

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 6. Junio 1987

González Guitián, Luis

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Santiago de Compostela

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LAS ESCUCHAS CLANDESTINAS

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: ESCUCHAS TELEFONICAS. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCION JURISDICCIONAL. FUNCIONARIOS PUBLICOS. ADMINISTRADOS. AUTORIZACION JUDICIAL. DERECHO COMPARADO.

ÍNDICE

TEXTO

La Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, *sobre colocación ilegal de escuchas telefónicas*, incorporó dos nuevos preceptos al Código penal: los artículos 192 bis y 497 bis. La importancia de esta Ley Orgánica radica en que viene a introducir modificaciones en una materia que -en lo relativo al descubrimiento y revelación de secretos- permanecía intocada prácticamente desde el Código penal de 1848 y que es la materia que hoy se suele agrupar bajo la denominación genérica de protección penal de la intimidad. En este sentido, la citada Ley Orgánica, al añadir dos preceptos que viene a complementar a los actuales artículos 192 y 471) CP, afecta muy directamente a un aspecto de dicha protección penal: el secreto de las comunicaciones privadas. Además, dichos preceptos tratan de ofrecer su protección también a otros aspectos de la intimidad que desbordan ampliamente el ámbito de las estrictas comunicaciones: en términos generales, puede adelantarse ya que las manifestaciones de la intimidad personal que giran en torno al campo del sonido pueden encontrar en ellos su protección penal. Y todo esto en un doble aspecto: de una parte, se amplía la protección de la intimidad personal como garantía jurídico -política de los ciudadanos (art. 192 bis); de otra, se protege esa vertiente de la intimidad sencillamente como interés personal frente a las intrusiones ilícitas de los demás individuos (art. 497 bis). Dicho de otra forma, la Ley Orgánica 7/1984 distingue, respetando la sistemática del Código penal vigente, entre las intromisiones en la intimidad cometidas por funcionarios públicos y las cometidas por particulares.

La reforma viene así a tratar de paliar una situación que se había hecho, desde hace ya años, insoste-

nible. Basta con una mirada a los artículos 192 y 497 CP para advertir que la protección penal se limita en ellos a secretos consignados documentalmente y, además, entendiendo el término documento en su sentido más restringido; es decir, que sólo se protegen en ellos, en definitiva, los secretos incorporados a cartas o a papeles. Es claro que el legislador de 1848 no podía prever el desarrollo de la tecnología que permitiría con el paso del tiempo penetrar en la esfera íntima de la persona con medios mucho más sutiles -y mucho más eficaces y mucho más cómodos- que el tradicional y estricto apoderamiento de papeles o de cartas. Pero si esta situación era comprensible en 1848, no lo era ya, en modo alguno, entrados los años ochenta de nuestro siglo. Y, desde luego, no era comprensible tampoco que el legislador ignorase el ejemplo de los Códigos penales de otros países que desde los años cincuenta venían haciendo esfuerzos para adaptar su articulado a los problemas que en este campo les iban planteando los avances tecnológicos. En pocas palabras, la situación en 1984 era que nuestro Código penal ofrecía no una protección, sino una auténtica desprotección de la intimidad, ya que, salvo que la conducta pudiese integrar, en el caso concreto, algún otro delito, las penetraciones en la intimidad personal, cometidas utilizando una larga serie de medios técnicos -cada día más perfeccionados y más accesibles a cualquiera-, tenían garantizada su impunidad.

En todo caso, no estará de más recordar que las escuchas clandestinas no son más que una pequeña parte de esas posibilidades de intrusión en la esfera íntima de los individuos y que esta Ley Orgánica 7/1984 tiene, por tanto, un alcance muy limitado, ya que, por ejemplo, permanecen aún en la impunidad -salvo el hipotético supuesto de que la conducta pudiera constituir algún delito distinto- las conductas de penetración en la intimidad por medio de aparatos de control visual, así como todo lo referente a los problemas, ciertamente muy graves, que para la intimidad personal presenta la cada día más pujante y potente informática.

240 Las páginas que siguen están dedicadas a apuntar solamente algunos de los muchos problemas que estos dos nuevos preceptos sugieren (1).

II

Los dos tipos introducidos por esta reforma (arts. 192 bis y 497 bis) son estructuralmente idénticos: ambos se construyen sobre una modalidad básica de *intrusión* en la esfera íntima de una persona valiéndose de determinados medios técnicos y una modalidad agravada de *revelación* de lo descubierto mediante dicha actividad básica.

La distinción entre ambos planos responde a un doble aspecto de la protección penal de la intimidad que es preciso subrayar porque aporta un útil criterio de interpretación de ambos preceptos. La protección de la intimidad tiene, ante todo, un *sentido formal*: la intimidad constituye un «tabú formal» (GALLAS); se trata de defender al individuo frente a determinadas modalidades de intrusión, sin considerar cuál es el objeto concreto de la conducta indiscreta. En el caso que aquí interesa, ese aspecto formal se refleja, por ejemplo, en la protección del secreto de las comunicaciones. Así, en las escuchas telefónicas integra el tipo básico la mera intrusión en la conversación telefónica que mantienen dos personas; no interesa el contenido de la conversación efectivamente captada, ni siquiera si versa sobre algo «íntimo» o no. La conducta es una agresión intolerable contra el bien jurídico, intimidad personal, sencillamente porque se ataca a una manifestación básica de esa intimidad: el control de información, concepto genérico que se concreta, en ese ejemplo, en la capacidad del individuo de mantener el control sobre sus propias comunicaciones de decidir cuándo, cómo y en qué forma ha de mantener una comunicación con otras personas.

Al mismo tiempo, la protección de la intimidad tiene un *sentido material*: se protege el interés del individuo a que determinada información, determinadas circunstancias que afectan sólo a su propia vida o a la de las personas que le son más próximas (es decir, en términos generales, que tienen carácter «íntimo»)

no sean conocidas por terceros. A diferencia de lo dicho antes, aquí ya entraría en consideración el «contenido», el objeto de la conducta indiscreta. Este será, en principio, el sentido de protección que trata de ofrecer el tipo agravado, ya que en él se habla de revelación de la información obtenida. Ahora bien, el sentido de estos tipos penales, contruidos sobre la idea básica de escucha clandestina, vuelve a traer a primer plano el concepto fundamental de control de información, ya que no será aplicable la agravación, por razones obvias, a conductas de revelación de informaciones o circunstancias que, de hecho, hubieran ya escapado a la posibilidad de control del sujeto pasivo, es decir, la revelación de datos o circunstancias «íntimas» por su contenido y que el sujeto pasivo querría que permanecieran en su esfera de intimidad, pero que por cualquier circunstancia hubieran ya pasado al dominio público.

III

Sí la estructura de ambos tipos es idéntica, su contenido es muy similar. Ambos ofrecen la misma descripción de la conducta típica: ante todo, un eje común, que es la utilización de alguno de los medios que la moderna tecnología pone en el campo del sonido a disposición de la curiosidad humana. Por lo tanto, ambos preceptos son ejemplo de los denominados *delitos con instrumento limitado*; es decir, que la intrusión, la conducta realizada sin algún método técnico de intervención telefónica o sin alguno de los que el Código penal llama «artificios técnicos» de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido es atípica. Criterio limitador que mantiene unánimemente el Derecho comparado y que es lógico, porque lógico parece reducir el ámbito de punición, entre todas las conductas de intrusión posibles, a aquellos casos en los que se emplean estos *medios insidiosos*, que son los que realmente «apuntan al corazón del derecho a la intimidad» (SCOULAR), ya que tienen efectos devastadores por su capacidad de penetración, por su capacidad de captación indiscriminada y por su capacidad de facilitar la impunidad del autor. La muy escasa relevancia que a su lado tienen las intrusiones no tecnológicas justifica su impunidad. Por lo demás, para algún autor (SCHÜNEMANN) puede verse aquí un reflejo de la denominada *concepción Victimológica*: si el Derecho penal es subsidiario con relación a las otras posibilidades legales de protección de bienes jurídicos, también lo es con relación a la posible y exigible autodefensa de la potencial víctima. Es decir, si el individuo no se preocupa de ejercer las posibilidades que tiene de controlar el acceso a su intimidad, no debe ser protegido por el Derecho penal; por eso debe éste limitarse sólo a aquellos casos en los que el empleo de medios técnicos desborda las posibilidades defensivas del individuo.

