

SOBRE LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN PENAL DE DATOS PERSONALES

ENRIQUE ANARTE BORRALLO
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Huelva

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Sobre el bien jurídico protegido. 3. Los límites extrapenales del artículo 197.2 4. Ámbitos de protección penal no cubiertos por el artículo 197.2. 5. Recapitulación.

INDEX: 1. Introduction. 2. About the legal right. 3. Non-criminal limits of the article 197.2. 4. Penal protection environments not covered by the article 197.2. 5. Epilogue.

PALABRAS CLAVE: Datos personales • Intimidad • Informática y delito

KEY WORDS: Personal data • Privacy • Computer crime

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades más significativas del Código penal de 1995 fue el número 2 del artículo 197, incluido en el ya de por sí novedoso —y confuso¹— Capítulo Primero (“Del descubrimiento y revelación de secretos”) del Título X, Libro II (“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”). Este precepto castiga —con las mismas penas² que establece el número 1³, esto es, prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses—, en primera instancia, el apoderamiento, la utilización o la modificación, sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, de 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 fichero o registro público o privado. En un segundo inciso se extiende idéntica penalidad «a quien, sin estar autorizado, accede por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

¹ Precisamente, para el *ATSJ Extremadura de 13 de enero de 2003* (FJ quinto) el confusionismo legal es una de las características de la regulación de estos delitos. Por su parte, Serrano Gómez (con la colaboración de Serrano Maíllo), *Derecho Penal. Parte Especial*, 72002, Madrid: Dykinson, p. 258, califica la regulación de realmente complicada, con la consiguiente inseguridad jurídica.

² Esta equiparación es criticada por la doctrina, por entender que las conductas del número 2 merecerían mayor pena. En este sentido, Agustín Jorge Barreiro, en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo VII, 2003, Madrid: Edersa, p. 135. Con matices, Morales Prats en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2001, Pamplona: Aranzadi, p. 972 y 982. En general, Serrano Gómez, como en la nota 1, cree que en casi todos los casos las penas de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos infringen el principio de culpabilidad, por desproporcionadas.

³ De dicho precepto y de otros aspectos del capítulo me he ocupado fragmentariamente en el número 42 de *Jueces para la Democracia* (páginas 50-61), bajo el título “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal”.



Se entiende que el precepto —considerado como el tipo básico de los denominados “delitos contra la libertad informática”⁴— instituye el denominado “descubrimiento del secreto informático”⁵ o también el “espionaje informático”⁶, lo que puede resultar insuficiente o algo impreciso —como la calificación sin más de “abusos informáticos”⁷—, dada su vinculación con los datos personales⁸.

Por más que inicialmente las preocupaciones para articular la intervención penal respecto de la informática se centraran en la protección de la intimidad, no sería menos improcedente el apelativo “delito informático”, puesto que, al margen de las objeciones generales que pueden plantearse a la denominación, se estaría empleando una designación demasiado genérica para hechos relativamente circunscritos y centrados en agresiones a la intimidad⁹. En realidad, toda denominación referida al art. 197.2 que sólo incluya el término “informática” se topa, entre otros, con el inconveniente de que el ataque puede ir dirigido también a datos no automatizados¹⁰ o a datos automatizados residentes en redes (por cierto que, para esta modalidad, habría que emplear, más precisamente, la expresión de “telemática”).

El propósito de este trabajo es abordar algunas cuestiones relativas al deslinde de los controvertidos límites del citado precepto, dejando para otra ocasión un análisis estructurado del citado número 2.

A tal fin parece prioritario examinar primero el bien jurídico protegido. Seguidamente, se consideran las fronteras del citado precepto con mecanismos sancionadores no penales. Tras ello, se aborda la diferenciación del ámbito de protección del art. 197.2 con otras esferas de protección penal, en especial con otros preceptos del citado Capítulo Primero del Título X del Libro II.

⁴ Agustín Jorge Barreiro en Rodríguez Mourullo (Dir.)/Jorge Barreiro (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, Madrid: Civitas, p. 571. En la jurisprudencia, cf. la *STS 234/1999*, de 18 de febrero, la *SAP Madrid (S15) 115/1999*, de 15 de abril, que sigue a la primera en esto, y el *ATSJ Extremadura 13-1-2003* (FJ séptimo).

⁵ *Auto TSJ Comunidad Valenciana, 10/1999*, de 18 de febrero.

⁶ López Barja de Quiroga/Pérez del Valle, en Conde-Pumpido Ferreiro (coord.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, 1997, Madrid: Trivium, p. 2.318. Asimismo, la *SAP Zaragoza (S1) 399/2002*, de 26 diciembre, concretándolo de las invasiones no autorizadas en instalaciones y programas ajenos y las investigaciones de datos ajenos (FJ 3).

⁷ Jareño Leal/Doval País, “Revelación de daños personales, intimidad e informática (Comentario a la *STS 234/1999*, de 18 de febrero, sobre el delito del artículo 197.2)”, en Quintero Olivares/Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, Pamplona: Aranzadi, p. 1.483. También la *SAP Cantabria (S4) 38/2002*, de 8 de junio.

⁸ Así y criticando la primera caracterización, Martín-Casallo López, “La protección de los datos personales: aspectos penales de la cesión de datos”, *CDJ*, 2000/IV (monográfico «Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet», Dir. J.J. Martín-Casallo López), p. 13-44 [=“El delito informático”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, p. 367-385], concretamente, p. 22-23.

⁹ Para referencias, véase la nota 3 (y texto) del trabajo citado *supra* nota 3. Cf., asimismo, Romeo Casabona, “Delitos informáticos” (voz), en Luzón Peña (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, Granada: Comares, p. 518-519; Serrano Gómez, como en la nota 2, p. 264.

¹⁰ En esta línea, Higuera Guimerá, “El descubrimiento y revelación de secretos”, *AP*, 2002/31, p. 779.

2. SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como señalan Boix Reig, Jareño Leal y Doval Pais, la pesquisa sobre el bien jurídico protegido de un delito no puede detenerse en la primera respuesta que a veces proporcionan los encabezamientos. Es preciso seguir indagando especialmente en la configuración legal del tipo¹¹, cosa que aquí sólo se lleva a cabo de forma tangencial.

Partiendo de las rúbricas parece claro que el bien jurídico protegido en el artículo 197, número 2, sería la intimidad. Se trata, no obstante, de un concepto de extraordinaria amplitud y ambigüedad¹².

De todos modos la doctrina penal suele estar de acuerdo en que el derecho a la intimidad, entendido como garantía de un ámbito reservado, frente a injerencias de terceros¹³, si bien ilustra mínimamente sobre el contenido tradicional, es, por lo menos, insuficiente para definir el bien jurídico protegido del número 2 del artículo 197. Así resultaría claramente de los objetos sobre los que recaen las acciones típicas, que en principio constituyen la clave aglutinadora de los elementos en él aludidos¹⁴: 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 fichero o registro público o privado.

2.1. GENERALIDADES

A).- Pues bien, este objeto remite —aunque, como resulta del texto legal, no de modo necesario— a una tecnología informática del tratamiento de datos, que evidencia en especial un alto potencial lesivo¹⁵, especialmente, para la intimidad¹⁶, dada la enorme y veloz capacidad de registro, almacenamiento y procesamiento, haciendo a aquéllos fácilmente

¹¹ “Protección penal de la intimidad y derecho de defensa en causas matrimoniales”, *Abogados de Familia-La Ley*, num. 26 (3-10-2003), p. 4-5.

¹² Por todos, Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte especial*, 14²⁰⁰², Valencia: Tirant lo Blanch, p. 242.

¹³ En este sentido, Bajo Fernández, “Protección del honor y de la intimidad”, Cobo del Rosal (Dir.)/Bajo Fernández (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, 1982, Madrid: Edersa, p. 101, definía la esfera íntima como ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad.

¹⁴ Cf. Muñoz Conde, como en la nota 12, p. 254.

¹⁵ En la jurisprudencia constitucional, cabe citar la *STS 254/1993*, de 20 de julio (FJ 4) y más recientemente la *STC 292/2000*, de 30 de noviembre (FJ 4). En la jurisprudencia penal, por ejemplo, cf. la *SAP Ciudad Real (S1) 13/2001*, de 23 de abril. En la doctrina, entre otros: Castillo Jiménez, “Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información”, *Derecho y conocimiento*, 1 (2001), p. 36 ss (accesible en <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento>); Jareño/Doval, como en la nota 7, p. 1.482; Luzón Peña, “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12/1987 (*Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero*), p. 186-187; Marchena Gómez, “Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del «habeas data»”, *BIMJ*, num. 1.768 (1996), p. 739-767; Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 18.

¹⁶ Sobre el vínculo informática>lesividad>ciudadanos transparentes, cf. Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica. La función tutelar del derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la Información*, 1987, Madrid: Fundesco y la conocida *sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de febrero de 1983* (la versión en español de Manuel Daranas apareció en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 33/1984, p. 126 ss).

disponibles y conectables, todo ello con gran exactitud, fiabilidad, versatilidad y adaptabilidad a cualquier aspecto o negocio de la vida humana¹⁷.

Este análisis inicial, no obstante, deja en parte en la penumbra procesos y aspectos que con posterioridad han aparecido, emergido o se han acentuado. Sobre todo, por lo que respecta a las facilidades cada vez mayores para la transmisibilidad inmediata e ilimitada de los datos —en consecuencia, para la transferencia internacional de datos¹⁸—. Al mismo tiempo se habrían incrementado sustancialmente las posibilidades que ofrece dicha tecnología —y más la telemática— en orden a configurar un perfil personal¹⁹ que pueda ser luego utilizado de forma discriminatoria²⁰ respecto de otros bienes jurídicos constitucionales —sobre todo, la libertad— o no²¹, procurando en definitiva un amplio, intenso e invisible poder de control y disuasión, que se ejerce sin que, en particular, los afectados lo perciban abiertamente²².

Asimismo se habría gestado un significativo cambio en cuanto a los protagonistas de las intromisiones, pues originariamente inquietaban más las provenientes del Estado, para con el tiempo interesar, en igual o mayor medida, también las que llevan a cabo particulares o entidades privadas²³.

Se sigue de ello, en ambos casos, la idea básica de que la protección iría dirigida precisamente a la evitación de determinados abusos relacionados con dicho potencial y con estas posibilidades. No obstante, se ha ido asentando la convicción de que la protección dispensada al bien jurídico en cuestión no se fundamenta únicamente por la evitación de estos abusos, sino quizás con mayor intensidad por la promoción que con ello se proporciona al libre desarrollo de la personalidad, no sólo como expresión de un derecho individual, sino como fundamento del ordenamiento jurídico. A este respecto, son bastante ilustrativas, aunque no exentas de matices, las reflexiones del TC alemán²⁴ en torno al derecho a la *autodeterminación informativa*²⁵. El máximo intérprete de la Constitución alemana

¹⁷ Así, Martínez de Pisón Cavero, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, 1993, Madrid: Civitas, p. 146-154, siguiendo a Madrid Conesa, *Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho*, 1984, Valencia: Universidad de Valencia, p. 9-22.

¹⁸ Sobre esto ya Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad. Privacy e informática*, 1984, Barcelona: Destino, p. 71-73.

¹⁹ O «un auténtico retrato de la personalidad de un individuo» (Jareño/Doval, como en la nota 7, p. 1.481).

²⁰ Cf. la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos* (LORTAD).

²¹ Al respecto, véase *infra* nota 84 y texto. Asimismo, cf. la *STC 292/2000*, de 30 de noviembre, así como los artículos 1 y 13 de la *LO 15/1999*, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales (LOPRODA). Sigo la abreviatura empleada por Pérez Luño, “Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, *AFD*, 2001, p. 321 ss. Para el asunto referido, cf. p. 331). Asimismo, Morales Prats, como en la nota 18, p. 326-327.

²² Al respecto, por todos, Davara Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, 5^o2003, Pamplona: Aranzadi, p. 43-44, donde alude que la protección sobre los datos consistiría en evitar que se conviertan en “información”.

²³ Cf. Morales Prats, como en la nota 18, p. 40.

²⁴ Véase *supra* nota 16.

²⁵ Sobre este derecho, cf. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, 1990, Madrid: Tecnos, *passim*.

alerta acerca de las implicaciones que tiene, no ya para la libertad y el desarrollo de la personalidad individual, sino para el funcionamiento de una sociedad basada en libertad de obrar y en la solidaridad, el que —cuando de modo generalizado se registran cualesquiera comportamientos y se catalogan, utilizan o transmiten permanentemente a título de información— alguien procure no llamar la atención porque se siente inseguro, al no saber quién, cuándo y con qué motivo conoce algo sobre él.

