

LA INTERVENCION DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y LA INTERCEPTACION DE COMUNICACIONES ESCRITAS, TELEGRÁFICAS Y ELECTRÓNICAS COMO MEDIOS DE PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

MA. ASUNCIÓN MORENO CASTILLO

Directora de Departamento y Profesora adjunta de Derecho Penal
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana

1. Introducción

La validez legal de la intervención de las comunicaciones -ya sean telefónicas, escritas, telegráficas o electrónicas- como medio de prueba en el proceso penal, ha sido objeto de estudios exhaustivos realizados por especialistas interesados en determinar su trascendencia en materia penal. En efecto, el tradicional principio de legalidad que la doctrina enuncia con el axioma "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" se concreta con los tres requisitos exigidos a la ley de previa, escrita y estricta, aplicable no sólo al delito en sí y a la pena que éste supone sino también al *iter procedere*.

El punto central de la cuestión radica en la necesidad de que la prueba aportada sea en sí misma "legal" y que su incorporación al procedimiento lo sea de forma predeterminada, no arbitraria, es decir, respetando principios esenciales que rigen el proceso penal como el de publicidad, intermediación, contradicción y oralidad.

El tema que se aborda a continuación plantea como pocos la necesidad de especiales cautelas a la hora de delimitar el ámbito de validez legal de las intervenciones telefónicas o comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas como medio de prueba en el nuevo Código Proceso Penal. Esta cuestión refleja una interesante problemática técnico-jurídica, ya que la verdad material no puede hallarse a cualquier precio, sino a través del respeto a las exigencias, presupuestos y limitaciones reconocidas en el ordenamiento jurídico nicaragüense y, en especial, el debido respeto a los derechos y garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, sin que ello signifique negar, ni mucho menos rechazar de plano, el valor que tienen estos medios de prueba en la investigación de un hecho delictivo.

2. La prueba en el nuevo proceso penal nicaragüense

La prueba es la piedra angular de todo sistema de justicia pues a través de ella se logra encontrar la verdad objetiva sobre un hecho que se investiga en los tribunales, por ello no debe malograrse su aporte por inobservancia de los derechos y garantías constitucionales¹.

En la doctrina procesal se entiende por prueba todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de los elementos de juicio con el cual termina su función primordial, que es reconstruir la verdadera historia que se investiga. Así, ASECIO MELLADO², entiende por prueba toda aquella actividad procesal cuyo objetivo consiste en lograr la convicción del juez o tribunal, acerca de la exactitud de las afirmaciones³ de hecho expuestas por las partes en el proceso.

En el proceso penal acusatorio –contrario al proceso inquisitivo⁴- la actividad probatoria corresponde a los sujetos procesales, y entre ellos, fundamentalmente a las partes, a quienes les corresponde, no sólo la introducción de los hechos a través de los escritos, sino también la proposición y ejecución de los medios de prueba.

La idea fundamental que persigue el proceso penal oral y acusatorio, a través de los diferentes medios probatorios, es encontrar la verdad material; es decir, precisar conforme las pruebas aportadas de que manera sucedieron los hechos constitutivos de delito.

En cuanto a los medios de prueba en particular, el nuevo Código Procesal Penal contempla la prueba pericial, la testifical, reconocimiento de personas y reconocimiento de cosas, careo, inspección, registro, reconstrucción de hechos, la prueba documental, presunciones e indicios.

3. El derecho a la prueba y los derechos fundamentales

En un Estado Democrático y de Derecho debe rechazarse toda actuación que implique un desprecio hacia los derechos y garantías individuales reconocidas en la Constitución⁵; en el ámbito procesal, específicamente, en materia probatoria, este rechazo se materializa en la imposibilidad de dar validez a las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos fundamentales. Al respecto, la Constitución nicaragüense, siguiendo la línea del derecho constitucional comparado, en su artículo 26 parte in fine señala:

¹ En este sentido, SÁNCHEZ/HOUED. Proceso Penal y derechos fundamentales, 1997, 57.

² ASECIO MELLADO, Prueba prohibida y prueba reconstruida, 1989, 15.

³ GIMENO SENDRA, Derecho Procesal Penal, t. II, El Proceso Penal, 1990, 220.

⁴ En el que la actividad de recopilación de las pruebas corresponde al juez y a los órganos de investigación correspondiente y excepcionalmente a las partes. En este sentido, BINDER, Introducción al Derecho procesal Penal, 1993, 98; ARÁUZ ULLOA, Proceso Penal y Derechos Humanos en Nicaragua, 1996, 165.

⁵ ARÁUZ ULLOA, Proceso Penal y Derechos Humanos en Nicaragua, 1996, 166.

“(…)

La ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos, cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o por motivos fiscales.

Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él”.

A partir de esta regulación podemos llegar a la conclusión de que nuestra legislación considera nula toda prueba obtenida a través de la violación de cualquiera de los derechos individuales⁶, como regla general, no obstante, existen excepciones –también establecidas en la ley- en las que se restringe alguno de estos derechos, este es el caso, por ejemplo, del derecho al domicilio, también establecido en el artículo 26 de la Constitución, en el que encontramos una restricción expresa:

“El domicilio sólo puede ser allanado por orden escrita de juez competente, excepto:

- a) Si los que habitaren en una casa manifestaren que allí se está cometiendo un delito o de ella se pidiera auxilio;*
- b) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o de la propiedad;*
- c) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas en una morada, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito;*
- d) En caso de persecución actual e inmediata de un delincuente;*
- e) Para rescatar a la persona que sufra secuestro.*

En todos los casos se procederá de acuerdo a la ley”.

El derecho a la prueba conjuntamente con otros derechos individuales, como el derecho a la defensa, vienen a constituir garantías del debido proceso. Por ello, hay quienes consideran que debe manejarse un concepto restrictivo de prueba ilícita⁷ con el objeto de que estos derechos

⁶ El aceptar que toda prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales es nula de pleno derecho es la posición mayoritariamente aceptada por la doctrina procesal, no obstante, la posición no es tan pacífica en los siguientes supuestos:

- 1) La admisibilidad o no de la prueba ilícita y su valoración cuando lo vulnerado NO ES un derecho fundamental.
- 2) La admisibilidad o no de la prueba LICITA derivada de otra ILICITA (doctrina de los frutos del árbol envenenado o del efecto reflejo).
- 3) La valoración conjunta de la prueba y su repercusión cuando entre los elementos probatorios concurre uno de obtención ilícita o práctica irregular.
- 4) La inadmisibilidad o la inapreciabilidad de la prueba ilícitamente obtenida.

Sobre las posiciones y soluciones que a estas cuestiones se ofrecen, consúltese, BAYARRI GARCIA, “La prueba ilícita y sus efectos”, en: CDJud, 1993, 421-504.

⁷ Así, GONZALEZ MONTES “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales”, en: Revista de Derecho Procesal, 1/1990, 31.

tengan mayor eficacia en el proceso. Esto quiere decir que el efecto de la prueba debe tener como límite el respeto a los derechos y garantías individuales; al respecto, el artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸ en cuanto a la validez de los elementos probatorios establece:

“No surten efecto alguno en el proceso las pruebas substraídas ilegalmente u obtenidas violentando, directa o indirectamente, los derechos y garantías constitucionales”.

Este precepto es claro, y no da lugar a confusión alguna sobre la ineficacia jurídica de la prueba substraída “ilegalmente” o “a través de la vulneración –directa o indirecta- de derechos y garantías constitucionalmente establecidos”; es absolutamente nula, inadmisibile⁹ e insubsanable¹⁰ y, por lo tanto, también es nula toda resolución judicial que admita una prueba ilícita obtenida mediante la violación de derechos fundamentales. Sin embargo, es oportuno señalar -aunque el artículo 16 del nuevo Código Procesal Penal no lo haga- que en la práctica judicial pueden presentarse “situaciones excepcionales” que ameriten una interpretación relativa de este precepto a partir del principio de proporcionalidad y ponderación de intereses en conflicto¹¹ en cada caso y se admita la eficacia de la prueba “substraída ilegalmente”, ya sea por haber sido incorporada al proceso de forma irregular o a través de la vulneración de un derecho no fundamental, un ejemplo clásico de prueba obtenida con vulneración de derecho no fundamental, es el del documento incorporado al proceso previo hurto del mismo.