A partir de este eje común, ambos artículos coinciden también en dividir la conducta típica en dos modalidades. La primera es «interceptar las comunicaciones telefónicas». La segunda es «utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido». Nos encontramos así antes dos *tipos compuestos* y, dentro de esta categoría, con dos ejemplos de lo que la doctrina denomina *tipo mixto alternativo*, en cuanto que las dos modalidades de conducta son fungibles entre sí y resulta indiferente que se realice una u otra o incluso las dos. Es decir, traducido a la práctica, quien realiza una intervención telefónica y, al mismo tiempo, utiliza un aparato de grabación para registrar lo que oye, comete un delito, no dos.

Hay que llamar aquí la atención sobre esa doble modalidad de conducta: escuchas telefónicas, en sentido estricto, y, de otra parte, una serie de actividades que gravitan también sobre la idea de escucha clandestina, pero que, en todo caso, son, en primer lugar, escuchas utilizando cualquier medio técnico y, en segundo lugar, conductas no estrictamente de escucha, como la grabación, transmisión o reproducción del sonido. Y es preciso llamar la atención sobre ello porque si observamos la rúbrica de la Ley Orgánica 7/1984 que crea estos tipos penales, veremos que habla de colocación ilegal exclusivamente de «escuchas telefónicas». No sólo eso: en la propia exposición de motivos de la Ley se hace mención sólo a las «escuchas telefónicas» o a las «comunicaciones telefónicas». Y, más aún, en los debates parlamentarios que

dieron origen a dicha Ley la intención de los legisladores quedó bien patente: sólo «escuchas telefónicas». En las actas de los debates se encuentran afirmaciones tajantes como la de que «esta proposición de ley se refiere única y exclusivamente al secreto en las comunicaciones telefónicas» (VEGA ESCANDON). Sin embargo, no es menos claro que frente a la voluntad del legislador, el texto de la Ley es inequívoco: no sólo las escuchas telefónicas en sentido estricto, sino también cualquier clase de escucha clandestina por medios técnicos, así como las otras actividades relacionadas con la escucha ya mencionadas, están comprendidas en ambos preceptos. Y, hay que añadir que afortunadamente, porque sería lamentable que una Ley que nace con tanto retraso y con un alcance tan modesto se limitase aún más, reduciéndose a la estricta escucha telefónica.

Precisamente, el problema que surge a la vista de la definitiva redacción de los artículos 192 bis y 497 bis CP es el de si tiene algún sentido esa mención expresa de las escuchas telefónicas en sentido estricto, ya que desde el momento en que se tipifica una amplia serie de «escuchas» por medios técnicos, la estricta escucha telefónica podría considerarse incluida dentro de esa enumeración genérica. La posible respuesta de que se trata de destacar entre todas ellas la modalidad tal vez más tradicional -la estricta escucha telefónica- no parece razón suficiente para esta mención. Eso sí, la decisión de introducirla expresamente permite plantear un problema interpretativo en el artículo 192 bis, ya que la expresión utilizada por el legislador -*interceptar* las comunicaciones telefónicas- tiene un sentido ambiguo.

En efecto, dicha expresión deja abierta la cuestión de si el verbo *interceptar* ha de entenderse en el sentido que le ha dado el uso más extendido de sinónimo de captar y escuchar conversaciones telefónicas, porque en su sentido más estricto *interceptar* significa solamente «apoderarse de una cosa impidiendo que llegue al sitio a donde va destinada» o «impedir que una cosa llegue a cierto sitio poniéndose o poniendo algo en su camino o cortando éste» (MOLINER). Sí de correspondencia se habla, por ejemplo, interceptar una carta significa impedir que llegue a su destino o, en todo caso, detener su curso. Sólo de forma secundaria, la conducta puede llevar consigo el tomar conocimiento de lo que se comunica en dicha carta., pero, en sí misma, la interceptación no implica necesariamente el conocimiento (2) .

Traduciendo esto al campo de las comunicaciones telefónicas, el sentido estricto de interceptar equivaldría a interrumpir o sencillamente impedir una comunicación telefónica. Por razones obvias no sería posible ese segundo momento de toma de conocimiento de la comunicación. Pero, en todo caso, la conducta así entendida implicaría un atentado no ya contra el secreto de las comunicaciones, sino contra la libertad de las mismas. Y debe recordarse que la libertad de comunicación constituye una «proyección positiva del derecho a la intimidad» que está amparada de forma implícita en el artículo 18.3 de la Constitución (MORALES PRATS): ambas, secreto y libertad, son un doble aspecto de ese bien jurídico protegido que es la intimidad, en su manifestación concreta de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. En este sentido, ya se indicó que la intimidad, desde el punto de vista que aquí interesa -el de su protección penal- puede concebirse como la capacidad de control sobre las propias comunicaciones: una manifestación evidente de este derecho a la intimidad será, pues, la capacidad de decidir cómo, con quién y cuándo se establece una comunicación telefónica privada. La restricción ilegítima de esta capacidad empleando medios técnicos será un atentado contra la intimidad personal que, en principio, se podría incluir bajo este verbo: *interceptar*. Esta conducta podría, por tanto, integrarse dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de un derecho fundamental de la persona.

Ha de reconocerse, sin embargo, que la expresión «interceptar una comunicación telefónica» ha ido adquiriendo (tal vez por influencia anglosajona) un sentido más amplio equivalente a captación de una comunicación telefónica ajena para conocer su contenido, significado que en el uso habitual ha desplazado al sentido originario de interrumpir o impedir dicha comunicación privada. Claro está que a la vista de la concreta regulación del Código penal, la duda sobre el significado del término surgirá sólo en el artículo 192 bis, ya que en el artículo 497 bis resulta patente que ha de entenderse en este segundo sentido que

podemos considerar como amplio. Una peculiaridad de este último precepto, sobre la que habrá que volver más adelante, es que exige que la conducta típica se realice «para descubrir los secretos o la intimidad de otros». La presencia de este elemento subjetivo del injusto hace inevitable una interpretación del verbo interceptar como equivalencia a escuchar una conversación telefónica ajena, porque, evidentemente, mal se puede pretender descubrir secretos que se comunican a través del teléfono impidiendo la comunicación. En el artículo 192 bis no existe ese elemento subjetivo, por lo que se puede mantener la interpretación de interceptar como impedir por medios técnicos que se realice una comunicación telefónica privada. Pero la ambigüedad del término permite también respetar el paralelismo con el artículo 497 bis y añadirle simultáneamente ese otro sentido de escuchar las conversaciones telefónicas de otros, actividad que quizá quedase más estrictamente definida con el empleo del verbo *Intervenir*, que evitaría dicha ambigüedad. Ambas modalidades de conducta podrían, pues, tener cabida bajo el artículo 192 bis.

Si la experiencia del Derecho comparado sirve de algo, puede mencionarse que este problema interpretativo se planteó exactamente en los mismos términos en Italia hace una veintena de años, hasta que el legislador modificó en 1974 el artículo 226 c.p.p., que pasó a distinguir entre «impedir, interrumpir o interceptar comunicaciones», zanjando así la cuestión.