Correlativamente se advierte que cualquier dato en principio neutro e irrelevante puede convertirse en sensible a tenor del uso que se haga de él²⁶, de modo que estos abusos pueden llevarse a cabo con independencia tanto de la calidad del dato singular que pudiera ser descubierto, como de la capacidad genérica de los sistemas para operar con datos aparente o aisladamente inocuos, pero relevantes desde el punto de los derechos y libertades aludidos en cada caso, en tanto son susceptibles de tratamiento. De este modo, se ha ido consolidando también el entendimiento de que la protección de datos personales no debe limitarse al ámbito de los tratamientos automatizados, para ocuparse de cualquier tipo de tratamiento, por más que frente a aquéllos la vulnerabilidad de los individuos y en última instancia de la sociedad sea mayor.

Paralela a la transformación descrita se constata cómo, aparte de la dimensión pasiva o negativa de la intimidad tal y como ha sido tradicionalmente entendida, que se asociaba a la protección ante las intromisiones por parte de terceros en un ámbito personal restringido, es decir, como el más genuino derecho “a no ser molestado”, se ha pasado a desplegar la salvaguarda jurídica dando prioridad a la cobertura de la dimensión activa o positiva del derecho a la intimidad, esto es, consagrando la tutela (en su caso, jurídico-penal) inmediata de la llamada *libertad informática*²⁷.

B).- Tal libertad es definida en la jurisprudencia constitucional²⁸ como «el derecho a controlar los mismos datos [se refiere a los datos relativos a la propia persona] insertos en un programa informático (*habeas data*)»²⁹. Dicho de otro modo, lo que se pretende amparar es la llamada «facultad de control sobre los datos personales informatizados»³⁰. En virtud

²⁶ Pérez Luño, “Comentario legislativo: la LORTAD y los derechos fundamentales”, *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993/1, p. 413. En el mismo sentido, la ya citada sentencia del Tribunal constitucional alemán (*supra* nota 16).

²⁷ De ello resultaría que la intimidad, genéricamente considerada, adquiriría una dimensión más amplia, como se refleja en la delimitación propuesta por Romeo Casabona, “La reforma penal ante las tecnologías de la información”, *Informática e Derecho*, septiembre-diciembre 1987: «aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros (entendiendo por tales tanto los particulares como los poderes públicos)». Cf. asimismo Morales Prats, como en la nota 21, p. 46.

²⁸ Así ya el FJ 7 de la *STC 254/1993*, de 20 de julio (como complemento de esta definición véase el FJ 6). En esa línea también las *STC 143/1994*, *11/1998* (FJ 5), *94/1998* (FJ 4), *202/1999* (FJ 2) y *292/2000* (FJ 5).

²⁹ Sobre el concepto de *habeas data*, cf. Pérez Luño, *Manual de Informática y Derecho*, 1996, Barcelona: Ariel, p. 44.

³⁰ Morales Prats, en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2001, Pamplona: Aranzadi, p. 972 (y, ya antes, el mismo, como en la nota 21, p. 125, 134-136), recogiendo en último término la terminología de la *STC 254/1993* (cf. en especial FJ 6). Sobre esta sentencia, desde la perspectiva constitucional, cf. Villaverde Menéndez, “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la *STC 254/1993*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41 (1994), p. 187-

de tal prerrogativa, aunque los datos hayan traspasado el ámbito de dominio material o informático del titular de los datos, sigue disponiendo de un poder jurídico de control sobre ellos, que genéricamente le habilita para dirigir la circulación de esos datos, así como su integridad y manipulación.

Específicamente ese poder de control se estructura en un haz de facultades que —siguiendo a la *STC 292/2000* de 30 de noviembre³¹, que resolvió la cuestión de inconstitucional sobre determinados artículos de la LORTAD— son en síntesis: el derecho a que se requiera previo consentimiento a la recogida y uso de datos personales; el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de estos datos; y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

Además, la jurisprudencia constitucional más reciente³² ha hecho suyo el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales, con los contenidos descritos, no como una dimensión más amplia de la intimidad³³, que se acumula a la garantía frente a eventuales intromisiones provenientes del uso de la informática, sino como un nuevo derecho fundamental que gozaría de autonomía respecto a contenidos precedentes³⁴.

El Tribunal Constitucional, y en especial la sentencia *292/2000*³⁵, apoya ese derecho también en el artículo 18.4 CE, en relación con el artículo 10 CE, concibiéndolo no sólo como una garantía de otros derechos, sino como presupuesto de la dignidad y de la libre realización de la personalidad, subrayando en cualquier caso que atribuye a la persona un poder de control sobre los mismos cuyo objeto es independiente de que los datos sean o no íntimos.

C).- En un trabajo reciente, ya citado³⁶, Seoane Rodríguez analiza, a partir de la legislación³⁷ y sobre todo de la mencionada jurisprudencia constitucional, la evolución de la protección de datos personales en España empezando por una primera fase, en la que todo pasaría por el derecho a la intimidad³⁸.

Una segunda etapa vinculada con el reconocimiento de la libertad informática conforme resulta directamente del artículo 18.4 CE, que se advierte claramente en la *STC*

224.

³¹ Y ésta a su vez a la *STC 254/1993*.

³² En especial, las *SSTC 292/2000* y *290/2000*. Pero también escuetamente la *STC 85/2003*, de 8 de mayo (FJ 22). No obstante, cf. *AATC 197/2003*, de 16 de junio (FJ 5), y *212/2003*, de 30 de junio (FJ 5).

³³ Véase *supra* nota 27.

³⁴ Al respecto, cf. los fundamentos jurídicos 6 y 7 de la *STC 292/2000*. En cualquier caso, sobre ello y los rasgos específicos que han ido adquiriendo estas facultades, cf. Seoane Rodríguez, “De la intimidad genética al Derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las *SSTC 290* y *292/2000*, de 30 de noviembre)” (Parte I), *RevDerGenH*, 16 (2002), p. 78, 86-87, 89, 92-93, 96-98, 99 y 100-101.

³⁵ Similar a ella casi para todo lo que se ha referido la *STC 290/2000*, de igual fecha. En estas sentencias, por lo tanto, se subraya la importancia de la dimensión de control inmanente a la libertad informática, como en la *STC 254/1993*, de 20 de julio, pero a diferencia de ésta, el factor decisivo no es tanto la amenaza que suponen las nuevas tecnologías y la informática, como el derecho a la protección de datos *per se*. En este sentido, Seoane Rodríguez, como en la nota 34, Parte II, *RevDerGenH*, 17 (2002), p. 147.

³⁶ Véanse las notas precedentes. En cuanto a la evolución, en especial la Parte I, p. 75-81.

³⁷ *Ibidem*, Parte I, p. 79-81.

³⁸ Cf., al respecto, Bajo Fernández, como en la nota 13, p. 119-123.

254/1993³⁹. En este estadio, la dimensión *negativa* de defensa del ámbito íntimo y reservado frente a intromisiones ajenas⁴⁰ queda oscurecida, al objeto de responder al hecho de que como núcleo de la reflexión se sitúe la vulnerabilidad de la intimidad frente a la informática. Para ello, la protección jurídica despliega una dimensión activa o de disposición en garantía del derecho a la intimidad, traducida en facultades que superan el derecho de exigir a los demás que se abstengan de molestar, y que implican poderes de control y disposición, aunque limitados al terreno informático. En la legislación, la LORTAD habría ejemplificado en mayor o menor medida este modelo.

Y una tercera fase representada por las *SSTC 292* y, en menor medida, *290* de 30 de noviembre de 2000, que reconoce, como se ha expuesto, el derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales. En este ciclo se refleja de forma mucho más clara la necesidad de que el objeto sobre el que se proyecta la protección no se limite a datos íntimos o privados y que contemple todo tipo de tratamientos, sean o no informáticos. Además el sistema de facultades, que responden a una dimensión *positiva*, se consolida. La LOPRODA incorporó, aunque no a satisfacción de todos, este modelo, al que no sería ajena la configuración de la protección en entornos de comunicación electrónica o telemática. En rigor, estos aspectos, recogidos sobre todo en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE —más recientemente la Directiva 58/2002/CE—⁴¹ no han sido suficientemente desarrollados por la LOPRODA.

D).- De cualquier modo, la evolución sucintamente descrita evidencia con claridad que «la eclosión de los sistemas informáticos y de las redes telemáticas ha obligado a redefinir los bienes jurídicos de la personalidad», ejemplificando de modo elocuente uno de esos derechos de tercera generación distinguidos entre otras cosas por acentuar su carácter social⁴². Incluso en los últimos años se está ya hablando de una cuarta generación que vendría determinada por las vicisitudes de los derechos fundamentales en Internet⁴³.

³⁹ Ya después, las *SSTC 143/1994*, de 9 de mayo (FJ 7), *11/1998*, de 13 de enero (FJ 4), *94/1998*, *202/1999*, de 9 de noviembre (FJ 2), *233/1999*, de 13 de diciembre, e incluso la *292/2000* (FJ 4).

⁴⁰ Ilustrativo de esta concepción es el FJ 5 de la *STC 73/1982*.

⁴¹ El referente comunitario de la fase anterior sería sobre todo el Convenio 108/1981. Para más indicaciones sobre esta normativa, véase *infra*, el apartado A) del epígrafe 3.

⁴² Morales Prats, como en la nota 30, p. 972 (y subrayando el vínculo con la dimensión participativa del Estado social y democrático de Derecho ya el mismo, como en la nota 21, p. 104). De la amplia literatura sobre el particular cabe destacar los trabajos de Perez Luño (por ejemplo, por lo que aquí concierne, “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, *Cuadernos y debates*, 21 (1989), pg. 143; el mismo, “Las generaciones de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10 (1991), p. 203-217; el mismo, “Aspectos de la tutela de derecho a la intimidad, en la jurisprudencia, en los derechos fundamentales y libertades públicas”, *XII Jornadas de Estudio de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, p. 709-724; el mismo, “Del *Habeas Corpus* al *Habeas Data*”, *Informática y Derecho*, 1, 1992 UNED-Centro Regional de Extremadura, p. 154). Cf. asimismo Castillo Jiménez, *Las nuevas tecnologías de la información y el Derecho. De Vittorio Frosini a Internet*, 2003, Sevilla: Instituto de Estadística de Andalucía, p. 71 ss; Jover Pardo/Cabrera Vilaplana, “Una nueva generación de derechos”, *Encuentros sobre Informática y Derecho*, 1997-1998, p. 71-77; Sánchez Jiménez, “Los derechos humanos de tercera generación: la libertad informática”, *Informática y Derecho*, num. 3, p. 85-86. En general, sobre el concepto de derechos de tercera generación, cf. Porras Nadales, “Derechos e intereses. Problemas de tercera generación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10 (1991), p. 219-232, donde destaca la hipótesis de una nueva racionalidad correctora o superadora de la lógica intervencionista del WS regida tanto por el principio del autogobierno como por el participativo (no sería casualidad en

En este sentido, como pone de relieve Morales Prats⁴⁴, más bien parece que aquella dimensión del interés jurídico protegido haya sido o deba ser alterada o superada por una nueva transformación habida en el seno de lo que se ha denominado Sociedad de la Información⁴⁵, y que, en lo que aquí interesa, se manifiesta, desde una perspectiva fenomenológica, en la implementación de tecnologías digitales híbridas en un sistema en red abierto y, por lo tanto, dibujando un escenario no limitado a determinados sujetos más o menos individualizables que pueden llegar a controlar dichos datos⁴⁶. Por lo tanto, el contenido del derecho a la intimidad que desde tal prisma es objeto de consideración sería más bien el “derecho al anonimato” como sujeto digital⁴⁷.

Junto a ello en el horizonte se dibujan cada vez con más nitidez otras facetas juzgadas como merecedoras de protección jurídica que se diferencian de los perfiles hasta ahora apuntados. En especial, Romeo Casabona alude a otro aspecto vinculado con el citado modelo de sociedad, que describe como el pacífico uso y disfrute de las redes telemáticas, que sería independiente de las garantías y protección correspondiente a la intimidad y a los datos de carácter personal⁴⁸.

2.2. EL BIEN JURÍDICO PENAL

A).- Se trata ahora de ver en qué medida las características destacadas han sido objeto de plasmación en la estructura típica del artículo 197.2 del Código penal, puesto que, por un lado, la doctrina penal dominante entiende que el bien jurídico protegido es «la intimidad. O, si se prefiere, ... la “libertad informática”»⁴⁹ o simplemente «la libertad informáti-

este sentido que el Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia ya citada *supra* nota 16, la idea del derecho de autodeterminación informativa. Véase al respecto *supra* texto a las notas 24 y 25).

⁴³ Resalta ampliamente las particularidades de lo que se ha denominado el “lado virtual” del derecho a la protección de datos (cf. Oliver Lalana, “Autoregulación, normas jurídicas y tecnologías de privacidad. El lado virtual del derecho a la protección de datos”, en Davara Rodríguez [coord.], *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho (2002-2003)*, 2003, Pamplona: Aranzadi, 2001), Corripio Gil-Delgado, *Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet*, Madrid: Agencia de Protección de datos, *passim* (más específicamente el mismo, “La protección de datos personales en Internet”, *BIMJ*, 2001, p. 2913-2.927).

