

DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ACCESO Y APODERAMIENTO EN EL DELITO DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano

Profesora Ayudante de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares

Resumen: La doctrina española ha encontrado serias dificultades a la hora de determinar el ámbito de aplicación de los dos tipos básicos del delito de descubrimiento y revelación de secretos, especialmente por lo que se refiere a las acciones de acceso y apoderamiento. El presente artículo pretende, en consecuencia, contribuir a una adecuada delimitación de ambos conceptos y, con ello, a la correcta fijación de su ámbito aplicativo en el seno del precepto.

Palabras clave: descubrimiento y revelación de secretos, intimidad, apoderamiento, acceso

Abstract: The scope of application of the crime on discovery and revelation of secrets has been considered as one of the most complicated questions in the interpretation of felonies against intimacy. This article defines both concepts with the aim to determine its scope of application

Recibido: abril 2017. Aceptado: octubre 2017

providing a solid groundwork to the interpreter in relation to the aspect mentioned before.

Key words: discovery and revelation of secrets, intimacy, seize, access.

Sumario: I. Introducción. II. La acción de apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos. A) Tesis patrimonialista. B) Tesis espiritualizada o de la normativización. C) Valoración personal. **III. La acción de acceso en el delito de descubrimiento y revelación de secretos.** A) Acceso como sinónimo de alcanzar B) Acceso como sinónimo de conocer. C) Valoración personal **III. Conclusiones. IV. Bibliografía.**

I. Introducción

La doctrina española ha encontrado serias dificultades a la hora de determinar el ámbito de aplicación de los dos tipos básicos del delito de descubrimiento y revelación de secretos, recogidos en los apartados 1 y 2 del artículo 197, respectivamente¹. La razón de lo anterior estriba, principalmente, en los difusos contornos y en la extrema proximidad existentes entre algunas de las seis modalidades típicas alternativamente castigadas en él². En este contexto, uno de los aspectos más problemáticos

1 Artículo 197

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

2 En efecto, la extrema confusión terminológica de la redacción típica es el principal defecto que la doctrina atribuye de forma unánime a este tipo penal

que se han planteado al respecto ha sido la delimitación entre las acciones de acceso y apoderamiento –yuxtapuestas ambas en el apartado 2 de dicho precepto, aunque recogida específicamente

(muy especialmente, por lo que se refiere al apartado 2). Esta el castigo con igual pena de conductas con distinto desvalor, de la reiteración y, cuando no, proximidad de las distintas conductas recogidas y, como indica ANARTE BORRALLO, por una suerte de incomodidad que el legislador parece manifestar hacia los elementos tecnológicos. De hecho, ni siquiera en el ámbito de la interpretación se ha logrado ofrecer una solución que pueda considerarse coherente con la extrema confusión terminológica a la que se somete esta conducta. ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, en *Jueces para la democracia*, 50-61, 43, 2001a, pág. 52 DE LA MATA BARRANCO: Los delitos vinculados a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el Código penal español, en *Cuadernos penales* José María Lidón, 41-84, nº 4, 2007a, pág. 63 DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, en *Derecho penal informático* (DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUÍS (dir.) y DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO (coord.)), Navarra, Thomson-Reuters, 2010c, pág. 176 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 89-115, 22, 2000a, pág. 98 HUERTA TOCILDO y ANDRÉS DOMÍNGUEZ: Intimidad e informática, en *Revista de Derecho Penal*, nº 6, 2002a, pág. 65 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, Madrid, Iustel, 2008, pág. 24-25 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 99-131, nº 6, 2002b, pág. 100, 117 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, Madrid, Edisofer, 2001c, pág. 140 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal* (QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.)), Navarra, Thomson Reuters, 2011d, pág. 454 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, *Tirant lo Blanch*, 2004c, pág. 83, 115 ROMEO CASABONA: El delito de descubrimiento y revelación de secretos, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II* (DIEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M. (coord.)), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004b, pág. 754 TOMÁS - VALIENTE LANUZA: Del descubrimiento y revelación de secretos, en *Comentarios al Código penal* (GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.)), Valladolid, Thomson Reuters, 2016d, pág. de consulta online En la jurisprudencia: STS 358/2007 de 30 de abril, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1328/2009 de 30 diciembre, FJ. 6º.

la segunda en el apartado 1 del mismo—, que un sector de la doctrina ha llegado a considerar, incluso, conceptos equivalentes³.

El presente trabajo pretende ofrecer un conjunto de pautas sólidas que permitan delinear el ámbito aplicativo de cada una de estas acciones en el seno del delito enunciado, el descubrimiento y revelación de secretos. Con este fin, se dedicarán en primer lugar dos apartados a la concreta definición de cada uno de estos comportamientos, para después ofrecer sendas soluciones críticas a los efectos de hacer factible una mejor interpretación del precepto.

II. La acción de apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos

La acción de apoderamiento, que aparece recogida tanto en el apartado 1 como en el 2 del artículo 197 del Código penal, está considerada por la doctrina como el instrumento típico más adecuado para la incriminación de los delitos contra la intimidad⁴. El motivo de mayor peso que se aduce al respecto es que el uso de este verbo en lugar de cualquier otro (que ligara mejor

3 A modo de introducción, puede traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1328/2009 de 30 diciembre que, en su Fundamento Jurídico 6º, resume de forma muy clara esta problemática: *Se apodere se ha interpretado por un sector doctrinal en sentido estricto como el apoderamiento que precisan los delitos contra el patrimonio. Otro sector se inclina por una interpretación más amplia, comprendiendo los supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o simplemente se capta, se aprehende, el contenido de la información, acepción en la que “apoderarse” resultaría equivalente a acceder al dato que se castiga también en el inciso final.*

4 Por supuesto, algunos autores critican la difícil vinculación entre el verbo apoderar y los datos personales, cuya aprehensibilidad, en su opinión, no es posible y aducen la existencia de otros verbos más ajustados a los mismos. GÓMEZ NAVAJAS: La protección de los datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho penal, Navarra, Thomson Civitas, 2005a, pág. 136 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 58 A favor, OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO: El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1 del Código penal, Madrid, Dykinson, 2009, pág. 73

con la vertiente informática de los objetos informáticos a los que va referido) está justificado si se atiende al carácter heterogéneo de los soportes a los que dicha acción va dirigida⁵.

Sin embargo, la definición de qué debe entenderse como tal no está exenta de dificultades⁶, cuestionándose al respecto multitud de aspectos salvo la idea de que debe dársele, como es lógico, una significación unívoca en ambas previsiones típicas⁷. A tal efecto, pueden distinguirse en la doctrina dos grandes posturas, cuyo eje de diferenciación radica en la naturaleza que cada una de ellas atribuye a dicho concepto. La consecuencia más sustancial de optar por una u otra tesis radica en que sobre ello pivotará el entendimiento de la consumación del delito y de los diversos factores concernientes a la misma. A continuación, se presentarán cada una de estas teorías por separado:

A) Tesis Patrimonialista

La primera de las posturas anunciadas atribuye al apodramiento una naturaleza de corte patrimonialista, propugnando su interpretación conforme al sentido que tradicionalmente se

5 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, Valencia, Tirant lo Blanch “Colección los delitos”, 2001e, pág. 25

6 Esta expresión proviene de la regulación contenida en el artículo 497 y 497 bis del Código penal de 1973, en relación con la cual existían ya serios problemas interpretativos en torno a este concepto, problemas que se mantienen todavía hoy y a los que se unen los propios de la adaptación y ampliación de su ámbito aplicativo. RODRÍGUEZ MORO: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, Madrid, Iustel, 2011f, pág. 243 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 83-84

7 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31 POLAINO NAVARRETE: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos, en Derecho penal español. Parte Especial I (COBO DEL ROSAL (dir.)), Madrid, Marcial Pons, 1997b, pág. 401-402 RUIZ MARCO: Artículo 197, en Comentarios al Código penal (Cobo del Rosal, M. (dir.)), Madrid, Edersa, 1999c, pág. 194

ha atribuido a este concepto en los delitos contra el patrimonio. Como es sobradamente sabido, la característica principal de los delitos patrimoniales de apoderamiento es la existencia de una traslación material de una cosa mueble del sujeto pasivo a la esfera de disponibilidad del sujeto activo⁸, siendo, concretamente, la utilización de unos u otros medios comisivos lo que conduce a su encaje en una u otra figura delictiva⁹.

Los defensores de esta teoría en el ámbito de la intimidad consideran, por tanto, que el concepto de apoderamiento debe interpretarse también en el marco del delito de descubrimiento y revelación de secretos conforme a esta misma significación material de apropiación, en el sentido de exigir la existencia de un desplazamiento físico del contenido íntimo (sólo del contenido íntimo y no del soporte que lo contiene, tal y como se verá más adelante) a la esfera de disponibilidad del sujeto activo¹⁰.

8 Aunque el término apoderamiento se usa solamente en la descripción típica del delito de robo, en general, la doctrina y la jurisprudencia atribuyen una significación conjunta a las distintas acciones enunciadas en los tipos penales de apoderamiento relativos al patrimonio, describiéndolas como el desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo en los delitos de hurto y robo, aunque entendiendo que dicha traslación se produce en un sentido ideal en el de los tipos dedicados a la extorsión y a la usurpación. Por todos, MUÑOZ CONDE: Derecho penal. Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015b, pág. 328

9 Efectivamente, con ello se pretende resaltar la existencia de un mayor contenido de injusto basado en la necesidad de sobrepasar las superiores barreras de protección existentes para conseguir el apoderamiento de la cosa.

