias. II. Victimización primaria. III. Victimización secundaria. IV. Procesos de victimización de las mujeres. V. La respuesta penal. V.1 Antecedentes. V.2 El Título X del Libro II del Código penal: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. V.2.1 Delimitación del objeto de estudio. V.2.2 El tipo básico de los delitos contra la intimidad a través del descubrimiento de secretos (art. 197). V.2.2.1 Tipo objetivo. V.2.2.2. Tipo subjetivo. V.2.2.3 Preguntas y respuestas de subsunción. V.2.3 El delito contra la intimidad castigado en el art. 197.2. V.2.3.1 Tipo objetivo. V.2.3.2 Tipo subjetivo. V.2.3.3 Preguntas y respuestas de subsunción. V.2.4 El delito contra la intimidad castigado en el art. 197.3. V.2.4.1 Tipo objetivo. V.2.4.2 Tipo subjetivo. V.2.4.3 Preguntas y respuestas de subsunción. V.2.5 El delito contra la intimidad castigado en el art. 197.4. V.2.5.1 El delito de revelación de secretos. V.2.5.1.1 Cuando se ha participado en el descubrimiento de los mismos. V.2.5.1.1.1 Tipo objetivo. V.2.5.1.1.2 Tipo subjetivo. V.2.5.1.1.3 Preguntas y respuestas de subsunción. V.2.5.1.2 Cuando no se ha participado en el descubrimiento de los mismos V.2.5.1.2.1 Tipo objetivo. V.2.5.1.2.2. Tipo subjetivo. V.2.5.1.2.3 Preguntas y respuestas de subsunción. V.3 Cuestiones concursales. V.3.1 Concurso entre las distintas modalidades de delitos contra la intimidad. V.3.2 Concursos con los delitos contra el honor, la integridad moral y la salud. VI. Conclusiones.

Resumen: En este trabajo se analiza la protección penal de la intimidad poniendo especial énfasis en los atentados que sufre la intimi-

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto «Honor, intimidad, propia imagen e igualdad, en especial, de menores y mujeres, ante los medios de comunicación social», P10-SEJ-5832; Proyecto «Igualdad y derecho penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación», DER 210/19781.

dad de las mujeres. La finalidad que se persigue es la de comprobar si, como se establece en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma del Código penal de 3 de abril de 2013, es preciso ampliar el abanico de figuras delictivas, a fin de tipificar expresamente la difusión no consentida de imágenes grabadas con el consentimiento de la víctima.

Abstract: This work analyzes the criminal protection of privacy by placing special emphasis on the attacks that suffers from the privacy of women. The aim is to check if, as set out in the Project the reform of the Criminal Law of 3 April 2013, there is a need to expand the range of offenses, in order to criminalize expressly the dissemination of non-consensual images recorded with the consent of the victim.

Palabras claves: Mujer. Delitos contra la Intimidad. Violencia de género. Castigo expreso.

Key words: Women. Offence againts intimacy. Violence of genre. Singular punishment.

I. Cuestiones introductorias

La imagen personal refleja ante uno mismo, ante terceras personas y ante la sociedad en su conjunto una serie cifrada de datos que sirve para identificarnos, individualizándonos del resto, al ponerle rostro a nuestra personalidad²; con ella se transmite nuestra idiosincrasia, y es vehículo a través del cual transita la intimidad: ambas están directamente relacionadas con la misma faceta cromosómica de cada ser humano³.

² Sobre la incidencia y las repercusiones de la imagen proyectada puede verse el interesante estudio realizado por Antonio HERRERA, Inmaculada VALOR-SEGURA, Francisca EXPÓSITO, «Is miss sympathy a credible defendant alleging intimate partner violence in a trial for murder?», en *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 2012, 4(2), pp. 179 y ss: han constatado que la imagen de la mujer víctima de violencia de género que mata a su marido incide en la repuesta social, afirmando que los resultados mostraron que cuando se presenta a la acusada como prototipo de mujer maltratada, se le atribuía un menor control de la situación, que el tractivo físico aumentaba la percepción de responsabilidad de la acusada en el delito cometido.

³ El Tribunal Constitucional ha venido a señalar que el derecho a la intimidad «se funda en la necesidad de garantizar la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información

En este sentido, cabe partir de que la intimidad y la propia imagen son facetas de la personalidad que nos permiten desarrollarnos libremente como tales, reservando una parcela de nuestras vidas que no queremos que sea conocida por los demás en virtud del soberano ejercicio de la voluntad privada, que puede determinar que lo que hoy es privado, pase a ser público mañana. El derecho a que unos concretos actos o imágenes personales no sean conocidos por terceros es un derecho fundamental del ser humano⁴. Como ha afirmado la jurisprudencia, se trata por tanto de proteger unos bienes jurídicos de titularidad personalísima –intimidad, honor, integridad moral–, que si bien son disponibles por parte de su titular, no puede renunciar a ellos⁵.

El art. 18.1 de la Constitución establece que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». El hecho que sea el mismo precepto constitucional el que garantice la existencia por separado del «honor» y la «intimidad» –personal y familiar– y la «propia imagen» pone de manifiesto la cercanía entre todos estos bienes jurídicos: resorte común de todos es la dignidad de la persona, de la que se derivan directamente⁶.

También en el ámbito de protección civil, es una misma ley –la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen– la

sea veraz». Se trata de un derecho cuyo fin es atribuir a su titular «*el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida*» (STC 12/2012, de 30 de enero de 2012).

⁴ Vid. Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ, «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSAC, Enrique ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1.888.

⁵ Así, el art. 2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen señala que «*el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley*».

⁶ Vid. Antonio DOVAL PAIS, Carmen JUANATEY DORADO, «Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen», en Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSAC, Enrique ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., p. 547; Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS (coords.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, ed. Aranzadi, 2011, pp. 449 y ss.

que regula la responsabilidad derivada de atentados contra el honor y contra la intimidad personal y familiar. El Código penal por el contrario, disecciona partes dentro del mismo referente de la dignidad personal, a cada uno de los cuales ofrece una protección autónoma.

La cercanía de todos estos bienes jurídicos, así como el referente común de la dignidad de la persona facilita muchas veces un uso interesado de unos y/u otros, de forma que en muchos casos, como se verá, el castigo de una conducta que atenta contra la intimidad de una persona, por déficits en las formas de la intervención penal, se produce ignorando ese daño a través de los delitos contra el honor o contra los delitos que protegen la integridad moral. Ello determina en opinión de VALEIJE ÁLVAREZ una «hipertrofia en la tutela penal» de estos otros bienes jurídicos y a una «correlativa devaluación de la protección penal de la intimidad⁷».

El primero de ellos es el honor, bien jurídico que se construye de tal forma que permite la interactuación de la propia estimación y de la fama o estimación ajena, esto es, el concepto público que por esa persona se tenga. Junto a ello, no puede olvidarse que en muchos casos, la pérdida de la intimidad puede provocar por el contenido de la faceta perdida que la víctima se sienta herida en su integridad moral⁸. Lo anterior es antesala de los problemas concursales que van a suscitarse en todo caso entre las figuras delictivas destinadas a la tutela de la intimidad y las que tutelan los bienes jurídicos honor e integridad moral. De todos ellos, y aun así, como afirman DOVAL PAIS y JUANATEY DORADO, «el derecho a la propia imagen, sin embargo, no es objeto de protección específica autónoma, sino que se protege a través de estos derechos: esto es, la utilización de la

⁷ Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ, «Intimidad y difusión de imágenes sin consentimiento», en Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Enrique ORTOS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanza y Estudios con motivo del Setenta Aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., p. 1.866.

⁸ Así afirma la STS 12/2012, 30 de enero de 2012 que «una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor, o bien puede afectar únicamente a alguno de ellos. Así en el presente caso, la dimensión lesiva de la conducta se proyecta sobre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, sin que se ponga en cuestión la posible afección del derecho al honor, porque lo que cobra relieve aquí no es el contenido estricto de la información obtenida, sino cómo se ha recogido y registrado mediante videograbación subrepticia, y el lugar donde se ha llevado a cabo, el reducto reservado de una consulta profesional».

imagen de una persona, sin su consentimiento, si no lesiona su intimidad o su honor no es objeto de sanción penal⁹».

II. Victimización primaria

La violación de la intimidad a través no ya solo de la captación no consentida de imágenes, voces o datos, sino de la difusión de aquellas otras imágenes que han sido tomadas con consentimiento pero que se difunden sin contar con él, son fenómenos que se ven facilitados por la propia forma de vida, las costumbres y usos sociales modernos: fundamentalmente por el uso de las nuevas tecnologías; así, basta pensar en los casos en los que se captan imágenes sin consentimiento de la víctima –cámara oculta, por ejemplo–, se proceda o no con posterioridad a su difusión¹⁰; se capten imágenes con consentimiento de la víctima y se hagan llegar a un tercero para que lleve a cabo su posterior distribución, descubriéndoles por tanto su contenido; del anterior supuesto ha de distinguirse aquél otro en el que si bien se captan con consentimiento y se ceden a un tercero unas imágenes pertenecientes a la privacidad de la víctima, ambas acciones se permiten con una finalidad concreta (consumo personal, investigación científica, coleccionismo, recuerdo de un momento o de una persona, etc.); de estos casos cabe distinguir la captación de aquellas otras imágenes en lugares públicos, a través de cámaras de seguridad, o captadas con teleobjetivo en lugares públicos, pero practicadas con prevención por parte de su protagonista en lugares alejados a los que no alcanza la vista.

⁹ Antonio DOVAL PAIS, Carmen JUANATEY DORADO, «Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen», cit., p. 549. Por su parte, entiende Angeles JAREÑO LEAL (*Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 21 y también en pp. 94 y 96) que cuando el atentado a la imagen no venga acompañado del simultáneo atentado a la honor o a la intimidad, la conducta no debe ser sancionada penalmente.

¹⁰ Entiende el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 74/2012, de 16 de abril de 2012, siguiendo a la Sentencia 12/2011, de 30 de enero de 2012 (primera vez en la que se analiza la violación de la intimidad a través de la técnica de la cámara oculta) en un supuesto en el que unos periodistas con cámara oculta entran en la consulta de un vidente, amparándose en ejercicio de su profesión, como “periodismo de investigación”, que «*la captación videográfica inconsentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsentida, en que aparece plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional*».

En efecto, en particular, la captación de imágenes se ha convertido hoy en un hecho cotidiano. A diario muchas personas disparan sus cámaras fotográficas a fin de captar objetivos que, en otros tiempos, no han merecido si quiera la atención entre otras cosas porque tomar una fotografía ha sido un acto que requería cierta preparación, tiempo y dinero¹¹. La facilidad con la que hoy se dispone de una cámara fotográfica, así como el hecho de que no sea preciso positivizar las imágenes captadas en papel para su visualización, son dos factores que contribuyen a que se tomen muchas más fotografías y que se haya multiplicado el número de imágenes fijadas, que reflejan actos cotidianos de la vida privada, y que se almacenen en formato electrónico. Este fenómeno al margen de haber terminado trivializando este acto que en otros momentos ha sido tan relevante, dado el volumen del material que produce, adquiere unas dimensiones considerables.

Si a la facilidad con la que al día de hoy se puede inmortalizar una imagen se le une la facilidad que existe simultáneamente para difundirla a través de internet, y en particular, de las redes sociales (*Tuenti, Twiter, Facebook, Messenger*, páginas de contacto *on line*, correo electrónico, etc.), se comprenderá que se trata de una forma nueva de atentar contra un bien jurídico clásico, que es consustancial a las nuevas formas de vida: y que tiene un efecto muy amplio. Estamos pues ante un fenómeno consustancial a la sociedad de la información en la que nos encontramos lo que puede incluso estar permitiendo ya hablar de la existencia de un bien jurídico específico, dentro del derecho a la intimidad que es la «libertad informática», como el derecho a circular con seguridad en los circuitos informáticos, sin riegos para nuestra intimidad, nuestro patrimonio, nuestra libertad sexual...¹². En este sentido, ya el art. 18.4 de la Constitución

¹¹ Puede verse el interesante trabajo de Isabel SABATER AZORÍN, *Miradas y relatos: las fotografías personales como medio para la reconstrucción de historias de vida de mujeres*, en prensa, Cádiz, diciembre 2012.

¹² Vid. Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», en *Revista Penal*, 2006/4, p. 219. En esta línea Carlos ROMEO CASABONA («La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», en *VVAA, Derecho y conocimiento*, 2002/ 2, p. 125) afirma que es necesario «ofrecer una protección jurídica más intensa –pero no exclusiva o principalmente penal– a las comunicaciones personales en cuanto tales, así como a las actividades de producción y de consumo de información en las redes, con independencia de que se generen datos personales o no». En sentido contrario se manifiesta Ángeles JAREÑO LEAL (*Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, cit., p. 21) para la que en todo caso lo que se produce es un atentado «de la intimidad contenida en soportes informáticos, pero intimidad “de las personas”, en definitiva».

estableció que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos¹³».

Ciertamente, se trata de conductas que afectan precisamente a los colectivos que se desenvuelven en dichas redes: las víctimas de riesgo, en particular, las personas «jóvenes» que en muchos casos tiene más relaciones sociales a través de redes virtuales, que a través de relaciones personales. De forma que la difusión a través de internet de una imagen personal sin su consentimiento, no solo acaba con su intimidad directamente, sino que además por los efectos que dicho acto tenga, es posible que se atente posteriormente contra su honor –porque se utilicen las imágenes «robadas» para menoscabar su «fama» o su «propia estimación»–, o su integridad moral –porque revelen a terceros su esencia, de forma que la persona quede reducida a la condición de cosa, objeto o fardo, privada de su dignidad personal–.

Ahora bien, también se trata de conductas que pueden afectar a personas que jamás han entrado en una red social, pero cuyos datos personales han sido volcados en internet por cualquiera de las múltiples instancias que utilizan nuestros datos. En este sentido, a pesar de la valoración positiva que sin duda alguna merece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, el ordenamiento jurídico ha de proveerse de mecanismos que tutelen la intimidad en aquellos casos en los que la prevención de los comportamientos dañinos no haya funcionado.