⁴⁴ “Internet: riesgos para la intimidad”, *CDJ*, 2001/X (monográfico «Internet y Derecho penal», Dtor. J. J. López Ortega), p. 65-81.

⁴⁵ Sobre este concepto, cf. Anarte Borrallo, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal de la Sociedad de la Información”, en *Derecho y conocimiento*, 1 (2001), especialmente, p. 191-197, con referencias (accesible en <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento>).

⁴⁶ Ciertamente con ello se plantea además la intensificación de la dimensión supraestatal —cf., brevemente, Marchena Gómez, en Serrano Butragueño (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, 1999, Granada: Comares, p. 1.107— o globalizadora, pero incluso este aspecto queda en parte oscurecido en el Código.

⁴⁷ Morales Prats, como en la nota 44, en especial, p. 71.

⁴⁸ “La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos”, Echano Basaldúa (coord.)/Área de Derecho penal, *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, 2002, Bilbao: Universidad de Deusto, p. 534-536.

⁴⁹ Carbonell Mateu/González Cussac, en Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a 1999, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 290. Parecido, la *SAP Cantabria (S4) 38/2002* (FJ 4), que excluye que pueda cometerse el delito del art. 197 cuando se trata de sistemas informáticos destinados a la organización

cas)⁵⁰. Más preciso, Romeo Casabona⁵¹, alude a la intimidad y la “integridad informática”⁵².

En cuanto a la jurisprudencia penal⁵³, aunque también se recurre escuetamente a la libertad informática⁵⁴, es frecuente seguir invocando sólo la intimidad, desviando la singularidad del precepto al medio de ataque, esto es, al abuso informático⁵⁵.

Es, no obstante, significativa la *SAP Pontevedra (S1) 15/2001*, de 18 de mayo (FJ I), que, tras indicar que el artículo 197 tipifica el «descubrimiento y revelación de secretos» y asignarle dos propósitos «bien definidos» —atenerse a las exigencias del artículo 18 de la CE y dar entrada en los tipos penales a las nuevas tecnologías en cuanto instrumentalizadas para perpetrar los aten-

de la actividad pública de la entidad, por ser ajenos a la “ratio” del precepto. Orts Berenger/Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 2001, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 31 no encuentran en cuanto al bien jurídico ninguna especificidad respecto al del art. 197.1, esto es, la intimidad, pero en cuanto a ésta destacan, por un lado, que constituye una necesidad vital para la libertad individual, que como “privacidad informática” comprende, además del derecho a que determinados datos no sean conocidos más allá del titular o de un círculo reducido, el derecho de control sobre la información reservada. Por otro, que la protección penal en estos delitos se contrae a aquellos casos en que se vulnera una información íntima.

⁵⁰ Sin ánimo exhaustivo: Alonso de Escamilla, en Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2001, Madrid: Colex, p. 168; implícitamente, Choclán Montalvo en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, 1999, Barcelona: Bosch, p. 713; Figueroa Navarro/Martínez Galindo, en García Valdés, “Delitos contra la libertad informática o habeas data” (voz), García Valdés, *Diccionario de Ciencias Penales*, p. 177-178, aunque aluden también a la protección de la intimidad en su vertiente informática, conforme al art. 18.4 CE; Jareño/Doval, como en la nota 7, p. 1.482; Jorge Barreiro, como en la nota 4, p. 572; el mismo, como en la nota 2, p. 125; Lozano, como en la nota 21, p. 215; Marchena, como en la nota 46, p. 1.109; Morales Prats, como en la nota 2, p. 972-975; Rodríguez Ramos, “Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código penal (Libro II, Título X, Capítulo I, Arts. 197 a 201)”, *CDJ*, 1998/I (monográfico «Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. II», Director Eduardo Torres-Dulce Lifante), p. 237.

⁵¹ Como en la nota 9, p. 518.

⁵² Véase *infra* texto a la nota 68.

⁵³ Entre otras: *STS 234/1999*; *SSAP Madrid (S15) 115/1999* y *269/1999*, ésta de 19 de junio; *SAP Lleida (S1) 29-7-1999*, *SAP Ciudad Real (S1) 13/2001* (FJ III); *ATSJ Extremadura 13-1-2003* (FJ séptimo, vinculando expresamente el precepto penal con el mandato constitucional recogido en el art. 18.4, conforme a establecido por las SSTC 2.554/1993 y 143/1994).

⁵⁴ De todas formas, conviene señalar que la *STS 694/2003* (FJ quinto) vincula la superación de esta dimensión negativa no sólo con el art. 197.2. El precepto aplicado es el número 1, y respecto del mismo señala que se trata del tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, «que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal —que es el bien jurídico protegido garantizado por el art. 18.1 CE ...—, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código penal derogado».

⁵⁵ *STS 1.461/2001*, de 11 de julio (FJ III, ap. 3.e, indicando en el ap. 3.f que es el mismo bien jurídico que el del número 1. Por otra parte afirma [FJ III, ap. 2, letra e]), que «el precepto analizado tutela o protege *exclusivamente* [sin subrayar en el original] la intimidad y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad, se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular», lo que concuerda con que [ya en la letra d)] señale que «hemos de entender que si el perjuicio se materializa, habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales»). No tan claro, en la *SAP Zaragoza (S1) 399/2002* (FJ III, que se refiere a la intimidad personal y familiar). De otro lado, la *SAP Navarra (S2) 285/1998*, de 30 de diciembre, reconduce el bien jurídico protegido a la intimidad personal: se trata de tutelar la voluntad de una persona de que no sean conocidos determinados hechos que tan sólo ella o un número limitado de personas conoce.

tados al bien jurídico de que el Título X, Libro II, del Código penal trata—, advierte que «Con ello se supera una anterior concepción de libertad negativa, propia de la idea de secreto del precedente Código Penal (art. 497), para incorporar a nuestro ámbito jurídico la concepción anglosajona del derecho a la privacidad (“privacy”), ahora revalorizado como bien jurídico positivo que atribuye al sujeto, en una sociedad caracterizada por los avances tecnológicos, facultades de control sobre datos e información a él referidos. Esta nueva perspectiva ha llevado a entender la intimidad como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales». Y añade: «El título en el que se cobija el tipo de que ahora tratamos y el capítulo primero en el que específicamente se ubica el tipo penal del art. 197, describe en cierta medida esos círculos concéntricos⁵⁶ en que la doctrina descompone el ámbito del bien jurídico de cuya protección jurídica se ocupa el título X del Libro II del Código Penal, a saber, la esfera privada, la de la confidencialidad y la del secreto».

Por su parte, la *SAP Ciudad Real (S1) 13/2001*, de 23 de abril, señala que el artículo 197.2 protege la libertad informática en su doble aspecto: negativo, o facultad para excluir el indebido conocimiento y utilización de los datos de carácter personal que consten en un fichero, y positivo, como facultad de control sobre la corrección de los datos, su mantenimiento y uso sólo a los fines autorizados, y en fin su eventual rectificación o supresión en el marco de la Ley.

B).- Las consideraciones precedentes, tanto las generales como las específicamente jurídico-penales, merecen algunas anotaciones orientadas a la precisión del significado en este contexto del bien jurídico-protégido.

a). Por de pronto, conviene tener siempre presente las tradicionales dificultades que plantea la delimitación de la intimidad como bien jurídico protegido⁵⁷ que, surgido en tiempos relativamente movidos⁵⁸, ha ido acentuando con la aceleración de las condiciones de vida su pelaje camaleónico⁵⁹, lo que explica su relativismo y mutabilidad, «derivadas en gran medida de la evolución de las valoraciones sociales y también de los condicionamientos impuestos por los avances tecnológicos»⁶⁰.

Tales indicaciones son explicativas de la intensa discusión que al respecto se ha desarrollado en la ciencia jurídica en general y las fluctuaciones de la jurisprudencia, determinantes de que, sólo con extremas cautelas, pueden trasplantarse tales elaboraciones al Derecho penal, como lo demuestra la ya de por sí controvertida teoría de las esferas, cuya utilidad en dicho ámbito es ampliamente rechazada⁶¹.

⁵⁶ Esta representación geométrica es reconocida también (siempre con relación al art. 197.1) por González Guitián, “Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas”, en Cobo del Rosal (dir.)/Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo VII, 1996, Madrid: Edersa, p. 70; el mismo, “Escuchas clandestinas realizadas por particulares”, en Cobo del Rosal (dir.)/Bajo Fernández (coord.), *op. cit.*, p. 162. En cambio, Boix Reig/Jareño Leal/Doval Pais, como en la nota 11, p. 13, describen la imagen gráfica de las relaciones entre intimidad y secreto como dos círculos secantes.

⁵⁷ Así ya, por todos, Bajo Fernández, como en la nota 13, p. 99.

⁵⁸ Cf. Morales Prats, como en la nota 18, p. 15.

⁵⁹ También sobre el carácter vertiginoso de los cambios, Morales Prats, como en la nota 18, p. 45 y 118.

⁶⁰ Alberto Jorge Barreiro, “El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)”, *EDJ*, 2 (1996), monográfico «Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)», Dirs. T. Vives Antón y J. L. Manzaneres Samaniego (consultada la versión en CDRom).

⁶¹ Por todos, en España, Jorge Barreiro, como en la nota 2, pg. 87. En sentido diverso, Orts Berenguer/Roig Torres, como en la nota 49, p. 21; Ruiz Marco, en Cobo del Rosal (Dir.), como en la nota 2, p. 154-155.

En cuanto al posicionamiento del Derecho penal respecto de la controversia entre los aspectos relevantes para la teoría de la voluntad y los que subraya la teoría del interés, cabría decir que aquéllos han sido tomados en consideración especialmente al incorporar a la descripción del tipo la exigencia de que la conducta se lleve a cabo “sin autorización”, expresión que se suele considerar que abarca la ausencia de consentimiento. En cambio, no serían directamente relevantes para la determinación del bien jurídico *penalmente relevante* las restricciones a la persecución que —no sin excepciones— impone el artículo 201⁶². Pero en esta parcela del Ordenamiento jurídico las decisiones informadas del titular de los datos no determinan por sí solas el esquema básico de la protección penal de datos personales, que sólo es comprensible, como por lo demás se deduce de las consideraciones expuestas en el epígrafe anterior, de la existencia de intereses sociales compatibles con la naturaleza del Derecho penal, y en especial su subsidiariedad.

b). Como se ha apuntado, en la actualidad el Tribunal Constitucional concibe la protección de datos personales como un derecho fundamental autónomo. Ciertamente, esta autonomía no sólo es compatible, sino que se basa precisamente en que a través de ese derecho se garantiza la salvaguarda y el ejercicio de otros derechos, como la dignidad que constituye un valor jurídico primordial, y en última instancia el libre desarrollo de la personalidad. Dicho de otro modo, la instrumentalidad del derecho a la protección de datos personales no sólo no impide su caracterización autónoma como derecho fundamental, sino que la garantiza⁶³. A través de la función instrumental adquiere, con una intensidad que no se daría en otros derechos y en especial en el derecho a la intimidad, rango, sentido y sustantividad ese derecho. Si ello es así, la premisa de que la garantía respecto de datos personales logra un reconocimiento jurídico privilegiado porque salvaguarda la dignidad, no desempeña en la configuración del derecho un papel complementario o suplementario, ni siquiera ejerce sólo de función externa de legitimación de la protección y por lo tanto de la intervención estatal. Más bien debe articularse como un momento intrínseco funcional, pero también en lo concerniente al contenido y al objeto. En particular, esto habría de traducirse en que la protección se despliega sobre datos personales por el hecho de serlos, pero en mayor o menor medida, por ésta o aquella vía, la condición de personal o el presupuesto de la protección ha de ser que los datos sigan a *disposición* del titular para evitar usos ilícitos y lesivos que menoscaben su dignidad o el libre ejercicio de los derechos fundamentales, pero también para impulsar esos valores.

Pero, además, dejando de lado que esta configuración estaría siempre abierta a lo que el futuro —no siempre previsible— pueda deparar, la lectura que el Tribunal Constitucional hace del derecho fundamental y autónomo a la protección de datos personales sigue manteniendo rasgos propios de configuraciones precedentes⁶⁴. En efecto, introduce argumen-

⁶² En el sentido de que no es suficiente para determinar el ámbito de lo íntimo la voluntad del sujeto si no concurre un interés jurídicamente relevante, Jorge Barreiro, como en la nota 2, p. 87. Similar, López Garrido/García Arán, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario*, 1996, Madrid: Euroiuris, p. 116; Morales Prats, como en la nota 2, p. 962-963.

⁶³ Cf., en sentido parecido, Herrán Ortiz, “La protección de datos personales en la Jurisprudencia Constitucional”, en Echano Basaldúa (coord.), como en la nota 48, p. 993.