Esta posición quizás sorprenda a quienes defienden una posición estrictamente garantista¹², sin embargo, creemos que es la que se acerca más al espíritu de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente, en el ámbito procesal basado en técnicas inductivas y no deductivas de

⁸ Ley N° 260, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, N° 137, de 23 julio 1998.

⁹ Al respecto, doctrinalmente existen dos posiciones que coinciden en señalar la nulidad de la prueba ilícita, independientemente del momento procesal en que se produce la irregularidad o el carácter pre o post-procesal del mismo: la primera, es la que defienden quienes circunscriben exclusivamente la prueba ilícita a los casos en que resulten vulnerados los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; la segunda, considera indiferente el rango del derecho vulnerado por el desconocimiento de las normas reguladoras de la obtención y práctica de la prueba, y entender que toda infracción de las normas procesales implica el desconocimiento a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, y que, por tanto, en todos estos casos, la valoración de la prueba estaría constitucionalmente prohibida. Sobre estas posiciones, consúltese a SERRA DOMÍNGUEZ, “Ineficacia de los actos procesales”, en: Estudios de Derecho Procesal, 1969, 461; ALVAREZ LANDETE, “El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita”, en: Revista del Ilustre Colegio de abogados de Alicante, 1991, 37; RUIZ VADILLO, “La actividad probatoria en el proceso penal” en: CDJud, 1992, 132.

¹⁰ En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, “Ineficacia de los actos procesales”, en: Estudios de Derecho Procesal, 1969, 466.

¹¹ Esta posición es una postura intermedia, que parte de la regla general, que la vulneración de un derecho fundamental impide la valoración de la prueba así obtenida, sin embargo, en los demás casos –entiéndase la prueba substraída ilegalmente-, debe estarse a la ponderación de intereses en conflicto.

¹² Defendida, entre otros, por PICO I JUNOY “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de la prueba ilícita”, en: La ley, N° 4213, 1997, 3.

averiguación de la verdad material y de riguroso formalismo, que hacen que las reformas legislativas encaminadas a la agilización del procedimiento devengan en la práctica ineficaz ante la resistencia, más o menos activa o consciente de los operadores del sistema.

Otra cuestión que debemos plantearnos esta relacionada al contenido literal del artículo 16 de la LOPJ relativa a la expresión “ (...) u obtenida violentando, directa o indirectamente, (...)” que se refiere a la conocida doctrina norteamericana de la *fruti of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado)¹³, así pues, el término “directa” se refiere a la prueba obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales y el “indirectamente”, todo elemento probatorio que se derive de esa vulneración.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, podemos concluir que a pesar de que la nulidad de las pruebas se refiere a las obtenidas mediante la violación directa o indirecta de los derechos y garantías individuales, es necesario estudiar en cada caso la validez de la prueba “substraída ilegalmente”, cuando no signifique la vulneración de estos derechos y garantías sobre la base de los principios de proporcionalidad y ponderación de intereses en conflicto.

4. La limitabilidad de los derechos fundamentales en la investigación criminal

Respecto a la limitabilidad de los derechos fundamentales, PECES-BARBA¹⁴ habla de límites de hecho y límites jurídicos, a estos últimos es que nos vamos a referir en el presente apartado. Los límites de los derechos fundamentales se pueden analizar desde los operadores jurídicos que los pueden incorporar al ordenamiento jurídico, ya que los límites de cada derecho –considerado en general- se pueden encontrar en la Constitución y en las leyes, este es el caso de las previsiones legales establecidas en los artículos 213 y 214 del nuevo Código Procesal Penal, en cambio, los límites de los derechos en concreto, aparecerán en la resolución judicial que resuelve el conflicto planteado.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁵ parte de la premisa de que no existen derechos ilimitados por lo que rechaza la clásica fórmula de “tu derecho termina donde comienza el derecho de los demás”, por estar vacía de contenido y conducir a un inevitable círculo vicioso. Así pues, este autor considera que insinuar la existencia de límites naturales indiscutibles sólo puede ser resultado de un planteamiento idealista e ingenuo, desconociendo, como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, una visión realista de nuestro sistema social.

¹³ La primera mención sobre la validez o no de los elementos probatorios obtenidos de forma lícita, pero descubiertos a través de los resultados probatorios obtenidos de forma ilícita. Así en la sentencia del Caso *Silverthorne vs United States* en 1920, aunque la expresión formalmente construida aparece hasta 1939 en la sentencia del Caso *Nardone vs United States*.

¹⁴ PECES -BARBA MARTINEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*. 1999, 590.

¹⁵ Véase, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 377.

En un Estado de Derecho –tal y como se ha señalado- la investigación judicial tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales de las personas, los cuales no son absolutos¹⁶ ni ilimitados¹⁷, ya que se puede limitar su contenido en aras de un fin superior, el cual es la investigación de un hecho delictivo que ha atentado contra la convivencia y la paz social¹⁸ teniendo en cuenta la proporcionalidad de tal medida¹⁹.

Así pues, los derechos y libertades fundamentales que reconoce la Constitución no conviven aislada y pacíficamente, sino que la frecuente colisión entre ellos provoca la necesidad de encontrar unas pautas que den prioridad a uno en detrimento de otros, ya que la limitabilidad de los derechos fundamentales impide realizar una jerarquización general entre los mismos, por lo que en cada caso se deberá realizar una ponderación de sus límites²⁰. Así pues, esta limitabilidad de los derechos fundamentales en materia de investigación criminal constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para la persecución y prevención del delito, lo cual convierte al juez en un garante de estos derechos²¹.

No obstante, es necesario que exista una previsión legal²², que regule las injerencias con el objeto de evitar arbitrariedades o abusos, teniendo en cuenta que solamente debe acudir a ellas como medio de prueba ante la imposibilidad material de su obtención por otros medios menos lesivos.

La licitud de la prueba está expresamente regulada en el artículo 16 de recién aprobado Código Procesal Penal que establece: “*La prueba sólo tendrá valor si ha sido obtenida por un medio lícito e incorporada al proceso conforme a las disposiciones de este Código. Ninguno de los actos que hayan tenido lugar con ocasión del ejercicio del principio de oportunidad entre el*

¹⁶ En este sentido, CARMONA SALGADO (*Libertad de expresión e información*, 1991, 63-69) señala que ningún derecho es absoluto debido a su coexistencia con otros derechos igualmente fundamentales, y por ello se encuentra limitado; no obstante, la necesaria sujeción a límites recomienda realizar una interpretación restrictiva de los mismos sobre la base de dos criterios: en primer lugar, se debe tomar en cuenta que tanto las normas que regulan el derecho como las que lo limitan son igualmente vinculantes y, en segundo, que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de los límites que operan sobre él.

¹⁷ Al respecto, el artículo 24 de la Constitución establece:
“*Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común*”. (el subrayado es nuestro)

¹⁸ ESTRELLA RUIZ, “*Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*”, en: *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*, CDJud, 1996, 354.

¹⁹ En este sentido, PICO I JUNOY, “*La protección del derecho a la prueba en el proceso penal*”, en: *Revista Jurídica de Cataluña*, 4/1993, 1058, nota al pie N° 23.

²⁰ Así, CHAMORRO FLETES, “*Sobre el derecho a la vida y la eutanasia*”, en: *Revista Encuentro*, N° 57, 2001, 117.

²¹ ESTRELLA RUIZ, “*Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.*”, en: *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*, CDJud, 1996, 354.

²² Véase los tratados internacionales ratificados por Nicaragua como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (art. 17.1).

Ministerio Público y las partes, incluyendo el reconocimiento de culpabilidad, será admisible como prueba durante el Juicio si no se obtiene acuerdo o es rechazado por el juez competente”.

También el artículo 191 señala que *“Cuando se celebre juicio oral y público la sentencia sólo podrá ser fundamentada en la prueba lícita producida en éste o incorporada a él conforme a las disposiciones de este Código”*. (...).