Dentro de esta primera modalidad de conducta, pero en otro orden de cosas, ha de mencionarse una cuestión que puede parecer anecdótica pero que no tiene una fácil solución a la vista del texto legal. Se trata de determinar si es o no típica en el sentido de los artículos 192 bis o 497 bis la conducta de escuchar una conversación telefónica aprovechando, por ejemplo, la existencia de un teléfono supletorio o sencillamente aprovechándose de que un teléfono averiado permite escuchar una conversación ajena. El tipo, como queda dicha, sólo implica la utilización de medios técnicos, sin más especificaciones. Pero hay que considerar estas conductas como atípicas, aunque la fundamentación no sea muy clara. De la experiencia del Derecho comparado que así las considera (véase, por ejemplo, la interpretación unánime del § 201 StGB alemán), se deduce que el sentido de estos preceptos es el de intrusión, de entrada «desde fuera» en una conversación telefónica ajena, entendiendo esto como «entrar» en una línea de comunicación telefónica instalando algún aparato para ello; utilizar un teléfono que ya está en esa línea de comunicación ajena. Utilizar un teléfono supletorio equivalente, para decirlo gráficamente, a escuchar «con el oído pegado a la pared», conducta que, desde luego, es impune.

Algunos problemas presenta también la modalidad de «intervención telefónica» conocida por los nombres de *metering* o *comptage*, según los países, y que consiste en el empleo de un mecanismo (un contador combinado con una impresora) que registra los números que se forman en un aparato telefónico dado, así como la hora y duración de cada llamada; se obtiene así información de los números de los teléfonos con los que en conexión el aparato sometido a control, aunque no se capta el contenido de las conversaciones. Esta característica hace que las legislaciones que tipifican sólo la efectiva escucha de conversaciones no puedan incluir este sistema de control en los preceptos dedicados a la protección de la intimidad (por ejemplo, el art. 368 CP francés). El problema se planteó hace ya años en los Estados Unidos, donde se entendió que esta conducta- el empleo de ese aparato llamado *pen regíster*- no entraba en el ámbito del término *intercept*. Ha de indicarse, sin embargo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tal conducta y ha estimado que, cuando es efectuada sin los requisitos legales, viola el derecho consagrado por el artículo 8 de la Convención de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, exactamente igual que la estricta «Interpretación» telefónica (3). En lo que al Código penal español se refiere, los amplios términos de la expresión «interceptar las comunicaciones telefónicas» permiten considerar que dicha conducta es, en principio, típica.

En todo caso, para concluir, lo decisivo es que por cualquier sistema técnico se intervenga una comunicación mantenida a través de la red telefónica. Dentro de esta amplia formulación queda, naturalmente,

incluida -porque en definitiva es una comunicación telefónica- la comunicación mantenida por medio de ordenadores que conectan a la red telefónica utilizando un *modem* que transforma la información digital propia de los ordenadores en información analógica y a la inversa, precisamente para hacer posible dicha comunicación a través del teléfono. Como es lógico, el hecho de que el contacto inmediato se establezca entre los ordenadores no impide considerar estas comunicaciones como comunicaciones personales y por tanto que su captación ilegal se considere típica conforme a uno de estos dos preceptos.

La segunda modalidad de conducta típica que contienen los artículos 192 bis y 497 bis es la de «utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido».

Puede observarse que no se ofrece una enumeración de estos «artificios técnicos». Y ello es perfectamente lógico. Ya la doctrina de otros países había llamado repetidamente la atención sobre la necesidad de evitar las enumeraciones casuística de aparatos de intrusión que quedarían inexorablemente desfasadas en muy breve plazo de tiempo por la rapidísima evolución de la tecnología. Por ello la técnica seguida por el legislador español es satisfactoria y la delimitación que efectúa en estos tipos parece suficiente. Más que suficiente, podría decirse, porque esas cuatro variaciones -escucha, grabación, transmisión y reproducción- coincidirán muchas veces, todas o al menos varias, en la misma conducta. Por ejemplo, un aparato de escucha es también un aparato de transmisión, ya que normalmente se trata de un micrófono que envía el sonido hacia un receptor que, además, frecuentemente lo graba en un aparato que es también reproductor del sonido.

Por la misma razón, más conveniente que entrar en el casuismo inagotable de estas «escuchas» -que estaría fuera de lugar aquí- parece detenerse unos instantes en señalar algunos límites objetivos de la conducta típica en ambos preceptos.

El primero es, lógicamente, que la utilización de estos artificios técnicos será típica sólo cuando se haga sobre comunicaciones -o, en términos más generales que más adelante se matizarán, manifestaciones- orales privadas. El problema se plantea cuando se trata de precisar el carácter privado o no de este objeto de la acción. La solución debe partir del sentido de la intimidad personal a proteger por estos preceptos, que es, como ya se ha indicado, un sentido formal, equivalente a la capacidad de control sobre las propias manifestaciones. Es decir, la protección penal de la intimidad sólo alcanza en este punto a aquellas comunicaciones o manifestaciones sobre las que el sujeto tiene capacidad de control, cosa que no sucederá cuando el sujeto, por el mero hecho de hacerlas en determinadas *circunstancias*, *renuncia tácitamente* al control sobre su alcance y difusión.

Naturalmente, si desarrollamos este principio hasta sus últimas consecuencias, encontraremos, por ejemplo, que puede considerarse como privada una manifestación realizada no sólo ante más de un oyente, sino incluso en casos en los que el círculo de oyentes es muy numeroso. Es decir, podría considerarse típica la escucha clandestina ilegal realizada sobre las manifestaciones efectuadas por una persona ante un círculo numeroso de oyentes, con independencia de su contenido, eso sí, en cuanto pueda decirse que esas manifestaciones teóricamente pueden permanecer dentro del control del sujeto que la hace. Para entenderlo así, la doctrina alemana exige lo que llama un cierto «grado de aislamiento» de los oyentes (SAMSON) o, más estrictamente, la existencia de una conexión interna entre los oyentes que permita considerar que forman un grupo cerrado (LENCKNER). Posición radicalmente contraria mantiene la legislación francesa, que -bien es verdad que con la crítica doctrinal- ha llevado a los Tribunales de ese país a considerar, para citar un caso concreto, que no infringía la protección de la intimidad la grabación de una conversación entre dos personas en el domicilio de una de ellas, porque la conversación grabada trataba de asuntos políticos. Ante consecuencias como ésta, es preciso destacar una vez más que una consideración formal de la protección de la intimidad, como la que aquí se viene utilizando, evita que con criterios como el citado -derivados de una rígida concepción material se convierta en poco más que en papel mojado la dimensión de garantía que debe subrayarse siempre en el bien jurídico intimidad.

Y ya que ha surgido el término domicilio, he de señalar con relación a esta cuestión del carácter privado del objeto de la acción, que nuestro Código penal no presenta limitación espacial alguna. Esto significa que el legislador ha evitado, a mi modo de ver con acierto, esa precisión que establecen los textos penales de otros países, según los cuales la conducta para ser típica ha de llevarse a cabo en un «lugar privado» y para algunos, concretamente más aún, en lugares que giran en torno a la idea de domicilio (art. 615 bis CP italiano). La consecuencia es que, por ejemplo, hay sentencias de los Tribunales franceses que no consideran como privada una conversación telefónica mantenida desde un lugar público, por lo que su grabación ilegal no caería bajo el ámbito de estos preceptos. Las críticas doctrinales en esos países refuerzan la idea de que la solución del Código penal español es satisfactoria. Solución que, por lo demás, está apuntada desde hace ya años en la jurisprudencia constitucional estadounidense. Son muchas las sentencias que establecen el criterio de que lo que se trata en esta materia es de «proteger personas y no lugares» (*Katz v. United States, 1967*), O, dicho de otra forma, de «salvaguardar a los individuos de invasiones irrazonables del Gobierno en legítimos intereses de intimidad y no solamente en aquellos intereses que se encuentran dentro de las cuatro paredes del hogar» (*United States v. Chadwick, 1977*). Si estas sentencias y otras similares se refieren, ciertamente, a las protección constitucional de la intimidad, no es menos cierto que establecen un firme criterio de protección que, desde un punto de vista político -criminal, parece correcto que se refleje en la correspondiente protección penal. Los artículos 192 bis y 497 bis CP adoptan, pues, una orientación en esta materia que puede considerarse acertada.