10 a) En la doctrina: ANARTE BORRALLÓ: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54 ANARTE BORRALLÓ y DOVAL PAÍS: Lección XIX. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en Derecho penal: Parte Especial (BOIX REIG, JAVIER (dir.)), Madrid, Justel, 2016a, pág. 504 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, Barcelona, Deusto, 1999a, pág. 146 CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010a, pág. CD 1 DE LA MATA BARRANCO: Los delitos vinculados a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el Código penal español, pág. 63 DE

Así, el apoderamiento se equipara a la posesión o tenencia¹¹, de carácter actual¹², de un objeto que contiene la intimidad y que otorga al sujeto el dominio o control sobre éste, situándose

LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, pág. 176 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 93 FLORES PRADA: Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012b, pág. 63 JORGE BARREIRO: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Comentarios al Código Penal (RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO (dir.) y JORGE BARREIRO, AGUSTÍN (coord.)), Madrid, Civitas, 1997a, pág. 573 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 102, 119 JORGE BARREIRO: Capítulo 27. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Memento Penal 2011, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2011c, pág. 865 párrafo 9880 LOZANO MIRALLES: Compendio de Derecho penal. Parte Especial II (BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL (dir.)), Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1998b, pág. 215 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128 MATA Y MARTÍN: La protección penal de los datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías, en Revista Penal, nº 18, 2006b, pág. 224 MUÑOZ CONDE: Derecho penal. Parte Especial, pág. 328 OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO: El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1 del Código penal, pág. 78-79 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 26 QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, Barcelona, Atelier, 2010e, pág. 294 REBOLLO VARGAS: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I (CÓRDOBA RODA, JUAN y GARCÍA ARÁN, MERCEDES (dir.)), Madrid y Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004a, pág. 456-457 Respecto del artículo 197.2 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 120 b) En la jurisprudencia: STS 358/2007, 30 abril, 1219/2004, 10 dic FJ 8 STS 694/2003, 29 junio y la 367/2001, 22 marzo. STS 18 febrero 1999, 14 de septiembre 2000. Parten también de esta premisa: Sentencia núm. 961/2016 de 20 diciembre, FJ UNICO, STS 532/2015, de 23 septiembre, FJ 5º.

- 11 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 36
- 12 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31

en la condición de acceder a su contenido, sin que sea necesario, no obstante, que esta última circunstancia (el acceso al contenido) se produzca¹³. Esta posesión puede ser detentada por el sujeto como consecuencia de una actuación propia previa de adquisición subrepticia del objeto (arrebatar¹⁴) o puede derivarse de la realización de una acción positiva de dominio sobre éste por parte de aquel tras su recepción accidental (retención de lo recibido por error)¹⁵.

Sin embargo, la incorporación de esta idea de apropiación propia de los delitos patrimoniales como presupuesto para la configuración de la acción típica del delito de descubrimiento y revelación de secretos no es plena. De este modo, los defensores de esta teoría encuentran ciertas divergencias entre una y otra, las cuales se manifiestan, concretamente, en tres aspectos:

a) Medios comisivos: el procedimiento empleado para apoderarse del objeto que contiene la intimidad es de todo punto

-
- 13 MATA Y MARTÍN: La protección penal de los datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías, pág. 225
- 14 Esta exigencia relativa al carácter anterior de la acción de apropiación del sujeto permite delimitar con gran exactitud el *iter criminis* y, con ello, excluir de la tipicidad aquellos supuestos en los que el apoderamiento se produce con carácter posterior, esto es, una vez desvelada la información relativa a la intimidad. En consecuencia, la conducta queda acertadamente acotada a aquellos casos en los que el sujeto activo se apodera del objeto de forma subrepticia con el objetivo de poder después acceder a su contenido y, así, conocer datos relativos a la intimidad del sujeto pasivo. DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 93 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 102 JORGE BARREIRO: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 566
- 15 ANARTE BORRALLÓ: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54 CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. CD pág. 1 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), en Sistema de Derecho penal Español. Parte Especial (MORILLAS CUEVA, L. (co-ord.)), Madrid, Dykinson, 2011b, pág. 305

irrelevante en el delito de descubrimiento y revelación de secretos¹⁶, siendo típicos aquellos supuestos de apoderamiento en los que el titular ha olvidado o ha dejado el soporte al alcance de terceros¹⁷ o cuando se desconoce cómo ha llegado éste al poder del sujeto activo¹⁸.

b) Objeto material: en el delito de descubrimiento y revelación de secretos la adquisición de la posesión sobre el objeto material (en este caso, el contenido íntimo) se sustancia de forma diferente a los delitos contra el patrimonio:

aa) Aprehensión física: la interpretación tradicional de la noción de desplazamiento en el ámbito de los delitos patrimoniales exige que se dé un acto de aprehensión física del soporte por el sujeto activo que conduce a la consiguiente desposesión de éste por parte del sujeto pasivo¹⁹.

bb) Aprehensión virtual: sin embargo, en aras de adaptar el concepto de apoderamiento a los avances de la informática, en el ámbito del descubrimiento y revelación de secretos se ha prescindido de exigir la aprehensión del soporte físico que contiene la intimidad, centrando la atención en la efectiva apropiación del archivo informático que la contiene, conducta que se considera perfectamente idónea para colmar el tipo. De este modo, apoderamiento ya no supone privar al sujeto pasivo de la posesión del soporte físico original, siendo perfectamente factible, pues, que ni

16 En contra DOVAL PAIS añade como exigencia el quebrantamiento de algún resguardo del sistema para llegar al mensaje. DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 93 A favor, QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 294

17 (SAP Alicante, 74/1999, 22 marzo)

18 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 36

19 ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54 GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Derecho penal. Parte especial (GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS (coord.)), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016b, pág. 277 QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 294

siquiera se de tal desplazamiento²⁰ y que, simplemente, se traslade la información en él contenida, de carácter intangible, a otro soporte, éste forzosamente tangible, mediante su reproducción a través del fotocopiado, fotografiado, envío telemático, la impresión o la transmisión del archivo a otro dispositivo informático²¹.

c) Orientación subjetiva: el apoderamiento opera en la dinámica típica como un *instrumentum sceleris* de la comisión delictiva, en el sentido de que es el medio a través del cual el sujeto activo intentar lograr la finalidad que persigue con la realización de su conducta, esto es, acceder a la información íntima en el apartado 1 y ocasionar un perjuicio ajeno en el apartado 2. Véase como juega el elemento subjetivo del injusto en uno y otro caso:

aa) Apartado 1 del artículo 197: En este apartado la referencia a la parte subjetiva del tipo se contiene en los incisos *para descubrir los secretos y vulnerar la intimidad de otro*. Un grupo muy reducido de autores considera que en ellos se

20 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, pág. 133

21 Hoy día, se considera que satisface una interpretación gramatical y sistemática del precepto el entendimiento de que la característica definitoria del apoderamiento es la tenencia: apoderar significa que el sujeto activo ha conseguido el contenido íntimo para sí *de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como por ejemplo mediante su fotografiado*. Como muy bien indica DOVAL PAIS en este caso la reproducción *resulta completamente fiel al documento original y puede merecer mayor credibilidad si se revelase, difundiese o cediese que una mera manifestación del mensaje que fue visto y retenido mentalmente*. STS 14 septiembre 2000 DE LA MATA BARRANCO: Los delitos vinculados a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el Código penal español, pág. 63 DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, pág. 176 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 129 MATA Y MARTÍN: La protección penal de los datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías, pág. 224 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 26 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 102, 119 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 94

realiza una alusión directa al dolo²², propugnando la eliminación del primero (*para descubrir los secretos*)²³. En cambio, doctrina prácticamente unánime conviene en que ambas expresiones contienen el elemento subjetivo tendencial del apoderamiento, que constituiría el elemento nuclear del injusto. A tal efecto, este sector considera que estos elementos expresan el carácter meramente potencial del descubrimiento de la información íntima (en tanto posibilidad de conocimiento) de tal forma que no creen necesaria, en ningún caso, una efectiva toma de conocimiento sobre ésta²⁴.

- 22 Por el contrario, ANARTE BORRALLO entiende que el descubrimiento sólo puede servir de engarce cuando éste forma parte del tipo penal y no cuando se considera únicamente como un elemento subjetivo del injusto. ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54-55
- 23 Por todos MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 456
- 24 MANZANARES SAMANIEGO y MUÑOZ CONDE consideran que encierra una doble intencionalidad: por una parte la de conocer y, por otra, la de revelar. MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, pág. 133 COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIV Fascículo III, 1971, pág. 681 DE LA MATA BARRANCO: Los delitos vinculados a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el Código penal español, pág. 62 DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, pág. 175 MANZANARES SAMANIEGO: El artículo 497 del Código penal, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, XXXI, II, 1978, pág. 311 GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 276 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128 MUÑOZ CONDE: Derecho penal. Parte Especial, pág. 236 POLAINO NAVARRETE: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos, pág. 399 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84 REBOLLO VARGAS: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 457 En la jurisprudencia: STS 358/2007 de 30 de abril FJ. UNICO, Sentencia Tribunal Supremo núm. 544/2016 de 21 junio, FJ 12, SSTS. 1219/2004 de 10.12, FJ 8, 694/2003 y 872/2001

Desde esta perspectiva, el descubrimiento cumpliría aquí, simplemente, una función de engarce entre el tipo básico del apartado 1 (mero apoderamiento) y el tipo agravado de difusión o revelación del apartado 4²⁵.

bb) Apartado 2 del artículo 197: En este caso el elemento subjetivo consiste en perjudicar *a un tercero* (primer inciso) o *al titular de los datos o un tercero* (segundo inciso). La doctrina ha discutido también acerca de la interpretación de este inciso²⁶, manejando varias hipótesis al respecto: algunos autores interpretan que perjudicar es el efecto de descubrir (conocer los datos íntimos o el resultado de conocerlos)²⁷; otros centran la atención en la vulneración de la intimidad –ya sea como elemento objetivo, caso en el que constituiría el resultado del delito²⁸, o subjetivo²⁹, como ma-

25 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 129

26 Son diversas y de gran complejidad las cuestiones que han resultado controvertidas en torno a la interpretación de estas expresiones: desde la implicación de los distintos sujetos a los que se hace alusión, hasta la propia naturaleza de la cláusula objeto de comentario. DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 102-103 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 316-317

27 MORÓN LERMA: Intención del agresor y ataque a la intimidad, en El nuevo Derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.) y MORALES PRATS (coord.)), Navarra, Aranzadi, 2001d, pág. 1626 HUERTA TOCILDO y ANDRÉS DOMÍNGUEZ: Intimidad e informática, pág. 64

28 JAREÑO LEAL y DOVAL PAÍS sugieren que, aunque este elemento en realidad no aporta nada (se limita a expresar el resultado de la conducta: que una vez realizada la acción se verifica la lesión del bien jurídico), su inclusión cobra pleno sentido en tanto cláusula de limitación del alcance del tipo frente a comportamientos que no suponen un perjuicio para la intimidad. En un sentido similar, GÓMEZ LANZ entiende que su misión es dotar de una mayor ofensividad a las conductas que solo suponen un peligro para el bien jurídico. Se añade a lo anterior que ello impide la concurrencia de otros ánimos, como por ejemplo la obtención de un beneficio económico o el mero ánimo de quebrantar los sistemas de seguridad que protegen los datos. DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 102 DOVAL PAÍS y JAREÑO LEAL: Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero), en La Ley: Revista jurídica española de

nifestación directa del dolo del autor– excluyendo, en todo caso, la toma de un efectivo conocimiento por parte del autor de los datos personales; finalmente, una posición más abierta esgrime que este elemento expresa una tendencia subjetiva interna del autor al cometer el delito, consistente en causar un daño, lo anterior con independencia, también, de que se logre algún género de conocimiento sobre el contenido íntimo de los datos³⁰.