⁶⁴ En parte la rémora que se intenta poner de relieve se parece a los vínculos que la STC 254/1993 (FJ 4) seguía viendo entre el art. 18.4 CE y el derecho a la intimidad (sobre esto, cf. Ruiz Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, 1995, Madrid: Tecnos, p. 96-97).

taciones, de carácter no complementario, sino sustancial, que ponen el acento en la evitación de daños o riesgos, esto es, en una aprehensión particularmente tributaria de las amenazas provenientes ahora ya no sólo de la informática incipiente, sino sobre todo de la telemática, de Internet, y en suma de la Sociedad de la Información.

c) Por otra parte, brevemente, de un lado, como se ha indicado, la libertad informática (o ese nuevo derecho fundamental a la protección de datos), aún como poder de disposición sobre los datos personales, no es un todo homogéneo, sino que abarca diversas facultades⁶⁵.

Dejando de lado precisiones, el artículo 197.2 no las protegería todas⁶⁶, al tiempo que, las que se tutelan, cristalizan de modo diverso según la conducta típica⁶⁷ en él contemplada, pero también en otras formas típicas del Capítulo Primero del Título X. Y así, apoderarse y utilizar, como acceder y utilizar, representan un atentado a la intimidad del sujeto pasivo; mientras que modificar o alterar atentan contra un bien jurídico diferente, «la identidad informática o integridad de los datos, sin perjuicio de que en el segundo supuesto está también implícito en principio el acceso no autorizado»⁶⁸.

d). Para subrayar la singularidad del precepto analizado a veces se hace preciso destacar que lo tutelado es la intimidad con respecto a ataques provenientes de medios informáticos⁶⁹. Sin embargo, también se ha apuntado que la vinculación con tratamientos exclusivamente automatizados no se corresponde con la descripción típica. Ésta se construye en torno a un círculo más amplio, en el que están desde luego los abusos provenientes de la informática, pero también otros. Así se deriva de que además de sobre datos registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, las conductas puedan recaer sobre datos registrados en cualquier otro tipo de archivo o registro. Esto puede interpretarse sin duda a favor de que el Código acoge algunos de los rasgos de las fases más avanzadas de la libertad informática y en ese sentido que parece lógico afirmar que el precepto brinda una “protección penal de datos personales”⁷⁰.

Esta lectura permite ajustar mejor las relaciones entre el Código penal y la LOPRODA, que en cumplimiento de la Directiva 45/95 (art. 32.2) ha ampliado en el artículo 2.1 la protección a datos no automatizados, aunque según la Disposición Adicional primera éstos no tienen que adecuarse al régimen de la LOPRODA hasta octubre de 2007⁷¹. Sin embargo, cabe intuir que el legislador penal no era tan consciente de esta tendencia, y simplemente no quería dejar de tomar en consideración contenidos que parecían haberse parado en el tiempo y que eran más acordes con una idea del bien jurídico actualizada, pero en la que la

⁶⁵ Véase *supra*, apartado B) de este epígrafe.

⁶⁶ Romeo, como en la nota 9, p. 520.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 521.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 372; Mata y Martín, *Delincuencia informática y Derecho Penal*, 2001, Madrid: Edisofer, p. 132.

⁷⁰ Cf. Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 372.

⁷¹ Al respecto cf. Téllez Aguilera, *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos. Estudio sistemático e la Ley Orgánica 15/1999*, 2001, Madrid: Edisofer, p. 109-110.

intimidad seguía siendo fundamental, y que sólo algunos años después han retornado con los todos los avales de concepciones muy actualizadas acerca del bien jurídico⁷².

e) En quinto lugar, se advierte de la configuración legal del tipo del número 2 del artículo 197 que, aunque los datos «de carácter personal o familiar de otro» no tienen que reunir una calidad determinada, sí deben ser «reservados»⁷³. Esta precisión guarda relación con la posible consideración por este precepto y concordantes de otro aspecto que se considera vinculado con los desarrollos más recientes de la intimidad, esto es, la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal. Si así fuera, entonces los datos abarcados por el precepto penal, aparte de personales, no tendrían que reducirse a los datos relativos a la vida privada o íntimos.

No está claro que del hecho de que la normativa extrapenal no los defina, unido a la consideración de que todos los datos personales en cuanto son introducidos en un fichero automatizado son sensibles, se haya de aceptar *en el ámbito jurídico-penal*, o al menos en el del citado número, que el requerimiento de “reservados” que impone el art. 197 carece de sentido⁷⁴ o que haya que minimizarlo.

Más bien parece que, por mucho que la condición de dato “personal” o, mejor, de “carácter personal”⁷⁵ (y la de automatizado) generalmente conlleve la condición de reservado⁷⁶, este precepto mantiene una diferencia entre ambas condiciones⁷⁷, que permite separar el régimen jurídico-penal, que muestra así su naturaleza de *ultima ratio*, de la tutela dispensada en especial por la LOPRODA, respecto de todos los datos de carácter personal⁷⁸.

Distinta será la cuestión de determinar el alcance jurídico-penal del carácter de reservados: si se alude sencillamente a que han de afectar a la intimidad, esto es, que se trata de datos que el sujeto quiere que no los conozca nadie o sólo determinadas y personas además de aquellos en los que por mandato legal la reserva está compartida con una entidad públi-

⁷² Sobre algo de esto, cf. Seoane, como en la nota 34, p. 94 (asimismo, para este apartado del texto, *ibidem*, p. 100 y 102).

⁷³ Choclán, como en la nota 50, p. 713-714, destaca que, a diferencia del Código penal alemán [§ 202 a)], respecto del que es indiferente que los datos sean secretos, aunque requiere que los datos se hallen especialmente asegurados, el español limita la tutela a datos reservados o secretos: si no son reservados, el hecho no es punible.

⁷⁴ En este sentido, Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 379; Mata y Martín, como en la nota 69, p. 133-134 y 139-140; Morales Prats, como en la nota , p. 977-978.

⁷⁵ No es posible detenerse aquí sobre las implicaciones jurídico-penales de la exigencia de que los datos sean de carácter personal. Baste decir no obstante que, en síntesis, la misma conlleva su adscripción o vinculación, en términos de identificabilidad, a una persona, de modo que no es la acumulación informe de datos lo relevante, sino aquel conjunto de informaciones apto para brindar un perfil más o menos preciso de una persona (así Seoane, como en la nota 35, p. 137-138, que resume: «En otras palabras el objeto de protección son los datos de carácter personal, y no los datos personales»). En este sentido, el art. 197.2 del CP habría asumido una connotación en torno al bien jurídico protegido que ha estado presente sólo en la fase informática y postinformática de su evolución.

⁷⁶ “Casi consecuentemente”, indica Queralt, *Derecho penal Español. Parte Especial*, 42003, Barcelona: Atelier, p. 174.

⁷⁷ Llegan a conclusiones parecidas, Orts/Roig, como en la nota 49, p. 22-23 y 32-33; Romeo Casabona, como en la nota 9, p. 522.

⁷⁸ Orts/Roig, como en la nota 49, p. 32-33.

ca⁷⁹; o bien se refiere a otras particularidades, como por ejemplo las que plantea la *STS 234/1998*, de 18 de febrero, al vincular los datos reservados con aquellos que el hombre medio de nuestra cultura considera sensibles por ser inherentes a su intimidad más estricta (FJ segundo). En cualquier caso, si se admite la sustantividad y autonomía de la exigencia de reserva, lo que parece claro es que el número 2 del artículo 197 no habría tomado en consideración una caracterización de los datos que acompaña a la concepción del bien jurídico protegido, el derecho a la protección de datos, como derecho fundamental autónomo, al que se hizo mención más arriba. Ni siquiera a la libertad informática.

f) Tampoco aflora en el mencionado precepto otra característica incorporada al derecho a la libertad informática y al derecho a la protección de datos personales, relacionada con la anterior. En efecto, el hecho de que los citados derechos se conciban como instrumentos de salvaguarda o realización, el primero primordialmente de la intimidad y el segundo de cualquier derecho fundamental, no halla en el tipo apoyo. Como tampoco lo encuentra el que en última instancia, con las intermediaciones específicas en cada caso de otros bienes, lo que se garantiza es la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, objetivos que, por cierto, ni siquiera son ajenos a la construcción moderna, aunque “preinformática”, del derecho a la intimidad⁸⁰.

g) En séptimo lugar, hay otros aspectos vinculados con el reconocimiento del derecho a la protección de datos como nuevo derecho fundamental autónomo, y en especial con la acentuación de la dimensión positiva de la libertad informática, mediante el incremento en número e intensidad de las cargas que se imponen a quienes gestionan los datos, que no aparecen recogidos en el artículo 197.2 y concordantes. Así resulta al menos de que no se contemple ni la punición de la imprudencia⁸¹ ni de comportamientos omisivos, sin que a mi juicio quepa tampoco la comisión por omisión⁸².

h) En octavo lugar, las facetas del bien jurídico más estrechamente relacionadas con su configuración en la Sociedad de la Información no son tomadas en consideración por el tipo del número 2 del artículo 197. Tanto el derecho al anonimato como el pacífico disfrute de las comunicaciones en red no emergen en los comportamientos típicos recogidos en dicho número. En este sentido, se trataría en ambos casos de propuestas de *lege ferenda* que requerirían la incorporación de nuevas conductas típicas⁸³.

⁷⁹ Así respecto de ambos supuestos, Queralt, como en la nota 76, p. 174.

⁸⁰ Véase al respecto *infra* nota 84.

⁸¹ Marchena Gómez, “Aspectos penales del tratamiento automatizado de datos”, en Dávora Rodríguez (coord.), *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho (2000-2001)*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. Facultad de Derecho. Instituto de Informática Jurídica, 2001, Pamplona, pg. 46-47, se muestra partidario no obstante de criminalizar con respecto a la protección de datos alguna variedad imprudente, por ejemplo las “fugas negligentes” de datos, sobre todo en caso de datos ultrasensibles.

⁸² Las razones de fondo están en gran parte relacionadas con los criterios esgrimidos por Vives Antón, en Cobo del Rosal (Dir.), como en la nota 2, Tomo I, pgs. 48 ss, en especial, p. 523-524. Igual en cuanto a la conclusión del texto, Ruiz Marco, *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, 2001, Madrid: Colex, p. 78 (incluso en los casos de captación intelectual). Cf., no obstante, *infra* nota 123.

⁸³ Así, respecto, del uso pacífico de las comunicaciones telemáticas, Romeo, como en la nota 48, p. 535, advirtiendo de las cautelas con que debe ser tomada la correspondiente decisión político-criminal.

Tampoco es objeto de aprehensión típica —a diferencia de lo que sucede con otras modalidades típicas “modernas”, como el delito ecológico— la naturaleza global que suele atribuirse a este tipo de delincuencia. La problemática relacionada con esta caracterización tampoco está contemplada en otras normas penales sustantivas o jurisdiccionales.

C).- De lo expuesto puede vislumbrarse de modo más o menos nítido un acusado desfase entre el bien jurídico penalmente protegido y, por un lado, lo que cabría denominar razón de protección. Pero también, por otro, respecto del llamado *Schutzreflex*. De ese modo, ni la una ni el otro ejercerían un papel significativo para la precisión de la materia penalmente prohibida.

En cuanto a la primera se alude, como se ha apuntado, a que resulta consustancial a la intimidad, a la libertad informática, y sobre todo al derecho a la protección de datos personales, un vínculo (sobre todo, instrumental), en cualquier caso de difícil caracterización, con la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad, así como con otros bienes jurídicos o, mejor, con el ejercicio de otros derechos, sobre todo, fundamentales más específicos. Dicho sintéticamente, sin la intimidad, sin la libertad informática, la dignidad humana se desvanece y el ejercicio de esos otros derechos se hace imposible o resulta menoscabado⁸⁴.

Según lo dicho, más allá de la declaración de que el bien jurídico protegido es la libertad informática o la intimidad (o alguna de sus facetas), para determinar el alcance del art. 197.2, no sería preciso tener cuenta ese doble vínculo, de manera que no deberían verse afectados los derechos aludidos o, a lo sumo, el nexo podría tener un valor hermenéutico secundario o, en fin, se trataría de una *ratio* ajena a la interpretación y aplicación de la norma. Con todo no falta quien entienda que esos otros bienes jurídicos o derechos sólo podrían ser tomados en cuenta en tanto que su afectación provenga de aquella otra que se produjera directamente sobre la intimidad⁸⁵.

De la misma manera, el interés, por ejemplo, económico o comercial añadido, que pudiera tener el propio titular de los datos, el mero afectado por los datos o el titular del fichero no forma parte del bien jurídico protegido y, como mero *Schutzreflex*⁸⁶, estaría más allá de las funciones hermenéutica y sistemática del bien jurídico protegido.