En lo que ha nuestro objeto de estudio se refiere este mismo texto legal en su artículo 213 regula los supuestos en los que resulta procedente la intervención telefónica, así:

“Intervenciones telefónicas: Procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones, cuando se trate de:

1. *Terrorismo;*
2. *Secuestro extorsivo;*
3. *Tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales;*
4. *Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas;*
5. *Legitimación de capitales o lavado de dinero y activos, y,*
6. *Tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.*

Es prohibida la interceptación de cualquier comunicación entre el acusado y su defensor.

La interceptación de telecomunicaciones sólo procede a solicitud expresa y fundada del Fiscal General de la República o del Director General de la Policía Nacional, quienes deben hacer constar que han valorado los antecedentes y que la intervención se justifica en su criterio, e indicarán también la duración por la que solicita la medida, así como las personas que tendrán acceso a las comunicaciones.

El juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la cual no puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual.

Al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad. No obstante el acusado podrá solicitar que se incluyan otras conversaciones u otras partes que han sido excluidas, cuando lo considere apropiado para su defensa. El juez ordenará la destrucción de las secciones no pertinentes al proceso.

Salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán ser destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

En cuanto a las intervenciones de otros tipos de comunicaciones, el mismo Código Procesal Penal en el artículo 214 prevé:

“Intercepción de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas. Procederá la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas, cuando se trate de los delitos a los que se refiere el artículo anterior, previa solicitud ante juez competente con clara indicación de las razones que la justifican y de la información que se espera encontrar en ellas. La resolución judicial mediante la cual se autoriza esta disposición deberá ser debidamente motivada.

La apertura de la comunicación será realizada por el juez y se incorporará a la investigación aquellos contenidos relacionados con el delito.

5. La intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas, telegráficas como medios de prueba en el proceso penal

Dentro del proceso penal, la intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas o telegráficas, constituyen una intromisión de los órganos de persecución penal del Estado en el libre ejercicio del derecho fundamental de las personas reconocido en el artículo 26 de la Constitución, cuya finalidad consiste en averiguar la verdad, por su relación con un hecho delictivo.

No obstante, tal y como sostiene un sector doctrinal "no se puede obtener la verdad real a cualquier precio", ya que sólo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con el respeto y garantía de los derechos fundamentales²³. Así pues, puede resultar compatible con el respeto a la dignidad e intimidad o vida privada de la persona humana, cuando se permiten intromisiones, en principio ilegítimas, en la vida privada, sí, y solamente sí, existe el obligado correlato o proporcionalidad entre el derecho vulnerado y la intromisión efectuada. De tal forma que se señalan como exigencias o requisitos para estas restricciones, que son contempladas como excepciones al principio general expuesto en los apartados anteriores, ante todo la motivación de la medida e, igualmente, que exista proporcionalidad en la misma. El artículo 213 del Código Procesal Penal hace una selección de los delitos graves que pueden dar lugar a una intervención telefónica y sólo por el tiempo indispensable (treinta días).

En términos generales se puede hablar de ilicitud de la intervención de las comunicaciones telefónicas y la interceptación de comunicaciones escritas o telegráficas, cuando no se hayan respetado en su práctica las disposiciones legales que regulan estos medios de prueba, en caso contrario, estaríamos ante conductas que en Códigos Penales modernos son consideradas como delito.

²³ ESTRELLA RUIZ, "Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.", en: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales, CDJud, 1996, 354 y ss.

En el ámbito doctrinal se han venido señalando los principios generales que deben fundamentar cualquier injerencia constitucionalmente válida en los derechos fundamentales, los cuales son²⁴:

- a) *Legalidad*: Según este principio cualquier injerencia en un derecho fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la vida privada debe estar avalada por una norma constitucional o legal para que tenga validez como prueba dentro del proceso penal.
- b) *Motivación*: La motivación de la resolución en virtud de la cual se lleve a cabo la injerencia en el derecho fundamental, se ha convertido en una verdadera exigencia constitucional. El principio que estamos enunciando tiene un fin evidente, que no es otro que la posibilidad de que el destinatario de la medida conozca en su día, cuáles fueron las razones por las que sus derechos se vieron sacrificados y además en virtud de qué otros intereses se llevó a cabo dicha intervención, lo que tiene efectos relevantes de cara al recurso y a otros principios que informan la adopción de la medida como la proporcionalidad de los sacrificios, en clara consonancia con la motivación.
- c) *Necesidad, utilidad e idoneidad*: las medidas en cuestión, sólo resultan aptas como fuente de pruebas ante la imposibilidad material de su obtención por otros medios menos lesivos.
- d) *Proporcionalidad*: Como antes se indicó, la motivación de la resolución debe consagrar un simple juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción.

El artículo 26.2 de la Constitución establece el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de cualquier tipo, lo que nos lleva a tratar con escrupulosidad legal el tema de las intervenciones de la correspondencia en el que se plantean una serie de problemas, entre ellos, y del que nos ocuparemos en breve, el alcance gramatical y legal de lo que verdaderamente es correspondencia.

En cuanto al procedimiento establecido para la intervención de comunicaciones telefónicas u otro tipo de telecomunicaciones, el mismo artículo 213 transcrito anteriormente, señala cuales son los delitos en los que procede tal medida como medio de prueba, de la misma manera indica quienes están facultados para pedirla -el Fiscal General de la República o del Director General de la Policía- haciendo constar que han valorado los antecedentes y que la intervención se justifica, además deberán indicar la duración de la intervención y los nombres de las personas que tendrán acceso a las comunicaciones intervenidas.

²⁴ ESTRELLA RUIZ, "Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.", en: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales, CDJud, 1996, 353-354.

Por su parte, corresponde al Juez determinar la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la cual no puede durar más de treinta días, los que se podrán prorrogar por una sola vez por un plazo igual.

Es oportuno señalar, que al proceso sólo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones, o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad. No obstante el acusado podrá solicitar que se incluyan otras conversaciones u otras partes que han sido excluidas, cuando lo considere apropiado para su defensa. El juez ordenará la destrucción de las secciones no pertinentes al proceso.

Salvo su uso para los fines del proceso, todas las personas que tengan acceso a las conversaciones deberán guardar absoluta reserva de su contenido, en caso contrario, se estaría ante la comisión de un delito contra la vida privada de las personas. Los funcionarios públicos que violaren esta disposición podrán ser destituidos de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

La intervención, que en la mayoría de los casos se llevará a cabo con los medios técnicos con que la policía cuente, y en los menos, mediante comprobación personal del propio juez, se procederá, si se han utilizado cintas magnéticas de audio, por la propia policía a la remisión de los originales al órgano judicial que autorizó la medida, y una vez recibidas por éste, se procederá a su examen privadamente, y después con citación de la persona afectada, se habrá de proceder a destruir o entregar al comunicante las grabaciones que no tengan relación con la causa, uniéndose las demás a los autos, procediéndose de esa manera a un filtro de informaciones, acordado exclusivamente por el juez.

En cuanto a la legitimidad de la actuación judicial invadiendo el aspecto privado de las comunicaciones escritas, telegráficas y electrónicas, se acompaña de un formalismo procedimental imprescindible ante la injerencia que se lleva a cabo, y que pasa por los siguientes elementos (art. 214 CPr):

- a) Solamente procede cuando se trate de los delitos de terrorismo; secuestro extorsivo; tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales; delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas; Legitimación de capitales o lavado de dinero y activos, y, tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados.
- b) Debe solicitarse ante juez competente con clara indicación de las razones que la justifican y de la información que se espera encontrar en ellas.
- c) La resolución judicial mediante la cual se autoriza esta disposición deberá ser debidamente motivada.
- d) La apertura de la comunicación debe ser realizada por el juez y se incorporarán a la investigación únicamente aquellos contenidos relacionados con el delito que se investiga.

Como puede verse, la interceptación de comunicaciones, sean estas telefónicas o de cualquier tipo -escritas, telegráficas y electrónicas-, tiene su validez legal como medio de prueba únicamente para los delitos establecidos en el 213 CP, *numerus clausus*, siempre que se cumpla el procedimiento que para cada caso establece el Código Procesal Penal.