-
- doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1672-1680, 4, 2000b, pág. 4 GÓMEZ LANZ: La interpretación de la expresión en perjuicio en el código penal, Madrid, Dykinson, 2006a, pág. 254 HUERTA TOCILDO y ANDRÉS DOMÍNGUEZ: Intimidad e informática, pág. 25, 64
- 29 Sin más precisiones MUÑOZ CONDE: Derecho penal. Parte Especial, pág. 237 También, QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 301 REBOLLO VARGAS: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 468 CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA CUADRAS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Lecciones de derecho penal: Parte especial (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (dir.) y RAGUÉS VALLÉS, RAMÓN (coord.)), Barcelona, Atelier, 2015a, pág. 158
- 30 ORTS BERENGUER Y ROIG TORRES consideran que puesto que el número de conductas castigadas en el segundo apartado del precepto es más amplio que el primero, una interpretación sistemática del mismo conduce forzosamente a ampliar también el espectro del elemento subjetivo del injusto. ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 39-40 Esta es también la opción por la que se decanta la jurisprudencia. Así la STS 961/2016 de 20 diciembre afirma en su Fundamento Jurídico Único que para interpretar este inciso se recurre a una de las acepciones de la preposición *en* que tiene la función consistente en introducir un complemento que expresa finalidad, como, por ejemplo, cuando se dice que alguien actúa “en beneficio de la comunidad”, esto es, persiguiendo reflexivamente ese beneficio. Y el legislador lo hace, no por casualidad, sino para subrayar que existen formas de intervención sobre los datos de referencia que, no obstante ser legalmente inadmisibles no son perjudiciales en el sentido por el que él se decanta. De este modo, no es cierto que baste el mero obrar en el sentido indicado, sino que se requiere que la acción aparezca dotada de una cierta clara orientación, presidida por un determinado propósito, aquí, finalizada a causar un daño, que no se agota ni se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo. Sentencia Tribunal Supremo núm. 1328/2009 de 30 diciembre, FJ. 6º. También, ANARTE BORRALLA y DOVAL PAÍS: Lección XIX. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 502

Como se ve, el elemento nuclear del apoderamiento es, para la tesis patrimonialista, la aprehensión física de un objeto que contiene o expresa la intimidad, aprehensión que difiere en cierta medida de la que se produce en los delitos patrimoniales. Ahora queda determinar, finalmente, cómo se produce ésta. Para estos autores, esto tiene lugar cuando se traslada el contenido íntimo (todo o parte de él, pero, en todo caso, aspectos relevantes para la intimidad³¹) al ámbito de **disponibilidad** del sujeto activo mediante un soporte, propio o ajeno, que le permite obtener el control sobre el mismo. Disponibilidad implica, en este sentido, capacidad para acceder al conocimiento de la información personal contenida en el soporte³², capacidad que, además, se expresa en la ejecución de un acto positivo de dominio por parte del sujeto activo sobre el objeto que la contiene una vez que éste ha llegado a su esfera de acción. Lo anterior, con independencia de que la acción de apoderamiento haya sido realizada por el propio autor o por un tercero que coopere con él³³. Concretamente, la disponibilidad sobre el objeto se puede adquirir de dos formas³⁴:

31 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 94 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128

32 GONZÁLEZ RUS: Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), en Derecho penal español: Parte Especial, Madrid, Dykinson, 2005b, pág. 349

33 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

34 A favor de ambas modalidades RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 113 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84-85 En contra de la tipicidad de la retención de lo recibido por error: ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54 FERNÁNDEZ TERUELO: Cibercrimen: los delitos cometidos a través de internet -estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-, Constitutio Criminalis Carolina, 2007b, pág. 124 GONZÁLEZ RUS: Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 349 MORANT VIDAL: Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías:

a) Atracción de éste por parte del sujeto activo a su ámbito de dominio o control: el sujeto está capacitado para acceder al contenido íntimo porque dispone de un objeto material que lo contiene o expresa y que está bajo su control³⁵.

b) Retención de lo recibido por error: la conducta se integra no solo por la mera inactividad o pasividad del sujeto, sino por una acción positiva de éste, en tanto erróneo receptor, dirigida a lograr que dicho objeto quede bajo su dominio³⁶.

La **consumación** del delito se produce, precisamente, en este momento (el de la adquisición de la disponibilidad), presentándose el tipo, por tanto, para la mayor parte de los autores, como un delito de resultado³⁷. Además, lo definen como un tipo mutilado de dos actos³⁸ y de consumación anticipada³⁹ en el que el acto de apoderamiento opera en la dinámica comisiva, según se ha adelantado, como un mero instrumento para cumplir la finalidad a la que tiende el sujeto activo, esto es, acceder al conocimiento de la información íntima⁴⁰. Este potencial descu-

estudio de los artículos 197 a 201 del Código penal, Valencia, Práctica de Derecho, 2003, pág. 61 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 102

35 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

36 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

37 QUERALT JIMÉNEZ lo considera como un delito de resultado cortado. A favor, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31 QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 301

38 QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 301

39 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

40 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, pág. 133 COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, pág. 681 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128 POLAINO NAVARRETE: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos, pág. 399 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

brimiento de información íntima –en tanto posibilidad de conocimiento pero en ningún caso como conocimiento efectivo⁴¹– implica, consiguientemente, la retroacción de la perfección del delito al momento en que se produce el apoderamiento, de tal forma que la efectiva consecución del descubrimiento de la intimidad o la causación del perjuicio pertenece a la fase de agotamiento, quedando dentro de la esfera de dominio del sujeto⁴².

B) Tesis de la normativización o espiritualización

Otro sector de la doctrina entiende que, debido a las especiales características de los elementos informáticos, la acepción clásica patrimonial del verbo apoderarse no les resulta aplicable⁴³. Estos autores consideran, pues, la concepción patrimonial

41 En contra, ANARTE BORRALLLO entiende, por el contrario, que adquiere mejor sentido *una versión más comprometida* de los verbos previstos en el tipo, lo que supone entender que las diversas acciones comportan el efectivo descubrimiento de la intimidad por parte del autor o autores. Ello también en aras a lo que denomina como necesaria coordinación que debe existir entre el número 1 y el número 2 con el número 3. Por este sentido, al igual que QUERALT JIMÉNEZ, interpreta como tentativa aquellos supuestos en los que el sujeto activo se apodera del soporte pero no llega a conocer la información, situando la barrera de la consumación no entre apoderamiento y descubrimiento un paso más allá, en la revelación una vez producido el apoderamiento y el descubrimiento. En coherencia con ello, sostiene que la referencia a vulnerar la intimidad no es más que la manifestación del dolo directo de primer grado, configurando así el delito como un delito de resultado lesión. COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, pág. 681 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 103

42 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

43 En el ámbito del secreto de empresa (artículo 278 del Código penal) la defensa de esta postura es dominante en la doctrina con base en la incorporeidad que se atribuye al secreto de empresa en tanto objeto material del delito.

a) Respecto delitos contra la intimidad: COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, pág. 699 FERNÁNDEZ TERUELO: Cibercrimen: los delitos cometidos a través de internet -estafas,

lista del término apoderamiento contraria a la realidad actual y, por consiguiente, injustificable desde un punto de vista político-criminal⁴⁴. Las razones que esgrimen al efecto pueden resumirse en tres:

distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-, pág. 123 FERNÁNDEZ TERUELO: Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes, Lex Nova, 2011a, pág. 190-191 GÓMEZ NAVAJAS: La protección de los datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho penal, pág. 138 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 305 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 36 MORANT VIDAL: Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías: estudio de los artículos 197 a 201 del Código penal, pág. 61 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455 MORÓN LERMA: Internet y derecho penal: hacking; y otras conductas ilícitas en la red, Editorial Aranzadi, 2002c, pág. 62 POLAINO NAVARRETE: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos, pág. 398, 402-403 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), Alicante, Atelier, 2004d, pág. 42-43, 77-78; ROMEO CASABONA: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en Derecho penal. Parte especial (ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA; SOLA RECHE, ESTEBAN; y BOLD-OVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL (coord.)), Comares, Granada, 2016c, pág. 257 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 154-155, 159 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, COLEX, 2001f, pág. 53

b) Respecto delito contra el secreto de empresa: FARALDO CABANA: De los delitos relativos al mercado y a los consumidores, en Comentarios al Código penal (GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.)), Valladolid, Lex Nova, 2010d, pág. 1067 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: Protección penal del secreto de empresa, Madrid, COLEX, 2000c, pág. 232 MORALES PRATS y MORÓN LERMA: Artículo 278, en Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal (QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.)), Navarra, Thomson Reuters, 2011e, pág. 862 MORÓN LERMA: La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico, Universidad de Barcelona, 2002d, pág. 534-535 En contra, ORTOS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 105

44 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 54

a) En primer lugar, desde un punto de vista teleológico, consideran que el concepto tradicional de apoderamiento toma como punto de referencia el factor físico, lo que supone primar el objeto (el soporte) en detrimento del contenido (los datos íntimos), el cual en el campo de la intimidad constituye la única manifestación del bien jurídico⁴⁵.

b) En segundo lugar, aducen un argumento gramatical basado, por un lado, en que, si lo que se castigase fuera un apoderamiento meramente físico, no se hubiera hecho alusión a los mensajes de correo electrónico, y, por otro, en que, si el legislador ha hecho expresa referencia a estos, es porque el apoderamiento no puede quedar limitado a un sentido meramente material o físico que no se correspondería con *el estado natural de estos mensajes (virtual) sin ningún soporte material que los contenga*. Esto último porque, además, impresos en papel, los correos electrónicos se convertirían en simples papeles, cartas o documentos⁴⁶.

c) En tercer y último lugar, sistemáticamente entienden que, mientras en los delitos contra el patrimonio la lesión del bien jurídico viene representada por la privación del sujeto del objeto material, este menoscabo no es necesario para la afectación de la intimidad. La razón de lo anterior estriba en que tanto las comunicaciones privadas como los datos personales están contenidos en documentos digitales, cuyo acceso (y consiguiente injerencia en la intimidad) no requiere de apoderamiento físico alguno⁴⁷.