Desde una perspectiva victimal, por tanto, puede concluirse que se trata de un fenómeno criminal/victimal que se retroalimenta a partir de las características de las propias relaciones humanas, que se convierten en el factor de precipitación de estos hechos y desde ellos, de los hechos delictivos¹⁴. Prevenir atentados contra la intimidad a través del tratamiento de nuestra imagen es difícil, por tanto, debido a lo fácil que es la captación. Sí es cierto que existen actitudes que dificultan la captación de las mismas, aunque en forma alguna sirve para amortiguar el daño. En efecto, con el simple hecho de

¹³ Sobre la idoneidad de la informática para ser usada como instrumento en virtud del cual se desplieguen conductas constitutivas de delito, *vid.* Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», en *Eguzkilore*, 2007/21, pp. 9-10.

¹⁴ Myriam HERRERA MORENO, «Victimación. Aspectos generales», en Enrique BACA BALDOMERO, Enrique ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Josep María TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 91 y ss.

no guardar en terminales informáticas a las que cualquier experto en informática puede acceder imágenes que pertenecen a la vida privada, se estaría evitando el abuso¹⁵. No obstante, hay que tener en consideración el libre desarrollo de la personalidad: en otros términos, desde el punto de vista de la imputación de autorresponsabilidad a la víctima, se trata de comportamientos que entran dentro de lo que es adecuado socialmente.

En términos victimales pues, en la medida en que se trata de fenómenos que se precipitan por el comportamiento de la víctima, es fácil acabar responsabilizándolas del propio daño que sufren, haciendo recaer sobre ellas el peso del reproche social. En definitiva, internet, y de su mano, las redes sociales, se han convertido en un instrumento mortífero para la intimidad.

III. Victimización secundaria

En efecto, precisamente porque se trata de conductas de la propia víctima que «provocan» la reacción delictiva, muchas veces padecen un claro proceso de victimización secundaria, en virtud del cual, al daño que sufren directamente por haber sufrido un hecho traumático (victimización primaria), hay que unirle los daños que le causan las reacciones sociales que se producen cuando se conoce el fenómeno pues no es difícil encontrar actitudes que se olvidan del hecho principal –el atentado contra la imagen y contra la intimidad– y se centran en el comportamiento de la víctima que lo provocó, precipitándolo: de ahí que se la culpabilice de lo sucedido y de ahí también que la superación del daño por parte de la víctima no sea igual en todo caso, sino que va a depender de las posibilidades que tenga cada una de ellas a título individual de superar el episodio violento con todas sus consecuencias¹⁶.

Así ocurre si al daño que ha causado el hecho principal, se le añaden por ejemplo actitudes «paternalistas» por parte de la policía que recibe a la víctima cuando ésta va a interponer la denuncia. De ahí que sea tan importante la actuación policial, que puede determinar que la víctima se sienta protegida y por tanto, que se contrarreste

¹⁵ Rosemary BARBERET, «La prevención de la victimización», en Enrique BACA BALDOMERO, Enrique ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Josep María TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, cit., pp. 235 y ss.

¹⁶ Posteriormente se analizarán las posibles relaciones concursales con el delito de lesiones psíquicas.

socialmente el sentimiento de inseguridad que acompaña a cualquier persona que ha pasado por el trauma de ser víctima de un delito.

Por otro lado, la instrucción del procedimiento va a provocar que los hechos pertenecientes a la vida privada de la víctima sean conocidos por más personas, amplificándose así el daño que sufre su intimidad en muchos casos, pues aunque descubierto un dato secreto, se consuma el atentado contra la intimidad, el hecho de que se vaya ampliando el número de personas que accede al mismo, perpetúa el daño y lo amplía¹⁷.

En ocasiones, además, esos hechos llegan a los medios de comunicación, no ya sólo porque se haga conocida la denuncia sino porque al día de hoy, como se decía, el medio utilizado para difundir esas imágenes las hace llegar a aquellos que son los que deciden convertirlas o no en noticias. Y cuando esto ocurre, la agresión a la intimidad ya no tiene freno, porque es imparable y ya no hay forma de reparar el daño causado: en muchos casos, los daños que provoca la victimización secundaria son superiores a los causados por el propio proceso de victimización primaria¹⁸.

La sociedad tiene en sus manos amortiguar el golpe, por ejemplo, no buscando en internet las imágenes publicadas sin consentimiento de la víctima, o no accediendo a los medios de comunicación cuyo tratamiento informativo es más amarillista. Y sin embargo, muchas de estas noticias generan morbo y de su mano, el consumo masivo de las mismas, lo que determina que haya concretos medios de comunicación que se especializan en ellas¹⁹; se trata en definitiva, de un bien expuesto a ataques por parte de terceros, porque, en efecto, la difusión de datos que se refiere a la vida privada causa en sectores sociales muy amplios más que repudio, morbo, amplificándose así el efecto del atentado contra la intimidad.

Desde postulados victimológicos pudiera decirse que se está presenciando por toda la opinión pública el proceso mediante el cual

¹⁷ Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, Alberto ALONSO RIMO, «La víctima en el sistema de justicia penal II», en Enrique BACA BALDOMERO, Enrique ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Josep María TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, cit., pp. 345 y ss.

¹⁸ Josep María TAMARIT SUMALLA, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en Enrique BACA BALDOMERO, Enrique ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Josep María TAMARIT SUMALLA, *Manual de Victimología*, cit., p. 32.

¹⁹ Vid. Rosemary BARBERET, «La prevención de la victimización», cit., pp. 235 y ss.

una persona pierde su intimidad, esto es, el proceso de victimización sufrido por un acto ilícito.

Para luchar contra estos fenómenos, antes de llevar al ámbito sancionador, es preciso profundizar en el ámbito de la prevención, a través de una educación que incida no tanto en la imagen, sino en lo imaginado, no tanto en el contexto, sino en el propio texto, a través de la cual se conciencie la propia sociedad de que es posible la convivencia sin interferencias ilegítimas en las vidas ajenas.

IV. Procesos de victimización de las mujeres

Pues bien, a la simple vista de los casos que hoy ocupan la atención de la opinión pública, ha de partirse de que las mujeres son víctimas especialmente atractivas de los atentados contra la intimidad y además son especialmente vulnerables a los mismos, por los efectos que no solo ya sobre su intimidad, sino sobre su honor y su dignidad provocan la publicidad de actos pertenecientes a su vida privada, fundamentalmente si esos actos están relacionados con sus opciones en materia sexual, y sobre todo, si la violación de su intimidad se produce a través del proceso de captación de su imagen no consentida o consentida a unos efectos bien concisos²⁰.

En efecto, dos han sido los casos recientemente que han llamado más la atención de la opinión pública con lo que se ha amplificado aún más el atentado contra la intimidad de estas personas²¹. El primero, la difusión sin consentimiento en las redes sociales del video de contenido sexual que una mujer, concejala de un pueblo toledano de 6.376 habitantes²², grabó de sí misma y cedió voluntariamente

²⁰ Ampliamente: Josep María TAMARIT SUMALLA, «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», cit., pp. 17 y ss.

²¹ Sin contar la publicación en toda la prensa internacional de la imagen de la Duquesa de Cambridge en *top less*. Un periodista captó la imagen y posteriormente la reveló. El titular de la noticia en el Diario *El País*, de 14 de septiembre de 2012 fue: «la Casa real británica demandará a la revista que sacó en “top less” a Kate». Se incluía la portada de la revista francesa que distribuyó la imagen, así como otra de la Duquesa en un acto oficial en Malasia con el siguiente pie de foto: «se prepara para visita la mezquita de Kuala Lumpur». En este caso, el periodista interviene en el momento de tomar la imagen y posteriormente difundirla.

²² Si a 26 de enero se entra en el buscador Google y se escribe el nombre del pueblo –«Los Yébenes»–, la cuarta noticia que aparece es ya la de «Una concejala de Los Yébenes (Toledo) dimite tras hacerse público un vídeo erótico privado (noticia publicada en 20minutos.es El video: *Let me google*»)). Datos como el hecho de que se trate de un pueblo pequeño, con escasa vida social, pueden haber contribuido a

–como regalo– a un tercero que posteriormente –por los motivos que fueran– parece que reveló, cediéndoselo a su vez a otra persona que conociendo a la víctima por razones de trabajo, movido con una finalidad de venganza teñida de tinte político, difundió su contenido a través de las redes sociales. Se da la circunstancia de que –según la acusación vertida por la víctima– las imágenes fueron difundidas desde el ordenador del Alcalde del pueblo.

Más complejos son los hechos que suceden en la Universidad de Deusto un mes más tarde: imágenes privadas de contenido sexual de un grupo de estudiantes son difundidas indiscriminadamente a través de las redes sociales. Al margen de que los hechos no están claros, pues se discute si ha sido la red *wifi* del propio Campus universitario desde la que se ha procedido a realizar los envíos indiscriminados de ese material visual sensible, lo cierto es que actos pertenecientes a la vida privada de muchas personas, reflejados en soporte electrónico –archivadas en sus propios teléfonos móvil–, han sido conocidos por terceras personas y posteriormente divulgados de forma indiscriminada a través de las redes sociales²³ sin el consentimiento de las personas cuya intimidad se refleja en dichas fotos.

En esta fase temprana de los procesos judiciales abiertos para liquidar responsabilidades en ambos casos, la presunción de inocencia ha de presidir cualquier razonamiento que se realice al respecto. Por ello, para seguir avanzando, se pretende extraer de ambas noticias de prensa dos casos prácticos imaginarios; así, el primero sería: *«Concejala de un pequeño Ayuntamiento que graba con su teléfono móvil unas imágenes suyas en un contexto sexual, que envía a otra persona con la que mantiene una relación sentimental; persona que posteriormente, se lo entrega a otro concejal del Ayuntamiento, a la razón alcalde de la localidad, para que lo difunda, lo que efectivamente hace desde su ordenador del trabajo»*. Y el segundo de nuestros casos prácticos sería el siguiente: *«en el Campus de una famosa Universidad española, un hacker consigue entrar en la red wifi y atrapar imágenes de cuerpos desnudos archivados en los teléfonos móviles de las personas usuarias del Campus»*. A ambos casos prácticos, siguiendo la

que el vecindario se haya volcado con la vida privada de una de sus vecinas: de ahí el exceso de atención que se le ha prestado. Por otro lado, las imágenes del video de la Concejala socialista la convierten en una víctima en situación de riesgo, dada la situación tan crispada que se vive en los Ayuntamientos tan pequeños, y con tan pocos temas de relieve para mantener ocupado al vecindario: la vida privada de la clase política municipal parece ser especialmente atrayente.

²³ Vid. la noticia que apareció en *El País*, 29 de noviembre de 2012: *«La Ertzaintza carece de pruebas de que la red wifi de Deusto fuese pirateada»*.

técnica de resolución de casos prácticos de SCHONE se intentará buscar respuesta a continuación, tras la formulación de la correspondiente «pregunta de subsunción»²⁴.

Pero si bien estos son los últimos, no son los únicos casos de este tenor que han sido conocidos, a la vista está de la retahíla de hechos que recordaba con anterioridad a 2012 PUENTE ABA: así, entre otros recuerda la «difusión de un video de contenido sexual que previamente había sido grabado con consentimiento de ambas partes, pero en cuya revelación solo consiente una de ellas (El País 4-12-07); grabación de palizas a una menor de edad y posterior difusión por Internet (El País 9-8-08); aparición de un video en una página web de una joven duchándose, quien parece ser que otorgó su consentimiento para su grabación pero no para su posterior difusión en Internet (El País 4-12-2007); grabación de imágenes de una persona desnuda en el desarrollo de una comunicación a través de Internet, quien se desnudó de forma voluntaria pero no consintió en la grabación de las imágenes, que luego se difundieron en Internet (La Voz de Galicia 17-7-2008)»²⁵.

Como se observa, el tratamiento informativo de ambas noticias coincide más o menos, en el sentido de que lo relevante no es en ninguna de ellas el atentado contra la intimidad, sino el hecho de que se hayan difundido noticias de contenido sexual, pertenecientes a la vida privada de otras personas, cuyo tratamiento informativo genera más sentimiento de morbo, que de solidaridad con las víctimas, morbo que provoca que se amplíe la gravedad del atentado a la intimidad porque como efecto rebote determina que cuanto mayor sea el interés social que despierta la noticia, mayor será el número de personas que intenten conocerlas. En estos casos, los medios de comunicación se vuelven contra la propia víctima del delito.

Hechos similares a estos ya han llegado a nuestros tribunales, aunque no todos han tenido eco en los medios de comunicación tradicionales (prensa, televisión o radio) pero muchos de ellos se han consumado precisamente a través de las redes sociales, que son nuevas formas de comunicación: entre otras, la SAP de Lleida (sec. 1.^a), núm. 90/2004, de 25 de febrero [ARP/2004/636] analiza el caso de un sujeto que grabó una cinta de vídeo en la que participaban él mismo

²⁴ Vid. Wolfgang SCHONE, *Técnica jurídica en materia penal*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

²⁵ Luz M.^a PUENTE ABA, «Difusión de imágenes en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos», en Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Enrique ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanza y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, cit., p. 1.542.

y una mujer que consintió la grabación mientras mantenían relaciones sexuales, y posteriormente procedió a su difusión a terceros que la vieron²⁶; la SAP de Islas Baleares (sec. 2.^a) núm. 216/2011, de 13 de octubre [JUR/2011/402016] indaga sobre la tipicidad del comportamiento consistente en colgar sin consentimiento de la víctima en el perfil de una página web destinada a contactos, fotografías en las que se exhibe a aquella posando desnuda²⁷; la SAP de Vizcaya (sec. 6.^a) núm. 755/2011, de 13 de octubre [JUR/2012/175469] analiza la responsabilidad criminal de quien se encuentra un teléfono móvil, descubriendo en su interior un video de contenido íntimo que tras enseñárselo a varias personas que conocen a la víctima, termina colgándolo en internet²⁸; la SAP de Almería (sec. 1.^a) núm. 242/2005, de 2 de noviembre [JUR/2006/217074], castiga como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos al sujeto que recibiendo de su compañera de trabajo un reportaje fotográfico de su viaje de bodas para su revelado, «escaneó una de ellas en las que aparece en ropa interior y, sin conocimiento de la afectada, la difundió por correo electrónico entre una serie de destinatarios junto a otras fotografías de contenido erótico»²⁹; o la SAP de Almería (sec. 1.^a), núm. 68/1998, de 22 de junio [ARP/1998/2648], en la que se estudia la calificación jurídica del hecho «visionar ante distintas amistades una cinta de video doméstico de carácter erótico-sexual en la que aparecían el acusado y la denunciante, en aquel momento su novia,

²⁶ Se absuelve del delito contra la intimidad porque se entiende que la cinta de video en la que se contenía la relación sexual con la víctima se grabó con consentimiento de ésta, y que al estar en poder del sujeto activo, no requirió de «apoderamiento», incidiendo en la idea de que la violación de la intimidad ha de producirse en el momento en el que se captan las imágenes y en ese momento existió consentimiento: así se afirma que «a pesar de lo reprochable de la conducta del acusado la difusión de la cinta de video por el mismo no tienen encaje jurídico penal entre los delitos contra la intimidad ya que para ello es preciso que los datos o las imágenes que se revelan hayan sido descubiertos o captados por el sujeto activo mediante una intromisión o injerencia ilícita en la intimidad ajena, que no concurre cuando, como es el caso, el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para la grabación de las imágenes». La exención de responsabilidad por el atentado contra la intimidad no impidió no obstante el castigo por injurias.