Otro elemento que debe tenerse en cuenta es que el sujeto pasivo de estas intervenciones debe ser un procesado o imputado con un procedimiento penal por delito, es decir, persona sobre la que recaigan indicios de responsabilidad criminal en sentido lato, aunque también se permite la intervención de teléfonos de personas no imputadas, si existen elementos de juicio suficientes para concluir que puede ser utilizado por el procesado o imputado. Por tanto, entendemos que la comunicación telefónica intervenida podría ser tanto de persona procesada, de persona sobre la que existan indicios de responsabilidad criminal, o de persona de la que se sirve el delincuente para la realización de sus fines delictivos.

6. Los delitos contra la vida privada en la legislación nicaragüense

El derecho a la vida privada es probablemente uno de los bienes jurídicos más amenazados en nuestros días, razón por la cual ha despertado gran preocupación por parte de la doctrina más moderna que sensibilizada ante los problemas que plantea su tutela, ha propugnado la necesidad de brindar una protección penal a uno de los derechos fundamentales más importantes para el desarrollo de la personalidad del individuo.

Por ello, en este apartado vamos a referirnos a los elementos generales que caracterizan los tipos penales previstos en el Proyecto de Código Penal, por contemplar éste una regulación más extensa y específica con relación a la protección del derecho fundamental a la vida privada. Antes vamos a referirnos a los diferentes conceptos que se manejan en la doctrina sobre la intimidad o vida privada como objeto de protección jurídica, repasando los rasgos más relevantes que se han ofrecido durante su desarrollo histórico, posteriormente abordaremos el examen jurídico de los delitos en particular.

a) El derecho a la vida privada en la Constitución Política

En 1987 el Constituyente nicaragüense consciente de las facilidades que existen en las sociedades modernas de atentar contra la vida privada de las personas, da una respuesta jurídica a través del reconocimiento constitucional²⁵ de este derecho en el Título IV (“Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense”), Capítulo I, en el que establece una serie de derechos fundamentales, entre los que se encuentran los llamados “derechos de la personalidad”, entendidos como “aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades”. Así pues, el artículo 26 de nuestro texto constitucional dispone que:

²⁵ Véase, MORENO CASTILLO, “Derecho a la vida privada en la Constitución de Nicaragua”, en: Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua, 1999, 42-43.

“Toda persona tiene derecho:

- 1) A su vida privada y a la de su familia.
- 2) A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.
- 3) Al respeto de su honra y reputación.
- 4) A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información”

Como podemos apreciar, en el apartado primero se hace un enunciado de carácter general de la vida privada en su doble vertiente -personal y familiar- conjuntamente con el derecho al honor -reconocido en el apartado tercero- con el que frecuentemente se relaciona y no pocas veces se confunde²⁶.

En el segundo apartado se regulan aspectos concretos tradicionales del derecho a la intimidad o vida privada como: la inviolabilidad de domicilio, de la correspondencia y comunicación. Y el último apartado (art. 26.4) viene a constituir una actualización del texto constitucional frente al desarrollo de las tecnologías de la comunicación, especialmente, de la informática en el cual puede verse condicionado el ámbito de la personalidad en el que se encuentra incluida la intimidad o vida privada de las personas²⁷.

La ubicación sistemática de este derecho en el texto constitucional pone de manifiesto que nos encontramos frente a un derecho fundamental²⁸ vinculante directamente para todos los ciudadanos y para el Estado.

Respecto al fundamento del derecho a la vida privada como derecho fundamental, la doctrina suele señalar de forma casi unánime²⁹ la estricta vinculación de este derecho con la “dignidad humana”

²⁶ Así, PAREJO ALFONSO (V.V.A.A. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 300.); considera que el derecho al honor es un aspecto de la intimidad o vida privada.

²⁷ Al respecto, la doctrina describe dos aspectos en la relación Derecho-informática: En primer lugar, el aspecto individual que se refiere a la protección de los derechos de la personalidad frente a los sistemas de almacenamiento, proceso y tratamiento de datos que pertenecen a la esfera íntima y reservada de las personas, el llamado “*habeas data*”. El otro aspecto, es el institucional-social relativo al control democrático de la informática y los métodos que se van a emplear en el manejo de información. Véase, PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho*, 1991, 338-340.

²⁸ La relevancia intrínseca de su categoría como derecho fundamental a dado lugar a numerosos estudios y análisis doctrinales, por citar los más recientes, PAREJO ALFONSO en: *CuadDJ*, 1996, XXII, 13-48; el mismo, en: V.V.A.A. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 293-310; PÉREZ LUÑO, (*Derechos humanos, Estado de Derecho*, 1991, 317-375), dedica al tema el capítulo 8 de su Libro.

²⁹ LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, 1988, 39; *EPen*, 1991, 425, también en: GARCÍA SAN MIGUEL (Editor), *Estudios sobre el derecho*, 1992, 68; PAREJO ALFONSO en: V.V.A.A. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 299; PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho*, 1991, 317-

que representa un principio rector del ordenamiento jurídico indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y requisito necesario para la libertad personal³⁰.

Como paso previo al estudio de los distintos tipos penales regulados en los “Delitos contra la intimidad”, en el Título IV, Capítulo I, del Proyecto de Código Penal de 1999, en este momento corresponde abordar el desarrollo conceptual³¹ del bien jurídico protegido, ya que constituye el punto de partida desde el que se realizará la interpretación de los distintos supuestos típicos.

Con el objeto de brindar una exposición clara sobre el tema, repasaremos, en primer lugar, la evolución doctrinal que ha experimentado el concepto de intimidad o vida privada.

b) El derecho a la vida privada o intimidad como bien jurídico protegido. Su compleja evolución conceptual

Al realizar un estudio sobre los “Delitos contra la intimidad”, el primer problema que se nos presenta es el de la determinación conceptual del bien jurídico protegido “*intimidad o vida privada*”³² debido a sus propias características -relatividad y dinamismo- que impiden establecer un concepto definitivo³³ y concreto. No obstante, la dificultad, son innumerables los intentos doctrinales³⁴ que tratan de brindar una definición precisa de la intimidad o vida privada³⁵.

321; ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 50; LUCAS MURILLO, CuadDJ, 1993, 40.

³⁰ La estrecha relación existente entre la intimidad o vida privada o vida privada y la libertad individual ha sido presentada por MORALES PRATS, (DJ, N° 37/40, 1983, 582) quien propugna un concepto de libertad personal en el cual anide “la dimensión garantista de la *privacy* cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye presupuesto de su ejercicio”. En la misma línea, parece estar VIDAL MARTÍNEZ (*El derecho a la intimidad en la Ley*, 1984, 23.) cuando señala que el bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad “una libertad potenciada o superlativa que la persona reclama en el ámbito de lo íntimo (...) se trata de una libertad que padece con la simple fiscalización de esa zona”.

³¹ Una exposición sobre los distintos conceptos que se manejan en la doctrina, véase, por todos, ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 55-60; URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 13 ss; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 186-196.

³² MORENO CASTILLO, “Derecho a la vida privada en la Constitución de Nicaragua”, en: *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, 1999, 41 y ss.

³³ En este sentido, se ha manifestado la doctrina mayoritaria, véase, entre otros, ROMEO CASABONA, PJ, N° 31, 1993, 164; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 29-38; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1983, 17-26; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118-126; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 357; JORGE BARREIRO, RDPúb, N° 87, 1982, 257; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 187.

³⁴ Véase, por todos, ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 55-60.

³⁵ A estos efectos, es significativa hasta la terminología usada para referirse a dicho concepto, que varía en los distintos países, siendo además no sólo una cuestión terminológica sino que encierra una percepción objetiva distinta. Así en Inglaterra y Estados Unidos de América se denomina “Right to be let alone”, o “Right of privacy”, en Alemania “Recht auf der eigenen Geheimsphäre”, en Francia “droit au vie

Dejando al margen los precedentes remotos que vinculan la aparición de la intimidad o vida privada con el cristianismo³⁶, los planteamientos filosóficos y antropológicos de la misma³⁷ y las consideraciones de orden terminológico³⁸, pasaremos a exponer en líneas generales la evolución conceptual de la intimidad o vida privada como concepto jurídico.