⁸⁴ Sobre ello véase ya *supra* texto a las notas 15 a 21. En todo caso, la ligazón entre el derecho a la intimidad y la dignidad humana aparece clara en la jurisprudencia constitucional: entre otras cf. las *STC 231/1988*, de 23 de diciembre (FJ 3), *197/1991* (FJ 3), *143/1994* (FJ 6), *207/1996* (FJ 3), *151/1997* (FJ 5) y *202/1999* (FJ 2). Respecto de la dignidad humana como fundamento del derecho a la intimidad, en la doctrina, cf., por todos, Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 61999, Madrid: Tecnos, p. 317 ss, destacando cómo mientras que tradicionalmente honor/intimidad/propiedad aparecían configurados como derechos de la personalidad ahora se conciben como expresión del valor de la dignidad humana, la cual, aparte de que su noción resulte problemática, ya no se entiende como una garantía negativa (no ser objeto de ofensas o humillaciones) sino que entraña igualmente —y subrayando con ello la dimensión intersubjetiva del ser humano— la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad, que supone de un lado el reconocimiento de la *autodisponibilidad* y de otro el de la *autodeterminación*.

⁸⁵ Plantea esta alternativa, Marchena, como en la nota 46, p. 1.112.

⁸⁶ Respecto del correspondiente precepto del Código penal alemán, Lenckner, en Schöncke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 262001, Munich: C.H. Beck, § 202 a, marg. 1 (p. 1.615).

D).- Por otra parte, a mi juicio, las transformaciones referidas no suponen, por lo que hace al bien jurídico protegido, saltos tales que los aspectos precedentes sean completamente anulados⁸⁷. Como ha precisado cierta doctrina filosófico-jurídica y constitucional — paralelamente a las advertencias de la Sociología—, al teorizar sobre el “evolucionismo jurídico” que subyace a los “derechos de la tercera generación” —o sobre el Derecho en la Sociedad del riesgo—, no siempre se generan derechos o intereses *ex novo*⁸⁸.

Con el nuevo perfil o la nueva substancia del bien jurídico protegido coexiste sin perder completamente relevancia jurídica, o por lo menos relevancia jurídico-penal, la raigambre más clásica de la intimidad.

De ello se puede extraer como postulado que la desconexión conceptual absoluta de los significados del bien jurídico protegido correspondientes a la tercera fase respecto de la primera y de la segunda fases, o del significado de la segunda fase, respecto de la primera, difícilmente puede encontrar acomodo en el bien jurídico penalmente protegido.

3. LOS LÍMITES EXTRAPENALES DEL ARTÍCULO 197.2

A).- La importancia de la legislación extrapenal para la delimitación del ámbito típico del número 2 del artículo 197 está fuera de duda⁸⁹. Aunque exista discrepancia en orden a fijar el grado de dependencia⁹⁰, la concreción del alcance de la mayoría de los elementos que lo integran debe hacerse recurriendo a dicho entramado normativo⁹¹, en cuya cúspide se sitúa especialmente el número 4 del artículo 18 de la CE, y del que forman parte, junto a la legislación estatal⁹² —y en especial la LO 15/1999, de 13 de diciembre⁹³, de Protección de Datos Personales (LOPRODA)⁹⁴—, reglas comunitarias, europeas o internacionales⁹⁵.

⁸⁷ Cf. Seoane, como en la nota 34, p. 76.

⁸⁸ También Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 19, parece compartir este punto de vista, cuando indica que «no se trata de que la intimidad haya sido sustituida por la privacidad, sino que se ha producido una mutación». Se trataría más un fenómeno expansivo (cf. Morales Prats, como en la nota 21, p. 15) que rupturista. Pero, en todo caso, inevitable (cf. Pérez Luño, como en la nota 42, p. 160).

⁸⁹ Baste al respecto recordar que el *ATSJ Extremadura 13-1-2003*, entre las notas características de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, destaca «la remisión a normas extrapenales, en especial a la Ley de protección de datos personales» (FJ quinto).

⁹⁰ Queralt, como en la nota 76, p. 174, entiende que los ámbitos, objeto y definiciones de la LOPRODA podrán servir al penalista de guía, pero el art. 197.2 opera en particular con un concepto material y propio de dato y no constituye una norma penal en blanco. Coincide con esto Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 20 (véase en cualquier caso *infra* nota 95). En cambio, Morales Prats, como en la nota 2, p. 976 le asigna dicha naturaleza.

⁹¹ Cf. Morales Prats, como en la nota 30, p. 976. Cf. asimismo la *SAP Zaragoza (St) 399/2002* (FJ III).

⁹² Existe también una normativa autonómica, que suele limitarse a regular el funcionamiento de las respectivas agencias de protección de datos. Entre ellas hay que citar la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid (BOCM 175 de 25/07) y la Ley 5/2002, de 19 de abril de la Agencia Catalana de Protección de Datos (DOGC 3625, de 24/4) y la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos. Sobre dicha normativa, cf. Bacaria Martus, “La Agencia Catalana de Protección de Datos (algunos aspectos comparativos con la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid). La cuestión de las competencias autonómicas sobre ficheros de titularidad privada en la ley catalana”, en Davara Rodríguez (coord.), como en la nota 43, p. 201-218; Herrán Ortiz, *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de*

Los desarrollos de la LOPRODA están por llegar y de hecho todavía están vigentes las normas reglamentarias de la LORTAD⁹⁶. En especial el RD 1.332/1994, de 20 de junio, y los que se ocuparon de aspectos más específicos, como el RD 428/1993, de 26 de marzo, que sancionó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos⁹⁷, y el RD 994/1999, por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de ficheros automatizados que contengan datos personales⁹⁸.

Aparte de la normativa internacional⁹⁹, en Europa es pionera la Resolución 68/509/CE de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos, en la que se puso de manifiesto la salvaguarda del ciudadano, en especial de su esfera interna, frente a la potencial agresividad de los mismos. Pero las disposiciones más significativas comunitarias son: el Convenio (108) del Consejo de Europa de protección de las personas frente al tratamiento automatizado de los datos personales de 28 de enero de 1981, ratificado por España el 27 de enero de 1984; la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos; la Directiva 97/66 del Parlamento y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; y la Directiva 58/2002/CE, de 12 de julio del Parlamento europeo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que

Protección de Datos Personales, 2002, Madrid: Dykinson, p. 341-347; del Peso Navarro, *La Ley de Protección de Datos*, 2000, Madrid: Díaz de Santos, p. 97-104; Troncoso Reigada, "La contribución de las Agencias Autonómicas al derecho fundamental a la protección de datos", en Davara Rodríguez (coord.), *op. cit.*, p. 23-45.

⁹³ Su art. 37 ha sido modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (art. 82).

⁹⁴ Hay otras disposiciones sectoriales que también regulan la protección de de datos personales. Entre ellas, cabe destacar la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, que contempla entre sus objetivos salvaguardar, en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de datos personales y al secreto de las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, en cuya garantía podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios [art. 3, e)]. En particular, en virtud del art. 34, los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal conforme a la legislación vigente, así como adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar los niveles de protección de los datos de carácter personal que sean exigidos por la normativa de desarrollo de esta ley en esta materia. En caso de que exista un riesgo particular de violación de la seguridad de la red pública de comunicaciones electrónicas, el operador que explote dicha red o preste el servicio de comunicaciones electrónicas informará a los abonados sobre dicho riesgo y sobre las medidas a adoptar.

⁹⁵ Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 20-21, destaca la necesidad de que la interpretación del art. 197.2 no se aparte de la normativa comunitaria, incluidas directivas y recomendaciones, «cuando puedan suministrar elementos válidos para una más perfecta aplicación del tipo penal». En sentido parecido, Jorge Barreiro, como en la nota 2, p. 127. Cf., asimismo, la *STS 1.461/2001* (FJ III, ap. 6), y la *SAP Barcelona (S7) 728/2000*, de 4 de octubre. El *ATSJ Extremadura 13-1-2003* indica que a los efectos interpretativos, se deberá estar a las normas extrapenales tuteladoras de los datos personales informatizados: además de la LORTAD, el Convenio europeo de 1981, la Directiva 95/46 de la UE.

⁹⁶ Cf. la DF primera de la LOPRODA.

⁹⁷ Reformado por el RD 156/1996, de 2 de febrero.

⁹⁸ El RD 195/2000, de 11 de febrero, establece los plazos para implantar dichas medidas.

⁹⁹ Ofrece un amplio panorama, incluidos accesos a las normativas de otros países, la web de la Agencia Española de Protección de Datos (<https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=72>).

sustituye a la anteriormente citada y tenía como fecha límite para su trasposición el 31 de octubre de 2003. Asimismo, el Reglamento (CE) 45/2001, de 18 de diciembre del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Por último, el artículo 8 del texto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, reconoce —de forma independiente al derecho “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones” (art. 7)— el derecho a la protección de datos de carácter personal, consagrando, aparte de la independencia de la autoridad de control, la universalidad de este derecho, cuyo contenido alcanza al acceso y la rectificación e imponiendo el deber de tratamiento leal, finalista y legitimado en el consentimiento o en la ley¹⁰⁰.

Pero además de aquella función, en parte heterointegradora y en parte hermenéutica, estas normas desempeñan asimismo una influencia más difusa, que tiene también una naturaleza hermenéutica, pero además de carácter político-criminal o incluso *paraconstitucional*¹⁰¹. No hay que olvidar que muchas de ellas, y en particular la LOPRODA, cuajan en textos que en gran medida siguen la técnica legislativa de cláusulas o principios generales¹⁰².

B).- Junto a ello se advierte que dicha legislación incluye unos mecanismos propios de protección de carácter sancionador.

La naturaleza subsidiaria del Derecho penal, entendida en el sentido más amplio, determina la reserva de la intervención punitiva para los casos más graves y/o cuando esos instrumentos extrapenales no ofrecen una vía adecuada de protección. La vigencia del principio de legalidad penal impone no obstante que la gravedad de los hechos o la inadecuación referida no determina sin más el recurso a la sanción penal. Para ello es preciso, como es lógico, que los hechos sean subsumibles en la norma penal, sin que por ello quepa una interpretación extensiva¹⁰³.

De esos instrumentos de protección extrapenal el más significativo es hoy la LOPRODA, que establece todo un sistema de infracciones y correlativas sanciones no penales. Como señala Morales Prats¹⁰⁴, estas normas habrán de ser tenidas en cuenta para evitar el solapamiento del número 2 del artículo 197 con tal sistema sancionador.

C).- De todos modos, resulta clave la restricción del círculo de sujetos a los que es aplicable el sistema de sanciones de la LOPRODA. En efecto, conforme al artículo 43.1, los destinatarios de ese régimen sancionador son únicamente los responsables de los ficheros y los encargados del tratamiento¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Sobre dicho precepto, cf. Jorge Barreiro, como en la nota 2, p. 126-127. Como es sabido, el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2002, modificativo de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea introduce en los mismos dicha Carta. El Tratado tiene previsto su entrada en vigor en 2004, una vez sea ratificado por los Estados de la UE.

¹⁰¹ En este sentido cobrará especial importancia el artículo 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

¹⁰² Cf. Pérez Luño, como en la nota 21, p. 335.

¹⁰³ Cf. al respecto la *SAP Ciudad Real (S1) 13/2001* (FJ V, *in fine*).

¹⁰⁴ Como en la nota 30, p. 975. En esa línea también Rodríguez Ramos, como en la nota 50, p. 237.

¹⁰⁵ Es significativa, aunque problemática a los efectos que aquí interesan, esta ampliación llevada a cabo por la LOPRODA, pues el sistema sancionador de la LORTAD sólo comprometía a los responsables de los ficheros. Al respecto, cf. Téllez Aguilera, como en la nota 71, p. 119-120.

Al margen quedan los “outsiders”. Respecto de su conducta, no obstante, la protección jurídica no se reduce al ámbito penal, pues hay otras vías sancionadoras o reparadoras. De acuerdo con ello, no sería posible extraer la conclusión de que en ese caso la única tutela disponible es la penal. La subsidiariedad de la intervención jurídico-penal está salvaguardada por la existencia de esas otras normas de naturaleza no criminal, de modo que también con relación a intromisiones de extraños es invocable la idea de que la jurisdicción penal ha de quedar reservada a los supuestos más graves.

En este sentido, en primer término está la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en segundo término la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

Por otra parte, la LOPRODA no llega a ciertos datos¹⁰⁶, respecto de los que en ocasiones existen vías más específicas de protección¹⁰⁷, y a otros que sí regula su vigencia está aplazada.

Pese a que ha quedado obsoleta¹⁰⁸, la invocación de la LO 1/1982 —y otro tanto podría decirse de la Ley 62/1978¹⁰⁹— no es desconocida por la doctrina y la jurisprudencia¹¹⁰. Es más hay que recordar que a aquella ley se le encomendó la protección frente a intromisiones informáticas. En efecto, la Disposición transitoria primera de la LO 1/1982 establecía que «En tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo dieciocho, apartado cuatro, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley», que fue posteriormente derogada por la Disposición Derogatoria única de la LORTAD.¹¹¹ Sin embargo, la invocación a la LO 1/1982 respecto de la protección de datos no resulta impedida por completo a resultas de esa derogación, que lógicamente está intacta pese a la abolición del régimen de protección de datos implantado en 1992 por la LOPRODA. Ahora bien, parece lógico estimar que la supresión de la tutela de la intimidad dispensada por la LO 1/1982 sólo alcanza a aquellos datos y facultades protegidos, antes por la LORTAD y ahora por la LOPRODA, pero como ni ésta ni aquella abarcan todas las intromisiones perpetradas valiéndose de la informática, y en especial las llevadas a cabo por “outsiders”, seguirá habiendo espacio para poder recurrir a la LO 1/1982 y proteger así también por esta vía civil los datos personales, pese a que la concreción típica en este caso de la intromisión no esté depurada y actualizada. Esta posibilidad se ve facilitada por el

¹⁰⁶ Cf. en particular el art. 2.2 de la LOPRODA.