²⁷ Se castiga por un delito contra la intimidad del número 2º del art. 197.

²⁸ Se castiga por atentado contra la intimidad del art. 197.1 y 3.

²⁹ Acto éste que según la sentencia «constituye precisamente el apoderamiento y divulgación proscritos por la normativa en cuestión y que constituye el frontal atentado al derecho a la intimidad»: los hechos fueron castigados como delito de descubrimiento y revelación de secretos de los números 1 y 3 el art. 197.

sin el consentimiento de ésta, acompañado de comentarios jocosos y groseros»³⁰.

Puede comprobarse como víctimas especialmente atraídas de estas conductas son las mujeres, como así se pone de manifiesto en la práctica. En efecto, las imágenes «sustraídas» de contenido sexual que llegan a la opinión pública suelen pertenecer a mujeres, víctimas por excelencia de este fenómeno criminal. En principio nada impide que sean tanto hombres como mujeres sus víctimas, pero la prensa se va a centrar más en las mujeres. Así por ejemplo, aunque las dos primeras denuncias interpuestas en torno a los hechos sucedidos en la Universidad de Deusto fueron presentadas por dos varones según *El País*, «*el primero, alumno de una de sus facultades, por la manipulación ilegal de su móvil; el otro, “un chico ligado al entorno de la Universidad” privada, según cita la Ertzaintza, por la difusión de una imagen suya sin su consentimiento*»; y sin embargo el titular de la noticia en el resto de periódicos es el de «*fotos y vídeos de las alumnas desnudas de la Universidad de Deusto provocan una investigación policial*»³¹.

En efecto, si se centra la atención en el conjunto de hechos que han sido analizados por la jurisprudencia española –citados con anterioridad– en todos estos casos, sujeto activo de la conducta es un hombre, sujeto pasivo es una mujer, entre ambos existe o ha existido ya sea en el momento de la captación de las imágenes, o en el momento de la difusión y divulgación de las mismas, una relación sentimental, de la que se aprovechan para violar la intimidad de las víctimas: es decir, actúan con abuso de confianza. Se trata de actos que se realizaron al amparo de una «*confidencialidad compartida*»³² y que son revelados por la voluntad siempre del hombre. Desde esta perspectiva, y a la vista de lo establecido en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género, han de considerarse constitutivos de violencia de género los hechos a los que se hace referencia en la medida en que se producen como «*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*», y ello con independencia de que

³⁰ Se castiga por un delito de injurias, en atención a lo dispuesto en el Código penal de 1973.

³¹ Vid. www.lavozdegalicia.es/noticia/informacion/2012/11/29.

³² Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», cit., p. 219.

expresamente no se haga mención a la intimidad de las mujeres en el número 3 del mismo art. 1 cuando menciona las formas que adoptan los actos constitutivos de violencia de género: «*La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*», en la medida en que sin duda alguna son actos que entran dentro de la propia violencia psicológica a la que en sentido amplio se hace referencia³³.

Para comprobar lo que aquí se dice basta con recurrir a algunos de los ejemplos a los que se acaba de mencionar: esto es, los casos en los que se graban los actos de contenido sexual en los que aparecen víctima y agresor del propio atentado contra la intimidad producido. En efecto, nótese el escenario en el que se producen estas conductas, que refleja la propia construcción machista de la sociedad: la mujer aparece en estos actos como objeto sexual ajeno, no como sujeto que conduce su sexualidad; mientras que el hombre es el dominador del acto sexual, el autor del mismo y quien a su vez detenta el dominio del hecho sobre la intimidad de la mujer, controlándola en todo caso. A partir de ello puede comprenderse que si bien para las mujeres la publicación de estos datos atenta contra su intimidad, pues revelan actos practicados en privado, y la publicación de los mismos es motivo de vergüenza o de escarnio, porque se culpabilizan de su sucedido, olvidándose que estaban ejerciendo una parcela de su libertad, para el hombre –cuya intimidad sexual también sale a relucir– el hecho de que ese acto sea conocido por terceros no genera vergüenza sino «orgullo» –o un sentimiento similar– porque la sociedad husmea en la vida de la víctima pero engrandece la vileza del autor. Estos efectos no son más que la consecuencia natural de la distinta valoración social que al día de hoy sigue teniendo la esfera sexual de hombres y mujeres.

Todo ello permite concluir afirmando a la vista de los procesos de victimización primaria y secundaria analizados, que las mujeres son víctimas especialmente atrayentes para soportar atentados contra su intimidad, y además víctimas especialmente vulnerables, porque el daño que sufren amplifica sus efectos³⁴. Ambos datos pueden ser explicados desde un punto de vista feminista teniendo en consideración las estructuras patriarcales que siguen sosteniendo a las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres en la sociedad actual.

³³ Vid. María ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género*, ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.

³⁴ Myriam HERRERA MORENO, «Victimación. Aspectos generales», cit., pp. 82 y ss.

V. La respuesta penal

V.1 Antecedentes

La protección penal de la intimidad no es nueva. Así, si bien en el Código penal de 1822 no existía un delito contra la intimidad³⁵, el de 1848 ya incorporaba un grupo de delitos en el que la punición giraba en torno al «*descubrimiento y relevación de secretos*». En su interior, se castiga el descubrimiento de secretos, mediante la acción de apoderamiento de los «*papeles o cartas*» y la divulgación de los mismos (arts. 412 a 414), regulación que se repite en semejantes términos en los Códigos de 1870 (art. 512 y siguientes) y 1932 (arts. 490-492). En todos ellos se incluía una excusa absolutoria en virtud de la cual quedaba exento de responsabilidad criminal determinado grupo de personas, entre las que el Código de 1848 incluía a «*maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia*», (art. 512 Código penal de 1870), privados de su «potestad» en el Código de 1932. Con semejante disposición se pone de manifiesto, como se señalaba anteriormente, que la intimidad de las mujeres ha sido en esencia un bien jurídico del que se ha apropiado el patriarcado, desposeyéndolas a ellas de protección, al albur de un *ius corrigendi* que las ha sometido históricamente a la voluntad del hombre del que dependían³⁶. Posteriormente, el Código de 1944 en sus arts. 497 a 499 volvía a repetir la protección de la intimidad frente a dichas conductas, dejando fuera de la excusa absolutoria a los maridos.

El Código penal de 1995 llevó la referencia a la intimidad a la rúbrica del Título X que desde entonces se refiere a «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». Y dentro del capítulo I incluyó los delitos «del descubri-

³⁵ En el art. 534 se refería dentro de los delitos contra las buenas costumbres (Título VII) a «*de la palabra y acciones obscenas en sitios públicos, y de la edición, venta y distribución de escritos, pinturas y estampas de la misma clase*» (Capítulo I): se trataba de castigar el atentado a las buenas costumbres, pasando por algo que muchas de ellas se pudieran cometer atentando contra la intimidad de algunas personas.

³⁶ María ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., p. 67. De ahí que hoy el Tribunal Constitucional haya venido a afirmar que titulares del bien jurídico intimidad lo son todas las personas por el mero hecho de serlo, al amparo de lo establecido en el art. 18.1 de la Constitución, derecho «*que debe defenderse, por decisión del legislador, incluso frente a intromisiones procedentes de familiares o del cónyuge, que por tener esa condición no gozan en nuestro Derecho penal de excusa absolutoria alguna*» (Auto núm. 400/2004, de 27 de octubre de 2004).

miento y revelación de secretos». En este momento, ya se amplió el objeto material que contenía el secreto pues pasó de ser «papeles o cartas» a «papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales», castigando junto a ellos la interceptación de las «telecomunicaciones» así como la «utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación» ampliándose por otro lado, como se verá, el conjunto de conductas típicas. Desde entonces, la protección que ofrece el Código a la intimidad ha abandonado el soporte papel, abarcando otro tipo de manifestaciones que de ser así, no podían ser objeto de protección penal, al quedarse en el ámbito en cualquier caso de la analogía in *malam partem*.

Finalmente, la LO 5/2010 ha sometido a modificación el contenido del art. 197, al incorporar una nueva figura delictiva en la que se castiga el acceso sin autorización a datos o a programas informáticos –el *hacking*–, cumpliendo así con la reclamación de la doctrina especializada³⁷ y con las previsiones contenidas en la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sis-

³⁷ Que entre otros motivos, era consciente de la relevancia que a nivel internacional adquirían los atentados contra bienes jurídicos como la intimidad a través de la informática. De ahí el compromiso internacional en acabar con semejante lacra. En este sentido, en el marco del Consejo de Europa se firmó el Convenio sobre cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001: se trata de un verdadero compendio de la utilización de informática como medio para cometer distintos delitos; pues bien, en su interior se señalaban como infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos el acceso ilícito, la interceptación ilícita, los atentados contra la integridad de los datos, contra la integridad del sistema, así como los abusos de equipos e instrumentos técnicos. Junto a ellos, pero alejados ya de la intimidad, se recomendaba a los Estados parte el castigo penal de una serie de infracciones informáticas, entre las que se encontraban la «falsedad informática», la «estafa informática»; las infracciones relativas a la pornografía infantil así como finalmente las infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines. Como es sabido, también la Unión Europea ha ido poco a poco aprobando distintas Directivas y Decisiones Marcos en esta materia (vid. Directiva 2002/58/CE, sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, o la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información), fundamentalmente en el ámbito de los atentados contra la libertad e indemnidad sexual. Basta con acercarse a las distintas Exposiciones de motivos de las leyes de reforma del código penal a partir de 2003 para comprobar lo que se dice. En extenso, vid. Javier FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de internet. (Estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la red)*, Oviedo, 2007; Alfonso GALÁN MUÑOZ, «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», en *Revista Penal*, 2009, pp. 90 y ss.

temas de información. Con posterioridad, la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la LO 5/1995, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, ha venido a modificar el número 8 del art. 197.

Como puede comprobarse, se trata de un conjunto de figuras delictivas que se encuentra en constante evolución, adaptándose a las novedades que en el campo de la informática teórica y aplicada vayan revelando vacíos de punición. Y en esta línea, el reciente Anteproyecto de reforma del Código penal de 3 de abril de 2013 vuelve a incidir sobre los recientemente modificados delitos contra la intimidad. En esta ocasión y según se establece en su Exposición de motivos, se pretende incorporar una nueva figura delictiva a fin de *«solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas. El vigente art. 197 contempla como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación con la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen la falta de consentimiento de la víctima. Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesiones gravemente su intimidad».* Y basándose en estos motivos, posteriormente se introduce un nuevo apartado 4 bis al art. 197: *«será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona».*

La breve evolución histórica esbozada viene a poner de manifiesto que la intimidad es un bien jurídico protegido penalmente desde casi siempre, y que la intervención penal ha tenido que ir adaptándose a la nueva realidad que ofrece la sociedad de la información con el paso de los tiempos: internet se ha convertido en una plataforma esencial de las comunicaciones pero a la vez, en el más mortífero medio para atentar contra la intimidad, así como frente a otros bienes jurídicos como el honor, la libertad y seguridad, el patrimonio

o la libertad sexual³⁸. Ahora bien, a lo largo de este trabajo se va a llevar a cabo un estudio del arsenal punitivo que hoy tutela la intimidad³⁹, a fin de comprobar si, en efecto, la distribución no consentida de una imagen grabada con consentimiento de la víctima hoy es impune, como parece desprenderse del fragmento de la Exposición de motivos resaltado⁴⁰. Ello llevará aparejado que quizás renunciando al objetivo de someter a un estudio detenido la protección penal de la intimidad, se alcance simplemente una conclusión en torno a la necesidad o no de tipificar expresamente nuevas formas a través de la informática de atentar contra este viejo bien jurídico que tiene un carácter amplificador de los efectos del ataque.

V.2 *El Título X del Libro II del Código penal: «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio»*

V.2.1 Delimitación del objeto de estudio

El Título X del Libro II del Código penal castiga los «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domi-

³⁸ Sobre la regulación anterior al Código penal de 1995 *vid.* Juan F. HIGUERA GUIMERA, «El descubrimiento y la revelación de secretos», en *Actualidad Penal*, 2002/3, pp. 767 y ss.

³⁹ Al margen ya de los esfuerzos que ha ido realizando el legislador por adaptar el contenido del Código a las nuevas formas de atentar a través de internet contra bienes jurídicos tradicionales. Así, el art. 183 bis castiga al que «a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y proponga concertar un encuentro...»; o el art. 248 que también considera reos de estafa a los que «fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo».

⁴⁰ Por todos véanse: Enrique ANARTE BORRALLA, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos. En especial, el art. 197.1 del Código penal», en *Jueces para la Democracia*, 2002/43, pp. 50 y ss; Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *cit.*, pp. 217 y ss; Juan F. HIGUERA GUIMERA, «El descubrimiento y la revelación de secretos», *cit.*, pp. 767 y ss; Enrique ORTS BERENGUER, Margarita ORIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 13 y ss; Ángeles JAREÑO LEAL, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, *cit.*; Enrique STERN, «El sentido de la privacidad, la intimidad y la seguridad en el mundo digital: ámbitos y límites», en *Revista Eguzkilo*, 2007/21, pp. 185 y ss. Al margen van a quedar otros delitos relacionados con la seguridad nacional, el secreto de empresa, el secreto laboral: *vid.* Juan F. HIGUERA GUIMERA, «El descubrimiento y la revelación de secretos», *cit.*, p. 772.

cilio». Su contenido se distribuye en dos Capítulos: «*del descubrimiento y revelación de secretos*» y «*del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*». Por el nombre dado a las respectivas rúbricas, ha de entenderse que el bien jurídico protegido en todos ellos es el mismo, la intimidad, dentro del cual entra el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio⁴¹. Afirma la SAP de Badajoz (sec. 3.^a) núm. 215/2007, de 29 de diciembre [ARP/2008/363] que el art. 197 tutela dos bienes jurídicos distintos: «*la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas*». En todo caso, se trata de un bien jurídico caracterizado con acierto por ANARTE BORRALLO como «*especialmente sutil, dinámico y heterogéneo*»⁴².