45 En este sentido, CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA CUADRAS afirman que la interpretación espiritualizada del concepto de apoderamiento evita graves incoherencias valorativas, como por ejemplo la que se produciría si, por un lado, se considera atípica la mera lectura (sin posterior aprehensión) de una carta guardada en una caja fuerte que se ha conseguido abrir de forma ilegítima y, por otro, se considera típica la aprehensión de la misma carta dejada a la vista encima de una mesa normalmente accesible por el autor. CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA CUADRAS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 155 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 127-128

46 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 42-43

47 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 154-156

Tomando como punto de partida las críticas expuestas, los seguidores de esta segunda tesis defienden que los **objetos materiales de carácter tecnológico** condicionan el significado del verbo apoderarse⁴⁸ en tanto **su intangibilidad hace imposible su aprehensión física**. En este sentido, abogan por lo que se ha denominado un **concepto espiritualizado⁴⁹ o normativizado⁵⁰ de apoderamiento**. Ello supone conceptualizar el apoderamiento como una **traslación posesoria cognitiva⁵¹** del contenido íntimo, lo que significa que el mero acceso intelectual o la captación visual del contenido íntimo de un soporte informático sería suficiente para entender realizada la acción típica de apoderamiento⁵².

Esta noción de apoderamiento cognitivo excluye, por tanto, que se produzca una previa aprehensión material del soporte que contiene la información o una traslación física del contenido íntimo a otro soporte. Conforme a esta idea, son susceptibles de ser planteadas dos hipótesis de apoderamiento⁵³:

a) Remoción previa de algún obstáculo de acceso: incluye aquellos supuestos en los que el sujeto activo necesita realizar

48 JAREÑO LEAL: Intimidación e imagen: los límites de la protección penal, pág. 36

49 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84 STERN BRIONES: El sentido de la privacidad, la intimidación y la seguridad en el mundo digital: ámbitos y límites, en Eguzkilore, 21, 2007c, pág. 191-192

50 ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54

51 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 54

52 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455 En la jurisprudencia: la STS 1328/2009, de 30 de diciembre que los verbos nucleares del tipo penal han de ser interpretados en el sentido amplio comprendiendo los supuestos en los que se copian datos dejando intactos los originales, bastando con captar, aprehender, el contenido de la información, sin ser precisa un apoderamiento material del dato. Sentencia núm. 534 de 3 febrero FJ 1º

53 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 86-87 STERN BRIONES: El sentido de la privacidad, la intimidación y la seguridad en el mundo digital: ámbitos y límites, pág. 191-192

un acto previo que le permita la visualización del contenido, consistente o bien en el quebrantamiento de las defensas dispuestas para impedir el acceso, o bien en la acción electrónica de apertura del documento.

b) Acceso directo al contenido del soporte: supone la mera visualización del contenido íntimo sin necesidad de remover ningún impedimento previo. En este punto, este sector doctrinal distingue, por una parte, la visualización (visión del texto) y, por otra parte, el acceso intelectual al contenido íntimo (lectura del contenido)⁵⁴.

Cabe decir que la aceptación de estos dos supuestos como formas de comisión del apoderamiento no es unánime en la doctrina. Así pues, mientras algunos autores admiten ambos⁵⁵, otros consideran excesiva la desmaterialización a la que se somete el concepto de apoderamiento en el segundo y aceptan únicamente el primero⁵⁶.

54 Indica, además, RUIZ MARCO que el acceso intelectual no precisa en todos los casos el acceso físico al soporte que los contenga, lo que define como traslación posesoria cognitiva. FERNÁNDEZ TERUELO: Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes, pág. 178 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 53

55 Curiosamente, MORALES PRATS considera que el tipo debe referirse a apoderamiento físico subrepticio de documentos y a conductas de captación mental o intelectual sin desplazamiento ilícito, insertando en la conducta de interceptación los comportamientos típicos de interceptación, reproducción o grabación ilícita de carácter electrónico. FERNÁNDEZ TERUELO: Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes, pág. 176 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455 MORANT VIDAL: Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías: estudio de los artículos 197 a 201 del Código penal, pág. 61 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 53

56 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 305 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 23, 46 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 88 nota 29 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 42-43, 77-78

Esta doble perspectiva hace que, para los seguidores de esta tesis, la determinación del **momento consumativo** resulte extremadamente conflictiva. En cualquier caso, la mayor parte de ellos entienden que se trata de un delito de mera actividad⁵⁷, un tipo mutilado de dos actos⁵⁸ y de consumación anticipada, en el que concurren como elementos subjetivos del injusto la intencionalidad de descubrir los secretos⁵⁹ o vulnerar la intimidad de

57 ROMEO CASABONA lo concibe como un delito de peligro y, en consecuencia, de mera actividad. RUEDA MARTÍN considera que se trata de un delito de lesión, de intención y de resultado cortado en el que el apoderamiento tiene lugar con el fin de que se produzca un determinado resultado, que queda fuera del tipo y que se concreta en el descubrimiento de los secretos o la vulneración de la intimidad de otro. ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 99 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 51, 81-82

58 MORALES PRATS califica este delito como un delito imperfecto mutilado de dos actos, esto es, un tipo penal de los denominados de estructura incongruente por exceso subjetivo, que no requiere para la consumación el efectivo descubrimiento de los documentos, papeles, cartas o mensajes. RUEDA MARTÍN estima que no se trata de un delito mutilado de dos actos y critica que el resultado de lesión del bien jurídico que se produciría con el descubrimiento efectivo del secreto o con la vulneración de la intimidad queda fuera del tipo y no sea necesario para que se produzca la consumación. JAREÑO LEAL, en conformidad con la integración de la exigencia de conocimiento para la consumación del tipo en tanto desvalor de resultado y, por tanto, la exclusión de la existencia de un elemento subjetivo del injusto, descarta que se trate de un delito mutilado de dos actos al considerar que supone un adelanto excesivo de la barrera punitiva. Defienden que se trata de un delito mutilados de dos actos: JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 25 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455-456 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 51, 81-82 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 55 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 100

59 ROMEO CASABONA afirma que descubrir alude a la captación intelectual del contenido del soporte, a su conocimiento, pero en este caso tal captación ha de recaer sobre un secreto de carácter personal, esto es, sobre un hecho que su titular ha querido dejar fuera del alcance de los demás o tan

otro en el apartado primero, y el ánimo de causar un perjuicio en el segundo⁶⁰.

Los defensores de esta postura destacan que, con ella, se paliar las dos deficiencias más importantes que se localizan en la descripción de este tipo penal, las cuales quedarían plenamente solventadas al desvincular la acción de apoderamiento del elemento material que caracteriza a éste en los delitos patrimoniales y al equipararla a la de acceso⁶¹:

a) Por una parte, ello permite realizar una “lectura unitaria” de ambas conductas⁶² y, gracias a ello, solucionar el escollo que implica castigar con idéntica pena dos acciones con distinto desvalor de injusto⁶³.

sólo accesible a un número limitado de personas. ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 99-100 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 55MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 457 ROMEO CASABONA: El delito de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 100 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 52, 81-82 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 52

60 Por su parte, JAREÑO LEAL considera que es necesario el conocimiento efectivo de la intimidad del sujeto pasivo, lo que denomina *la llegada real al dato personal*, siendo esta circunstancia la única capaz de producir la efectiva lesión de la intimidad y, en consecuencia, la única capaz de integrar el desvalor del resultado del delito, puesto que, si ello no se exigiese, el tipo se convertiría en un delito de carácter puramente formal que castigaría *el mero hecho de rebasar las defensas de la intimidad, aunque no se llegue a descubrir algo que pertenezca a ésta*. JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 25 A favor, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ y PIÑOL RODRÍGUEZ: Descubrimiento y revelación de secretos, Navarra, Aranzadi, 2012d, pág. 169 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 100 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 154-155

61 A la que se ha hecho referencia en el inicio de este apartado.

62 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31

63 JAREÑO LEAL: Revelación de datos personales, intimidad e informática, en Diario La Ley, 1999b, pág. 23-24

b) Por otra parte, se evita el conflicto que representa exigir el desplazamiento del contenido íntimo, puesto que, consideran, es imposible aprehender de forma virtual datos íntimos⁶⁴.

De acuerdo con esta concepción, en definitiva, existiría una **equiparación plena entre apoderamiento y acceso**, los cuales serían términos sinónimos, pues éste último se utiliza para definir el primero: el mero acceso al contenido del soporte ya integra el desvalor a que se refiere el apoderamiento. Debido a lo anterior, algunos autores han atribuido un carácter puramente superfluo a la modalidad de acceso⁶⁵, al considerar que se trata de una innecesaria reduplicación de conductas⁶⁶. El siguiente paso lo determinará, en consecuencia, profundizar en el concreto contenido y alcance de la conducta de acceso, lo que no impedirá, antes de ello, ofrecer un posicionamiento crítico a favor de una u otra teoría.