Es preciso hacer todavía algunas matizaciones sobre el *objeto de la acción*, porque también en este punto nuestro Código penal adopta una formulación muy amplia. En la primera modalidad de conducta no hay demasiados problemas: el objeto serán las comunicaciones mantenidas a través del teléfono. Pero es digno de destacar que en lo que a la segunda modalidad de conducta típica se refiere, estos dos preceptos van mucho más allá que la mayoría de los Códigos europeos. En general, se tipifica en éstos la escucha o grabación de «palabras» o, más restrictivamente aún, de «conversaciones»; es decir, se destaca en ellos expresamente objetos muy concretos de la acción. Por el contrario, el CP español adopta un criterio distinto al poner el acento, más bien, sobre el simple hecho de la utilización de artificios técnicos que pertenecen al campo del sonido. Se logra con este criterio -que, por lo demás, es coherente con la idea ya indicada de protección formal de la intimidad- que el objeto de la acción típica no esté definido concretamente, sino que se formule bajo el término genérico de «sonido». Quiere decirse con ello que, según los artículos 192 bis y 497 bis, será típica la captación clandestina no sólo de conversaciones o palabras, sino también de toda clase de sonidos que permanezcan en el ámbito de intimidad del sujeto pasivo; es decir, bajo su control. Y no sólo eso, sino que caben aquí también, incluso, los sonidos que se producen, por ejemplo, con instrumentos musicales o con aparatos que reproducen palabras no pronunciadas por el sujeto pasivo, siempre que se cumpla esa condición básica de que esos sonidos se produzcan dentro de la esfera de control de éste.

IV

Si hasta aquí la conducta típica era igual para los dos preceptos que introdujo en el Código penal la Ley Orgánica 7/1984,

hay que señalar ahora, siguiendo todavía dentro del *tipo objetivo*, dos diferencias esenciales entre ambos: una es el papel del *consentimiento* y la segunda, que gira sobre un punto de vital importancia para precisar el alcance de la protección de la intimidad que ofrece nuestro Código penal, es la cuestión de la *autorización judicial* en las escuchas clandestinas.

En el delito de escuchas clandestinas realizadas por particulares (art. 487 bis) aparece formulado negativamente un elemento del tipo que está ausente del artículo 192 bis, delito cometido por funcionarios

públicos. Dice, en efecto, el artículo 497 bis, que la conducta de intrusión en la intimidad de otro ha de hacerse «sin su consentimiento». El consentimiento del sujeto pasivo actúa, pues, destruyendo la tipicidad de la conducta como, por otra parte, es natural en delitos que atentan contra un bien jurídico estrictamente personal como es la intimidad en este precepto. La mención expresa del consentimiento en el tipo del artículo 497 bis viene, pues, a reflejar una consecuencia lógica derivada de la propia naturaleza del bien jurídico que trata de proteger. Definido ya dicho bien jurídico en su sentido esencialmente formal como la capacidad de control del sujeto pasivo, no hay duda de que la renuncia a dicho control- o, más estrictamente, su ejercicio autorizando determinadas intrusiones- excluye la tipicidad de la conducta: no hay lesión alguna para el bien jurídico intimidad. Naturalmente, la situación es distinta en el otro precepto, el 192 bis, ya que en éste el consentimiento del sujeto pasivo no influye sobre la tipicidad, porque la dimensión de garantía jurídico-política que en él tiene la intimidad personal priva a este bien jurídico de ese carácter estrictamente personal en favor de un interés general en su protección. Por eso el artículo 192 bis no hace mención a la eficacia destipificadora del consentimiento.

Cuestión relacionada con el consentimiento del sujeto pasivo es la de la exigencia -no precisada en el tipo- de que la intrusión en la intimidad personal ha de realizarse clandestinamente, es decir, sin conocimiento de dicho sujeto pasivo. El problema se plantea, por ejemplo, en los casos en que una persona tiene conocimiento de que se realiza una conducta de escucha o grabación de sus manifestaciones orales y, aunque se lleva a cabo contra su voluntad, continúa realizando esas manifestaciones. De la conceptualización formal del bien jurídico intimidad que aquí se viene manteniendo, cabe deducir con respecto a este problema que en los casos de grabación no autorizada, pero no clandestina, no cabe hablar de lesión a la intimidad personal. Quien realiza la conducta de utilización de estos aparatos de forma abierta, no arrebató al sujeto pasivo el control sobre sus informaciones, datos o circunstancias personales. El sujeto sigue manteniendo en su poder la capacidad de comunicar o no esas informaciones, de abrir o no el círculo de sus oyentes. Por tanto, con independencia de que en el caso concreto dicha conducta pueda revestir las características de otro tipo penal, esa utilización abierta de los artificios técnicos enumerados en el artículo 497 bis no será típica conforme a dicho precepto.

Claro está que el consentimiento del sujeto pasivo surtirá efectos sólo con relación a quien lo otorga y sólo en la medida en que se otorga. El primer aspecto puede plantear los problemas que inevitablemente se derivan de un tipo penal que define una conducta que lesiona casi siempre un bien jurídico de varias personas no sólo de quien está sometido directamente a control, sino también la intimidad de las personas que con él entran en comunicación. Estrictamente, por tanto, el consentimiento del sujeto pasivo, para que se escuchen sus comunicaciones, no podría hacer atípica la intrusión en la esfera íntima de quienes con él hablan. Sin embargo, la atipicidad de estas conductas podría deducirse, en su caso, tomando en consideración la existencia en el tipo del artículo 497 bis de un elemento subjetivo del injusto sobre el que habrá que volver más adelante.

Por lo que hace referencia al segundo aspecto planteado, puede surgir un problema en los casos en que el sujeto pasivo consiente, por ejemplo, en que se escuchen sus comunicaciones, pero no en que se graben. La grabación efectuada clandestinamente será atípica por la exigencia de ese mismo elemento subjetivo, como se indicará también en su momento.

Por su parte, el tipo del artículo 192 bis posee un elemento que está ausente del artículo 497 bis: la existencia de autorización judicial legítima la conducta de intrusión en la intimidad realizada por el funcionario público. Dicho de otra forma, el juez puede autorizar en determinadas circunstancias a un funcionario público a realizar una intervención telefónica, conducta que se convierte así en plenamente legitimada. Al margen queda ahora, aunque habrá que volver sobre ello, otra precisión que realiza el tipo del artículo 192 bis: la posibilidad que el artículo 55.2 de la Constitución concede al funcionario público de realizar intervenciones telefónicas sin autorización judicial, en principio al menos.