De cualquier forma, como afirma JAREÑO LEAL la separación entre «intimidad» e «imagen» quedaría justificada a la luz del «*elevado número de ataques que, además, se realizan en ocasiones de forma indiscriminada y masiva (teleobjetivos, cámaras de tamaño mínimo, teléfonos móviles: objetos todos que permiten la captación subrepticia y la difusión de la imagen por internet)*»⁴³. Lo cierto es que la protección que se ofrece a la imagen dentro del art. 197 es aquella que tiene que ver con la intimidad⁴⁴, aunque todo apunta a que hay aspectos que son secretos por ser íntimos, pero no toda la intimidad es en realidad un «secreto», porque lo único que pasa es que se trata de datos que pertenecen a la esfera privada y que su titular no quiere que sean conocidos por terceros: esto es, son datos íntimos.

Las posibilidades de que ambos grupos de delitos entren en concurso con otras figuras delictivas son amplias, como se verá a lo largo de este trabajo, y obedecen, al margen ya de a los propios efectos de la técnica legislativa empleada, a las relaciones que mantiene la inti-

⁴¹ De ahí que como afirma Fermín MORALES PRATS («Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., pp. 462 y ss.) la rúbrica del Título X sea gratuitamente amplia pues dentro de la intimidad han de entenderse incluidas la imagen y la inviolabilidad del domicilio.

⁴² Enrique ANARTE BORRALLO, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», cit., p. 52; *vid.* María Ángeles RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, ed. Atelier, Barcelona, 2004, pp. 27 y ss.

⁴³ María Ángeles JAREÑO LEAL, «El derecho a la imagen como bien penal», en Juan Carlos CARBONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, Enrique ORTOS BERENGUER, *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema penal. Semblanza y Estudios con motivo del setenta Aniversario del Prof. Tomás Salvador Vives Antón*, cit., pp. 1.044-1.045.

⁴⁴ María Ángeles JAREÑO LEAL, «El derecho a la imagen como bien penal», cit., p. 1.046.

midad con otros bienes jurídicos, como el honor, el patrimonio o la propia integridad moral. Con todo, se analizará de paso la necesidad o no de la inclusión en el Código de nuevas formas de atentar contra la intimidad, al estilo que proyecta hacerlo el Anteproyecto de reforma del Código penal que hoy sigue su tramitación parlamentaria. Simultáneamente, se analizará la posibilidad de recurrir a otras figuras delictivas, para castigar esas conductas, figuras delictivas que servirán bien de comodín, para cubrir eventuales vacíos de punición, bien de *alter ego* sobre el que levantar un concurso de normas o de delitos.

En común tienen todas las conductas castigadas en el art. 197 la previsión de unas circunstancias de agravación por la entidad de los datos afectados⁴⁵, con la finalidad con al que actúe el autor⁴⁶ y la pertenencia del autor a una organización o grupo criminal⁴⁷. Este tratamiento conjunto cierra el ámbito de la protección de la intimidad en el interior del art. 197 y la dota de sustantividad como bien jurídico protegido.

V.2.2 El tipo básico de los delitos contra la intimidad a través del descubrimiento de secretos (art. 197)

V.2.2.1 Tipo objetivo

El art. 197.1 castiga con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a «*el que, para descubrir*

⁴⁵ Art. 197.6: «Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior». Afirma la SAP de Islas Baleares núm. 216/2011, de 13 de octubre [JUR/2011/402016] que el mero contenido sexual de la imagen no basta para dar por conformada la agravación, pues lo importante es que se revele «dato alguno sobre su efectiva vida sexual, gustos sexuales o ejercicio de dicha libertad sexual». Recuérdese que según establece el art. 16 de la Constitución, en su apartado 2º, «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (vid. al respecto arts. 7 y siguientes de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). En la misma línea restrictiva, por violación del principio de proporcionalidad se manifiesta la SAP de Santa Cruz de Tenerife (sec. 2ª), núm. 791/2008, de 7 de noviembre [JUR/2009/120011].

⁴⁶ Art. 197.7: «Si los hechos se realizan con fines lucrativos se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

⁴⁷ Art. 197.8: «Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado».

los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación».

De su lectura se deduce que en su interior se procede a castigar la violación de la intimidad a través de una serie de medios tasados que acotan la tipicidad. Y como es sabido, el hecho de que se «tasen» los medios, con independencia ya de que se trate de un delito de mera actividad o de resultado, impide la admisión de la comisión por omisión, pues es requisito del tipo objetivo de los delitos omisivos el hecho de que la omisión sea equiparable a la acción según el sentido del texto de la ley (art. 11) siendo así que si se «tasan» es porque se quieren limitar esas equiparaciones: el comportamiento que lleve a cabo el autor, ha de ser pues en todo caso activo⁴⁸.

Así, desde el punto de vista de los elementos objetivos del tipo solo va a ser típica aquella conducta consistente en «apoderarse» de una serie de documentos (papeles, cartas, mensajes de correo electrónico⁴⁹ u otros documentos personales) o de cosas personales («efectos»), o «interceptar» las telecomunicaciones, o «utilizar» algún artificio técnico de escucha, transmisión, grabación o reproducción del «sonido» o la «imagen» o de cualquier otra señal de comunicación con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro: los verbos empleados inciden ya en el hecho de que se trata de conductas llevadas a cabo sin consentimiento de la víctima.

Por otro lado, para que se pueda llevar a cabo el acto del apoderamiento, el secreto o la intimidad han de estar recogidos en un soporte⁵⁰, con lo cual, las conductas de escuchar una conversación

⁴⁸ Ampliamente, María ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto de los delitos de mera actividad*, ed. Comares, Granada, 2000, pp. 233 y ss.

⁴⁹ Sobre la distinción entre apoderarse de un mensaje de correo electrónico y la interceptación de las telecomunicaciones, véase Carlos ROMEO CASABONA, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», cit., p. 130, señalando que habrá apoderamiento de un mensaje de correo electrónico, cuando éste esté recibido y guardado en el buzón de correos del destinatario por lo que entiende que el mensaje «se encuentra en una situación estática», mientras que la interceptación de las comunicaciones requiere que el proceso de transmisión se encuentre «en movimiento». En el mismo sentido, Enrique ORTOS BERENQUER, Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., p. 25.

⁵⁰ Y ello con independencia de que como afirma Ricardo M. MATA («La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas

privada ajena, leer un mensaje que se encuentra más o menos a la vista de otros, o ver una imagen «privada» mostrada en público, quedan al abrigo del tipo⁵¹.

Cierra también la intensidad del atentado a la intimidad, las cualidades que intrínsecamente han de predicarse de los objetos materiales, pues solo los documentos, cosas, sonidos o voces que sean «íntimos», pueden dar lugar a que se lesione la «intimidad» de su titular⁵². *A sensu contrario*, el apoderamiento de un documento en el que no se refleje la intimidad del sujeto pasivo (por ejemplo, un acta de un órgano colegiado) no es típico porque no afecta al bien jurídico⁵³; por lo mismo, la grabación de una imagen o del sonido que tienen lugar en plena vía pública, tampoco lo es, porque no se ha vulnerado la intimidad. Ha de tratarse por tanto de vulnerar la privacidad de su titular, por lo cual, han de producirse en un espacio en el que dicho bien jurídico se refleje, lo que ocurrirá, por ejemplo, en el caso de grabación de imágenes que tienen lugar en el domicilio, o en un lugar alejado que ha sido intencionalmente elegido por la víctima para pasear su intimidad anónimamente captadas mediante teleobjetivos.

A ello ha de añadirse otro elemento más que cierra la angostura del tipo y es que desde el punto de vista del bien jurídico el atentado a la intimidad ha de producirse *ab origine*, esto es, en el momento en el que se procede a apoderarse clandestinamente de los documentos o a captar las imágenes o el sonido. Por ello, si la violación de la in-

tecnologías», cit., p. 221) la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, «*prescinde del soporte en el que se encuentran los datos (papel o electrónico) para la protección de los Derechos Fundamentales (el soporte ha pasado a ser una anécdota)*». Vid. Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 275.

⁵¹ Vid., Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», cit., pp. 223-224; Juan F. HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», cit., p. 774. Sobre la progresiva espiritualización del acto de apoderamiento, hasta el punto de llegar a la «desmaterialización» del verbo, véase, Carlos ROMEO CASABONA, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», cit., pp. 135 y ss.

⁵² En este sentido, no podrá olvidarse que el art. 26 define a los efectos penales qué ha de entenderse por documento: «*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*».

⁵³ Afirma Enrique ANARTE BORRALLÓ («Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», cit., p. 53) cuando el autor se apodera de un secreto que no es tal, se trataría de una tentativa absolutamente inidónea impune.

timidad se produce posteriormente, debe mantenerse en esencia su atipicidad y, en su caso, como se analizará posteriormente, castigarla a través de otras modalidades de atentados contra la intimidad⁵⁴.

En este sentido, ha de plantearse qué ocurre en aquellos supuestos en los que si bien la víctima consiente en la entrega de documentos o imágenes o sonidos pertenecientes a su esfera privada, discrepa en el concreto fin que le ha dado el receptor de las mismas. En puridad de principios, y en atención a la «intimidad» como bien jurídico protegido, puede entenderse que si una persona entrega a otra, datos que pertenecen a su vida privada, es que ha decidido que dicho dato deje de ser íntimo, al compartirlo con esta otra. Ahora bien, la posterior utilidad que le dé el receptor a los «secretos» entregados no es irrelevante. Así, si hace un uso distinto del secreto siempre que el mismo no sea constitutivo de delito, por no suponer su revelación, no habrá más que un abuso de confianza que entra dentro de los usos sociales (por ejemplo, tras darle lectura a un amigo del documento que se ha redactado, se lo entrega a fin de que lo custodie en una Notaría, siendo así que lo custodia en su propio domicilio, de forma que en uno y en otro caso, el contenido del documento queda secreto porque no se revela a un tercero). Ahora bien, si se entrega el documento o el soporte del sonido o de la imagen con la finalidad de que lo custodie y se aprovecha de la confianza de la víctima para dar a conocer su contenido a terceros, nada impide analizar la relevancia penal de esta conducta a los efectos del delito de revelación de secretos, pues más allá de la finalidad para la que fue entregado, ha de entenderse que si el sujeto que lo tiene en su poder hace un uso del mismo distinto de aquel para el que está legitimado, habrá de considerarse que se lo ha apropiado, como posteriormente se analizará. Por otro lado, y en particular, como afirma JAREÑO LEAL, «*el consentimiento de una persona para que se use su intimidad debe entenderse implícitamente cancelado cuando se produce la ruptura sentimental*»⁵⁵.

A la misma conclusión se llega interpretando gramaticalmente el verbo «apoderarse», que admite ser interpretado de distinta forma⁵⁶.

⁵⁴ Luz María PUENTE ABA, «Difusión de imágenes ajenas en Internet: ¿ante qué delitos nos encontramos», cit., p. 1543. Su castigo no obstante entiende que puede ser de naturaleza penal a través de los delitos contra el honor o contra la integridad moral (vid. p. 1.546).

⁵⁵ Ángeles JAREÑO LEAL, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, cit., p. 38.

⁵⁶ Vid. Enrique ANARTE BORRALLO, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», cit., p. 54.

La primera consiste en «*hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder*»⁵⁷. En este sentido, se estaría equiparando el acto de apoderamiento al exigido en los delitos contra el patrimonio, aunque, como es sabido, propiamente dicho, tal acto de apoderamiento solo es típico en el delito de robo (art. 237), pues en el hurto (art. 234) basta con «tomar» la cosa mueble ajena, en la apropiación indebida (art. 252) con apropiarse o distraer, mientras que en la estafa (art. 248) se requiere utilizar engaño bastante para que sea la víctima quien entregue al autor el objeto material. Puede entenderse en este sentido que la diferencia del acto de apoderamiento en el hurto –«tomar»– y en el robo –«apoderarse»– consiste en que en el primer caso se trata de un acto no violento, pero gramaticalmente, tampoco el segundo conlleva ya por sí la violencia pues de ser así, ya no sería necesario que el art. 237 señalara además del acto de apoderarse la necesidad de que el mismo se lleve a cabo «*empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas*». Por otro lado, nótese como no todas las formas de fuerza en las cosas enumeradas en el art. 238 son constitutivos de «fuerza», aunque todas ellas dan lugar a configurar el acto de apoderamiento como robo con fuerza⁵⁸. Lo que sí parece evidente es que tanto una como otra acción se llevan a cabo sin consentimiento de la víctima. En este sentido, y en el seno ya del delito de descubrimiento de secreto, entiende la doctrina que con el paso del tiempo ha venido produciéndose una constante espiritualización del verbo «apoderarse»⁵⁹, en el sentido, por ejemplo de asimilar a tal acto el hecho de quedarse –esto es, retener– lo que legítimamente le fue entregado⁶⁰, así como la retención de la carta recibida por error⁶¹.

En esta línea más amplia, el propio Diccionario de la Lengua admite como segunda acepción del término apoderarse «*poner algo en poder de alguien o darle la posesión de ello*»: y en este sentido, ya no existe consenso doctrinal ni jurisprudencial en torno a si el acto de «apoderamiento» a los efectos del art. 197.1 puede ser interpretado así. Nótese que cabría entender que se apodera de un secreto aquél

⁵⁷ Tercera acepción admitida del verbo «apropriarse» por parte del Diccionario de la Lengua.

⁵⁸ Así, por ejemplo, no es fuerza, ni el escalamiento, ni el uso de llaves falsas.

⁵⁹ Vid. Enrique ORTOS BERENGUER, Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., p. 26.