La edad de oro de la intimidad o vida privada se produjo en el siglo XIX, siglo del liberalismo, en el que se establecieron las primeras bases del derecho a la intimidad o vida privada aunque, como podremos comprobar, su desarrollo y perfección como creación jurídica es relativamente reciente³⁹.

En la doctrina científica el concepto de intimidad ha venido evolucionando con el pasar del tiempo, sin que ello nos permita vislumbrar la posibilidad de llegar a un concepto definitivo y unívoco -tal como afirma VITALIS (1981) es una "*définition introuvable*"-, ya que siempre estará en dependencia de las normas culturales y desarrollo de cada sociedad en concreto y también de los condicionamientos impuestos por los avances tecnológicos y sociales⁴⁰. Sin embargo, es necesario

priveé", en Italia "diritto alla riservatezza", a lo que en español podríamos traducir como "*derecho a la vida privada*" o "*derecho a la intimidad*".

Al respecto, cabe señalar que el término "*derecho a la intimidad*" a pesar de que frecuentemente es confundido o utilizado como sinónimo de "*derecho a la vida privada*", algunos autores diferencian entre "*vida privada*" y "*derecho a la intimidad*", definiendo el derecho a la vida privada como un concepto más amplio que el de derecho a la intimidad así, LUCAS MURILLO, CD, Nº 43, 1993, 34; GONZÁLEZ TREVIJANO, *La inviolabilidad*, 1992, 129; DAVARA RODRÍGUEZ, *Derecho Informático*, 1993, 56; el mismo, AJA, Nº 76, 1992, 2; FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional*, 1992, 221; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad o vida privada o vida privada en el Derecho penal*, 1983, 23; MATÍAS PORTILLA, *El derecho fundamental a la inviolabilidad*, 1997, 46-57; BRICOLA, RItDP, 1967, 1083; ROMEO CASABONA, PJ, Nº 31, 1993, 164; FIGUEROA NAVARRO, *Aspectos de la protección*, 1998, 102-103; GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO, CuadDJ, XXII, 1996, 223. También existen autores que partiendo de esta distinción teórica prescinden de ella por considerarla jurídicamente inoperante y, al final hablan de un sólo derecho, dentro de esta línea doctrinal se ubican URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 11-12; VIDAL MARTÍNEZ, RGD, 1970, 1046; SEMPERE RODRÍGUEZ en: ALZAGA VILLAAMIL (Director), *Comentarios a la Constitución*, II, 1997, 469-470. Por nuestra parte conviene adelantar que en este trabajo no entraremos a hacer valoraciones terminológicas ya que razones metodológicas y sistemáticas nos llevan a prescindir de esta discusión.

³⁶ TRUYOL Y SERRA/ VILLANUEVA, ID, Nº 1, 1975, 173.

³⁷ Acerca de estos planteamientos, consúltese, IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*, 1970, 7 ss; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 263-301. También ha realizado algunos estudios respecto a las bases antropológicas de la intimidad o vida privada o vida privada, GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 1990, 49-93.

³⁸ Ya que, como señala NOVOA MONREAL (*Derecho a la vida privada*, 1979, 30 s.), la semántica no contribuye a resolver la problemática porque el derecho a la intimidad ha alcanzado un significado especial que las explicaciones lexicológicas no resuelven. Una exposición etimológica sobre el concepto de intimidad puede verse en: GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 1990, 15-29.

³⁹ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 15.

⁴⁰ Al respecto, la doctrina estudiosa del tema constantemente señala la relatividad y mutabilidad del concepto de intimidad o vida privada, véase, entre otros, LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 287-288; JORGE BARREIRO, Alberto, LL, 1996/3, 1296; el mismo, en: VIVES ANTÓN/MANZANARES

tratar de establecer un concepto de la vida privada del que vamos a partir, para luego centrarnos en el análisis de las distintas conductas delictivas tipificadas en el Proyecto de Código Penal.

b.1. Del “Privacy property right” al “Privacy-personality”

Como es sabido, las primeras formulaciones sobre la intimidad o vida privada aparecen unidas a la idea patrimonial⁴¹, es decir, de “privacy-property right” siendo un bien más del que se podía disponer por la pertenencia de la vida privada a su titular que podía gozar de ella libremente y hacerla pública o mantenerla secreta⁴². Desde esta perspectiva, el derecho a la intimidad o vida privada se presentaba como una extensión de la propiedad a la esfera personal, de tal forma que, la intimidad o vida privada se convertía en un privilegio de las altas esferas sociales⁴³.

Esta concepción de la intimidad o vida privada varía a mediados del siglo XIX con la democratización del sistema liberal cuando se separa la propiedad de la intimidad o vida privada

SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal 1995*, PE, 1996, 317; JORGE BARREIRO, RDPúb, Nº 87, 1982, 257; ROMEO CASABONA, PJ, Nº 31, 1993, 164; MADRID CONESA, *El derecho a la intimidad, informática*, 1984, 40-41; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 29-38; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal*, 1983, 17-26; FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 357; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad*, 1993, 25 ss; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 118-121; URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 12-13; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 187.

En la misma línea, el Younger Committee of Privacy al examinar el concepto de intimidad y los distintos intentos de definirla manifestó que “el concepto de intimidad no podía ser definido de un modo satisfactorio. Las posibles definiciones o son muy amplias, equiparando el derecho a la intimidad o vida privada o vida privada con el derecho a que le dejen en paz, o se reducen a una lista de diversos valores a los que se puede aplicar el adjetivo “íntimo” o “personal” de un modo razonable pero no exclusivo”. (Cit. en el Informe de la Comisión de Calcutt sobre la intimidad o vida privada o vida privada y cuestiones a fines, CGPJ, 1990, 29.).

⁴¹ Esta concepción obedece al proceso de privatización de los derechos naturales experimentado en el siglo pasado que pretendía proteger los intereses de los particulares y, en especial, de la propiedad bajo la fórmula moderna de los derechos subjetivos. Al respecto, PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos y Estado de Derecho*, 1991, 318-321.

⁴² Al respecto, MORALES PRATS (*La tutela penal de la intimidad*, 1984, 18-22) señala que la expresión “privacy-property- denota la ideología del individualismo posesivo correspondiente a la estructura social burguesa del mercantilismo en alza a la sazón. Define la relación de pertenencia entre el titular y su vida privada, mediante la identificación de la persona y su libertad con el propietario y su propiedad. En el mismo sentido, GÓMEZ PAVÓN (*La intimidad como objeto*, 1989, 12) citando a MACPHERSON opina que “la propia persona y sus propias capacidades” hacen posible la “libertad y consiguientemente la humanidad del individuo”, que dependen de su libertad para relacionarse, y esta capacidad a su vez depende “de que posea el control exclusivo de su propia persona y sus capacidades”. Se extiende, pues, a la “privacy”, concebida como propiedad, las características de exclusividad y pertenencia de las relaciones de dominio: sólo al ciudadano pertenece su vida privada, y sólo cuando a él le interese podrá hacerse pública, con un derecho de exclusión sobre su conocimiento.

⁴³ SERRANO ALBERCA en: GARRIDO FALLA (Director), *Comentarios a la Constitución*, 1985, 352; PÉREZ LUÑO, REPól, Nº 9, 1979, 65; PRADA ÁLVAREZ BUYLLA en: RCDI, Nº 610, 1992, 1123.

fundamentándola en la propia naturaleza humana y su dignidad⁴⁴ estimando que su esencia se encuentra en la propia "personalidad" del individuo⁴⁵. Así pues, se extienden las condiciones e intereses de ésta a toda la sociedad lo que en el campo jurídico lleva al establecimiento de normas con inclinación universal que inicialmente tienen un fundamento iusnaturalista. Este proceso de generalización del derecho a la vida privada le aleja de la idea de privilegio de clase para constituirse en un derecho fundamental⁴⁶.