La existencia de estas dos posibilidades, de que los funcionarios públicos realicen intrusiones lícitas en la intimidad personal de los ciudadanos, nos recuerda que el derecho al secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto: de forma inevitable, la protección de la intimidad se construye sobre un delicado equilibrio entre el interés del individuo al mantenimiento inviolado de su esfera íntima y el interés estatal a perseguir determinados objetivos, que puede hacer necesaria la intromisión en dicha intimidad personal. Así pues, la tutela de la intimidad puede plantear, en casos concretos, un conflicto de intereses, conflicto que se multiplica en esta materia, puesto que las intrusiones clandestinas en las comunicaciones afectan a la intimidad no sólo de quien es objeto directo de control, sino también a la de todas las personas que entran en comunicación con él. Y, en casos concretos, el derecho a la intimidad personal tendrá que ceder ante bienes jurídicos superiores. La propia Constitución reconoce esta posibilidad cuando en su artículo 18.3 garantiza el secreto de las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas «salvo resolución judicial». Obsérvese que el texto constitucional nombra al mismo tiempo al árbitro en este conflicto de intereses, a la única institución que tiene capacidad para, en su caso concreto, ponderando los intereses en juego, autorizar una intromisión en la esfera íntima de una persona, en este caso en su capacidad de control sobre sus propias comunicaciones orales privadas. Por su parte, el Código penal recoge este criterio, pero con una adición, al disponer que la conducta de intrusión puede realizarse sin autorización judicial -en principio- haciendo entrar en juego otro precepto constitucional; dicho de otra forma, en virtud de lo dispuesto en la legislación antiterrorista.

Nos encontramos así, por tanto, con un tipo penal que contiene un elemento que alude a la ausencia de una causa de justificación o, si se prefiere, que indica, por la peculiar naturaleza del precepto -es decir, por la estructura que lo caracteriza de conflicto de intereses y en la dimensión tan amplia de dicho conflicto a la que se acaba de hacer referencia-, la necesidad de una especial observancia de alguna causa de justificación. En este caso, lógicamente, demanda una especial atención a los requisitos que integrarían la causa de justificación del artículo 8.11 CP, el ejercicio legítimo del cargo por la autoridad y por los funcionarios públicos. En realidad, pues, se trata de un supuesto de ejercicio legítimo del cargo en el que las características de la conducta -el tratarse de una actividad propia de los funcionarios públicos explican que el legislador opte por introducir en el tipo esta previa referencia. Por lo demás, la naturaleza de elementos como éstos, con su alusión directa a la antijuridicidad -que anticipan el juicio de antijuridicidad, podría decirse-, repercute en otros aspectos, como, por ejemplo, en materia de error, por lo que se volverá a hacer referencia a ellos más adelante.

El problema que ahora se plantea es que, después de afirmar la necesidad de una especial atención sobre los requisitos que legitiman la penetración de los funcionarios públicos en el secreto de las comunicaciones de los ciudadanos, nos encontramos con que la legislación española desconoce por completo la existencia de estos medios técnicos de intromisión en la intimidad personal. Es bien sabido que la Ley de Enjuiciamiento criminal en sus artículos 545 a 588 regula minuciosamente las facultades judiciales de autorización para penetrar en esta intimidad, pero se trata siempre, en el campo que aquí interesa, de autorizaciones limitadas al registro de libros y papeles o a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Es decir, la reforma de 1984 del Código penal ha introducido un desajuste entre ambos textos legales, ya que la ley procesal no ha sido objeto de la paralela puesta al día. El efecto es que, pese a tratarse de materia tan delicada, la autorización judicial viene a suponer hoy un cheque en blanco o un mero trámite (MORALES PRATS), ya que no existe un marco legal que delimite claramente qué comunicaciones pueden ser objeto del levantamiento del secreto, en qué supuestos y con qué requisitos; y no sólo eso, sino que también -y es algo cuya importancia no es necesario subrayar- falta un marco legal que establezca controles simultáneos y posteriores a la utilización de esos aparatos; por ejemplo, un elemental control del tiempo de duración de la intervención y una elemental posibilidad de revisión a la vista del uso que se hace de dichos instrumentos. Es decir, es necesario un marco legal, hoy inexistente, en el que

pueda desenvolverse la autorización judicial. Así se evitaría que sucediese, como sucede hoy, que las cintas grabadas no son revisadas después por el juez que autorizó la escucha, a quien, por falta de tiempo o por carencia de medios auxiliares, sólo se le ofrece una sumarásimas información del servicio practicado (DE VEGA RUIZ).

Con relación al primero de los puntos indicados, hay que señalar que la amplitud de la formulación del Código penal debe buscar sus límites en el artículo 18.3 de la Constitución. Y en este precepto el término *comunicación* se reserva para aquellas que implican la utilización de algún medio «técnico».

La resolución judicial autorizando el levantamiento del secreto de las comunicaciones sólo podrá, por tanto, recaer sobre éstas (4). Eso sí, aun limitándonos al campo de este trabajo, no tiene por qué ceñirse a las comunicaciones telefónicas. Queda siempre abierta la posibilidad de que cualquier comunicación mantenida por medios técnicos pueda ser objeto de una «escucha» lícita mediante la autorización judicial, como se deduce, *contrario sensu*, de la formación de dicho precepto, que garantiza el secreto de las comunicaciones, *en especial*, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, por lo que dicha autorización podrá levantar el secreto no sólo de las comunicaciones que indica expresamente *ad exemplum*, sino también de cualquier otra que se desenvuelva por medios «técnicos».

En cuanto a las condiciones concretas de la intervención legítima en las comunicaciones privadas, la falta de normas que enmarquen la autorización judicial es especialmente grave en este campo de las «escuchas» telefónicas, por la evidente gravedad de estas conductas, de devastadores efectos en la intimidad personal, ante todo, de la persona sometida directamente a la escucha, pero además en la de quienes se ponen en contacto con él. Precisamente por eso, el problema no se reduce a la discusión sobre si son o no aplicables por analogía -o interpretación extensiva- las normas procesales que regulan la intervención de las comunicaciones postales o telegráficas (5), ya que la diferencia cualitativa que parece innegable entre estas intervenciones y las escuchas telefónicas hace, en cualquier caso, imprescindible una regulación precisa para las últimas(6)

Y, por último, pero no menos significativo, un problema terminológico: el artículo 192 bis utiliza la expresión *autorización judicial*, mientras que el artículo 141 LECr emplea el término *resolución* para englobar toda la serie de providencias, autos y sentencias que dictan los jueces y tribunales. Quiero indicar con ello que quizá fuera preferible que el legislador hubiera utilizado ese mismo término de «resolución» en el artículo 192 bis CP; de esta forma se haría concordante con más claridad la iniciativa judicial en materia de comunicaciones orales con la prevista en la LECr para otras intromisiones legítimas en otros ámbitos de la intimidad personal, por ejemplo en la intimidad domiciliaria (art. 558 LECr) o en la intervención de la correspondencia (art. 584 LECr) que exigen siempre *auto motivado*. Es decir, con ello se haría más patente que la autorización judicial del artículo 192 bis CP debe entenderse siempre en el sentido de que ha de ser motivada, no siendo suficientes autorizaciones verbales, duda que, por ejemplo, planteaba la legislación italiana (7)

Pero si esta excepción básica de legitimidad de las intervenciones telefónicas plantea problemas por inexistencia de un marco legal, más problemas presenta todavía la segunda excepción que alberga el artículo 192 bis: la escucha telefónica lícita en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Constitución. Este precepto establece que una Ley Orgánica «podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con el adecuado control parlamentario» el derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución puede ser suspendido para «personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». En la actualidad, la Ley que hace esto posible es la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, *contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución*, conocida sencillamente como *ley antiterrorista*. En concreto, esta Ley -tan criticada y tan criticable por tantos conceptos- dedica su artículo 17 a la actividad que denomina «observación postal, telegráfica y telefónica».