⁶⁰ María Ángeles RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 41.

⁶¹ Luis RODRÍGUEZ MORO, «Delitos contra la intimidad», en Juan M.^a TERRADILLOS BASOCO, *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 244.

sujeto que por una u otra vía «consigue» que la víctima se lo entregue en bandeja, evitando así la «resistencia» física que ésta pudiera oponer al agresor, y de paso, se evita «hacerse dueño de algo» por un medio violento porque la violencia es completamente innecesaria. En este sentido, la SAP de Almería (sec. 1.^a) núm. 242/2005, de 2 de noviembre [JUR/2006/217074] calificó como acto de apoderamiento el hecho de destinar a un fin distinto las fotos entregadas voluntariamente por la víctima, porque en efecto, contraviniendo su voluntad, el autor lo que hace es lucrarse del hecho de tenerlas a su disposición⁶².

Pero junto al acto de apoderamiento, el art. 197.1 castiga además la interceptación de las telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación si se produce a través de la instalación de mecanismos técnicos que vulneran la intimidad al permitir el acceso a la información privada que circula en una conversación ajena (por ejemplo, a través de escuchas telefónicas)⁶³. Se trata de modalidades delictivas que exigen que la información esté en tránsito⁶⁴.

Desde el punto de vista del bien jurídico, con el apoderamiento típico referido en el número 1.º del art. 197 se está poniendo en pe-

⁶² Por otro lado, también la SAP de Barcelona núm. 381/2009, de 14 de abril [ARP/2009/1080] se detiene a analizar en un caso en el que un sujeto haciéndose pasar por un adolescente consigue establecer contacto a través de internet con menores de edad, a quienes les pide fotografías suyas o que conecten su *webcam* y les muestre sus cuerpos, para pasar posteriormente con amenazas a exigir el envío de más fotos, que la publicación de las mismas en internet no es constitutiva de un delito contra la intimidad del art. 197.1 y 3 en la medida en que «este apoderamiento ha de ser sin consentimiento del titular del derecho a la intimidad y así lo dice la STS 237/2007 de 21 marzo lo relevante a efectos de la configuración del tipo no es la apertura de la correspondencia, sino el apoderamiento de su contenido sin consentimiento, que es lo que constituye la conducta típica sancionada por el legislador. En el presente caso es cuestión indiscutida que el acusado no se apoderó de estas imágenes de Penélope sin el consentimiento de ésta sino que le fueron suministradas por ella, cierto que con el consentimiento viciado, pero con el consentimiento viciado, pero este consentimiento es lo que integra el delito de coacciones cuya existencia también es declarado por este Tribunal».

⁶³ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 275.

⁶⁴ Vid. Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», cit., p. 225. Afirma Juan F. HIGUERA GUIMERÁ, «El descubrimiento y la revelación de secretos», cit., p. 774 que debe ser equiparable a «apoderarse de una cosa antes de que llegue al lugar o a la persona a que se destina». Sobre el sentido del verbo «interceptar» véase: Carlos ROMEO CASABONA, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», cit., p. 137.

ligo concreto su indemnidad en la medida en que basta con el acto de hacerse con el soporte material en el que se contiene el secreto en el acto de apoderamiento; por lo mismo, habrá que entenderse que concurre el peligro típico desde el momento en el que se dejan instalados los artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o cualquier otra señal de comunicación⁶⁵.

V.2.2.2 Tipo subjetivo

El tipo requiere dolo que se traduce en el conocimiento y voluntad de apoderarse, o de interceptar las comunicaciones, o de utilizar artificios técnicos de escucha.

Junto a él, el art. 197.1 exige una finalidad que sobrepasa a los propios elementos objetivos, pues solo va a castigarse a esas conductas cuando se realicen con la posterior finalidad de «descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro»: en este sentido, va a ser pues el objetivo que guía el acto de apoderamiento, lo que determine qué conductas entran y qué conductas quedan fuera de la angostura del tipo⁶⁶.

⁶⁵ Vid. Enrique ANARTE BORRALLO, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», cit., p. 53; Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», cit., p. 224; entiende que se exige un peligro abstracto-concreto: Carlos ROMEO CASABONA, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», cit., p. 127; exige por el contrario que tras la instalación de los medios se acceda al secreto o se vulnere la intimidad Luis RODRÍGUEZ MORO, «Delitos contra la intimidad», cit., p. 244, convirtiéndola así en un delito de lesión de la intimidad, no meramente de peligro concreto.

⁶⁶ Sobre esta cuestión, véase el análisis detenido que realiza Esther MORÓN LERMA («Intención del agresor y ataque a la intimidad», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Fermín MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1.614 y ss), que critica que el elemento que se utilice para cerrar el ámbito de la tipicidad penal sea cargar el tipo subjetivo, en vez de incluir algún elemento objetivo que siempre son de más fácil prueba que aquellos. Así, afirma (p. 1.616) que «en lugar de residenciar el carácter fragmentario del derecho penal en conceptos de ánimos, desdennando lo objetivo como instrumento inidóneo en la configuración legal de estos delitos y como criterio en el que descansa la diferente intensidad de la respuesta normativa, quizás devendría adecuado fomentar una objetivización en la articulación de la tutela de la intimidad, de tal modo que ésta se arbitre en torno al objeto sobre el que se proyecta la intimidad, en el lugar de sobre la intención del sujeto activo de vulnerarla».

Se trata por tanto desde el punto de vista de la estructura típica de un delito mutilado a dos actos⁶⁷, que se consuma cuando se lleva a cabo dolosamente el primer acto –apoderamiento– y se persigue la realización *a posteriori* de otro acto en virtud del cual se acceda al contenido del documento que ha sido objeto de apropiación y que contiene el secreto, produciendo por tanto en esta fase de agotamiento del delito, no ya la puesta en peligro del bien jurídico –que se constata en el momento del apoderamiento– sino su efectiva lesión⁶⁸. Lesión que viene acompañada en muchas ocasiones de la afección a otros bienes jurídicos, con los que, como se verá posteriormente, entra en concurso de delitos.

La prueba del dolo del autor va a ser pues determinante: en este sentido, aunque sea indiscutido el acto de apoderamiento, habrá de deducirse por indicios si la finalidad con la que se llevó a cabo aquél era la de vulnerar la intimidad y/o por ejemplo, el ánimo de lucro. Sin duda alguna, habrá que estar a la cualidad del objeto material para poder cuanto menos descartar la presencia de un delito patrimonial en aquellos supuestos en los que no se pueda apreciar valor económico en el objeto material. Por lo demás, en la medida en que no se ha añadido ningún otro elemento que impida la admisión del dolo eventual, puede afirmarse que habrá delito de violación de la intimidad cuando con dolo directo se lleve a cabo el acto de apoderamiento y –cuanto menos– dolo eventual sobre el contenido íntimo que tenga el sobre, la caja, o el soporte electrónico en que se encuentre el secreto.

Se trata pues de una figura delictiva, en la que si bien desde el punto de vista de los elementos objetivos, se tasan los medios con los cuales atentar contra la intimidad, desde el punto de vista subjetivo

⁶⁷ Carlos ROMEO CASABONA, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», cit., p. 141; Juan Carlos CABONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 321. Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 455. Construye el tipo como un delito de resultado Ángeles JAREÑO LEAL (*Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, cit., p. 23), posponiendo por tanto la consumación al momento en el que se viola materialmente la intimidad, reservando los momentos anteriores –típicos, desde el punto que aquí se ve a los efectos del art. 197.1- al ámbito del Derecho civil. Entiende sin embargo que se trata de un delito de resultado cortado María Ángeles RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 51.

⁶⁸ En contra, considera que se trata de un delito de resultado Enrique ANARTE BORRALLO, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», cit., p. 55.

se exige dolo tanto respecto al acto del apoderamiento como a la violación de la intimidad derivada del contenido del objeto material. Podría plantearse la posibilidad de que el autor llevara a cabo el acto de apoderamiento con dolo eventual y con dolo directo sobre la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro: no puede desconocerse que con el empleo de esos términos, el legislador ha venido a poner de manifiesto cierta «tenacidad»⁶⁹ que solo es compatible con el dolo directo.

La cuestión es compleja de resolver, en la medida en que esta clase de delitos que tienen un tipo subjetivo cargado vienen a exigir en todo caso un engarce entre ambos elementos subjetivos que obligan a exigir en todo caso dolo directo sobre los elementos objetivos del tipo, a pesar de que si se plantea al revés, esto es, desde el punto de vista de las necesidades de protección del bien jurídico, quizás se apunte a la dirección contraria, que es la que indica la admisión del dolo eventual⁷⁰. Sobre todo cuando se trata de articular tipos –subjetivos– dirigidos a castigar conductas que atentan contra bienes jurídicos tan resbaladizos como la «intimidad»⁷¹.

V.2.2.3 Preguntas y respuestas de subsunción

¿Es típica a los efectos del art. 197.1 la distribución de material íntimo sin consentimiento de la víctima que se encuentra legítimamente en poder del sujeto activo? La grabación de la imagen íntima de la víctima con su consentimiento y la entrega de dicho material a un tercero con su consentimiento impide subsumir esos hechos en el número 1 del art. 197, en la medida en que la propia víctima le ha puesto al tercero en bandeja su secreto, por lo que no ha necesitado apoderarse del mismo, ni ha tenido que utilizar artificios para interceptar sus comunicaciones, todo ello con independencia de que precisamente por el acto de la entrega, deja de ser «su» secreto para pasar a ser secreto de «ambos»; ello a pesar de que por el contenido de las imágenes cedidas, se deduce claramente que la víctima no desea que deje de ser el secreto de ambos, es decir, no quiere que sea distribuido.

⁶⁹ Antonio DOVAL PAIS, Carmen JUANATEY DORADO, «Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen», cit., p. 555.

⁷⁰ Partidarios de admitir solo dolo directo Enrique ORTOS BERENGUER, Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., p. 28.

⁷¹ Admite el dolo eventual la SAP de Cáceres, 227/2011, de 20 de junio ARP/2011/810.

Además ha de señalarse la existencia de dos momentos separados en el tiempo: el primero, es aquél en el que la víctima envía al sujeto su secreto, entonces no puede decirse que exista ni acto de apoderamiento, ni finalidad de vulnerar su intimidad, porque precisamente lo que quiso la víctima con su entrega fue compartir con «esa persona» esos actos íntimos, por lo que dejan de ser secretos, al contrario, tenía consentimiento de la víctima para entrar a conocerlos. El segundo momento es el que se produce cuando pasado el tiempo, el tercero decide revelar el contenido del secreto. Y esa conducta no es tampoco típica a los efectos del art. 197.1, en la medida en que no se ha apoderado, ni ha interceptado un documento o la imagen o el sonido sin consentimiento de la víctima: lo que hace sin su consentimiento es revelar su contenido, que es una conducta que no está castigada en el art. 197.1⁷². Todo ello con independencia de que parece obvio que el sujeto ha actuado con abuso de la confianza puesta por la víctima en él⁷³. A pesar de que la entrega se lleva a cabo lícitamente pero con un elemento negativo: es decir, por su contenido, y por la situación de ambos sujetos, parece evidente que a todos los efectos puede entenderse que la víctima entrega el video con la prohibición de cederlo a terceros; de ahí el valor negativo que ha de reconocerse al consentimiento de la víctima.

¿Es típica a los efectos del art. 197.1 la distribución de material íntimo sin consentimiento de la víctima que no se encuentra en po-

⁷² Ello con independencia de que el secreto descubierto en este caso, no es ya solo el video de contenido sexual, sino lo que el mismo representa: es decir, la relación extramatrimonial que mantenía la víctima.

⁷³ Véase la SAP de Lleida núm. 90/2004/de 25 de febrero [ARP/2004/636], que aplica la circunstancia agravante de abuso de confianza en el delito de injurias por la difusión de un video de contenido sexual grabado con el consentimiento de la víctima, afirmando que la compañera sentimental, precisamente por la relación que mantenían *«le permitió que se quedara con la cinta de video después de grabada, sin duda porque confiaba en que el acusado no la difundiera no siendo de esperar partiendo de la relación sentimental entre ambos acto de tal vileza que el acusado defraudó dicha confianza propia de esa relación propagando y emitiendo comentarios ofensivos..»*. No aplica sin embargo la agravación, la SAP de Islas Baleares núm. 216/2011, de 13 de octubre [JUR/2011/402016]: en este caso, después de analizar la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, afirma que *«no está probado que el acusado se valiera, para cometer los hechos, de la especial confianza y relación íntima mantenida con la perjudicada; no existen referencias al aprovechamiento de esta circunstancia para llegar a disponer de las imágenes, más al contrario, fue la propia perjudicada motu proprio quien remitió las instantáneas al ahora acusado»*. Esta tesis es ampliamente discutible, en la medida en que la víctima envía a ese sujeto unas fotografías en las que ella aparece desnuda como «recuerdo» de la relación íntima que habían mantenido posteriormente, siendo así que el autor, en vez de conservarlas como tal recuerdo, aprovechó la intimidad de la víctima para abrir un perfil en internet y colgarlas.

der del distribuidor? La distribución sin consentimiento de imágenes grabadas con consentimiento de la víctima que no han sido entregadas voluntariamente a un tercero en cuyas manos terminan acabando dichas imágenes es típica a los efectos del art. 197.1 si se entiende que por mucho que la imagen se haya grabado con consentimiento de la víctima, y que ésta guardase su imagen en su teléfono móvil, en el uso de su libertad informática, determina un acto de apoderamiento de semejantes imágenes, por lo que *a priori*, nada impide el castigo de estas conductas a través del art. 197.1. El hecho de que las imágenes no hubieran sido entregadas por las víctimas, determina que el autor ha tenido que emplear algún medio para «apoderarse» de las mismas, ya sea con violencia o intimidación, o empleando un ardid que se las ponga en bandeja.

V.2.3 El delito contra la intimidad castigado en el art. 197.2

V.2.3.1 Tipo objetivo

El número 2.º del art. 197 castiga con las mismas penas que en el número 1.º⁷⁴ a quien «*sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*», y a quien «*sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*». La interpretación de sus elementos típicos no puede realizarse desconociendo la existencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que según su art. 1 tiene por objeto «*garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar*»⁷⁵.