C) Valoración personal

De entre las dos tesis propuestas, me decanto por la primera, la patrimonialista. El concepto de apoderamiento, al igual que el concepto de secreto, es, en mi opinión, un **elemento normativo del tipo de carácter social**⁶⁷. La valoración de este término está plenamente vinculada a su sentido social, siendo su punto clave, sin duda, la idea de apropiación⁶⁸, cuyo significado está entroncado intrínsecamente a la idea de **adquisición o**

64 JAREÑO LEAL: Intimidación e imagen: los límites de la protección penal, pág. 36 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 127-128 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 154-156

65 FERNÁNDEZ TERUELO: Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes, pág. 190

66 MORÓN LERMA: Internet y derecho penal: hacking; y otras conductas ilícitas en la red, pág. 62

67 Sobre el concepto de elemento normativo del tipo de carácter social véase MIR PUIG: Derecho penal. Parte General. 7ª Edición, Barcelona, Reppertor, 2005c, pág. 235-236 párrafos 66-71

68 Véase Apartado A)

traslación posesoria⁶⁹. Resulta inviable, por tanto, la transfiguración del mismo mediante cualquier intento de juridificación, hecho que le haría perder su significación.

El verdadero desvalor material de la acción de apoderamiento lo integra, para mí, la **aprehensión física** del objeto material del delito, que implica obtener una posesión directa e inmediata sobre contenido íntimo o un soporte que contiene o expresa la intimidad⁷⁰ y que permite al sujeto obtener una imagen fiel del documento original, imagen que puede reproducir posteriormente y que le otorgaría un alto grado de credibilidad en caso de proceder a su revelación, difusión o cesión⁷¹. Trasladado lo anterior al artículo 197, se trata de la ejecución por parte del sujeto activo de un acto destinado a obtener o retener un mensaje de correo electrónico, un documento electrónico o un efecto personal en el caso del apartado 1 del artículo 197 del Código penal⁷² o un dato reservado de carácter personal o familiar contenido en un fichero o registro informático en el supuesto del apartado 2 de dicho precepto⁷³.

La característica principal del apoderamiento es la **obtención del contenido íntimo** y, mientras este requisito se cumpla, poco importan al Derecho penal los medios utilizados para ello o la forma en la que ésta se haya producido (papel o electrónica)⁷⁴. Es perfectamente factible que ni siquiera se de

69 ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 54

70 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 94

71 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 94

72 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 26

73 OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO: El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1 del Código penal, pág. 78-79 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 35

74 Véase Apartado A) 1. a) de este epígrafe.

un desplazamiento del soporte original que contiene los datos íntimos⁷⁵, teniendo simplemente lugar la traslación de éstos, de carácter intangible, a otro soporte, éste forzosamente tangible, mediante su reproducción a través del fotocopiado, fotografiado, envío telemático o la transmisión del archivo a un dispositivo informático, esto es, lo que se conoce como **aprehensión virtual**⁷⁶. En mi opinión, son plenamente subsumibles en el tipo, por consiguiente, tanto la **aprehensión física como virtual**, pues ambas cumplen la condición mencionada: permitir al sujeto obtener una imagen fiel del contenido íntimo que le de credibilidad en caso de difusión⁷⁷.

En cambio, no quedan englobadas en esta idea de apropiación todas aquellas conductas que no llevan aparejada la materialización a la que se ha hecho referencia. Ello supone excluir del ámbito típico los supuestos de mero **acceso o visualización de la intimidad** contenida en formato electrónico, que quedarían amparados por el tipo si se acepta la teoría de la normativización o espiritualización del concepto de apoderamiento. Considero, además, que esta exclusión no ocasiona un especial trastorno al entramado típico desde el punto de vista del principio de ofensividad y legalidad, ello en aras a la seguridad jurídica⁷⁸ y por las siguientes razones:

1. Por una parte, desde la perspectiva del **principio de ofensividad**, para los seguidores de la tesis de la espiritualización el delito de descubrimiento y revelación de secretos es un delito mutilado de dos actos y de consumación anticipada (para al-

75 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, pág. 133

76 DE LA MATA BARRANCO: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, en Derecho penal informático, Navarra, Thomson Reuters, 2010b, pág. 176 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 93 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 26 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 85-120

77 Véase Apartado A)

78 Véase Apartado A)

gunos, cabe recordar, de resultado cortado) en el que el descubrimiento, entendido éste como conocimiento efectivo de la intimidad, no forma parte del tipo objetivo⁷⁹, de tal forma que su perfección se produce con el acto de apoderamiento, esto es, con la mera visualización del contenido íntimo⁸⁰. Pues bien, entender producida la consumación en el momento en que el sujeto pone la vista encima del documento me parece no ya una desmaterialización desmesurada del concepto de apoderamiento⁸¹ sino un adelantamiento excesivo de la barrera punitiva a un momento donde ni siquiera existe un peligro para el bien jurídico protegido. Ello que supondría convertir el delito en un mero **delito obstáculo**, que castigaría el peligro que puede suponer que alguien se acerque a, por ejemplo, un correo electrónico que un sujeto tiene abierto en la pantalla del ordenador⁸². Así

-
- 79 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 25 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455-456 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 51, 81-82 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 55 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 100
- 80 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, pág. 133 COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, pág. 681 GONZÁLEZ RUS: Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 348-349 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128 POLAINO NAVARRETE: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos, pág. 399 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84
- 81 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 305 JAREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 23, 46 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 88 nota 29 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 42-43, 77-78
- 82 En mi opinión, resultaría menos lesivo del principio de ofensividad, como defiende un sector de la teoría de la espiritualización, retrasar la barrera

pues, como muy acertadamente indican ORTS BERENGUER y ROIG TORRES se podría llegar a soluciones tan inverosímiles como la de aplicar una pena de prisión de hasta cuatro años a quien se limitase a leer mensajes, cartas, etc. que el interesado hubiese dejado al alcance de terceros⁸³.

Efectivamente, el apoderamiento opera en la dinámica comisión del delito de descubrimiento y revelación de secretos como el *instrumentum sceleris de la comisión delictiva*, en el sentido de que se produce únicamente para cumplir la finalidad a la que tiende la conducta del sujeto activo⁸⁴. Por tal razón, me parece acertado afirmar que el delito viene informado por un elemento subjetivo del injusto⁸⁵, integrado por el potencial descubrimiento de información íntima, esto es, la **posibilidad de conocimiento (en ningún caso de conocimiento efectivo) de la información íntima en el apartado 1⁸⁶**, y la intención de causar un perjuicio de cualquier clase en el apartado 2⁸⁷.

punitiva hasta el momento en que se adquiere el conocimiento de los datos. Aunque ello supone la eliminación del elemento de intención del delito, permite al menos entender producida la afectación del bien jurídico intimidad. Esto dotaría de un mayor desvalor a la conducta, especialmente en el supuesto relativo a la remoción de un obstáculo previo, pero también a la mera visualización de los datos íntimos sin quebrantamiento de las barreras de defensa.

- 83 ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31
- 84 CALDERÓN y CHOCLÁN MONTALVO: Derecho penal. Parte Especial II, pág. 133 COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, pág. 681 GONZÁLEZ RUS: Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 348-349 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128 POLAINO NAVARRETE: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos, pág. 399 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84
- 85 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 455
- 86 COBO DEL ROSAL: Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal, pág. 681
- 87 En el sentido ya expuesto.

En coherencia con lo anterior, considerando el delito como de peligro concreto (el bien jurídico intimidad es un derecho personalísimo de modo que el peligro se produce sólo en relación con la intimidad del sujeto víctima de la acción de apoderamiento), creo acertado afirmar que se trata de un delito de resultado, mutilado de dos actos y de consumación anticipada por lo siguiente:

a) Es un **delito de resultado** porque se consuma cuando se adquiere la **disponibilidad** sobre todo o parte del contenido de un soporte que contiene aspectos relevantes para la intimidad⁸⁸, ya sea mediante una acción de arrebatarse como de retener, pues ambas posibilidades son, a mi juicio, compatibles con la tesis expuesta⁸⁹. Disponibilidad puede definirse, en este sentido, como la capacidad para conocer la información personal del sujeto pasivo⁹⁰.

b) Es un **delito mutilado de dos actos** y de **consumación anticipada** porque la intención de lesionar la intimidad es el elemento subjetivo del injusto que informa la realización de la conducta del sujeto activo pero no forma parte del tipo objetivo a los efectos de la perfección del tipo⁹¹. La consumación, como se ha visto, se ha adelantado al momento en que se produce el apoderamiento sin que se requiera el efectivo descubrimiento de la intimidad o la causación del perjuicio. Este acto pertenecerá a la fase de agotamiento

88 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 94 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 128

89 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 84

90 GONZÁLEZ RUS: Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 349

91 Consideran que se trata de un delito mutilados de dos actos: RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 55 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 456 JARREÑO LEAL: Intimidad e imagen: los límites de la protección penal, pág. 25 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 100; RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 51, 81-82

del delito, pero quedará dentro de la esfera de dominio del sujeto activo⁹².

2. Por otra parte, desde el punto de vista del **principio de legalidad** también se pueden dar motivos, aunque de menor peso, para fundar esta decisión. Así pues, razones de congruencia sistemática conducen a la necesidad de establecer algún tipo de diferenciación entre las acciones de apoderarse y acceder, previstas conjuntamente en el apartado 2 del artículo 197⁹³. Igualmente, desde esta perspectiva, aseverar que la lectura unitaria de todas las acciones elimina la incoherencia de que a conductas de distinto desvalor se le atribuya igual pena no me parece una razón lo suficientemente importante como para desfigurar los elementos de la descripción típica, sino, más bien, en todo caso, para exigir la modificación y corrección de las deficiencias de ésta⁹⁴. A este efecto, por supuesto que, en mi opinión, también resulta criticable el hecho de que la consumación se anticipe a la mera puesta en peligro del bien jurídico, tal y como indican los seguidores de la tesis de la espiritualización. E igualmente, considero más acertado ultratraer la intervención penal al momento en que la lesión de éste se produce a través del descubrimiento, pero eso debe acometerse a través de la reforma legal y no de la interpretación⁹⁵.

III. La acción de acceso en el delito de descubrimiento y revelación de secreto

Establecido desde un punto de vista personal qué debe entenderse por apoderamiento en el seno del artículo 197 y, optando por la tesis patrimonialista –lo que supone defender que apoderamiento y acceso no son conceptos sinónimos– conviene aclarar ahora el término acceso.