No obstante, la fundamentación de la vida privada en la dignidad humana ha sido criticada por algún autor⁴⁷ que considera que el fundamentar la intimidad o vida privada en "la dignidad humana" o "paz interior" configurados de forma ambigua, conduce inevitablemente al fracaso. Y a continuación señala que: "La dignidad humana se puede superponer a la idea de privacy en la medida que constituye el valor que expresa el fundamento común de todos los derechos fundamentales de la persona, no sólo de los de carácter individual [...] sino también de los que adoptan una significación colectiva". De acuerdo con este razonamiento, la intimidad o vida privada se configura como un derecho de expresión privada ya que es la esfera de la que derivan todas las manifestaciones del pensamiento susceptibles de ser conocidas por terceros, no obstante, como manifiesta el autor antes citado, este papel de la privacy no agota su significado jurídico.

b.2. Del aspecto negativo al aspecto positivo

En la evolución del concepto de intimidad o vida privada, se han distinguido dos fases⁴⁸: la fase preinformática, en la que prevalece el aspecto negativo o de poder de exclusión de injerencia de terceras personas, y la fase informática, en la que destaca la proyección de la esfera íntima sobre otras libertades básicas, es decir, el aspecto positivo.

⁴⁴ Como señala, LUCAS MURILLO (*El derecho a la autodeterminación*, 1990, 57) esta nueva forma de entender la intimidad se expresa inicialmente en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica a partir de la publicación del tan conocido artículo de los juristas WARREN y BRANDEIS ("The right to the privacy"; en: *Harvard Law Review*, vol. IV, Nº 5, 1890, 193 ss) en el que defienden el derecho a la privacidad ("right to privacy") frente a la invasión practicada por la prensa, los fotógrafos o por los poseedores de cualesquiera otros medios técnicos de grabación o reproducción de imágenes o sonidos. Este derecho a la intimidad o vida privada o vida privada tiene su fundamento en la "inviolabilidad de la persona" de la que emanan las facultades de exclusión en el ámbito privado, empezando a considerarse como el primer presupuesto para la libertad, separándose de toda idea de privilegio. Existe una edición en español a cargo de PENDÁS/ BASELGA, bajo el título "*Derecho a la intimidad*", 1995.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1991, 323-324; MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 15; PRADA ÁLVAREZ BUYLLA en: RCDI, Nº 610, 1992, 1123; LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores). *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 289-290.

⁴⁶ Al respecto, MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 18-24; PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho*, 1991, 324.

⁴⁷ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 119-120.

⁴⁸ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 122-126.

Siguiendo el planteamiento de MORALES PRATS, el derecho a la intimidad o vida privada en la fase preinformática se caracteriza por el contenido esencialmente negativo en casi todas las definiciones de intimidad, en las que prima una idea fundamental, la concepción de la vida privada como el derecho al aislamiento, a la soledad, a la posibilidad de separar tajantemente la esfera pública de la privada. En este sentido, es ejemplificante la definición tantas veces citada del juez norteamericano THOMAS COOLEY como “*the right to be let alone*” (The Elements of Torts, 1873), expresión inglesa que ha sido traducida como “el derecho a ser dejado en paz” o “el derecho a ser dejado solo y tranquilo”⁴⁹.

Ante la insuficiencia de la concepción de la intimidad o vida privada como derecho de exclusión, aislamiento, soledad y a la posibilidad de separar la esfera pública y la esfera privada. Sobresale la concepción más moderna de la intimidad o vida privada⁵⁰, como la esfera necesaria para el desarrollo y fomento de la personalidad que debe quedar preservado de injerencias ilegítimas, y que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos y para la participación del individuo en la sociedad⁵¹. De forma que, a los ideales de libertad, independencia y autonomía propios de la concepción decimonónica se suman los de igualdad y solidaridad propios de nuestro siglo y, a la dimensión individual, la dimensión social en la que se desarrolla la vida del hombre moderno⁵².

Al respecto, se ha señalado⁵³ que el concepto de intimidad o vida privada tal como fue formulado a finales del siglo pasado ha sufrido una evolución para responder a los nuevos retos que la realidad social plantea produciéndose el paso de un concepto estático a uno dinámico, del secreto al control⁵⁴. Sobre esta base, se ha definido la intimidad o vida privada, no sólo como la ausencia de información

⁴⁹ La idea de soledad, aislamiento y exclusión la encontramos en muchas definiciones de autores españoles, así, QUERALT JIMÉNEZ (DP PE, 1996, 183) la define como “aquella parcela de la personalidad que su titular puede mantener legítimamente al margen del conocimiento público, el denominado *ius solitudinis*; PAREDES CASTAÑÓN (EJBCiv, II, 1995, 2016) lo define como “ámbito de exclusión de terceros, en el que esa libre personalidad del individuo puede ser elaborada sin intromisiones ajenas”. En el mismo sentido, BALAGUER CALLEJÓN, *El derecho fundamental al honor*, 1992, 41; LOSANO en: CD, N° 21, 1989, 23; GARCÍA VITORIA, *El derecho a la intimidad en el Derecho penal*, 1978, 1983, 14 y 25; BATLLE SALES, *El derecho a la intimidad*, 1972, 17, 191.

⁵⁰ ORTI VALLEJO, *El derecho a la intimidad*, 1994, 59-60.

⁵¹ En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ, ADPCP, 1980, 599; el mismo, en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 101; JORGE BARREIRO, RDPub, No. 87, 1982, 256; PÉREZ LUÑO, REPol, N° 9, 1979, 64; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad*, 1987, 58; BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ MAROTO, *Manual PE*, 1991, 154; GÓMEZ PAVÓN, *La intimidad como objeto*, 1989, 33-37; JORGE BARREIRO en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Compendio PE*, 1998, 565.

⁵² LOSANO en: CD, N° 21, 1989, 31-102.

⁵³ Así, NOGUEROLLES PEIRÓ, REDA, N° 52, 1986, 559 s.

⁵⁴ LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 290; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216; ORTI VALLEJO, *El derecho a la intimidad o vida privada o vida privada*, 1994, 60.

sobre cada uno en la mente de los demás, sino más bien como la capacidad de control de la persona sobre su esfera íntima⁵⁵.

Desde esta perspectiva, la vida privada como poder de control sobre la esfera íntima se puede ver en una vertiente positiva en aquellos casos en que, habiéndose obtenido la información íntima y reservada legítimamente ésta es manipulada o utilizada para fines distintos al que hizo lícita su comunicación.

Así pues, desde que se reconoce la dimensión social del hombre, la concepción de lo íntimo experimenta un cambio sustancial⁵⁶, y una fuerte limitación de su contenido en la intimidad ya no puede ser concebida como el derecho absoluto⁵⁷ de vetar las intromisiones en la esfera personal, ni tampoco el derecho a ser dejado solo entendido como la facultad de apartar a los demás de las cosas que se quiere guardar para uno mismo; ya que la vida del hombre moderno no se desarrolla siempre en la vida privada y soledad, sino en sociedad, esta realidad ha dotado a la esfera íntima de cierta permeabilidad a determinadas intromisiones⁵⁸.

De este modo, el concepto de intimidad o vida privada se ha definido de varias formas, desde ese derecho a “*ser dejados solos*”, hasta el más actual enfoque que insiste en definir el derecho a la vida privada como control de informaciones. De tal forma que, el derecho a la intimidad o vida privada adquiere una nueva significación jurídica como derecho activo de participación y control sobre el flujo de informaciones que afectan al individuo y, respecto a las cuales se encuentra legitimado para incidir en la forma y contenido de su divulgación como consecuencia de la revolución informática que ha permitido hablar de una fase informática de la vida privada⁵⁹.