Si no fuera porque en 1995 se incluyó dentro del número 1.º del art. 197 la referencia a los «mensajes de correo electrónico», así como a la interceptación de las telecomunicaciones, podría fácilmente concluirse que frente a la protección genérica –por clásica– de la intimidad en el número 1.º del art. 197, en el número 2.º se lleva a cabo una protección específica de la intimidad «informática». Y como se verá a con-

⁷⁴ Prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

⁷⁵ En extenso, *vid.* Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., pp. 464 y ss.

tinuación, también el número 2.º incluye la afectación a la intimidad a través del apoderamiento, utilización o modificación de datos registrados en cualquier registro público o privado, sea o no informático. La permeabilidad de las nuevas tecnologías en uno y otro número obligan a concluir que no existe una separación clara de partida entre qué atentados contra la intimidad se incluyen en el número 1.º y qué atentados se incluyen en el número 2.º. El número 2.º del art. 197 no hace más que ampliar los medios a través de los cuales se afecta a la intimidad, lo que parece sugerir que el propio legislador se siente encorsetado por la letra del número 1.º, que podía perfectamente haber ampliado, con lo que quizás ya no hubiera necesitado tipificar expresamente esta nueva conducta en el número 2.º. Pero además, como se observa, dentro del propio número 2.º se distinguen dos bloques de conductas, entre las cuales también existen amplios solapamientos, hasta el punto que surgen dudas en torno a la necesidad de su castigo⁷⁶. Como se observa, la técnica de tipificación empleada no es precisamente la más sencilla desde el punto de vista de la economía legislativa, pues existen solapamientos entre una y otra: si se comparan ambos bloques de conductas, tan solo el acceso parece no estar castigado con anterioridad. De ahí que como se decía, el legislador deba poner orden dentro de esta innecesaria conducta delictiva plural en su mayor parte.

A pesar de la falta de criterio, esta disposición viene a resaltar la relevancia que al día de hoy adquieren los medios informáticos como soportes de la intimidad de las personas. Hasta tal punto, que hay más intimidad personal en red que fuera de ella. En este sentido, un sector de la doctrina entiende que dentro del bien jurídico intimidad es posible identificar con nombre propio la «libertad informática» como específicamente protegido. Y ello es así, no porque no quede incluido con carácter general en el más amplio de la intimidad, sino porque presenta perfiles y aristas específicos que requieren que sean avisadas desde el inicio pues de lo contrario, no se entenderá la envergadura de los atentados que analizamos⁷⁷. En este sentido,

⁷⁶ Por todos, véase: Enrique ORTS BERENGUER, Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, cit., pp. 34-35. A fin de solventar los graves problemas interpretativos que ambos bloques de conductas delictivas suscitan, plantean la siguiente diferenciación: «*si se produce un apoderamiento físico de los mismos (por ejemplo, imprimiéndolos, fotocopiándolos, etc.), o si se aprovecha o altera la información así conseguida, será de aplicación la descripción primera; por el contrario, si el sujeto activo entra en el ordenador en el que están registrados los datos, o, si después de acceder a ellos los modifica o utiliza, procederá aplicar el inciso segundo*».

⁷⁷ De ahí que por lo que toca a los delitos contra la intimidad, el art. 201 exija denuncia de la persona agraviada y que además sea de los pocos delitos en los que el

afirma la SAP de Navarra 134/2011, de 24 de mayo JUR 2012\96260 que el bien jurídico protegido no es otro que «*la llamada libertad informática*», entendida como «*el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular –como señala la doctrina– entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención [SSTC. 11/98 de 13.1 (RTC 1998, 11), 45/99 de 22.3 (RTC 1999, 45)]*»⁷⁸.

Desde el punto de vista objetivo, varias son las conductas que castiga el número 2.º del art. 197 en su primera parte: «apoderarse», «utilizar o modificar» sin estar autorizado «*datos reservados de carácter personal o familiar de otro*» en perjuicio de «tercero» siempre que además esos datos se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Las diferencias con la conducta castigada en el número 1.º del art. 197 son fáciles de apreciar: en el primer caso, se castiga el apoderamiento o la captación de imagen o sonido, mientras que en este número, se castiga junto al «apoderamiento», que ya está en el número primero, las conductas de «utilizar» o «modificar». Esta

perdón del ofendido extingue la responsabilidad criminal. Sobre el alcance del perdón antes de la reforma que del número 3 del art. 201 ha operado la LO 5/2010, *vid.* Enrique ANARTE BORRALLO, «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», *cit.*, p. 61; en igual sentido, los delitos de injurias exige querrela de la persona ofendida y también en este caso el perdón extingue la responsabilidad criminal. Por el contrario, los delitos contra la integridad moral ni exigen la iniciativa de parte, ni tiene relevancia alguna el perdón del ofendido.

⁷⁸ En el mismo sentido, *vid.*: el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sec. 3ª) núm. 515/2010 de 19 octubre ARP 2010\1478. Comparten el *habeas data* como bien jurídico protegido: Enrique ANARTE BORRALLO en «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», *cit.*, p. 51; Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», *cit.*, p. 217; Esther MORÓN LERMA, «Intención del agresor y ataque a la intimidad», *cit.*, p. 1.609; Enrique ORTOS BERENGUER, Margarita ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, *cit.*, p. 18; Luis RODRÍGUEZ MORO, «Delitos contra la intimidad», *cit.*, p. 243; Ángeles JAREÑO LEAL, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, *cit.*, p. 18; María Ángeles RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, *cit.*, p. 31; Juan Carlos CABONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en VVAA, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 324; Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», *cit.*, p. 450.

ampliación de las conductas típicas facilita que la discusión que se plantea en torno al número 1.º sobre cómo haya de interpretarse el verbo «apoderarse», en el número segundo es posible que aquellas formas de atentar contra la intimidad que no entren en el concepto de «apoderarse» todavía pueden ser típicas si se puede considerar que las mismas consisten en «utilizar» o «modificar», de concurrir el resto de requisitos exigidos. Así, utiliza los datos en perjuicio de tercero el que se lucra de su contenido, ya sea utilizándolos en beneficio personal, o bien cediéndolos a un tercero. La modificación de los datos parece que no plantea dudas, pues no supone más que cambiar los datos que consten en los registros.

Por otro lado, en el número 1.º el acto de apoderamiento ha de llevarse a cabo sin el consentimiento de la víctima, mientras que en el número 2.º se exige que dicho acto no esté autorizado. Como puede verse, la diferencia es básica y no determinante de cambios estructurales entre ambas figuras delictivas, en la medida en que la falta de autorización es un elemento que recuerda el «*sin su consentimiento*» del número 1.º, aunque en este caso, como se trata de datos registrados, se sustituye el consentimiento por la autorización, que será de carácter más amplio y que además no debe ser prestado por el propio titular del dato, sino que depende de la autorización del titular del registro que le acoja.

Y el objeto material sobre el que ha de recaer la conducta típica ya no se trata de documentos (incorporados a papeles), imágenes (en papel o en otro tipo de soporte, como un archivo informático) o sonido (contenido en una grabación), sino de «*datos reservados de carácter personal o familiar*».

No puede distinguirse una y otra conducta típica en atención a la cualidad de los datos, pues a la vista está la agravación de la pena dispuesta en el número 5 del art. 197, que es de aplicación a las conductas castigadas en los números 1.º y 2.º y en la que se tiene en consideración la especial cualidad de los datos: esto es, si son datos de carácter personal «*que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual*»⁷⁹, dejaría de tener sentido alguno⁸⁰.

⁷⁹ Así como cuando «*la víctima fuere un menor de edad o un incapaz*». Según la SAP de Islas Baleares núm. 216/2011, de 13 de octubre [JUR/2011/402016] con ello se agrava la pena cuando el atentado afecte «*al núcleo duro del derecho a la intimidad (la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual), además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz*».

⁸⁰ Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 468; María Ángeles RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 72.

Y visto lo que no debe identificarse con «datos reservados de carácter personal o familiar», es preciso buscar por otra vía su sentido. Si se acude a lo dispuesto en la *LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*, se comprobará que tampoco se hace la más ligera mención a esos datos: así, el art. 3 se limita a definir lo que ha de entenderse por «datos de carácter personal» como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». El silencio en esta sede parece que viene a apoyar la idea de que los datos reservados de carácter personal o familiar a los que se refiere el art. 197.2 del Código penal han de entenderse desde un punto de vista meramente descriptivo como aquellos datos cuyo titular no ha hecho público, esto es, ha reservado para su conocimiento personal, por tratarse de aspectos que se refieren a su vida personal o familiar, es decir, a su privacidad⁸¹. En este sentido afirman CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, que esos «datos reservados de carácter personal o familiar» no son más que los «secretos» a los que se refiere el número anterior⁸².

Finalmente, para que la conducta sea típica a los efectos del número 2.º del art. 197 examinado es preciso que esos datos se encuentren «registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado»⁸³. Ello determina que la diferenciación entre las conductas castigadas en los números 1.º y 2.º del art. 197 ha de buscarse en el hecho de que los datos –más o menos sensibles, pero tributarios de la intimidad de una persona– estén registrados, colocados, depositados o ubicados en un archivo, esto es, que sean parte de un sistema:

⁸¹ Vid. Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», cit., p. 228; Justa GÓMEZ NAVAJAS, *La protección de los datos personales*, ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 188 y ss. Entiende también que no se trata de una ley penal en blanco Ángeles JAREÑO LEAL, *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, cit., p. 61.

⁸² Juan Carlos CABONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 324. Por su parte, Fermín MORALES PRATS («Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 467) interpreta el concepto de datos de carácter personal a la luz de lo establecido en la Directiva 95/46/CE que definía el concepto de datos personales como «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».

⁸³ La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal define el concepto de fichero como «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización o acceso».

en otras palabras, el mero hecho de que los datos formen parte de una colección es lo que determina la distinción entre uno y otro. Todo apunta a que este elemento no es más que –*mutatis mutandi*– la adaptación del requisito de que el secreto esté «recogido» en un soporte del número 1 a la singularidad de los medios informáticos referidos en el número 2.º.

En todo caso, ha de tenerse en consideración que el número 5.º del art. 197 establece que «*si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior*». Con ello, se está poniendo de manifiesto que también los papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera documentos o efectos personales, o las imágenes o el sonido a los que se refiere el número 1.º pueden estar registrados, lo que dificulta aún más la separación de ambos números.

V.2.3.2 Tipo subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, las distintas modalidades delictivas que castiga el número 2 del art. 197 exigen dolo, planteando la admisión del dolo eventual los mismos convenientes –o inconvenientes, según se mire– que en el número 1.º del art. 197⁸⁴, en el que respecto al perjuicio al tercero solo se tipifica la intención de causarlo, y no la efectiva causación del mismo.

Pero para que la conducta sea desde el punto de vista objetivo típica, es preciso todavía que se lleven a cabo «*en perjuicio de tercero*»: el perjuicio ha de ser sinónimo de daño a los intereses de un tercero, sean estos de carácter patrimonial o no. Como afirma la doctrina, caben dos interpretaciones del mismo: la primera, entender que se trata de un elemento objetivo que requiere que el acto de apoderamiento, uso, o modificación cause como resultado ese perjuicio, de forma que tipo objetivo y tipo subjetivo tendrían la misma extensión

⁸⁴ Por todos, Juan Carlos CABONELL MATEU, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», cit., p. 325; Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 468. Entiende que se trata de un delito de resultado cortado María Ángeles RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad personal e informática*, cit., p. 81.

por lo que se trataría de un tipo congruente⁸⁵, y la segunda, como mero elemento subjetivo del injusto⁸⁶, en virtud del cual, el sujeto activo debe dirigir la conducta que realiza a la finalidad de causarle posteriormente un daño al tercero titular de los datos. Ante la discusión doctrinal que se presenta, si se tiene en consideración que el número 2.º del art. 197 protege el mismo bien jurídico que en el número 1.º, al que se remite el número 2.º a los efectos de la pena a imponer, parece inclinar la balanza a favor de la segunda de las interpretaciones pues de lo contrario se estaría produciendo una violación del principio de proporcionalidad, en la medida en que actos de muy distinta significación (puesta en peligro/lesión del bien jurídico intimidad) se castigarían con la misma pena.

V.2.3.3 Preguntas y respuestas de subsunción

¿Es típica a los efectos del art. 197.2 la distribución sin el consentimiento de la víctima de datos, sonidos o imágenes personales grabadas y cedidas por ella misma a quien se encarga después de distribuirlas? Vistas las diferencias que separan a las conductas castigadas en los números 1.º y 2.º del art. 197 es fácil concluir que si ya era posible admitir dentro del acto de «apoderamiento», apoderamientos consistentes en usar la cosa que se ha recibido legítimamente con una finalidad distinta para aquella para la que se le entregó, la inclusión junto al mismo de los verbos «utilizar» o «modificar», vienen a suavizar los angostura del tipo del número 1.º: así, si quien con el consentimiento de la víctima tiene unos datos pertenecientes a la vida privada de aquélla que ha querido compartir con él, los utiliza, por ejemplo, cediéndolos a un tercero, o colgando su contenido en una página *web*, estaría realizando la conducta típica; por otro lado, nada se opone a la tipicidad de la conducta examinada el hecho de que se añada que los datos han de estar registrados en «*ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado*», porque los modernos teléfonos móviles que utilizamos no son más que terminales, en los que tenemos registrados ficheros –de texto, de voz o de imagen– informáticos, electrónicos o telemáticos, estén o no incorporados a un archivo o registro público o privado.

⁸⁵ Luis RODRÍGUEZ MORO, «Delitos contra la intimidad», cit., p. 246; en contra Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 277.

⁸⁶ Muy crítica con la inclusión de este elemento subjetivo: Esther MORÓN LERMA, «Intención del agresor y ataque a la intimidad», cit., p. 1.624.

¿Es típica a los efectos del art. 197.2 la distribución de material íntimo sin consentimiento de la víctima que no se encuentra en poder del distribuidor? Si se tiene en consideración que las imágenes «robadas» estaban archivadas en los teléfonos móviles de las víctimas, que se trata de datos reservados de carácter personal en el que aparecen las víctimas desnudas, nada impide el castigo de esta conducta a través de este número 2.º del art. 197.