¹⁰⁷ Cf. concretamente el art. 2.3 de la LOPRODA.

¹⁰⁸ Jover Puyol, “Protección de datos en el procedimiento civil”, en Davara Rodríguez (coord.), *X Años de encuentros sobre Informática y Derecho. 1996-1997*, 1997, Pamplona: Aranzadi, p. 129.

¹⁰⁹ En este caso, la invocación se refiere en realidad al artículo 197 CP. Y así, la *SAP Madrid (S7) 146/1999*, de 23 de marzo, razona que la existencia de dicha ley pone de manifiesto que la jurisdicción penal ha de quedar reservada a aquellos supuestos más graves (en función de aquello que pongan al descubierto o revelen), pues, de no entenderlo así, la jurisdicción civil quedaría sin contenido en esta materia.

¹¹⁰ Cf. Segrelles de Arenaza, en Cobo del Rosal (Dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 2000, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 273. Asimismo, cf. el FJ 1 *in fine* de la *SAP Navarra (S2) 285/1998*.

¹¹¹ Sobre ello cf. Heredero Higuera, *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Comentario y Textos*, 1996, Madrid: Tecnos, p. 292-294.

hecho de que, aunque no de modo unánime, se suele entender que se trata de un sistema abierto de tipificación de intromisiones. En cualquier caso, hay que recordar que la LOPRODA comprende la protección de datos y frente a tratamiento no automatizados.

D).- Las precisiones al respecto son, por su complejidad, tan necesarias como imposibles de referir en este trabajo. Sin embargo, cabe apuntar algunas pautas orientativas.

Hay que aceptar que ciertos ámbitos protegidos por las normas penales y las extrapenales coinciden. Esta distorsionadora confluencia parcial de injustos hace que la activación de la potestad punitiva —con los resultados que de ella puedan derivarse— quede en algunos casos a la iniciativa de los particulares que pueden optar, en los términos establecidos en el artículo 201 del CP¹¹², por dejar de lado la vía penal y preferir la civil o la administrativa.

Esta posibilidad no puede interferir no obstante los límites mínimos del injusto penal: allí donde una protección no haya sido tomada en consideración por la ley penal, la preferencia del particular por la jurisdicción penal no tiene valor alguno. La pregunta acerca de dónde está ese mínimo sólo se puede resolver comprobando los correspondientes presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal, empezando por el tipo.

Pero esta comprobación no se puede detener en una operación de adecuación formal del hecho a la descripción del número 2 del artículo 197. Con carácter ejemplificativo, en este sentido, a nivel de principios cabe formular uno que me parece importante: la protección extrapenal no se articula sólo sobre bases reparadoras. La existencia de una necesidad de prevención como factor de deslinde no conduce necesariamente a afirmar la relevancia jurídico-penal¹¹³. Como la invocación del bien jurídico protegido que tendría ciertas especificidades jurídico-penales (entre ellas la continuidad generacional¹¹⁴ y la ampliación¹¹⁵ aludidas), también respecto de la prevención lo jurídico penal asumiría rasgos propios de utilidad delimitadora: sólo en tanto esté en juego una prevención general cualificada y ratificada en necesidades de prevención especial y en un merecimiento punitivo quedaría expedita la vía penal. Pero además esa necesidad de prevención reforzada debe satisfacerse directamente. No es posible invocarla cuando el nexo es muy indirecto. En todo caso, la normativa extrapenal citada además de funciones compensatorias desarrolla otras tutelas¹¹⁶.

4. ÁMBITOS DE PROTECCIÓN PENAL NO CUBIERTOS POR EL ARTÍCULO 197.2

A).- Aun con las limitaciones descritas, además del artículo 197.2 del Código, otros preceptos del mismo se ocupan de proteger los datos personales. La articulación de los ámbi-

¹¹² Sobre éste cf., brevemente, Anarte, como en la nota 3, p. 61.

¹¹³ Respecto a las posibilidades preventivas en el marco del Derecho civil, cf. Salvador Coderch, en Salvador Coderch/Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1997, Madrid: Marcial Pons, p. 110-124.

¹¹⁴ Véase especialmente *supra* epígrafe 2, apartado B.

¹¹⁵ Véase *supra* epígrafe 2.2, apartado D).

¹¹⁶ Al respecto, cf. lo dispuesto en el número 2 del artículo 9 de la LO 1/1982.

tos respectivos de cada uno de los tipos no está particularmente bien conseguida, de modo que las interferencias son numerosas.

En este epígrafe se consideran, con carácter provisorio, y en sus trazos más gruesos, los límites del art. 197.2 con relación a esos preceptos. De todos modos, tales anotaciones se referirán exclusivamente a las variantes —en ocasiones meras cualificaciones, cuya apreciación asentada en el citado número 2, aunque presente dificultades, no admite dudas— incluidas en el Capítulo primero del Título X del Libro segundo del Código penal de 1995 que, si bien concentra el núcleo de la protección penal de la intimidad en sentido amplio y en particular de los datos personales, no incluye todas las figuras pertinentes.

Sólo a título de ejemplo cabe mencionar el artículo 278, vinculado con los delitos de competencia desleal y más específicamente con violaciones de secretos empresariales, por lo que recibe el nombre de “espionaje empresarial”¹¹⁷, intercalándose el término “informático” cuando se emplean nuevas tecnologías¹¹⁸. De todos modos, se advierte que no todas las contempladas en el 197.2 aparecen en aquél (v. gr. la alteración y la modificación). Esto ha llevado a un sector de la doctrina a plantearse recurrir al art. 197.2, apoyándose en el artículo 200, cuando se trata de datos reservados de personas jurídicas¹¹⁹. Sin embargo, como indica Martínez-Buján Pérez¹²⁰, a esto se opone que el art. 278 es ley especial frente al Título X¹²¹, «y por tanto, nunca podrá ser aplicable con carácter subsidiario, salvo lógicamente que el secreto afecte a la intimidad personal de los representantes de la persona jurídica»¹²².

B).- En primer término, por razones de especialidad referida al sujeto activo del delito, quedan al margen del artículo 197.2:

a) Las intromisiones protagonizadas por encargados y responsables de «dos ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros», de conformidad con el número 4 del artículo 197. Para aplicar esta agravación es preciso atenerse a roles formales, como los que establece la LOPRODA [art. 3, d)]¹²³, pero también a un funda-

¹¹⁷ Cf., por todos, Martínez-Buján Pérez (con la colaboración de Suárez-Mira Rodríguez/Faraldo Cabana/Brandariz García/Puente Alba), *Derecho penal económico*, 2002, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 62-63.

¹¹⁸ Sobre ello, cf. Anarte, como en la nota 45, p. 241 ss, con ulteriores referencias. Respecto a las relaciones del art. 197.2 con el 278.1 es de especial interés la *SAP de Lleida (S1) 56/2001*, de 12 de febrero, sentando su heterogeneidad.

¹¹⁹ Así Morales Prats/Morón Lerma, en Quintero (Dir.), como en la nota 2, p. 1.295 (no obstante apuntan también la posibilidad de acudir al art. 264.1. Conforme con esto, Martínez Buján, como en la nota 117); Prats Canut, “Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código penal”, CDJ, 1996/III (monográfico «Delitos contra la libertad y seguridad»), p. 204.

¹²⁰ Como en la nota 117, p. 79.

¹²¹ Repárese en que el art. 200 contempla la aplicación del capítulo I del Título X al descubrimiento, revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, «salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código».

¹²² Sobre esto, véase *infra*.

¹²³ Cf. Choclán, como en la nota 50, p. 716, donde parece postular que tales sujetos responderían, como garantes (según resultaría del art. 9 de la LORTAD y del 49 de la LGT), en comisión por omisión, para omisiones equivalentes a las acciones típicas en el sentido del artículo 11, como los casos en que permitan un uso y cesión no autorizados.

mento material¹²⁴, que de no darse obligaría a apreciar el número 2. En particular, quedarían al margen los meros operarios¹²⁵.

La solución a la compleja delimitación interna de los dos incisos del número 2 del artículo 197, que ha dado lugar a soluciones doctrinales encontradas¹²⁶, provoca disfunciones en el conjunto del capítulo, y en especial a la hora de determinar la carga jurídico-penal de los encargados y responsables de los ficheros de datos personales. Así se puede apreciar al considerar la posición de Rodríguez Mourullo/Alonso Gallo/Lascuráin Sánchez. Da la impresión de que para estos autores¹²⁷, respecto de las conductas ilícitas (contrarias a la LOPRODA) que pueden llevar a cabo los “insiders” (esto es, en síntesis, creación ilícita de ficheros con datos personales, comunicación o cesión no autorizadas y vulneración del deber de guardar secreto), poco o nada tendría que hacer el número 2. La creación sería impune porque el Código presupone datos ya registrados. La violación de secretos habría que reconducirla al número 2 del artículo 199 (y con salvedades¹²⁸).

b) Tampoco es aplicable el artículo 197.2 cuando las injerencias han sido protagonizadas por autoridades y funcionarios públicos «fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaleciendo de su cargo».

Así reza la cualificación contemplada para todas las figuras del artículo 197 en el artículo 198¹²⁹, al que no obstante no cabría recurrir cuando se dieran los presupuestos contemplados por los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad de la sección segunda, capítulo V, del Título XX¹³⁰.

De todos modos, el recurso al artículo 198 (y más a las figuras englobadas entre los delitos contra la Constitución), aunque cuente con la facilidad de que se levanta la restricción de perseguibilidad característica de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos¹³¹, no está libre de dificultades. A mi juicio —al margen de lo que resulte de los delitos contra el ejercicio de los derechos constitucionales—, su aplicación debe fundamentarse en que la condición y actividad funcional del sujeto activo sea particularmente relevante para la comisión del hecho delictivo. En otro caso, la vía alternativa de agravación —que en caso del artículo 198 sería también la pena en su mitad superior— sería normalmente la genérica de prevalimiento del carácter público del culpable. Pero, ni siquiera cabría esto

¹²⁴ Al respecto cf. Anarte, como en la nota 3, p. 59, con referencias.

¹²⁵ Carbonell/González Cussac, como en la nota 49, p. 294; Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Adaptado al Programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 112003, Madrid: Dykinson, p. 93.

¹²⁶ Cf. Carbonell/González Cussac, como en la nota 49, p. 291-292; Díaz-Maroto y Villarejo, “Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad”, *La Ley*, 1996, p. 1.191; Morales Prats, como en la nota, p. 980-981; Polaino Navarrete, en Cobo del Rosal (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, I, 1996, Madrid: Marcial Pons, p. 404; Orts Berenguer/Roig Torres, p. 34-35; Rodríguez Mourullo/Alonso/Lascuráin, “Derecho penal e Internet”, en Cremades/Fernández-Ordóñez/Illescas (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, 2002, Madrid: La Ley, p. 272-273.

¹²⁷ Como en la nota 126, p. 273 ss.

¹²⁸ Rodríguez Mourullo/Alonso/Lascuráin, como en la nota 126, p. 276.

¹²⁹ Al respecto, escuetamente, Anarte, como en la nota 3, p. 59-60.

¹³⁰ Otro tanto cabría decir del artículo 442.

¹³¹ Cf. el art. 201.1. Al respecto, brevemente, Anarte, como en la nota 3, p. 59-60.

cuando se da una simple superposición circunstancial, sin que la característica pública se ponga al servicio del ataque al bien jurídico protegido.

C).- Debido más que a particularidades del sujeto, a las diferencias de los comportamientos típicos y de las facetas protegidas, el artículo 197.2 queda postergado tratándose de las acciones reveladoras o divulgadoras del artículo 199¹³². En las dos variantes que contempla, en cada una de ellas con sus propias especificidades, lo prioritario es sólo una parcela específica de la intimidad como es el deber de reserva.

D).- Las intrusiones típicas del número 2 del artículo 197, descritas con suma ambigüedad, son de carácter esencialmente descubridor, por lo que quedan fuera del mismo las conductas de naturaleza reveladora o difusora, que en principio quedan reservadas para el número 3. Sin embargo, no pueden descartarse completamente superposiciones entre ellos, dado que el número 2, engloba, en sus dos incisos la utilización de los datos.