⁵⁵ El autor que más influencia ha tenido en el desarrollo doctrinal de la *privacy*, después de Warren y Brandeis, ha sido Alan Westin (cit. por RODRÍGUEZ MARÍN, ADPCP, 1990, 204) que relacionó todos aquellos aspectos de la intimidad o vida privada o vida privada que habían sido puestos de manifiesto no sólo en la jurisprudencia sino también por autores que habían realizado estudios sobre este derecho. Westin encontró tres ámbitos de la intimidad o vida privada o vida privada merecedores de la protección jurídica: la de los individuos, de los grupo e instituciones públicas. Partiendo de esta clasificación señala que “la demanda de intimidad o vida privada o vida privada consiste en que los individuos, grupos e instituciones determinen por sí mismos cuándo, cómo y en qué medida, cierta información es comunicada a otros”, es decir que, el elementos principal de este derecho es el poder de controlar la apropiación y divulgación de lo íntimo.

A partir de este planteamiento doctrinal el elementos de control pasa a ser decisivo en el concepto de intimidad, tal como lo manifiestan MIGUEL CASTAÑO, RGLJ, 1983, 335-336; BRICOLA, RiDP, 1967, 1090; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 72-73; FARÍÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, 1983, 352; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216.

⁵⁶ Un resumen sobre las distintas etapas en la evolución conceptual del derecho a la intimidad, GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 57-59.

⁵⁷ MORENO CASTILLO, “Derecho a la vida privada en la Constitución de Nicaragua”, en: *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, 1999, 51.

⁵⁸ Respecto a esta noción actual de la intimidad o vida privada o vida privada, FARÍÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad o vida privada o vida privada*, 1983, 286-287.

⁵⁹ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, 1984, 124.

El derecho a controlar los datos implica un conjunto de garantías que permiten a las personas físicas el control del conocimiento de sus datos personales y del uso que pudiera hacerse de los mismos por parte de terceros⁶⁰, estas garantías permiten al titular de este derecho a negarse a dar datos, a conocerla existencia de ficheros con datos sobre su persona, al acceso a estos ficheros, exigir la rectificación o cancelación de los datos en determinadas circunstancias⁶¹.

Sin embargo, el reconocimiento de un aspecto positivo del derecho a la intimidad vida privada no es pacífico en la doctrina científica⁶². Por una parte, están algunos autores que entienden que la autodeterminación informativa⁶³ es un derecho fundamental autónomo⁶⁴ y, por otra, quienes entienden de forma correcta -a nuestro juicio- que efectivamente la facultad de controlar los datos personales integra el contenido positivo del derecho a la vida privada, es decir, que no se trata de un derecho autónomo, sino del mismo derecho a la intimidad auxiliado de nuevas técnicas y aplicación a un nuevo objeto: la informática⁶⁵.

A partir de este planteamiento, el derecho a la intimidad, tendría un doble contenido: uno negativo, de exclusión, que impediría determinadas intromisiones ajenas y, otro positivo, el control por parte

⁶⁰ En este sentido, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación*, 1990, 115-124. Al respecto, véase, los Recursos de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal en: TRILLO ÁLVAREZ en: *Informática judicial y protección de datos personales*, Vitoria, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1994, 95-114.

⁶¹ El Título III de la LORTAD establece una serie de derechos mediante los cuales los titulares de los datos puede controlar la información personal que se encuentren en ficheros o archivos públicos o privados, así, el art. 12 reconoce el derecho a la impugnación; el art. 13 el derecho a la información; el art. 14 el derecho de acceso y, el art. 15-17 los derechos de rectificación y cancelación del interesado en el caso de que los datos sean inexactos o cuando hayan dejado de ser necesarios.

⁶² Una exposición completa sobre el panorama doctrinal actual, en relación a la autonomía de este derecho la encontramos en ORTI VALLEJO, *Derecho a la intimidad*, 1994, 38-69.

⁶³ En esta línea conviene destacar la importancia de la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el censo, de 15 de diciembre de 1983 (trad. al español por DARANAS, BJC, Nº 33, 1984, 126-170) debido a la notable influencia de la doctrina jurisprudencial alemana en algunos autores españoles que defienden la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa en relación con el derecho a la intimidad o vida privada o vida privada, entre ellos, PÉREZ LUÑO, CD, Nº 21, 1989, 140-161; el mismo, en: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 314-316; BAÓN RAMÍREZ, CuadDJ, XI, 1996, 85-87.

⁶⁴ La configuración de facultad de controlar los datos personales como un derecho fundamental autónomo con un ámbito de protección diferenciado del resto de derechos fundamentales, es defendida en la doctrina española principalmente por PÉREZ LUÑO, CD, Nº 21, 1989, 155-162; LUCAS MURILLO, *El derecho a la autodeterminación*, 1990, 115-124 y 156 y, siguiendo a estos autores, ÁLVAREZ-CIENFUEGO SUÁREZ en: DAVARA RODRÍGUEZ (Coordinador), *Encuentros sobre Informática y Derecho*, (1990-1991), 1991, 184 ss; el mismo, AA, Nº 37, 1991, 457-465.

⁶⁵ En este sentido, RUIZ MIGUEL, RGD, Nº 607, 1995, 3214; GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos*, 1995, 30.

del titular de los datos personales que le permita conocer y controlar la información que sobre él se encuentra en soportes o archivos informáticos y convencionales⁶⁶.

Desde esta perspectiva, el derecho a la vida privada se presenta como el derecho de una persona no sólo a reservar un ámbito de su vida como secreto e intangible para los demás sino también a ostentar la capacidad y medios para evitar su manipulación por otros⁶⁷. Esta es la posición que nos parece más correcta, ya que facilita la extensión de la protección de la intimidad o vida privada a los datos que se encuentran en archivos o registros no automatizados así como a cualquier otro tipo de tecnología, presente (p.ej. cintas magnetofónicas, cámaras de vídeo, etc.) y futura que permita la recogida y tratamiento de información de las personas.

Una vez analizadas las definiciones más relevantes que se han ido ofreciendo en el panorama de la doctrina jurídica, podemos afirmar, que ninguna de las definiciones ofrecidas se encuentra exenta de objeciones. No obstante, nos parece que cada una de las definiciones expuestas tienen el acierto de abordar un aspecto diferente y relevante del concepto de "*intimidad o vida privada*". Así, cuando se considera como último reducto de la personalidad, se destaca una de sus características -la facultad de exclusión- que como veremos, contribuye a la tipificación de algunas conductas atentatorias o a establecer la existencia de conductas que la amenazan. Y cuando, por otro lado, se identifica con la facultad de control sobre la información personal, se alude a una de las manifestaciones sobre la que se extiende la protección penal de la intimidad o vida privada frente a los avances tecnológicos.

Por lo tanto, nosotros configuramos la intimidad o vida privada *como el derecho de toda persona a mantener un ámbito individual alejada de intromisiones ilegítimas y como resultado de ello, ejercer un control constante y efectivo sobre la información relativa al mismo que permita el libre desenvolvimiento de su personalidad*. Concepto que nos parece válido dentro del enfoque de este trabajo, ya que es capaz de proporcionar una protección satisfactoria frente a conductas que dan lugar a puestas en peligro de la esfera íntima de las personas.

b.3. Naturaleza del derecho a la vida privada

Ya se ha dicho, que en la doctrina no existe una opinión unánime a la hora de ofrecer un concepto de intimidad, ello se debe a las diversas y divergentes definiciones⁶⁸ que en torno a este concepto se han emitido, pero más concretamente atiende a su mutabilidad y relativismo dependiente a su vez del momento histórico y ámbito sociocultural existente⁶⁹. Sin embargo, sí existe acuerdo total en la doctrina al considerar que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental que pertenece a los

⁶⁶ CARMONA SALGADO en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, XVII, 1996, 271; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1996, 216; GONZÁLEZ GUTIÁN en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, VII, 1986, 58-59.

⁶⁷ PAREJO ALFONSO en: V.V.A.A. *Problemus actuales de los derechos fundamentales*, 1994, 300.

⁶⁸ Una exposición sobre los distintos conceptos que se manejan en la doctrina, véase, por todos, ROMERO COLOMA, *Los derechos al honor y a la intimidad*, 1991, 55-60; URABAYEN, *Vida privada e información*, 1977, 13 ss; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 186-196.