Dicho artículo 17 comienza por recoger la facultad del - juez de acordar una observación de esta clase por un plazo máximo de tres meses, prorrogables por iguales períodos. Es decir, en principio puede hablarse de un respeto formal del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto se consagra la autorización judicial como base necesaria para legitimar esas intrusiones en la intimidad, aunque la amplitud del plazo de intervención y lo ilimitado de las prórrogas hacen que se pueda hablar en realidad de suspensión de un derecho fundamental por tiempo indeterminado. Pero lo más peculiar de esta Ley es que ese mismo artículo 17 establece a continuación que «en caso de urgencia» el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, tienen la facultad de *ordenar* dichas observaciones, aunque se perpetúe después que esta intervención habrá de comunicarse «inmediatamente» al juez competente en escrito motivado y éste, en escrito también motivado, confirmará o revocará esa decisión en el plazo máximo de setenta y dos horas. Se abre, pues, una posibilidad de intrusión en la intimidad sin autorización judicial, ya que es posible que durante setenta y dos horas se lleve a cabo el control de comunicaciones bajo la dirección exclusiva de la Administración.

Hay que reconocer que también en este caso parece haber un respeto formal a las garantías individuales, ya que en último extremo aparece siempre la figura del Juez controlando la intromisión en el secreto de las comunicaciones. Por eso, parece oportuno observar cuál es el papel del juez en esta Ley antiterrorista, porque es un claro ejemplo de cómo bajo un aparente respeto formal está latente el peligro de que se desvirtúe materialmente la idea de garantía que debe presidir un sistema democrático. Y la remisión a la intervención judicial empieza a verse bajo otra luz, si se considera que en esta materia como en todas las que caen bajo el ámbito de esta Ley antiterrorista, el juez competente del que habla la Ley no es el juez natural, sino que la competencia corresponde a los juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional. No son necesarias grandes reflexiones para comprender las escasas posibilidades de control de las intervenciones de los funcionarios Públicos que tiene un juzgado Central situado quizá a centenares de kilómetros del lugar donde se practica una intervención telefónica. Recojo sólo un dato: por lo que alcanzo a ver, hasta el momento no se ha producido ni una sola revocación judicial de una orden de observación postal, telegráfica o telefónica. Es un dato susceptible, naturalmente, de interpretación de maneras muy distintas (8).

V

En lo que hace referencia al *tipo subjetivo*, aparece una diferencia importante entre ambos preceptos. Ciertamente no en lo esencial, ya que ambos son por naturaleza tipos exclusivamente dolosos. En el artículo 192 bis no hay duda de que la propia naturaleza de la conducta de instalar y utilizar estos complejos aparatos de escucha y grabación del sonido exige un elemento intencional que es incompatible, desde un punto de vista lógico, con una intromisión negligente. En realidad, el problema más importante que podría presentarse en este punto es la creencia errónea del funcionario público sobre la licitud de su actuación. Como ya se ha dicho, la autorización judicial es un elemento que alude directamente a la antijuridicidad de la conducta. Por tanto, serán de aplicación las reglas del artículo 6 bis a), párrafo tercero CP, por lo que si se tratase de un error invencible se excluiría la responsabilidad criminal, mientras que si, como es más probable, se tratase de un error vencible, entraría en aplicación el artículo 66 CP, con la consiguiente reducción de la pena con respecto a la que establece el artículo 192 bis (9). Sin necesidad de entrar en la *vexata quaestio* de la fundamentación dogmática de la solución dada, me parecen convincentes esos argumentos de tipo político-criminal -muy discutibles, sin embargo, en otros campos que pueden aplicarse a esta materia a partir de la idea que señala un sector doctrinal: si se considerase que esta creencia errónea constituía un error de tipo, la naturaleza dolosa del precepto convertiría en impune la conducta del funcionario, que entró clandestinamente en la intimidad de una o varias personas sin cerciorarse de la lici-

tud de su conducta. Su consideración, por tanto, como error de prohibición, perfectamente defendible dogmáticamente, es, en estos casos, la solución «que permite una mejor distribución de los riesgos de la vida social... porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto de otras personas» (10)

En el artículo 497 bis entra en juego un elemento nuevo: el precepto exige un elemento subjetivo del injusto: que la conducta del particular se realice «para descubrir los secretos o la intimidad de otros». En este caso, la presencia de dicho elemento subjetivo refuerza la naturaleza dolosa de la conducta, pero además de ello su presencia obliga a realizar algunas consideraciones sobre su alcance y significado.

Con carácter previo ha de indicarse que es lógico que en el delito de particulares se exija un especial elemento subjetivo que no aparece en el delito de funcionarios. No hay, en efecto, razón para exigir una especial intención en la conducta del funcionario público; basta para considerar punible su conducta con que actúe guiado por un ánimo genérico de infringir un deber que le corresponde: no realizar conductas que lesionen los derechos fundamentales de los ciudadanos. El funcionario público que conscientemente realiza una conducta de este tipo incurre en responsabilidad penal sin necesidad de que se dé en él ánimo específico alguno.

Lo primero que se puede observar es que la presencia de este elemento subjetivo del injusto produce una importante consecuencia práctica: la restricción del ámbito del tipo que estos elementos acarrearán en los preceptos que los contienen se traduce aquí en la atipicidad de la conducta, por otra parte tan frecuente hoy y a la que se ha aludido al mencionar el papel del consentimiento, del particular que graba clandestinamente la conversación que mantiene con otro. Como resulta evidente, dicha conducta no puede ir guiada por el móvil de descubrir los secretos o la intimidad de su interlocutor, ya que éste se los está poniendo de manifiesto en su conversación; es decir, le está haciendo partícipe de su control de información. La exigencia de este elemento subjetivo del injusto hace que esa conducta, en todo caso, constituya un ilícito civil y sólo entrará en el campo penal en el supuesto, por ejemplo, de que la revelación de lo grabado constituya delito o incluso la falta del artículo 566.2 del Código penal. La cuestión no es intrascendente, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de las legislaciones penales europeas consideran delictiva tal actitud. Se considera, en efecto, y así es en realidad, que esta conducta supone una lesión a la intimidad en cuanto que la grabación no autorizada crea un peligro de que lo dicho en una determinada situación sea «manipulado», por así decir, mediante su reproducción en un contexto distinto. Sin embargo, también es cierto que esas legislaciones prevén para estos casos una pena menor, porque en realidad, reconocen, quien graba una conversación en la que participa no «entra» en una esfera privada ajena. Y también es cierto, por último, que la doctrina de esos países acude constantemente a la idea de adecuación social para eximir de responsabilidad criminal a estas conductas que hoy se ven ya como práctica cotidiana en muchos ámbitos de la vida. Por eso puede decirse que el Código penal español, que en esto sigue muy de cerca al portugués, no hace más que reconocer una situación de hecho al permitir considerar impunes estas actividades. Parece que las necesidades político -criminales de reducir el ámbito de punición de estos preceptos así lo aconsejan.

Si el elemento subjetivo del injusto delimita el alcance del consentimiento en estos casos en que el sujeto consiente en que se le escuche pero no en que se graben sus palabras, también juega un papel similar en el otro supuesto planteado con relación al alcance del consentimiento, aunque aquí tendrá ya mucha menor virtualidad práctica: en el supuesto de quien consiente, por ejemplo, que se graben sus palabras en una reunión en la que participan varias personas, naturalmente dicho consentimiento no anudará el carácter delictivo de la grabación clandestina con respecto a los demás participantes, salvo en la hipótesis de que el sujeto activo no obre guiado por el interés de descubrir los secretos o la intimidad de alguno de esos partícipes. En este caso, la inexistencia del mencionado elemento subjetivo del injusto -podría suceder que el sujeto activo sólo tuviese interés en las palabras del que otorgó su consentimiento,

grabándolas sin que los demás lo advirtieran- podría provocar la atipicidad de dicha grabación clandestina.