A este respecto, no toda exteriorización de lo captado comportaría la aplicación del número 3. Primero, porque el número 3 presupone para los difusores implicados (inciso primero) o para los que no lo estuvieran (inciso segundo) la previa comisión del número 2 (o del número 1)¹³³. Pero además creo que, por lo menos en los casos de difusión y revelación, el número 3 requiere cierto grado de efectividad reveladora, por lo que si el destinatario dispone ya de los datos la confluencia del número 2 con el número 3 no sería respecto de la variante consumada, sino a lo sumo de la tentativa¹³⁴. En realidad, esos casos podrían ser constitutivos de utilización.

E).- Del mismo modo, el carácter “sensible” del dato no da lugar automáticamente a la aplicación del número 5¹³⁵, pues los datos relevantes para tal precepto serían más bien aquellos que pueden llegar a ser calificables como *ultrasensibles* (ideología, religión, creencias, salud, sexualidad u origen racial de un sujeto¹³⁶).

Este concepto no depende sólo del carácter personal del dato (a diferencia del caso de menores o incapaces, en que la condición del titular del dato determina la agravación, tanto si los datos son sensibles como si son ultrasensibles), sino de su capacidad reveladora de aquellos aspectos del perfil de una persona que han sido especificados en el número 5 del artículo 197. Los datos que no sean indicativos de esas características personales, como por ejemplo, la condición de condenado, según resulte del Registro correspondiente, pueden resultar especialmente sensibles para la vida de una persona e incluso concernir a su integridad moral¹³⁷, pero tal sensibilidad no es la que el legislador ha tenido en consideración en el artículo 197.5.

De acuerdo con ello, no es su contenido inmediato ideológico, religioso, racial, sexual o relativo a la salud individual lo que determina la cualificación, sino su aptitud, apreciable

¹³² Sobre el alcance del artículo 199, concisamente, *ibídem* p. 58-59, con ulteriores referencias.

¹³³ Sobre ello, brevemente, *ibídem*, p. 58.

¹³⁴ Cf. no obstante *ibídem*, texto y nota 91.

¹³⁵ Sobre él, sucintamente, *ibídem*, p. 60.

¹³⁶ Los supuestos no coinciden exactamente con los datos especialmente protegidos por la normativa sobre datos personales. En particular, el artículo 7 de la LOPRODA alude sólo al origen racial, a la salud y a la vida sexual.

¹³⁷ En este sentido, la *STC 144/1999*, de 22 de julio (FJ 8).

también en concreto, para desvelar esos aspectos de la vida de una persona¹³⁸. Es preciso en consecuencia que el juez constate esta singularidad. En cambio, no constituye un requisito del tipo cualificado, ni siquiera como finalidad de la acción, la eventual repercusión negativa o discriminatoria que la intromisión pudiera conllevar en el ejercicio de derechos particularmente cualificados del titular de los datos. En efecto, esto puede advertirse claramente con el ejemplo anteriormente referido de los datos relativos a los antecedentes penales, que indudablemente pueden implicar repercusiones discriminatorias, pero esto ni bastaría, ni sería necesario. Otro tanto puede decirse de que el sujeto consiga elaborar un auténtico perfil de la persona, esto es, la disociación¹³⁹.

F).- Las peculiaridades del sujeto pasivo parecen conllevar también la exclusión del número 2.

a). Por un lado, el Código penal no sólo da por hecho que los menores o incapaces pueden titulares del derecho a la intimidad¹⁴⁰, sino que, como se ha visto, contempla en el número 5 una cualificación que desplaza al tipo básico cuando «da víctima fuere un menor de edad o un incapaz»¹⁴¹.

b). Por otro lado, el artículo 200 extiende las previsiones del capítulo a los descubrimientos, revelaciones o cesiones de «datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código».

Sin embargo, la relevancia del derecho a la protección de datos (de la libertad informática o de la intimidad) en este precepto y la posibilidad de considerar a las personas jurídicas como sujetos pasivos del correspondiente delito son limitadas. De hecho la mayoría de la doctrina lo considera inútil, condiciona la aplicación del precepto a que en última instancia haya personas físicas cuya intimidad resulte concernida, o le asigna funciones instrumentales¹⁴². La jurisprudencia también se ha pronunciado en sentido similar, aludiendo especialmente a la necesidad de que la información trascienda a la intimidad de personas físicas vinculadas con la persona jurídica¹⁴³ y a la posibilidad de que la persona jurídica inste la persecución penal¹⁴⁴.

¹³⁸ La LOPRODA (sobre la opción de dicha ley en la delimitación de los datos especialmente protegidos, cf. Seoane, como en la nota 35, p. 140-141), en cambio, habla de «datos personales que hagan referencia ...» (art. 7). Véase además *supra* nota 136.

¹³⁹ Así Queralt, como en la nota 76, p. 179.

¹⁴⁰ Sobre esto, aparte de textos internacionales, cf. especialmente el art. 4 Ley 11/1996, derotección Jurídica del Menor. Asimismo, cf. el art. 3.1 LO 1/1982.

¹⁴¹ Sobre el alcance del precepto penal, cf. Corcoy Bidasolo, «El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento», *CDJ* (monográfico «Protección de menores en el Código penal»).

¹⁴² Al respecto cf. Anarte, como en la nota 3, p. 60-61. Véase asimismo el *supra* el apartado A) de este epígrafe.

¹⁴³ Cf. *SAP Madrid (S23) 215/1999*, de 28 de abril (FJ primero); *SAP Asturias (S2) 205bis/2003*, de 14 de julio (FJ segundo), donde se indica que la tutela penal de datos o informaciones de tipo societario o empresarial "strictu sensu" se contempla en el ámbito de los delitos relativos al mercado. No obstante, cf. *SAP Alicante 22-3-1999*.

¹⁴⁴ Es el caso de la *SAP Asturias (S2) 205bis/2003*, de 14 de julio.

La posición doctrinal mayoritaria¹⁴⁵ se corresponde además con la opción de la LOPRODA¹⁴⁶, que —en consonancia con el Convenio 108/1981 del Consejo de Europa¹⁴⁷ y la Directiva 95/46¹⁴⁸— no ha procedido a la ampliación de la tutela de la libertad informática de las personas jurídicas. En cambio, lo preveía el proyecto gubernamental de la LORTAD¹⁴⁹, y lo contempla la legislación italiana, al incluir entre sus finalidades la protección de los derechos de las personas jurídicas y otros entes o asociaciones y entre los datos personales las informaciones relativas a éstas, siempre que las hagan identificables¹⁵⁰.

Frente al criterio dominante entre los penalistas¹⁵¹, sostiene Pérez Luño que precisamente para paliar el régimen restrictivo de la LOPRODA está el artículo 200 del Código penal «que extiende a las personas jurídicas la tutela penal de la intimidad, cuando se descubren o revelan datos reservados de personas jurídicas la tutela penal de la intimidad sin el consentimiento de sus representantes legales. En este supuesto el nuevo Código Penal corrige uno de los aspectos más insatisfactorios de la vigente LOPRODA. De este modo, se podrá evitar la indefensión de las personas jurídicas ante tratamientos indebidos de sus datos. Pero ello puede determinar que se tramiten por vía penal la defensa de intereses colectivos que hubieran debido tutelarse en la LOPRODA, contrariando el principio de “intervención mínima” invocado en su Exposición de Motivos como uno de los inspiradores de nuestro nuevo Código Penal»¹⁵².

¹⁴⁵ En general la cuestión de la atribuibilidad del derecho a la libertad informática a las personas jurídicas suscita la controversia: a favor, se muestra Pérez Luño, “Libertad informática y leyes de protección de datos personales”, en Varios Autores, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, 1989, Madrid, p. 154; también, pero con matices, Lucas Murillo de la Cueva, como en la nota 42, en contra, Ortí Vallejto, *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, 1994, Granada: Comares, p. 74-79.

¹⁴⁶ Para tal conclusión cf. el artículo 1 y los apartados a) y e) del artículo 3. Al respecto, cf. Pérez Luño, como en la nota 21, p. 341.

¹⁴⁷ Cf. art. 3.2.b).

¹⁴⁸ Cf. considerando 24, en relación con los arts. 1.1 y 2.a).

¹⁴⁹ Publicado en el *BOCG. Congreso de los Diputados*, num. 59-1, de 24 de julio de 1991.

¹⁵⁰ Al respecto cf. Pérez Luño, como en la nota 21, p. 340.

¹⁵¹ En la doctrina penal discrepan del punto de vista mayoritario: Alonso de Escamilla, como en la nota 50, p. 174; Segrelles de Arenaza, como en la nota 110, p. 304. Aparentemente también Boix/Jareño/Doval, como en la nota 11, p. 6. No muy rotundo, Serrano Gómez, como en la nota 2, p. 271. Queralt, como en la nota 76, p. 162 —tras indicar que «la protección de las personas jurídicas se abre a un nada incierto camino. Las corporaciones, pues pasan a cobrar, especialmente en el área de los secretos, una relevancia importante como titulares del bien jurídico intimidad y, en consecuencia, pasan a ser objeto de salvaguarda jurídico-penal», señala que la persona jurídica poca intimidad tiene, su intimidad, si acaso, «es fingida, como su propia personalidad, ..., funcional o, aun más propiamente derivada. No obstante, como en última instancia el beneficiario de esa intimidad —y de su custodia— va a ser una persona física, no parece descabellado sino antes al contrario, merece un aplauso, la protección que también en sede penal pueda brindársele a la persona moral» (subrayado en el original). Más adelante (p. 168) señala que «Aunque no siempre será factible en atención a la naturaleza del secreto, las personas jurídicas son expresamente titulares de los bienes jurídicos protegidos en los artículos 197 a 199 (art. 200). No será, con todo, posible que las personas jurídicas sean sujeto pasivo de la intimidad familiar; cuando el secreto sea uno empresarial y la acción consista en apoderamiento del mismo o su captación ... entrará en juego el art. 278». De hecho, salvo estos pronunciamientos, no analiza el artículo 200 y aborda los correspondientes delitos contra el mercado como último grupo del epígrafe “Delitos contra la intimidad de las personas”. Además al delimitar los sujetos pasivos del art. 197 señala que no pueden serlo las personas jurídicas, dado que habla de datos personales o familiares.

¹⁵² Como en la nota 21, p. 341.

G).- Cuando las intrusiones se lleven a cabo con fines lucrativos, no procederá aplicar el número 2, sino la cualificación del número 6¹⁵³, que se convierte una hiperagravación cuando dicha finalidad concurre con las hipótesis del número 5¹⁵⁴. De todos modos, al margen de la cuestión de si el lucro que impulsa la actuación del agente se debe entender en un sentido más o menos riguroso¹⁵⁵, la presencia de un propósito lucrativo determinará ciertamente la agravación, pero es preciso dar a éste una entidad suficiente para un mejor entendimiento de la modalidad de uso o utilización en el número 2.

H).- Pese a que el número 2 no hace referencia explícita al secreto, ni a la intimidad y a la aparente diferenciación de objetos, no es fácil¹⁵⁶ una separación precisa respecto del número 1 del propio artículo 197¹⁵⁷. Y cabe pronosticar que la pretensión de concretar los ámbitos respectivos en base a la específica tecnología instrumental para llevar a cabo la violación está atravesada por graves dificultades, dado el progresivo afianzamiento de las tecnologías híbridas¹⁵⁸.

Sin embargo, todavía pueden reconocerse algunas diferencias relativamente aceptables, aunque no cubren más que ciertas parcelas de los preceptos relacionados. Entre ellas hay que destacar que el número 2 presupone un sistema de datos mínimamente articulado sobre el que se dirige específicamente la acción de acceso, apoderamiento, modificación o utilización. En el número 1 la existencia de una operación de transmisión parece clave. Por eso el apoderamiento de los datos incluidos en un mensaje correo electrónico durante el proceso de transmisión, quedaría al margen del número 2¹⁵⁹. En cambio, el apoderamiento de datos personales contenidos en un archivo restringido ubicado en Internet podría integrar una de las conductas punibles por dicho número.

5. RECAPITULACIÓN

A la vista de lo dicho, debe ser ampliada y matizada la opinión doctrinal y jurisprudencial de que el artículo 197.2 CP protege la libertad informática y que, por ello, constituye la plasmación jurídico penal de la garantía establecida por el artículo 18.4 CE¹⁶⁰. Antes bien, entre ellos la correspondencia dista de ser absoluta.

¹⁵³ Al respecto, brevemente, Anarte, como en la nota 3, p. 60.

¹⁵⁴ La *STS 1.532/2000*, de 9 de octubre, conoció de un supuesto en que concurrían estas dos cualificaciones (FJ IX).

¹⁵⁵ A favor de un concepto amplio, Lozano, como en la nota 21, p. 223 y Segrelles, como en la nota 110, p. 296.

¹⁵⁶ En cuanto a ello, cf. el análisis de Polaino Navarrete, como en la nota 126, p. 401 ss.

¹⁵⁷ Con relación al del número 1, la *SAP de Lleida (S1) 56/2001*, califica al número 2 de “tipo más restringido” por las particularidades de los datos y Polaino, como en la nota 156, p. 401, de “tipo complementario”. Por otra parte, cf. Anarte, como en la nota 3, p. 52 ss.