Las posibilidades que ofrece el número 2.º del art. 197 para proteger el bien jurídico intimidad frente a las nuevas formas de atentar contra ella a través de las nuevas tecnologías ya están siendo explotadas por la jurisprudencia. En este sentido, la SAP de Islas Baleares núm. 216/2011, de 13 de octubre [JUR/2011/402016] castigó como autor de la conducta tipificada en el número 2 del art. 197 al sujeto que creó un perfil en internet en el que colgó fotos sin consentimiento de la persona fotografiada, que aparecía desnuda. Según los hechos probados, *«dichas fotografías fueron hechas, con el beneplácito y consentimiento de la Sra. Lourdes, entre el 14 y el 17 de enero de 2008, en una habitación del hotel..., en el cual pernoctaron durante dos noches el acusado y Lourdes. Siendo que unas habían sido hechas por el acusado con una cámara propia, y otras habían sido plasmadas con una cámara fotográfica de la Sra. Lourdes, la cual posteriormente se las envió al acusado por correo electrónico para que las poseyera como recuerdo de su relación sentimental»*. La sentencia de instancia absolvió al autor basándose en el argumento de que *«las referidas fotografías nunca estuvieron recogidas (registradas) en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado...»*. La Audiencia se muestra sorprendida ante tal justificación, pues entiende que *«no se alcanza a comprender cómo se concluye en la afirmación de que, unas fotos que pasan de ser contenidas, mediante archivo –de disco duro o tarjeta de imágenes– en una cámara fotográfica, que posteriormente se descargan en un ordenador y que se guardan, obviamente, en un archivo fotográfico JPG y, a su vez, se remiten mediante correo electrónico al destinatario y acusado –ya mediante archivo adjunto o en el texto del propio mail–, se considere que no se encuentran contenidas en un archivo o soporte informático. Si no hubieran estado contenidas en algún tipo de archivo o soporte informático hubiera resultado imposible su visionado y posterior utilización»*.

También la SAP de Santa Cruz de Tenerife (sec. 2.^a), núm. 791/2008, de 7 de noviembre [JUR/2009/120.011] castiga a tenor de lo dispuesto en el art. 197.2 a un sujeto que utilizó claves de acceso a cuentas de correos electrónicos de la víctima, así como al disco duro de su ordenador, al que tuvo acceso legítimo durante el

tiempo que duró la relación después de rota la relación sentimental (todo apunta a que las dudas sobre si hubo o no apoderamiento a los efectos del núm.1.º del art. 197 es lo que determina el castigo por el número 2.º pues sí se probó el acceso a esas fuentes).

V.2.4 El delito contra la intimidad castigado en el art. 197.3

V.2.4.1 Tipo objetivo

Tras la reforma operada por la LO 5/2010, el nuevo delito informático del art. 197.3.º castiga con pena de prisión de seis meses a dos años a *«el que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo»*⁸⁷. Con su incorporación al Código, cumplía el legislador español las obligaciones que de la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información, se desprendían para España. Se trata de las conductas conocidas como *hacking*.

Hasta entonces, la doctrina venía poniendo de manifiesto que la legislación penal española no conocía *«una auténtica infracción de mero acceso o mero intrusismo informático»* entendiendo por tales las conductas *«de acceso no autorizado de forma subrepticia a cualquier sistema informático o red de comunicación electrónica de datos»*⁸⁸, en el marco del Convenio de Cibercrimen de 2001, en cuyo artículo 2 señalaba dentro de las infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, *«el acceso ilícito»*⁸⁹.

⁸⁷ Su incorporación al interior del art. 197 determinó la re-numeración del resto de delitos que se incluyen en su interior.

⁸⁸ Ricardo M. MATA, «La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías», cit., p. 233. También reclamaba la incorporación al Código de esta figura Carlos ROMEO CASABONA, «La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de internet», cit., p. 125; Nuria MATALLANES RODRÍGUEZ, «Vías para la tipificación del acceso ilegal a los sistemas informáticos», (I) en *Revista Penal*, 2008/22, pp. 50 y ss, y (II), en *Revista Penal*, 2009/23, pp.52 y ss.

⁸⁹ Art. 2 del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad de 23 de noviembre de 2001: *«las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, el acceso doloso y sin autorización a todo o parte de un sistema informático. Las partes*

La conducta típica consiste en acceder sin autorización por cualquier medio o procedimiento, siempre que vulnere las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso, protegiéndolos, a datos o programas informáticos que estén contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o habiendo entrado con autorización se mantenga dentro contra la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo. Los datos y programas informáticos tienen que estar contenidos en un «*sistema informático o parte del mismo*», con lo cual si los datos y programas están en un *cd* o en un *pen drive*, la conducta no sería típica a través del número 3, sino de los números 1 o 2, en su caso.

Al tratarse de un delito de medios indeterminados, pues es posible su comisión «*por cualquier medio o procedimiento*», y de resultado, pues a través del mismo, se ha de producir el acceso a los datos o programas, no existe inconveniente teórico alguno para castigar la comisión por omisión que concurrirá en aquellos casos en los que el sujeto activo ostente la posición de garante y sea por tanto quien tenga autorización para excluir el derecho de uso del mismo si, una vez usada la aplicación, no se procede a cerrarla aunque en este caso, hay que entender que se vulnera las medidas de seguridad establecidas, precisamente por ser él quien dispone de las claves de acceso. En opinión de MORALES PRATS el intrusismo informático equivale a «*conducta desnuda de otras finalidades ilícitas específicas añadidas al mero deseo de curiosidad y de demostración de pericia informática del hacker*»⁹⁰, por lo que las relaciones concursales como se verá a continuación van a ser amplias si además del acceso se lleva a cabo alguna acción posterior.

Al acceso ilegítimo se equipara a efectos de penalidad la permanencia ilegítima una vez que se entró con autorización, en términos similares a los utilizados por el legislador en el delito de allanamiento de morada.

Los datos y los programas informáticos pueden ser de cualquier clase, es decir, pueden contener datos reservados de carácter personal o familiar o de otro tipo, a los que se refiere el número 2.º del mismo art. 197 que también castiga el acceso a los mismos sin au-

podrán exigir que la infracción sea cometida con vulneración de medidas de seguridad, con la intención de obtener los datos informáticos o con otra intención delictiva, o también podrán requerir que la infracción se perpetre en un sistema informático conectado a otro sistema informático».

⁹⁰ Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 470.

torización: en este caso, la pena es de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por su ubicación sistemática, se trata de un delito contra la intimidad⁹¹, lo que determina que en este caso, a los efectos de la configuración de la antijuricidad solo se tenga en consideración la afección negativa a ese bien jurídico: basta con acceder sin autorización a datos o programas informáticos respecto de los cuales quienes tienen el legítimo derecho de impedir el acceso de tercero haya establecido barreras, claves, en definitiva, medidas de seguridad informática, no de otra clase⁹², por lo cual, los daños patrimoniales que puedan producirse a consecuencia del acceso habrán de castigarse a través del delito de estafa informática del art. 248.2 y nada impedirá el castigo por ambos a través de las reglas de concurso ideal-medial de delitos. En este sentido, lo que hace el legislador castigando expresamente las conductas relativas al *hacking* es «adelantar las barreras de protección en atención a la especial peligrosidad que suponen estos nuevos instrumentos de comisión de delitos»⁹³.

La consumación se produce por tanto con el mero hecho de que se acceda o se mantenga dentro de un sistema informático⁹⁴. La duda que se plantea es si además del acceso, se apodera, utiliza o modifica en perjuicio de tercero, los datos reservados de carácter personal, es decir, la duda que ha de resolverse es si la resolución del concurso planteado ha de hacerse de acuerdo a la reglas del concurso de normas (entendiendo que sería ley preferente el número 2.º, y en todo caso, agravar la pena por el incremento del desvalor de acción que pone de manifiesto el autor al acceder al sistema) o si se trata de un concurso de delitos en el que aunque se protege el mismo bien jurídico protegido, castigan distintas formas de atacar contra él, porque si bien el acceso a un documento supone eliminar la inte-

⁹¹ En opinión de Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 277, se trata de una figura delictiva que más que proteger la intimidad «*protege directamente la seguridad de los datos y sistemas informáticos*».

⁹² Con lo cual, el acceso va a ser típico, con independencia de que se acceda al terminal de ordenador que contiene los datos desde otro ordenador, o de que sea necesario acceder previamente al lugar cerrado en el que se encuentren, lo que, en su caso, podría dar lugar a analizar la existencia de otro delito contra la intimidad en este caso, de allanamiento de morada del art. 202.

⁹³ Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», cit., p. 10.

⁹⁴ *Vid.* Nuria MATALLANES RODRÍGUEZ, «Vías para la tipificación del acceso ilegal a los sistemas informáticos» (I), cit., p. 52.

gridad de ese documento, con el acceso al programa informático, se viola más genéricamente la intimidad⁹⁵.

El párrafo 2.º del número 3.º del art. 197 señala que «cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33». Su admisión ha de ser bien recibida, si bien no se entiende el motivo por el cual se reserva el castigo dentro de los delitos contra la intimidad castigados en el art. 197 a la conducta castigada en el interior del número 3.º y no al resto, más allá de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por España tras la aprobación de la Decisión Marco 2005/222/JAI, en cuyo interior se obligaba a ello. Se impone pues en este punto de *lege ferenda*.

V.2.4.2 Tipo subjetivo

El tipo exige dolo; el hecho de que se exija que se actúe vulnerando las medidas de seguridad, parece que limita las formas del dolo al directo, sin posibilidad del dolo eventual que, en todo caso, cabría plantear en la modalidad de mantenerse ilegítimamente en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo. A diferencia del tipo subjetivo de las figuras castigadas en los números 1 y 2, la del número 3.º se presenta como un tipo congruente, en el que no existe elemento típico subjetivo alguno que sobrepase las fronteras del tipo objetivo⁹⁶.

V.2.4.3 Preguntas y respuestas de subsunción

¿Es típica a los efectos del art. 197.3 la distribución no consentida de un video íntimo de la víctima que se grabó y se recibió con su consentimiento? Si se tiene en consideración que el delito se ha producido sin acceso ilegítimo a ningún dato o programa informático y sin vulnerar medida de seguridad alguna puesta para protegerlo la respuesta no puede ser más que negativa.

⁹⁵ Ampliamente, Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 465 y ss.

⁹⁶ Fermín MORALES PRATS, «Del descubrimiento y revelación de secretos», cit., p. 465.

Ahora bien: ¿es típica a los efectos del art. 197.3 la distribución de material íntimo obtenido sin consentimiento de la víctima? Si como ha trascendido a los medios de comunicación, parece ser que las imágenes han sido objeto de apoderamiento a través de la red *wifi* del Campus universitario, se trataría de una conducta típica a estos efectos, en la medida en que su autor, por cualquier medio, habría vulnerado las medidas de seguridad previstas por sus propietarios (las claves para bloquear los correspondientes teléfonos móviles que no son más que terminales informáticas), han accedido a sus datos –las imágenes–. La cuestión, como se decía anteriormente es si esta conducta puede entrar en concurso con la establecida en el número 2.º, pues como se ha visto, se produce además del acceso al sistema informático, la captación de esas imágenes. Todo ello, con independencia de lo que se señalará a continuación.

V.2.5 El delito contra la intimidad castigado en el art. 197.4

El último de los delitos contra la intimidad es el de revelación de secretos y se incluye en el número 4.º del art. 197, en el que se castiga por un lado, con la pena de prisión de dos a cinco años «*si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*», y con pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses al que «*con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior*».

V.2.5.1 El delito de revelación de secretos

V.2.5.1.1 Cuando se ha participado en el descubrimiento de los mismos

V.2.5.1.1.1 Tipo objetivo

El delito de revelación de secretos del párrafo 1.º del art. 197.4 no es más que reflejo de una continuidad delictiva con las conductas castigadas en los números anteriores del art. 197, por lo que señala «*si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores*»: se trata pues de castigar al sujeto que tras llevar a cabo el acto de apoderamiento del secreto, posteriormente lo difunde, releva o cede a terceros, amplificando con ello el daño al bien jurídico intimidad.

Su aplicación va a exigir en todo caso que se dé por conformada cualquiera de las modalidades de descubrimiento de secretos casti-

gadas en los números 1, 2 o 3 del art. 197. La elevación de la pena de dos a cinco años viene a reflejar esta mayor afección al bien jurídico protegido. Nótese no obstante como la pena que le corresponde al autor por la revelación no es en puridad de principios una pena superior a la máxima dispuesta en los supuestos tipos básicos, sino una pena cuya magnitud de desenvuelve esencialmente dentro del mínimo y el máximo de las previstas en los números 1 y 2. Por otro lado, se trata de agravar solo la pena de prisión, lo que no impide que las multas dispuestas en los tipos básicos sigan siendo de aplicación.

En este sentido, como afirman DOVAL PAIS y JUANATEY DORADO, puede concluirse que *«la captación y posterior difusión de hechos, datos o imágenes relativos a una persona, sin su consentimiento, obtenidos mediante la utilización de artificios técnicos de escucha o de grabación, en principio, será constitutiva de infracción penal, con independencia de que tales datos o imágenes sean «veraces» (cabría, incluso, la aplicación del tipo agravado recogido en el apartado 197.3)»*⁹⁷.

V.2.5.1.1.2 Tipo subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo se exige conocimiento de los elementos objetivos del delito de revelación pero a su vez, conocimiento de los elementos objetivos de la correspondiente modalidad de descubrimiento que le anteceda. De ahí que pueda entenderse con facilidad que si en alguna de las modalidades examinadas han existido inconvenientes para admitir el dolo eventual, esas mismas dificultades se reproduzcan aquí, pero no alcanzan al delito de descubrimiento, pues basta con que se conozca y se quiera difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas.

V.2.5.1.1.3 Preguntas y respuestas de subsunción

¿Es típica a los efectos del art. 197.4 la distribución no consentida de un video íntimo de la víctima que se grabó y se recibió con su consentimiento? En la medida en que se pruebe que el autor utilizó el video personal entregado por la víctima, cediéndoselos a un tercero que, parece ser, procedió a su difusión masiva, nada lo impide porque por un lado, según los datos que se desprenden de los medios de comunicación, cedió las imágenes que la víctima le

⁹⁷ Antonio DOVAL PAIS, Carmen JUANATEY DORADO, «Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y (o) a la propia imagen», cit., p. 555.

entregó a un tercero, propiciando una serie de actos en cadena que han ahondado progresivamente en la mayor afectación a la intimidad de la víctima

¿Es típica a los efectos del art. 197.4 la distribución de material íntimo obtenido sin consentimiento de la víctima? La difusión a través de internet de las imágenes «robadas» de los terminales de telefonía móvil de las víctimas a través de la *wifi* supone un caso claro de difusión –masiva– a los efectos analizados.