Pero más que en estos problemas concretos, las dificultades de este elemento subjetivo del injusto nacen ya desde su propio contenido. La conducta, se dice, ha de ir guiada por el móvil de descubrir los secretos o la intimidad de otros. ¿Qué se ha de entender por secreto?

El significado jurídico del secreto ha de partir de que éste es un conocimiento reservado sobre determinada materia; lo que significa literalmente que las cosas no son secretos, las cosas son el objeto del secreto. Por lo tanto, la protección jurídica del secreto no gira sobre las cosas, sino sobre el conocimiento reservado que de ellas se tiene. Y por eso, en principio no importa, a estos efectos, que la cosa objeto del secreto sea verdadera o falsa, lícita o ilícita; lo que se protege, ante todo, es la posibilidad de mantenerla oculta (GOMEZ SEGADE, BAJO FERNANDEZ). Así pues, el ánimo de descubrir secretos que exige el artículo 497 bis supone el móvil de arrebatar el control del sujeto pasivo sobre el conocimiento exclusivo de algún dato o circunstancia, siempre, como es lógico, que sea de interés relevante, esto es, de una importancia que la haga objetivamente merecedora de ser jurídicamente protegida. Con relación a estos datos o circunstancias cabe añadir que han de ser privados, dado que este precepto, como su paralelo el artículo 497, protege intereses estrictamente personales, pero no tienen que ser íntimos por su contenido. Es decir, si la protección del secreto se concibe desde un punto de vista formal, como capacidad de control, este secreto no tiene que versar necesariamente sobre aspectos íntimos; cabe bajo ese móvil todo atentado contra dicha capacidad de control, guiado por la intención de conocer secretos privados, pero que pueden ser de diverso carácter, incluidos secretos patrimoniales, comerciales, etc.

A su vez, si lo que se protege son secretos privados, quedan excluidas del ámbito del artículo 497 bis las intrusiones para descubrir secretos oficiales O, más genéricamente, secretos públicos, expresión que hay que entender, en términos generales, como secretos cuyo titular es la Administración pública. Las conductas encaminadas a descubrir dichos secretos, aunque se hagan controlando las comunicaciones de particulares, no podrán integrar el artículo 497 bis, porque la conducta no se hace para descubrir los secretos de otros (individuos) -recuérdese que el artículo 497 bis está entre los delitos contra la libertad y seguridad de las personas-. En estos casos, los particulares sometidos a control son, ciertamente, poseedores del conocimiento reservado, pero no son los titulares del secreto. Dichas conductas se encuentran ahora tipificadas, según los casos, en los artículos 122 bis y 135 bis a) del Código penal.

Pero al lado del secreto, en el elemento subjetivo del injusto del artículo 497 bis aparece una mención expresa a la intimidad. Mención que parece indicar, desde luego, una estricta consideración material de la misma, en cuanto ese término dentro de la esfera íntima del sujeto pasivo. Sin embargo, claro está, este elemento no desvirtúa el tantas veces repetido sentido de protección formal de la intimidad, ya que, en definitiva, el tipo se consumará igual -como se verá más adelante- sea cual sea el carácter o la naturaleza de la información realmente captada. Por eso, dado el sentido que deben tener estos tipos, que persiguen en su modalidad básica de intrusión una protección formal de la intimidad, es decir, proteger la posibilidad de que el individuo pueda mantener comunicaciones orales o, en términos genéricos, realizar manifestaciones orales privadas sin ser clandestinamente escuchado, sea cual sea el objeto de las mismas, cabe entonces preguntarse si no habría bastado con que este elemento subjetivo del injusto mencionase solamente (a la manera del art. 180 CP portugués) a la intimidad, ya que, en definitiva, lo que se trataría de proteger más que el objeto de las comunicaciones, de las manifestaciones o, en general, el «contenido» del sonido, sería el control del sujeto sobre él, reflejado en la forma (privada) de su emisión. Se trata, en otras palabras, de proteger el propio acto creador de la intimidad, la capacidad del sujeto de decidir si los demás pueden ser partícipes o no de sus manifestaciones, expresada en el simple hecho de realizarlas de forma privada. Con este entendimiento claramente formal de la intimidad, resultaría innecesaria la referencia expresa al secreto, ya que la conducta de escucha clandestina guiada por ese elemento subjetivo así concebido (que excluye escuchas guiadas por un móvil distinto al de arrebatar al sujeto el control sobre ese

«sonido» que el sujeto quiere que sea privado, es decir, por un móvil distinto al de descubrir lo que hay dentro de esa manifestación de la intimidad personal que se desenvuelve en el campo del sonido) será típica, por supuesto, cuando se trate de descubrir con ella un secreto. La ulterior consecuencia sería que esa conducta de escucha de las comunicaciones de un particular guiada simultáneamente por el móvil de descubrir algo «no íntimo» (por ejemplo, secretos públicos), lesionaría dos bienes jurídicos: la intimidad de la persona por esta intencionada intrusión en el control de sus comunicaciones privadas, de una parte, y, de otra, los intereses estatales. Vendrían así en aplicación las reglas del concurso (art. 71 CP).

VI

De las cuestiones que pueden suscitar las especiales formas de aparición del delito, cabe destacar el problema de la consumación, que se plantea en los mismos términos para ambos preceptos, especialmente en la modalidad de conducta que consiste en utilizar artificios técnicos de escucha, grabación, transmisión o reproducción del sonido.

El problema surge de que la misma rúbrica de la Ley Orgánica 7/1984 habla de «colocación» de escuchas ilegales. Frente a lo que parece voluntad del legislador y que, por otra parte, es un criterio político-criminal digno de consideración, de tipificar la instalación de estos aparatos, lo cierto es que el texto de ambos preceptos habla de «utilización» de los mismos. Y, correctamente entendido, el verbo utilizar implica algo más que instalar: un aparato de escucha se utiliza cuando se escucha con él, no simplemente cuando se instala: un aparato de grabación se utiliza cuando se graba algo con él y no cuando se ha instalado y todavía no ha empezado a funcionar, y así sucesivamente. Además, el sentido de estos tipos supone que el sujeto activo arrebate al pasivo el control sobre sus comunicaciones, y eso sólo se produce cuando el sujeto activo ha penetrado, por así decir, en dichas comunicaciones, cuando él o sus artificios técnicos se han convertido en oyente clandestino de las conversaciones o de las manifestaciones privadas del sujeto pasivo, no cuando los aparatos han sido instalados pero no han Regado a funcionar. Para la consumación, pues, debe exigirse utilización en sentido estricto, no mera instalación. Naturalmente, en la mayoría de los casos coincidirán ambos momentos, pero de no ser así el momento consumativo es el de la utilización de los aparatos, aunque, como antes se ha indicado, no es exigible que se haya Regado a captar algo realmente secreto o íntimo. No sólo el carácter de protección formal de estos preceptos, sino también -en el caso del art. 497 bis- la estructura propia de los tipos *incongruentes*, determinan que el contenido de lo efectivamente captado mediante la intrusión sea irrelevante.

Fijar el momento consumativo en la utilización implica, ante todo, que no consuma el delito tipificado en ambos preceptos quien instala los aparatos pero no llega a utilizarlos en ningún momento, por ejemplo, porque los instala para que otros los utilicen. Claro está, en este caso podrá serle exigida responsabilidad criminal como cooperador necesario de quien realmente ha utilizado dichos aparatos, que será el autor del delito. Distinto es, naturalmente, el caso de quien utiliza un aparato de transmisión para enviar el sonido a un tercero que escucha; aunque quien transmite no escucha él mismo el sonido, será, como es evidente, autor del delito aquí tipificado. En segundo lugar, este momento consumativo implica también que pueden apreciarse *formas imperfectas de ejecución*, cuando, para poner algún ejemplo, el sujeto activo no logra esa utilización de los aparatos que ha instalado o cuando dichos aparatos ya instalados no son aptos, por una instalación defectuosa o por una utilización incorrecta, para captar el sonido.