¹⁵⁸ Al respecto, cf. Anarte, como en la nota 45, p. 193 [epígrafe 1.II.e)], con referencias.

¹⁵⁹ Cf. Martín-Casallo, como en la nota 8, p. 374-375, que más precisamente, distribuye el respectivo alcance asignando al número 1 los supuestos de interceptación de comunicaciones en tiempo real y reservando el número 2 para aquellos supuestos en que se da un apoderamiento o una utilización de datos reservados de carácter personal almacenados como consecuencia de una comunicación anterior.

¹⁶⁰ Véase *supra*, epígrafe 2.1, ap. A).

1. Más que la libertad informática, el artículo 197.2 protege el llamado derecho a la protección de datos personales¹⁶¹, como se advierte en el hecho de que la conducta típica se cumple también cuando los datos apoderados, utilizados, modificados o a los que se accede, se hallan registrados, no en ficheros o soportes «informáticos, electrónicos o telemáticos», sino «en cualquier tipo de archivo o registro público o privado»¹⁶².

2. De todos modos, el art. 197.2 no proporciona una tutela completa del citado derecho fundamental:

2.1. Ante todo, porque, aparte de las restricciones a la perseguibilidad, hay importantes facetas de la facultad de control que el mismo comporta que han quedado reservadas exclusivamente a la legislación extrapenal, sobre todo, la LOPRODA, pero también la LO 1/1982¹⁶³. En cualquier caso, los términos en que viene redactado el art. 197.2 son muy dependientes de la normativa extrapenal¹⁶⁴, cuyas fronteras con el Derecho criminal no aparecen claras¹⁶⁵.

2.2. La sobrecarga que la protección que el citado derecho implica, en orden a las obligaciones de los encargados y responsables de los ficheros, no se ha traducido en la criminalización de comportamientos imprudentes o formas omisivas¹⁶⁶.

2.3. Otra muestra de los condicionamientos de la tutela penal dispensada por el artículo 197.2 se manifiesta especialmente en la exigencia de que los datos, además de personales, sean reservados¹⁶⁷.

2.4. Pero además hay otros mecanismos de protección penal¹⁶⁸.

Asimismo, se advierte que, como en otras tipologías vinculadas con manifestaciones de la sociedad del riesgo —y la llamada Sociedad de la Información y del Conocimiento forma parte de ella—, la razón de protección penal asentada en la dimensión de las amenazas concernidas no se proyecta suficientemente en la configuración legal del 197.2 y concordantes¹⁶⁹.

Estas incertidumbres evidencian la desorientación del legislador y abocan a opciones hermenéuticas desconcertantes, que se acentúan en lo que hace a las ambigüedades derivadas de una redacción del tipo hecha con términos muy amplios e imprecisos. Especialmente, la representación legal de los verbos típicos resulta poco explícita de los hechos que se criminalizan¹⁷⁰. Ciertamente con ello se satisfacen determinadas demandas de protección y se allanan los obstáculos a procesamientos y condenas, pero sobre todo se abre la puerta a

¹⁶¹ En este sentido, Romeo, como en la nota , 48, p. 533.

¹⁶² Véase *supra*, epígrafe 2.2, ap. B), especialmente subapartado d).

¹⁶³ Véase *supra*, epígrafe 3, aps. B), C) y D).

¹⁶⁴ Véase *supra*, epígrafe 3, ap. A).

¹⁶⁵ Véase *supra*, epígrafe 3, aps. B) y ss.

¹⁶⁶ Véase *supra*, epígrafe 2.2, ap. B), subapartado g).

¹⁶⁷ Véase *supra*, epígrafe 2.2, ap. B), subapartado e) y ap. D).

¹⁶⁸ Véase *supra*, epígrafe 4.

¹⁶⁹ Véase *supra*, epígrafe 2.2, ap. B), subapartado f) y ap. C).

¹⁷⁰ En este sentido, por ejemplo, Jareño/Doval, como en la nota 7, p. 1.483, destacan la amplitud de términos como utilizar y, sobre todo, acceder. Crítico también por la inconcreción, Serrano Gómez, como en la nota 1, p. 258, donde apunta como consecuencia una tendencia a archivar los procedimientos o a absolver, que estaría avalada por las estadísticas disponibles.

la posibilidad de aplicar el precepto a hechos que distan de estar en condiciones generales o concretas de cuestionar el bien jurídico protegido, o por lo menos de hacerlo con la entidad que se invocó y todavía se alega para fundamentar la intervención penal.

Las opciones en la interpretación y aplicación del tipo por una cobertura máxima del interés jurídico protegido dentro de los amplios márgenes que aquél concede se corresponden con la razonable emergencia del bien jurídico tutelado o al menos de la vertiente relacionada con las nuevas tecnologías¹⁷¹. Pero probablemente suponen en algunos casos la sobrevaloración en el discurso político-criminal de los aspectos dañinos de la telemática y la postergación de los beneficios —declarados por cierto de modo no menos vehemente— que comporta para el desarrollo social, económico cultural-educativo y, en última instancia, de la libertad de información.

Frente a ello —y en correspondencia con la idea de que, paralelamente a la continuidad en la configuración del bien jurídico protegido por el Derecho penal, resultaría obligado contemplar la configuración del modelo de control jurídico-penal de manera que sus claves aparezcan asentadas en un “continuum” jurídico evolutivo apegado todavía al garantismo—, creo que es deseable apurar al máximo una sensibilidad técnico-jurídica, que sin renunciar a cumplir con el mandato de protección¹⁷², se oriente a devolver la actuación del Derecho penal a su singular fisiología¹⁷³. Y, en especial, que tome en cuenta que la afectación a un bien jurídico merecedor y necesitado de protección como el que está en juego no es sólo un recurso de política legislativa o un mero canon hermenéutico. Constituye un requerimiento sin el cual la naturaleza penal del injusto se diluye¹⁷⁴.

Naturalmente esto requiere concreciones. De las expuestas cabe resaltar la pretensión de una conexión, reconocida en la exigencia de que los objetos materiales del delito sean en cualquier caso datos reservados, entre una formulación actualizada y ampliada del bien jurídico protegido en el art. 197.2, con la versión más cargada y estricta de la intimidad. Si ese nexo además debe aparecer en la configuración de otros elementos del tipo objetivo o en el tipo subjetivo requiere un análisis más detenido del que aquí se le ha prestado.

Asimismo, que la estrecha vinculación con la normativa extrapenal no tiene que suponer necesariamente la anulación de la especificidad penal. Según esto, por un lado, la naturaleza ilegal

¹⁷¹ Subraya Pérez Luño, como en la nota 84, p. 317, que la entronización de la intimidad como bien jurídico de primer rango y derecho fundamental en los países altamente desarrollados no responde a cierto “voluntarismo”, sino que se trata de una prioridad detectada por los sociólogos en la opinión pública. Otras manifestaciones de esta ascensión se plasmarían en su capacidad para escenificar ciertos proyectos emancipatorios (a ellos se refiere el propio Pérez Luño, como en la nota 42, p. 160) que no hacen sino subrayar la consideración de la informática y de la información en general y de que, en los sistemas sociales democráticos tecnológicamente desarrollados, el uso de la información habría desplazado a la fuerza como paradigma de poder (de nuevo, Pérez Luño, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de la N.T. de la información*, 1987, Madrid: Fundesco)

¹⁷² Destaca la dimensión político criminal de este mandato constitucional, J. J. López Ortega, “La intimidad como bien jurídico protegido”, *EDJ* 2 (1996), como en la nota 60.

¹⁷³ De ésta creo que es fundamental atender a las consecuencias que se derivan de la articulación procesal del Derecho penal material, sobre todo en torno a un proceso en el que la contradicción y el derecho de defensa son claves. En especial, al vaciar los tipos de exigencias que hagan efectivos y no retóricos esos valores, se opone a tal configuración. En lo posible la interpretación y aplicación debe, con estricto respeto al principio de legalidad, devolverse.

¹⁷⁴ En sentido parecido Boix/Jareño/Doval, como en la nota 11, p. 4.

de una de estas acciones no la convierte sin más en típica, del mismo modo en que, por otro lado, los conceptos en blanco no revierten sin más en la interpretación penal.

Pero se pueden registrar otras posibles orientaciones que aquí han sido dejadas de lado. Así que las conductas típicas deben ser entendidas de modo que, a través de la acción, se ponga en relación al sujeto activo con el objeto en que se materializa el bien jurídico protegido, lo que comporta que el apoderamiento, la utilización, la modificación y el acceso deben ser directos, sin intermediación, salvo los casos de autoría mediata, de otros¹⁷⁵. Por otra parte, no hay que conformarse, como hace últimamente el Tribunal Supremo, con una lesividad para el bien jurídico tendencial y psicológica.

Además, que la relevancia social y constitucional del bien jurídico no conlleva la anulación de las instituciones de la Parte General del Derecho penal, que eliminan o afinan la responsabilidad penal (causas de justificación y exculpación y formas de aparición). Dicho de otro modo, el art. 197.2 no establece una protección absoluta y excluyente del derecho a la intimidad, ni siquiera en su versión de libertad informática o de derecho a la protección de datos personales, sencillamente porque ese bien jurídico no es ilimitado e incondicionado de modo que anule las posibilidades diferenciadoras que ofrece, entre otros, el principio de proporcionalidad en general. De esto me interesa dejar anotado que ese bien, aun en los estadios más novedosos y por intenso que sea el significado valorativo que se le atribuya a las novedades tecnológicas, sigue estando muy condicionado socialmente y entra en una tensión que casi puede decirse que le es inmanente con otros derechos y libertades de primer rango constitucional. Pero además se estaría intensificando otra faceta de su condicionabilidad, que determina en última instancia una fragmentación sectorial de las reglas y criterios de imputación. La regulación de la protección jurídica de datos personales se está expandiendo, pero al mismo tiempo se está sectorializando (telecomunicaciones, datos sanitarios, datos genéticos, en el ámbito laboral, etcétera), con lo que, dada la dependencia de las reglas penales respecto de esa normativa sectorial, los presupuestos de la responsabilidad penal se fragmentan¹⁷⁶.

A mi juicio, de lo dicho resulta, en definitiva¹⁷⁷, que sigue sin satisfacerse la necesidad de un equilibrio compatibilizador de la “realidad” informática y sus posibilidades con la protección de los derechos fundamentales de la persona, tanto respecto de las agresiones que puedan provenir del uso de aquella¹⁷⁸ como de las intervenciones estatales —en especial, de las de naturaleza penal— que se deriven de la regulación y limitación de ese uso, esto es, que sintetice adecuadamente los criterios político-criminales de eficacia y necesidad

¹⁷⁵ En definitiva, como se plantea en la conocida propuesta de Jareño/Doval, como en la nota 7.

¹⁷⁶ De lo que digo se puede obtener una idea aludiendo sólo a la problemática que se suscita respecto a los datos relativos a la salud, ya en general (sobre esto, para las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de facultativos, cf. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 2003, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 622-668), ya específicamente a los datos genéticos (sobre este asunto cf., por todos, Sola Reche, “La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español”, en Romeo Casabona (ed.), Sola Reche, Esteban, “La protección penal de los datos personales genéticos en el Derecho español”, en C. M. Romeo Casabona (ed.), *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, 2001, Bilbao-Granada: Cátedra Universitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizcaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco-Editorial Comares, p. 201-238).

¹⁷⁷ Para lo que sigue ya Boix Reig, “Protección jurídico-penal de la intimidad e informática”, *PJ*, número especial IX, monográfico «Nuevas formas de delincuencia», p. 20-21, 25 y 29.

¹⁷⁸ Cf. Morales Prats, como en la nota 21, p. 3, respecto de esta dualidad que plantea el “poder informático”: como herramienta de progreso y como instrumento en manos del Estado o de particulares de limitación o eliminación de garantías individuales (esto es, el “lado oscuro” del irrefrenable progreso cibernético).

en la protección del bien jurídico intimidad y sus sucesivas facetas, sin olvidar, la necesidad de articular la protección de modo que, respetando ese equilibrio, se puedan acoger y subsumir los posibles ataques provenientes del uso de una tecnología en constante y rápida evolución, y, al mismo tiempo, evitando la instrumentalización de la alarma¹⁷⁹ que generan los hechos considerados y, a la postre, del Derecho penal como respuesta a los mismos.

RESUMEN: El artículo 197.2 CP1995 no proporciona una tutela ilimitada de los datos personales. Hay otros preceptos penales implicados. Por otra parte, la garantías extrapenales siguen desempeñando un papel decisivo. En todo caso, a efectos penales, el citado derecho sigue manteniendo vínculos sustanciales con la intimidad.

ABSTRACT: The article 197.2 CP1995 doesn't provide a limitless tutelage of the personal data. There are other implied penal precepts. On the other hand, the non-criminal guarantees continued playing a decisive role. In any event, criminally, the mentioned right continues maintaining substantial bonds with the privacy.

¹⁷⁹ Sobre esto, Marchena, como en la nota 46, p. 1.108.