92 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 100

93 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 315

94 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 115

95 RUIZ MARCO: Artículo 197, pág. 154-155

A diferencia del apoderamiento, la conducta de acceso se encuentra recogida únicamente en el apartado 2 del artículo 197, pero, igual que éste, su definición tampoco está exenta de conflicto. El principal punto de debate se centra, en este caso, en el grado de conocimiento que el sujeto activo debe haber adquirido sobre los datos a los efectos de la consumación del delito y, más concretamente, en si el autor debe lograr situarse meramente en disposición de conocer el contenido de los datos íntimos⁹⁶ o si efectivamente ha de adquirir conocimiento sobre ellos⁹⁷. Véanse con más detenimiento estas dos posibilidades:

A) Acceso como sinónimo de alcanzar

De acuerdo con un primer grupo de autores, el acceso equivale meramente a conseguir un contacto directo con los datos íntimos. Por consiguiente, según este criterio, no sería necesario que el sujeto llegase a conocer o, si se prefiere, a descubrir

96 Parece de esta opinión FERNÁNDEZ TERUELO: Ciberdelitos: los delitos cometidos a través de internet -estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-, pág. 471 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 471 ROMEO CASABONA: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 121 ROMEO CASABONA: El delito de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 198 ROMEO CASABONA: El delito de descubrimiento y revelación de secretos, pág. 198 RUEDA MARTÍN: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código penal), pág. 80

97 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 104 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 318 JORGE BARREIRO: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 574 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 119 JORGE BARREIRO: Capítulo 27. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 868 ORTOS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31, 35 QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 299

la información contenida en ellos. En esta línea, se ha indicado también que acceder supone alcanzar el objeto donde éstos se encuentran, aunque sin llegar a obtenerlo o hacerse con él⁹⁸.

A favor de esta teoría juegan, en mi opinión, dos argumentos:

a) Teoría de la espiritualización del concepto de apoderamiento: cabe recordar que los partidarios de esta teoría concebían como conceptos sinónimos los verbos acceder y apoderarse (de hecho el primero se utilizaba para definir el segundo), afirmando, mayoritariamente, que para la consumación del delito no era necesario el descubrimiento o el conocimiento de los concretos datos íntimos, pues ello constituía meramente el elemento subjetivo del injusto⁹⁹.

b) Entender que los ficheros son el objeto material del delito en el inciso final del apartado 2: la tortuosa redacción de los dos incisos que componen el apartado 2 ha impedido a la doctrina llegar a cualquier tipo de acuerdo sobre la interpretación de las acciones contenidas en él, habiéndose llegado incluso a afirmar que no es posible encontrar *razón alguna capaz de explicar las diferencias entre el inciso inicial y el final*¹⁰⁰. El primero castiga el apoderamiento, la utilización y la modificación de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o registros; el segundo, el acceso, la alteración o utilización de los mismos¹⁰¹. Pues bien, la cuestión debatida al respecto es si la expresión *a los mismos* del segundo inciso tiene como objeto material del delito a los datos o a los ficheros. Con el fin de intentar dar respuesta a esta

98 ANARTE BORRALLO y DOVAL PAÍS: Límites de la ley penal a propósito del nuevo delito de intrusión informática, en Revista General de Derecho Penal, 2012a, pág. 19

99 Véase Epígrafe anterior.

100 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 319

101 *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

cuestión se han planteado dos posturas, cada una de las cuales tiene sus ventajas e inconvenientes. Son las que se presentan a continuación:

aa) Los ficheros o registros como objeto material: unos pocos autores defienden una corriente iniciada por CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, quienes vinculan dicha expresión a los ficheros o registros y no a los datos al entender que, en caso contrario, el inciso segundo estaría reiterando dos de las tres conductas previstas en el inciso primero —utilización y alteración vs. alteración y modificación—, produciéndose una superposición carente de sentido entre ambos¹⁰².

bb) Los datos como objeto material del delito: que precisamente se trata de una superposición entre ambos incisos y que el objeto material de ambos son los datos es lo que defiende la postura mayoritaria¹⁰³.

102 Con razón matiza RUIZ MARCO que, pese a lo fundado de las críticas que se realizan al mismo, no parece encontrarse otra exégesis que justifique la vigencia y funcionalidad del párrafo en cuestión. También considera los ficheros el objeto material del delito la jurisprudencia, que entiende que *[e]n el sentido del art. 197.2 debe exigirse que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas, siendo indiferente, su naturaleza: personal, académica o laboral, médica, económica, etc... Se trata, en realidad de informaciones de carácter personal relacionadas más con la privacidad que con la intimidad. No tienen por qué ser informativos, porque se acoge también a cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.* Sentencia Tribunal Supremo núm. 1328/2009 de 30 diciembre. STS 553/2015, 6 de octubre (RJ 2015, 5020) Sentencia num. 586/2016 de 4 julio, FJ 4º CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 1 CD Se ha abandonado esta idea en la edición de 2016, GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 280 CASTIÑEIRA PALOU y ESTRADA CUADRAS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 158 QUERALT JIMÉNEZ: Derecho penal. Parte Especial, pág. 299 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 78

103 La conclusión lógica de esta postura es que ambos incisos castigan idénticas conductas y que el segundo no supone más que una reiteración superflua y

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, la aceptación de la primera postura apuntada conduce a situar la consumación del delito en el momento en que tiene lugar la apertura del fichero o registro, lo que impide entender que se haya adquirido conocimiento sobre cualquier dato en ellos contenido. Es por ello

vacía de contenido. Efectivamente, un sector mayoritario rechaza la postura doctrinal expuesta por entender que, a pesar de ser bien intencionada (GONZALEZ RUS) e ingeniosa (ORTS BERENGUER Y ROIG TORRES), es *poco útil* (GONZALEZ RUS) *insostenible* (JORGE BARREIRO), por ser una *interpretación tan forzada que acaba incurriendo en otros contrasentidos* (MORÓN LERMA) y que *tiene un coste muy alto* (MORALES PRATS) debido a las *incongruencias sistemáticas* que origina (RUIZ MARCO). Los argumentos que se han aducido al respecto son: que centra el objeto material en el continente en lugar del contenido (RUIZ MARCO), lo que provoca un desenfoque teleológico desde la perspectiva del bien jurídico protegido (MORALES PRATS, JORGE BARREIRO), al suponer un adelantamiento excesivo de la tutela penal que no está justificado político-criminalmente (MORALES PRATS) y al contradecir la letra de la ley (JORGE BARREIRO), y ocasiona penológicamente la incongruencia de castigar una conducta con lesividad menor (la relativa a los ficheros) con la misma pena que los comportamientos dirigidos contra los datos (ORTS BERENQUER Y ROIG TORRES) DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, pág. 175 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 318 JORGE BARREIRO: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 574 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 117 LOZANO MIRALLES: en Compendio de Derecho penal. Parte Especial II (BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL (dir.)), Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1998a, pág. 216 MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 471 MORÓN LERMA: Internet y derecho penal: hacking; y otras conductas ilícitas en la red, pág. 62 MUÑOZ CONDE: Derecho penal. Parte Especial, pág. 237 ORTS BERENQUER Y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 34 REBOLLO VARGAS: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 467 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 78 TOMÁS - VALIENTE LANUZA: Del descubrimiento y revelación de secretos, pág. de consulta online A esta postura se adhiere también la jurisprudencia: SAP Barcelona 6ª 219/2006, de 1 de marzo y STS de 8 febrero de 1999

que, admitiéndose esta postura, queda absolutamente patente que acceder a los datos no supone conocerlos, ya que en este caso el sujeto se sitúa meramente en disposición de conocer y obtener los datos reservados de carácter personal, hecho que sería suficiente para consumir el tipo penal.

B) Acceder como sinónimo de conocer

Otro grupo de autores, minoritario, se manifiesta a favor de una mayor restricción del injusto típico y considera que acceder equivale a conocer¹⁰⁴. Así, definen el acceso como conocimiento u obtención de información sobre los datos personales registrados¹⁰⁵, aunque, en ocasiones, también se hace referencia a *tenerlos a disposición*¹⁰⁶ o *hacerlos propios*¹⁰⁷.

Desde esta perspectiva, algunos autores puntualizan que el término conocimiento tampoco puede ser interpretado en sentido amplio, como simple conocimiento de datos, pues ello podría conducir a un injustificado alargamiento de la cadena delictiva hasta el infinito, es decir, a todos aquellos sujetos que fueran tomando conocimiento sucesivamente de la información por referencia de otro sujeto sin haber accedido directamente a ella¹⁰⁸. Es por ello que consideran que debe exigirse, para la

104 En relación con el apartado 2 del artículo 197, este sector de la doctrina exige una mínima captación mental del contenido, no sólo la mera visión o la apertura del documento que contiene los datos, pero sin que exista la aprehensión física o la reproducción de los mismos. GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 319

105 JORGE BARREIRO: Capítulo 27. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 868 párrafo 9900

106 JORGE BARREIRO: Capítulo 27. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 868 párrafo 9900

107 GONZÁLEZ RUS: Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 318

108 DOVAL PAÍS y JAREÑO LEAL: Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero), pág. 3 DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 104 ORTS BERENGUER y ROIG

relevancia típica de la conducta, al menos un contacto directo con el continente del dato¹⁰⁹, en concreto, una acción mediante la cual se supere alguna barrera, aunque sea mínima, de resguardo de los datos¹¹⁰.