VII

Junto al tipo básico, al que hasta ahora he venido haciendo referencia, los dos preceptos que tipifican la utilización de aparatos de control auditivo incluyen un tipo *agravado* basado en la revelación por cualquier

medio, a una o a varias personas, de lo descubierto mediante la conducta del tipo básico. Estructura muy adecuada para preceptos de esta naturaleza, que sin embargo contrasta con la práctica generalizada en el Derecho comparado, donde, al no hacerse así, se forman unos tipos compuestos, en los que la opinión mayoritaria de la doctrina sostiene la necesidad de no efectuar una acumulación de penas cuando existe revelación (por ejemplo, SAMSON o LENCKIMER en Alemania Federal, PALAZZO en Italia), criterio que también tiene presente la dureza de las penas en esos países, muy superior a la del Código penal español.

El tipo agravado brinda una *protección material* de la intimidad, porque al castigar la revelación de lo descubierto mediante la conducta de intrusión se hace ya referencia a un objeto de la conducta indiscreta, a algo íntimo por su naturaleza. Pero, como se ha indicado, el criterio rector de estos tipos es la idea de control del sujeto pasivo. Por eso, es posible que no dé lugar a la apreciación del tipo agravado la revelación de algo que ha escapado ya realmente a esa esfera de control, es decir, un dato de carácter íntimo, pero que es ya de dominio público.

El problema más importante que presenta esta técnica legislativa es, precisamente, el de la relación entre tipo básico y tipo agravado, formulada a través de la exigencia de previa realización por el mismo sujeto activo de la conducta básica de intrusión. Ello implica que sólo podrá aplicarse el tipo agravado cuando se sujeto que hace la revelación haya adquirido el conocimiento de lo que revela por la previa ejecución del tipo básico en todos sus elementos.

En efecto, en primer lugar, ha de haber adquirido el conocimiento mediante el empleo de los medios técnicos indicados en el tipo básico. Si no ha sido así, no podrá apreciarse la agravación en el caso de que el sujeto activo lleve a cabo actos de revelación. Pero, además, en el artículo 497 bis es preciso que ese conocimiento que ahora se divulga haya sido adquirido, además, sin el consentimiento del sujeto pasivo. Si este consintió, por ejemplo, en la grabación de sus palabras, la revelación posterior de ellas, aun contra su voluntad, no integrará el tipo agravado: quien autoriza la perpetuación de sus palabras a través de una grabación, debe aceptar el riesgo de perder el control sobre dichas manifestaciones (SAMSON), por lo que no se deberá acudir a este precepto. Eso sí, siempre quedan abiertas otras vías, como la civil, y la posibilidad de acudir al Código penal, cuando la revelación pudiera constituir algún tipo de delito. La misma solución hay que aceptar cuando el sujeto activo de la revelación hubiera adquirido el conocimiento sin estar impulsado por el móvil que define el elemento subjetivo del injusto del artículo 497 bis, problema, por cierto, que ya vio con claridad, hace ahora un siglo, GROIZARD, refiriéndose naturalmente a la revelación de lo descubierto mediante el apoderamiento de papeles o de cartas cuando en ese apoderamiento no concurría el mencionado elemento subjetivo del injusto, pero cuya argumentación es perfectamente válida para el actual artículo 497 bis, dada su coincidencia en este grupo.

Con relación al artículo 192 bis, sin embargo, ha de hacerse una matización. El problema es el de determinar si es exigible para apreciar la agravación que el tipo básico se haya realizado sin autorización judicial o fuera de las previsiones legales en él indicadas. En el caso de que el funcionamiento actúe con autorización y después revele lo descubierto, con independencia de que esa conducta podría caer -sí se trata de secretos- bajo el artículo 368, puede pensarse también que la autorización judicial lleva implícito un deber de discreción para el funcionamiento, que sólo podrá revelar lo descubierto dentro de ciertas condiciones. Si infringe este deber implícito podría entenderse que ha violado los márgenes que hacían lícita la escucha y por tanto aplicarse el tipo agravado del artículo 192 bis.

VIII

Por último, unas breves consideraciones sobre la *penalidad* de ambos preceptos.

La primera es que en los artículos 192 bis y 497 bis se Invierte la tradicional y reiteradamente criticada

orientación del Código penal de sancionar con penas más leves las conductas de los funcionarios públicos que las mismas conductas cuando son cometidas por particulares. En este caso, son más elevadas las penas que corresponden a los funcionarios públicos.

En segundo lugar, que, en todo caso, las penas previstas son las más leves que para estos delitos se prevén en el Derecho comparado. Este hecho parece ser un síntoma de que el legislador español no ha reconocido todavía la importancia que tiene el bien jurídico intimidad.

Y en último lugar no parece correcto imponer la misma pena para esta conducta que para el descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497, es decir, el basado en el tradicional apoderamiento de cartas o de papeles. La muy superior gravedad de las intrusiones con medios tecnológicos parece que aconseja una pena más grave, Pero, una vez que el Código penal ha adoptado este criterio equiparador, lo que resulta a su vez erróneo es imponer mayor pena para el tipo agravado del artículo 497 bis que para el del artículo 497, porque la diferencia de gravedad está en los tipos básicos no en los tipos agravados, ya que éstos consisten exactamente en lo mismo: revelar lo descubierto. Y parece claro que la repercusión de la revelación será igual, sea cual fuere el procedimiento por el que se haya adquirido el conocimiento de lo revelado(1).

NOTAS:

(1) Un análisis más amplio y con indicaciones bibliográficas, en los tres trabajos publicados en *Comentarios a la legislación penal*, tomo VII, Madrid, EDERSA, 1986, págs. 49-198.

(2) Esta precisión es especialmente visible con relación al artículo 192 CR Con carácter general, vid., en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre.

(3) Cour Européenne des Droits de l'Homme: *Affaire Matone*, sentencia de 2 de agosto de 1984. Vid. también Sentencia TC citada en la nota anterior.

(4) Vid. recientemente en este sentido JIMENEZ CAMPO: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo VII, cit., págs. 16 y sigs.

(5) Con criterio favorable a la posibilidad de dicha aplicación, DE LLERA SUAREZ-BARCENA: «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en *Poder judicial*, núm. 3, 1986, págs. 15 y sigs.

(6) Cfr. JIMENEZ CAMPO: «La garantía constitucional ... », cit., págs. 25 y sigs.

(7) Sobre la cuestión, ampliamente, JIMENEZ CAMPO: «La garantía constitucional ... », cit., págs. 29 y sigs.

(8) Enviado ya este trabajo a la imprenta, se anuncia la inmediata derogación de la Ley Antiterrorista. De lo dicho en el texto se deduce que se trata de una buena noticia, aunque habrá que esperar hasta ver si este anuncio no se compensa con la introducción de los peores preceptos de esta Ley en la legislación ordinaria.

(9) En este sentido, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed., Sevilla, Universidad, 1985. Sin embargo, cfr. del mismo autor su trabajo «La creencia errónea de estar obrando lícitamente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Santiago de Compostela, Universidad, 1987, págs. 317 y sigs., especialmente página 327.

(10) Cfr. BACIGALUPO: «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V-1.º, Madrid, EDERSA, 1985, pág. 69.