V.2.5.1.2 Cuando no se ha participado en el descubrimiento de los mismos

V.2.5.1.2.1 *Tipo objetivo*

El párrafo 2.º del art. 197.4 castiga a quien sin haber participado en el descubrimiento del secreto, pero conociendo su origen ilícito, difunde, revela o cede a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números 1 a 3 del art. 197⁹⁸. En puridad, con la eliminación del encubrimiento en 1995 como forma de participación, a la vez que se elevó a la consideración de delito autónomo, vino a poner de relieve que difícilmente cabe la participación una vez que se ha llevado a cabo la consumación por parte del autor, pues con razón, el acto del partícipe debe contribuir a la perfección del delito.

Los problemas se pueden plantear en aquellos supuestos en los que una persona antes de descubrir el secreto ya pacte con el tercero su distribución. En estos casos, sí es posible admitir esta forma de participación posterior a la consumación. El castigo expreso en este número hace que haya que plantear un concurso de normas entre la autoría del delito de revelación de secretos del art. 197.4 en su párrafo 2.º y la cooperación necesaria en el párrafo 1.º del mismo art. 197.4, que en atención a la mayor pena prevista, será ley preferente.

Por lo demás, el castigo autónomo de esta figura va a servir para no dejar impunes aquellos supuestos en los que se pruebe la revelación del secreto pero no se pruebe simultáneamente la participación en el acto del descubrimiento.

⁹⁸ Se refiere a ella como «receptación no lucrativa» Enrique ANARTE BORRALLO en «Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el art. 197.1 del Código penal», cit., p. 51.

V.2.5.1.2.2 *Tipo subjetivo*

El autor de la receptación del delito de descubrimiento de secreto ha de actuar con dolo, sin que nada impida la admisión del dolo eventual.

V.2.5.1.2.3 *Preguntas y respuestas de subsunción*

¿Es típica a los efectos del art. 197.4 la conducta de quien sin participar en el acto de apoderamiento ni de uso del video, lo distribuyó desde su ordenador? Nada impide proceder a su castigo de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2.º del art. 197.4, por cuanto aunque no participa en la captación original de las imágenes, las difunde a sabiendas de que la víctima jamás le hubiera cedido ese video para su difusión⁹⁹.

Finalmente, cabría cerrar el círculo de preguntas a las que se está dando respuesta con la siguiente: ¿Es típica a los efectos del art. 197.4 la distribución de material íntimo obtenido sin consentimiento de la víctima a través de la red *wifi*? Todo dependerá de si quienes proceden a la distribución son las mismas personas que participaron en el «robo» de las imágenes.

V.3 *Cuestiones concursales*

V.3.1 Concurso entre las distintas modalidades de delitos contra la intimidad

⁹⁹ No habrá descubrimiento pero sí revelación (SAP Asturias 184/2010, de 1 de septiembre ARP2010/1177. Además el alcalde es funcionario público o autoridad a los efectos del art. 24 y en el ámbito de los delitos contra la intimidad, el art. 198 prevé una circunstancia agravante si «*la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior*» al que se le impone las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior, y la de «*inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años*».

Todo ello si es que no se considera que el secreto del que tiene noticias el alcalde es como profesional que es, «*con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva*» divulga los secretos de otra persona: en este caso la pena es de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. Con todo, hay que plantearse si la difusión del video de contenido sexual se lleva a cabo para «*vulnerar la intimidad*» de la víctima, o si se hace con una finalidad distinta, como puede ser la de humillarla o denigrarla socialmente.

Las distintas modalidades de delitos contra la intimidad entran entre sí en concurso de normas, en la medida en que se trata de disecionar las distintas formas de atentar contra la intimidad de la víctima en todo caso.

V.3.2 Concursos con los delitos contra el honor, la integridad moral y la salud

A la vista de la definición del bien jurídico intimidad, así como de la estructura típica de cada uno de estos delitos, es fácil comprender que se trata de conductas que fácilmente entran en concurso con otras figuras delictivas: en particular, con las injurias, como atentados contra el honor, el delito de trato degradante como atentado grave contra la integridad moral¹⁰⁰, e incluso el delito de lesiones psíquicas del art. 147. En los tres casos, como es sabido, con carácter subsidiario es posible acudir a la falta de vejaciones del art. 620, en el que se castigan la amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve «salvo que el hecho sea constitutivo de delito». Habrá pues que prestar atención tanto al elemento subjetivo del delito, como a los resultados que se causen, más allá de la violación de la intimidad que es la palestra desde la que se parte.

Ciertamente, los eventuales concursos que se comentan se refieren a las conductas de descubrimiento del secreto, en la medida en que si el autor se limita a vulnerar la intimidad apoderándose de los documentos mencionados en el número 1.º del art. 197, o a captar las imágenes o la voz, pero no amplifica el efecto negativo para el bien jurídico, dándose las a conocer a un tercero, no habrá plus de ofensividad de la conducta más allá del daño a la intimidad. Por consiguiente, la eventualidad del concurso se limita a los supuestos que suponen la comunicación de los datos descubiertos a través de la publicación a otras personas.

La posibilidad no obstante de poder castigar estas conductas a través de otros preceptos del Código, siempre va a estar ahí, para solventar los eventuales vacíos generados por la concreta técnica de tipificación empleada en el art. 197.1: esto es, la de determinar los medios a través de los cuales se produzca la afección a la intimidad, tasándolos.

¹⁰⁰ Así como a la falta de vejaciones del art. 620, si dicho atentado no reúne la gravedad que exige el art. 173.1. Sobre el bien jurídico integridad moral véase: Jesús BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 50 y ss.

El art. 208 del Código define el delito de injurias como «*la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*»¹⁰¹. A tenor de esta definición, puede entenderse que si a consecuencia del atentado contra la intimidad se produce la lesión de la dignidad de otra persona, que puede ser tanto a quien pertenezca el secreto como a un tercero, sea éste una persona física o una persona jurídica, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, habrá concurso con injurias. Así por ejemplo, la difusión de unas imágenes relativas a la vida privada de la víctima, con la intención de que sea tenida en el concepto público como una persona «deshonrosa» es una conducta que al margen ya del atentado contra la intimidad, atenta contra el bien jurídico honor¹⁰². Es interesante la lectura de los hechos y el razonamiento jurídico contenidos en la SAP de Asturias (sec. 2.^a), núm. 5/2001, de 12 de enero [JUR/2001/98037]: se castiga como delito de injurias la conducta de quien exhibe ante terceros varias veces un video de contenido sexual en el que aparece él mismo con una mujer, «*haciendo creer que se trataba de la querellante*». En este caso, en la medida en que las imágenes mostradas no eran de la víctima sino de una tercera persona cuya identidad ha quedado en el anonimato, el castigo vino de la mano del delito de injurias, afirmando el juzgador que el *animus injuriandi* «*implica la intención de causar un ataque a la dignidad ajena, ánimo que indudablemente preside el comportamiento del acusado, tal como se infiere del relato fáctico, pues la exhibición ante terceros de un vídeo en el que se mostraban vivencias íntimas de él mismo con una mujer, haciendo creer que se trataba de la querellante, demuestra con claridad que el propósito de desacreditar, deshonrar o menospreciar ha informado el comportamiento del apelante*».

Por su parte, el art. 173.1 castiga como delito contra la integridad moral al que «*infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*»: a concretar la indefinición del tipo vino la LO 5/2010, que incluyó como elementos típicos del

¹⁰¹ Sobre el concepto de honor, en extenso, véase: Rosa FERNÁNDEZ PALMA, *El delito de injurias*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 57 y ss; y sobre los problemas de subsunción que plantean con carácter general hechos en los que se procede a la revelación de los datos descubiertos: Antonio DOVAL PAIS, Carmen JUANATEY DORADO, «Revelación de hechos íntimos que afectan al honor y(o) a la propia imagen», cit., pp. 546 y ss.

¹⁰² Véase la SAP de Lleida núm. 90/2004, de 25 de febrero [ARP/2004/636] que absolvió del delito contra la intimidad, pero castigó por injurias, valorando además a efectos de pena la publicación de los datos, pues el video de contenido sexual fue proyectado en los bares del pueblo; *vid.* también la SAP de Almería (sec. 1.^a), núm. 68/1998, de 22 de junio [ARP/1998/2648].

nuevo delito de acoso moral en el trabajo tipificado en el párrafo 2.º del propio art. 173.1 los «*actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*», es decir, los actos que sin llegar a constituir trato degradante por la escasa gravedad de cada uno de ellos individualmente considerados, pero nos pone en la pista de que son precisamente actos que generan «*humillación*» a la víctima, los genéricamente castigados en el párrafo 1.º del art. 173.1. De ahí que si a consecuencia de la violación de la intimidad, se persigue y se consigue la «*humillación*», habrá concurso con el delito de trato degradante.

Finalmente, tampoco cabe cerrar las puertas al concurso de los delitos contra la intimidad y los delitos de lesiones, si como efecto de la violación de la intimidad, la víctima sufre una lesión psíquica que requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico (de tranquilizantes, ansiolíticos y/o antidepresivos). En este sentido, ha de señalarse la falta de concordancia jurisprudencial en el tratamiento de las lesiones psíquicas como consecuencia de otras figuras delictivas, pues si bien cuando la lesión psíquica es consecuencia de un delito de acoso sexual, se entiende que no cabe concurso de delitos pues la afección a la salud psíquica ya está contenida dentro del atentado contra la libertad sexual¹⁰³, sin embargo sí ha admitido el concurso entre el delito de lesiones psíquicas y el delito de trato degradante¹⁰⁴.

Y todo ello, con independencia de que a los efectos del cálculo de la responsabilidad civil se valore el hecho de que «*el conocimiento público de imágenes que atañen a la parcela más privada e íntima de una persona, su sexualidad, es evidente que ocasiona perjuicios de índole moral graves y consecuencias en la vida perso-*

¹⁰³ En particular, esta cuestión fue analizada por la STS 1.460/2003, de 7 de noviembre [RJ 2003/7.573]. Vid. María ACALE SÁNCHEZ, «Incidencia de la variable género en las cifras de siniestralidad laboral: análisis de datos», en Juan M.ª TERRADILLOS BASOCO (dir.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables «género», «inmigración» y «edad»*, ed. Bomazo, Albacete, 2009, pp. 168 y ss.

¹⁰⁴ La Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 29 de enero de 2010 (sección 16ª) condenó por dos delitos de trato degradante del art. 173.1 y de lesiones del art. 147.1 a dos personas por el trato al que tenían sometida a su trabajadora. El Tribunal Supremo, en su Sentencia TOL2.007.232 DE 28.10.2010 vino a confirmarla. En esencia se afirma que «ha quedado también acreditado por los informes periciales aportados y debidamente ratificados en el acto del plenario, la relación de causalidad entre las actividades sistemáticas y humillantes realizadas por los acusados con el padecimiento psiquiátrico-psicológico sufrido por la víctima que integra a su vez –junto al delito contra la integridad moral– el delito de lesiones previsto y penado en el art. 147.1».

nal de los afectados» (SAP de Islas Baleares núm. 216/2011, de 13 de octubre [JUR/2011/402016]), esto es, «el precio del dolor» como establece la SAP de Vizcaya núm. 755/2011, de 13 de octubre [JUR/2012/175469]¹⁰⁵.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha señalado anteriormente, la intimidad es uno de los bienes jurídicos más sutiles que protege el Código penal español, de ahí la dificultad que plantea *a priori* su protección. El hecho de que se trate de un bien jurídico disponible lo convierte en objeto transitorio de protección, sometido a los vaivenes del consentimiento de su titular.

El Código penal ofrece hoy un amplio catálogo de figuras delictivas tipificadas en los arts. 197 y siguientes, que en muchos casos entran en concurso de normas entre sí, en la medida en que a la sutileza del bien jurídico protegido, se une la diversificación de las formas de atentar contra él. Con el tiempo, las sucesivas reformas del arsenal delictivo contra el núcleo duro del derecho a la intimidad, ha ido ampliándose y adaptando la protección a los avances de la informática teórica y práctica.

La última de dichas modificaciones, operadas a través de la LO 5/2010, ha consistido en la inclusión en el Código penal del delito de *hacking*, ampliamente reclamado por parte de la doctrina especializada. El escaso tiempo que desde su aterrizaje en el ordenamiento jurídico español hasta hoy ha transcurrido impide que exista un sólido cuerpo jurisprudencial sobre la interpretación de sus elementos típicos, y además sobre sus relaciones con el resto de delitos contra la intimidad; de ahí que pueda resultar sorprendente el vacío de punición que detecta el pre-legislador en el Anteproyecto de reforma del Código penal que hoy sigue su tramitación parlamentaria. En este sentido, si como se afirma en su Exposición de Motivos, para nuestro legislador la distribución de imágenes sin consentimiento de la víctima pero que fueron grabadas con su beneplácito no encuentra castigo en el arsenal hoy en vigor, de ahí que se contemple la inclu-

¹⁰⁵ En este sentido, el art. 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen establece que «la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través de que se haya producido».

sión dentro del art. 197 del número 4.º anteriormente comentado, flaco favor se hace a las víctimas de estos atentados, porque en puridad de principios, se les está diciendo a quienes tienen en su poder imágenes privadas grabadas con el consentimiento de las personas que en ellas aparecen, que hasta tanto se proceda a la reforma del Código, desde el punto de vista del bien jurídico intimidad, son conductas atípicas, por lo que se puede estar causando el efecto criminógeno de incitar a la reproducción de conductas como las que han sido objeto de estudio a lo largo de estas páginas.

No obstante, analizadas en toda su extensión las distintas conductas castigadas en el art. 197, y el rendimiento en términos de ofensividad que de las mismas se desprende, quizás no sea del todo necesario la inclusión en el Código de una nueva figura delictiva para castigar al que «sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona», teniendo en consideración en todo caso que la tipificación expresa de esa conducta para imponerle pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, que es inferior que la establecida en el resto de números del actual art. 197, va a causar como efecto un beneficio penológico al autor ciertamente criticable.