C) Valoración crítica

Me inclino por la primera postura tomando como punto de partida la siguiente idea: el objeto material del delito son los ficheros y los registros informáticos. De las dos opiniones expuestas, por tanto, la primera es la que me parece más coherente con el tenor literal del apartado 2 del artículo 197. Así pues, no comparto ninguna de las críticas realizadas a su descripción típica, ello con base a las siguientes razones¹¹¹:

TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 35 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 119

109 JORGE BARREIRO: El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP, pág. 119

110 Para JAREÑO LEAL y DOVAL PAÍS, el acceso, para ser típico, requiere el contacto directo entre quien accede y la instalación o soporte informático que contiene los datos. Para ellos, en el contexto del tipo, acceso no equivale a conocer, saber o enterarse, sino a entrar (o tener paso), en sentido figurado, en la instalación informática como forma de enterarse de los datos personales. DOVAL PAÍS: La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos, pág. 104 DOVAL PAÍS y JAREÑO LEAL: Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero), pág. 3 DOVAL PAÍS y JAREÑO LEAL: Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero), en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.) y MORALES PRATS (coord.)), Pamplona, Aranzadi, 2001b, pág. 1484-1485

111 Véase también: ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 34 REBOLLO VARGAS: Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 456 RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 78

a) Mientras el conocimiento de los datos supondría la lesión de la intimidad, el acceso al fichero implicaría como mínimo la puesta de peligro de ésta.

b) Además, la previsión de idéntica pena para conductas con diferente desvalor es un argumento que no justifica que ello no suceda en el Código penal, pues es ya el propio apartado 1 del artículo 197 el que sanciona con igual pena conductas de distinto desvalor¹¹². Es cierto que, al igual que sucede en el apartado 1, se penan conductas de distinto desvalor a través de las mismas consecuencias jurídico-penales, pero me parece aun peor –y totalmente desaconsejable desde la perspectiva del principio de vigencia– dejar vacío de contenido todo un inciso completo del Código penal, más cuando desde el punto de vista del principio de legalidad, ambas interpretaciones son posibles. Efectivamente, la norma legal no prohíbe dicha interpretación y, mientras no se derogue el precepto, deberá buscarse la interpretación más acorde con el tenor de la Ley, que, en este caso, resulta ser la realizada por CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC.

c) Sí es cierto que, desde la perspectiva de los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal, no me parece político-criminalmente adecuado adelantar tanto la barrera punitiva, pero ello es característica ínsita al proceso de expansión del Derecho penal que, se quiera o no, es una realidad. Por respeto al principio de *ultima ratio*, me parece excesivo el castigo del acceso a ficheros o registros de datos, que castigan meramente el peligro del que, hipotéticamente, pudiera derivarse en un momento posterior una lesión de la intimidad. La interven-

112 Así pues, en palabras del propio MORALES PRATS, en este último se *desatiende la diversa insidiosidad que para el bien jurídico suscita el empleo de un mero apoderamiento físico de documentos o efectos personales frente a la utilización de sofisticados aparatos de control auditivo o visual clandestino; estos últimos proporcionan un control certero y sistemático, más penetrante que pasa inadvertido para la víctima, lo que debería haberse visto reflejado en un distinto trato punitivo más grave para estos últimos casos. Una estratificación de las penas hubiera sido aconsejable desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.* MORALES PRATS: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. 454, 472

ción penal debiera reservarse para los ataques más importantes a los bienes más importantes y creo que esta conducta no ofrece la ofensividad al bien jurídico necesaria para mantenerse en el Código penal. Aun así, si el legislador deseara mantenerla, lo adecuado (y lo más ajustado a la proporcionalidad) sería preverla como un tipo privilegiado respecto de las anteriores, pero no como un tipo mixto alternativo.

d) Desde un punto de vista gramatical, la referencia a los mismos puede ser dirigida tanto a los datos como a los ficheros, pues nada aclara la letra de la Ley en uno u otro sentido.

Por todo ello, debo concluir junto a RUIZ MARCO que, si bien el apartado 2 del artículo 197, al igual que su predecesor sistemático, es susceptible de numerosas y fundadas críticas, no me parece posible conforme a la redacción vigente interpretación distinta a la ofrecida¹¹³. Resultaría incongruente, por tanto, hacer referencia a conocimiento de datos si éstos no son el objeto material del delito, de modo que, a mi juicio, CARBONELL MATEU y GONZALEZ CUSSAC es la opción más adecuada conforme a la redacción vigente.

IV. Conclusiones

1. Aunque en el marco del delito de descubrimiento y revelación de secretos debe atribuirse una significación unívoca a las mismas acciones (mismos verbos) que se castigan en distintos apartados del artículo 197, apoderamiento y acceso no pueden considerarse conceptos sinónimos o equivalentes entre ellos sino conductas de carácter alternativo y/o con distinta significación.

2. El concepto de apoderamiento es un elemento normativo del tipo de carácter social cuyo sentido no puede desvincularse de su dimensión social, entroncada, a su vez, con la idea de traslación posesoria. En este sentido, apoderamiento debe

¹¹³ RUIZ MARCO: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, pág. 78

definirse como la obtención de una posesión directa e inmediata sobre datos íntimos o sobre un soporte que contiene o expresa la intimidad y que permite al sujeto disponer de una imagen fiel del documento original que puede posteriormente reproducir u otorgar un alto grado de credibilidad en caso de revelación, difusión o cesión. Lo anterior no implica, en ningún caso, el descubrimiento o conocimiento efectivo de la intimidad (apartado 1) o la causación de un perjuicio (apartado 2), la cual conformará la intención subjetiva a la que tiende el sujeto, esto es, el elemento subjetivo del injusto, formando parte de la parte subjetiva del tipo.

Las consideraciones expuestas permiten también ofrecer solución a un conjunto de supuestos conflictivos:

a) Contenido inaccesible: Unos pocos autores han discutido acerca de si se puede considerar consumado el delito cuando el contenido apoderado resulta finalmente inaccesible para el sujeto activo. A mi juicio, debido a que el apoderamiento conduce a la consumación, siendo la intención de descubrir un mero elemento subjetivo que informa la conducta, ambos concurren aunque finalmente la conducta sea inidónea, por lo que se debe apreciar el grado de consumación¹¹⁴.

b) Disponibilidad momentánea: la misma opinión merece, y por las mismas razones, el caso en el que el sujeto dispone materialmente del objeto y, posteriormente, habiéndolo examinado y habiendo tomado conocimiento de su contenido, lo vuelve a depositar donde se encontraba¹¹⁵.

114 MATA Y MARTÍN: Delincuencia informática y Derecho Penal, pág. 129 Consideran que será tentativa DE LA MATA BARRANCO: Los delitos vinculados a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el Código penal español, pág. 63 DE LA MATA BARRANCO y HERNÁNDEZ DÍAZ: Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español, pág. 176 Igualmente consumado, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, pág. 31 CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, pág. CD pág. 1-2

115 En sentido similar, plantea GONZALEZ RUS que el apoderamiento no resulta equivalente en este precepto al propio de los delitos contra el patrimonio porque no se pretende la apropiación del objeto, sino que se toma para

c) **Soporte vacío:** Un último supuesto sería el relativo a qué ocurre en aquellos casos en los que el sujeto se apodera de un objeto con ánimo de descubrir la intimidad pero finalmente en el mismo no se contiene ninguna información relativa a la misma. Como señala ANARTE BORRALLO estaríamos ante un supuesto de tentativa absolutamente inidónea, sería impune, como señala el autor, en el que no existe ofensa para el bien jurídico ya que el soporte apoderado no contiene datos íntimos¹¹⁶.

3. La noción de acceso debe interpretarse en el sentido de alcanzar pero no de conocer datos íntimos. Así pues, en tanto en cuanto el objeto material del segundo inciso del apartado 2 del artículo 197 son los ficheros y no los datos informáticos, el Código penal está castigando la conducta de acceder a ficheros informáticos, lo que supone el adelantamiento de la tutela penal a un momento anterior al propio acceso a los datos y, en consecuencia, la imposibilidad de exigir la toma de conocimiento sobre éstos. Este adelantamiento de la barrera punitiva puede parecer excesivo desde una perspectiva político-criminal, pero, desde luego, es el más coherente con el tenor literal del artículo 197.2 en atención al principios de vigencia.

4. Un argumento a favor de la diferenciación de las acciones de apoderamiento y acceso puede hallarse también en el Código penal alemán. Así pues, la disyuntiva presentada en las páginas anteriores tiene un claro correlato en la Sección 202a del Código penal alemán. Ésta recoge el delito de *Ausspähen von Daten* o espionaje de datos, que castiga a quien se procure para sí o para un tercero acceso datos que no estén destinados para él y que hayan sido especialmente asegurados contra su

descubrir un secreto, aunque la tenencia se mantenga sólo unos instantes y luego se devuelva; de hecho si se produce la apropiación efectiva del soporte habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos con el hurto y el robo. GONZÁLEZ RUS: Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), pág. 348

116 ANARTE BORRALLO: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal, pág. 53

acceso no autorizado a través de la superación de las medidas de seguridad¹¹⁷.

Tras la reforma operada 2007, en el Código penal alemán son susceptibles de ser distinguidas dos modalidades típicas de carácter alternativo: procurarse datos informáticos (*Verschaffen von Daten*) y procurarse el acceso a datos informáticos (*Verschaffen des Zugangs zu Daten*)¹¹⁸. Aunque el legislador alemán no ha ofrecido una definición de lo que debe entenderse por procurarse (*verschaffen*), la doctrina alemana conceptúa de un modo genérico esta acción como el acto de proporcionarse para sí o para un tercero datos informáticos o un soporte que contenga tales datos¹¹⁹, lo que implica la efectiva adquisición por parte del sujeto activo de la posesión sobre éstos. Además, distingue la obtención material de los datos (que equivaldría al apoderamiento) de la adquisición inmaterial de éstos (que podría considerarse sinónimo de la acción de acceso). La primera consiste en conseguir la posesión del dispositivo original de almacenamiento donde aquellos se encuentran, la realización de una copia de los mismos mediante una máquina fotocopidora, su traslado a otro dispositivo de almacenamiento, su impresión, grabación o filmación, o cualquier otra obtención física de los datos. La segunda, en el conocimiento directo de éstos que permita al sujeto retenerlos mentalmente en su cabeza o escribirlos¹²⁰. Como se

117 *Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft*

118 GRAF: § 202a, en Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (JOECKS, WOLFGANG y MIEBACH, KLAUS (dir.)), Band 4 §§ 185 bis 262, 2. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2012c, pág. 196 párrafo 49

119 ALTENHAIN y WIETZ: § 202a, en Strafgesetzbuch Kommentar (MATT, HOLGER y RENZIMOWSKI, JOACHIM), MÜNCHEN, C.H.B BECK, 2013a, pág. 1590

120 La opinión de los autores en relación con la admisión de una u otra forma de apropiación no es unánime. Se citan como ejemplo de esta conducta se encuentran el fotocopiado, fotografiado o grabación en video de los datos, así como la realización de una captura de pantalla del monitor o su impresión. Se excluye, sin embargo, la apropiación de un papel impreso o la mera instalación de un programa. Igualmente, se excluye de este supuesto el acceso

observa, la primera modalidad se correspondería con la conducta de apoderamiento, la segunda se correspondería con la modalidad relativa al apartado 2. De esta manera, la interpretación de este precepto del Código penal alemán sirve como medio de corroborar la diversidad material de ambas acciones.

V. Bibliografía

- ALTENHAIN, K. y WIETZ, C.: “§ 202a“, en *Strafgesetzbuch Kommentar* (MATT, HOLGER y RENZIMOWSKI, JOACHIM), MÜNCHEN: C.H.B BECK, 2013.
- ANARTE BORRALLO, E.: „Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I) En especial, el art. 197.1 del Código Penal”, *Jueces para la democracia*, 50-61, 43, 2001.
- ANARTE BORRALLO, E. y DOVAL PAÍS, A.: „Límites de la ley penal a propósito del nuevo delito de intrusión informática“, *Revista General de Derecho Penal*, 2012.
- ANARTE BORRALLO, E. y DOVAL PAÍS, A.: „Lección XIX. Delitos contra a la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (1). Delitos de descubrimiento y revelación de secretos”, en *Derecho penal: Parte Especial* (BOIX REIG, JAVIER (dir.)), Madrid: Iustel, 2016.
- BOSCH, N.: „§ 202a“, en *Strafgesetzbuch Kommentar* (SATZGER, HELMUT; SCHLUCKBIER, WILHELM y WIDMAIER, GUNTER), 2. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014.
- CALDERÓN, Á. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Derecho penal. Parte Especial II*, Barcelona: Deusto, 1999.

inicialmente autorizado, pero con apoderamiento ulterior en tanto extralimitación del acceso lícito *ab initio*. GRAF: § 202a, pág. 196 párrafo 49; 197 párrafo 52 KARGL: § 202a, en *Strafgesetzbuch* (KINDHÄUSER, URS; NEUMANN, ULFRID; PAEFFGEN, HANS-ULRICH), Band 2, 4 Auflage, Baden Baden, Nomos, 2013b, pág. 1413 párrafo 12 WEIDEMANN: § 202a, en *Strafgesetzbuch Kommentar* (VON HEINTSCHEL -HEINEGG, BERND), München, Verlag C.H.Beck, 2010f, pág. 1309 párrafo 15

- CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T. y ESTRADA CUADRAS, A.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Lecciones de derecho penal: Parte especial (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (dir.) y RAGUÉS VALLÉS, RAMÓN (coord.))*, Barcelona: Atelier, 2015.
- COBO DEL ROSAL, M.: „Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro (párrafo segundo del artículo 497 del Código penal)“, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXIV Fascículo III, 1971.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: „Los delitos vinculados a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el Código penal español“, *Cuadernos penales José María Lidón*, 41-84, nº 4, 2007.
- DE LA MATA BARRANCO, N. y HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: „Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español“, en *Derecho penal informático (DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUÍS (dir.) y DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO (coord.))*, Navarra: Thomson-Reuters, 2010.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: „Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español“, en *Derecho penal informático*, Navarra: Thomson Reuters, 2010.
- DOVAL PAÍS, A.: „La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos“, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 89-115, 22, 2000.
- DOVAL PAÍS, A. y JAREÑO LEAL, A.: „Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero)“, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1672-1680, 4, 2000.

- DOVAL PAÍS, A. y JAREÑO LEAL, A.: „Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999 de 18 de febrero)“, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.) y MORALES PRATS (coord.))*, Pamplona: Aranzadi, 2001.
- FARALDO CABANA, P.: „De los delitos relativos al mercado y a los consumidores“, en *Comentarios al Código penal (GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.))*, Valladolid: Lex Nova, 2010.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T.: *Protección penal del secreto de empresa*, Madrid: COLEX, 2000.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Ciberdelitos: los delitos cometidos a través de internet -estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-*, Constitutio Criminalis Carolina, 2007.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Derecho penal e internet: Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, 2011.
- FLORES PRADA, I.: *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓMEZ LANZ, J.: *La interpretación de la expresión en perjuicio en el código penal*, Madrid: Dykinson, 2006.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección de los datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho penal*, Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Derecho penal. Parte especial (GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUÍS (coord.))*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Lección 12. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del

- domicilio (I)“, en *Derecho penal español: Parte Especial*, Madrid: Dykinson, 2005.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Capítulo 14. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)“, en *Sistema de Derecho penal Español. Parte Especial (MORILLAS CUEVA, L. (coord.))*, Madrid: Dykinson, 2011.
- GRAF, J.-P.: „§ 202a“, en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (JOECKS, WOLFGANG y MIEBACH, KLAUS (dir.))*, Band 4 §§ 185 bis 262, 2. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2012.
- HEGER, M.: „§ 202a“, en *Strafgesetzbuch Kommentar (LACKNER, KARL y KÜHL, KRISTIAN)*, 28. Auflage, München: C.H.BECK, 2014.
- HUERTA TOCILDO, S. y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C.: „Intimidad e informática“, *Revista de Derecho Penal*, nº 6, 2002.
- JAREÑO LEAL, M. d. I. Á.: „Revelación de datos personales, intimidad e informática“, *Diario La Ley*, 1999.
- JAREÑO LEAL, M. d. I. Á.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid: Iustel, 2008.
- JORGE BARREIRO, A.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Comentarios al Código Penal (RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO (dir.) y JORGE BARREIRO, AGUSTÍN (coord.))*, Madrid: Civitas, 1997.
- JORGE BARREIRO, A.: „El delito del descubrimiento y la revelación de secretos en el Código Penal de 1995: Un análisis del artículo 197 del CP“, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 99-131, nº 6, 2002.
- JORGE BARREIRO, A.: “Capítulo 27. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Memento Penal 2011*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2011.
- KARGL, W.: „§ 202a“, en *Strafgesetzbuch (KINDHÄUSER, URS; NEUMANN, ULFRID; PAEFFGEN, HANS-ULRICH)*, Band 2, 4 Auflage, Baden Baden: Nomos, 2013.

- KINDHÄUSER, U.: *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2013.
- LOZANO MIRALLES, J.: „Delitos contra la intimidad“, en Compendio de Derecho penal. Parte Especial II (BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL (dir.)), Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1998.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: „El artículo 497 del Código penal“, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, XXXI, II, 1978.
- MATA Y MARTÍN, R. M.: *Delincuencia informática y Derecho Penal*, Madrid: Edisofer, 2001.
- MATA Y MARTÍN, R. M.: „La protección penal de los datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías“, *Revista Penal*, nº 18, 2006.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General. 7ª Edición*, Barcelona: Reppertor, 2005.
- MORALES PRATS, F.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal (QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.))*, Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- MORALES PRATS, F.: „Artículo 197“, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal (QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.))*, Navarra: Thomson Reuters, 2016.
- MORALES PRATS, F. y MORÓN LERMA, E.: „Artículo 278“, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal (QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.))*, Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- MORANT VIDAL, J.: *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías: estudio de los artículos 197 a 201 del Código penal*, Valencia: Práctica de Derecho, 2003.
- MORÓN LERMA, E.: „Intención del agresor y ataque a la intimidad“, en *El nuevo Derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz (QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.) y MORALES PRATS (coord.))*, Navarra: Aranzadi, 2001.

- MORÓN LERMA, E.: Internet y derecho penal: hacking; y otras conductas ilícitas en la red, Editorial Aranzadi, 2002a.
- MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico, Universidad de Barcelona, 2002b.
- MUÑOZ CONDE, F. J.: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, L.: El descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las telecomunicaciones. Estudio del artículo 197.1 del Código penal, Madrid: Dykinson, 2009.
- ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.: Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, Valencia: Tirant lo Blanch “Colección los delitos”, 2001.
- POLAINO NAVARRETE, M.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I). Descubrimiento y revelación de secretos“, en *Derecho penal español. Parte Especial I (COBO DEL ROSAL (dir.))*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho penal. Parte Especial, Barcelona: Atelier, 2010.
- REBOLLO VARGAS, R.: „Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I (CÓRDOBA RODA, JUAN y GARCÍA ARÁN, MERCEDES (dir.))*, Madrid y Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- RODRÍGUEZ MORO, L.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Madrid: Iustel, 2011.
- ROMEO CASABONA, C. M.: „El delito de descubrimiento y revelación de secretos“, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II (DIEZ RIPOLLÉS, J. L. y ROMEO CASABONA, C. M. (coord.))*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004a.

- ROMEO CASABONA, C. M.: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, Tirant lo Blanch, 2004b.
- ROMEO CASABONA, C. M.: „Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio“, en Derecho penal. Parte especial (ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA; SOLA RECHE, ESTEBAN; y BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL (coord.)), Comares: Granada, 2016.
- RUEDA MARTÍN, M. d. l. Á.: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículo 197 y 198 del Código penal), Alicante: Atelier, 2004.
- RUIZ MARCO, F.: “Artículo 197“, en Comentarios al Código penal (Cobo del Rosal, M. (dir.)), Madrid: Edersa, 1999.
- RUIZ MARCO, F.: Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática, COLEX, 2001.
- STERN BRIONES, E.: „El sentido de la privacidad, la intimidad y la seguridad en el mundo digital: ámbitos y límites“, *Eguzkilore*, 21, 2007.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Descubrimiento y revelación de secretos*, Navarra: Aranzadi, 2012.
- TOMÁS - VALIENTE LANUZA, C.: „Del descubrimiento y revelación de secretos“, en *Comentarios al Código penal (GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.))*, Valladolid: Thomson Reuters, 2016.
- WEIDEMANN, M.: „§ 202a“, en *Strafgesetzbuch Kommentar (VON HEINTSCHEL -HEINEGG, BERND)*, München: Verlag C.H.Beck, 2010.