⁶⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, EP, 1984, 338.

llamados “derechos de la personalidad”⁷⁰ “cuyas características reconocidas por la doctrina⁷¹ son: a) es un derecho innato y originario, personalísimo⁷², oponible erga omnes, extrapatrimonial, irrenunciable, inalienable, imprescriptible⁷³, pero en ningún caso absoluto⁷⁴ .

Así pues, ante la duda que algunos han planteado sobre la posible inconstitucionalidad de las intervenciones o interceptaciones telefónicas, escritas, telegráficas y electrónicas previstas en el Código Procesal Penal, cabe dejar claro que dada la naturaleza de los derechos fundamentales -y los derechos a la vida privada, a la inviolabilidad de correspondencia y comunicaciones de cualquier tipo lo son-, estos no son absolutos, sino que en ocasiones son restringidos -como se ha indicado anteriormente- a favor del bien común y la seguridad de todos (art. 24 párrafo 2 de la constitución)

b.4. Tipos penales que atentan contra la intimidad en el Código penal vigente de 1974 y el Proyecto de Código Penal de 1999

El capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Penal se caracteriza por un casuismo que trata de abarcar el mayor número de conductas atentatorias de la esfera íntima y reservada de una persona estableciendo un catálogo de tipos penales⁷⁵.

b.4.1. Descubrimiento de correspondencia

Como se acaba de señalar, la regulación propuesta por el proyecto sobre los “Delitos contra la intimidad” ofrece una amplia protección de la intimidad tal como podemos comprobar con una rápida lectura de los artículos 195 y siguientes del Proyecto. Por el momento describiremos resumidamente el contenido de este precepto con la finalidad de presentar una visión general de las conductas previstas en el proyecto contrastándola con la regulación penal vigente.

⁷⁰ BAJO FERNÁNDEZ en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, I, 1982, 99; HERRERO TEJEDOR en: GIMENO SENDRA/QUERALT JIMÉNEZ (Directores), *Estudio y aplicación práctica del Código penal*, PE, 1997, 127.

⁷¹ CARMONA SALGADO en: COBO DEL ROSAL (Director), ComLP, XVII, 1996, 270; ZUBIRI DE SALINAS en: *Libertad de expresión y Derecho Penal*, 1985, 238-240; PAREJO ALFONSO, CuadDJ, N° XXII, 1996, 42-48.

⁷² STC 231/1988, de 2 de diciembre (FJ 3).

⁷³ Dentro de la doctrina civilista puede verse, entre otros, LETE DEL RIO, *Derecho de la persona*, 1986, 176; BUSTOS PUECHE, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 1997, 47-50; LÓPEZ DÍAZ, *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, 1996, 248. Congruente con lo establecido por la doctrina la Exposición de Motivos de LO 1/1982, de 5 de mayo sobre “Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” señala que “Los derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad [...]”. Y en su contenido reconoce la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescindibilidad del derecho a la intimidad (art. 1.3).

⁷⁴ Al respecto, véase, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4); 143/1994, 9 de mayo (FJ 6); 57/1994, de 28 de febrero (FJ 5); 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7-8).

⁷⁵ Es oportuno destacar que el Código penal vigente también contempla tipos penales que protegen el derecho a la intimidad en el Título III bajo la rúbrica de “Delitos contra la libertad e integridad individual y otras garantías”, en su capítulo III sobre “Violación de secretos”.

El artículo 195 del proyecto comprende básicamente las conductas de descubrimiento de correspondencia⁷⁶ por particulares –el vigente sólo tipifica el descubrimiento “por empleado de correos o telégrafos abusando de su empleo⁷⁷– que contemplan las modalidades de apertura de la correspondencia teniendo en cuenta los adelantos tecnológicos experimentados principalmente en el ámbito de las telecomunicaciones, p.ej. al tradicional apoderamiento documental limitado a la protección de la intimidad contenida en “carta, de un pliego, de un sobre cerrado, de un telegrama, o de otras piezas de correspondencia” se añaden los mensajes electrónicos o de cualquier otra naturaleza que no le esté dirigido, como objetos materiales sobre los que puede recaer tal conducta, lo que tiene por objeto actualizar la anacrónica regulación existente en el Código penal vigente.

Lo mismo podemos decir de las conductas del que “sin abrir la correspondencia por medios técnicos se entere de su contenido”. Previsiones como esta pretenden evitar la impunidad de intromisiones en la intimidad que no encajen en los objetos expresamente descritos.

Este mismo precepto contempla un tipo agravado cuando la “persona difundiere o revelare el contenido de la correspondencia” (art. 195 numeral 2 de proy.). En términos similares esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 240 del Código Penal vigente que establece:

“El que sin facultad del que pueda otorgarla publicare o hiciere circular el contenido de una carta, sufrirá la pena de prisión de 3 meses a 1 año. Si la publicación del contenido de la carta, pliego o mensaje se hiciere por medio de la prensa, radio o televisión, la pena será de arresto inmutable de seis meses a dos años y multa de cincuenta a veinte mil córdobas, y en este caso se considerará

⁷⁶ Artículo 195. **Descubrimiento de correspondencia**

1. Quien abra ilegalmente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o electrónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido o el que, sin abrir la correspondencia, por medios técnicos se entere de su contenido, será penado con prisión de seis meses a un año y multa de doscientas a quinientas días.
2. Si la persona difundiere o revelare el contenido de la correspondencia, será sancionado con prisión de uno a dos años e inhabilitación especial de tres a cinco años si fuere autoridad, funcionario o empleado público.

⁷⁷ Conducta prevista en el artículo 238 del Código Penal vigente en los siguientes términos:

“Será castigado con arresto inmutable de seis meses a dos años y multa de cincuenta a veinte mil córdobas el empleado de Correos o Telégrafos que abusando de su empleo se apodere de carta, de un pliego, de un sobre cerrado, de un telegrama, o de otras piezas de correspondencia siempre que se impusiere de su contenido, la entregare a otro que no fuere el destinatario o ya sea rompiendo u ocultando, o cambiando su texto, agravándose la pena si lo propalare a otras personas sin la debida autorización, máxime cuando tenga un carácter de intimidad”.

El proyecto contempla esta conducta en el artículo 198 como un tipo agravado cuando dice *“El funcionario o empleado de correos o de telecomunicaciones, sea el servicio público o privado, que con abuso de su empleo, autoridad o confianza se apodere de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se imponga de su contenido, la entregue o comunique a otro que no sea el destinatario, la suprima, la oculte o cambie su texto, será penado con prisión de dos años a cuatro años y multa de doscientos a quinientos días”.*

coautor del delito al dueño o empleado de la empresa publicitaria que hubiere ordenado o autorizado la publicación”.

Conducta distinta a esta es la prevista en el artículo 199 del proyecto que tipifica la propalación de quien se halle legítimamente en posesión de una correspondencia, de papeles o de grabaciones no destinados a la publicidad, los haga públicos sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidos, será penado con multa de cien a doscientos días.

b.4.2. Sustracción de papeles y desvío o supresión de correspondencia

La sustracción de papeles y desvío o supresión de correspondencia está contemplada como delito contra la intimidad en el artículo 196 del proyecto que establece:

“Quien se apodere ilegalmente de una carta o de otro papel privado, aunque no esté cerrado, o el que suprima o desvíe de su destino una correspondencia que no le está dirigida, será penado con prisión de uno a dos años y con multa de cien a doscientos días”.

Así pues, el núcleo de la conducta típica descrita en este artículo está constituida por la acción de “apoderamiento”⁷⁸ que debe entenderse en el mismo sentido que se interpreta para los delitos contra el patrimonio. Es decir, de acuerdo con su significado literal “*hacerse uno dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder*”⁷⁹, pero con la intención descrita en el tipo legal que le da su propia sustantividad en relación con los delitos contra el patrimonio⁸⁰.

Otra de las cuestiones que se han abordado en la doctrina científica es la posibilidad de subsumir la conducta, no sólo al apoderamiento físico, sino también la captación mental de la información que pertenece a la intimidad de una persona. Al respecto, un sector doctrinal ha interpretado el término “*apoderarse*” como el efectivo apoderamiento intelectual que sería equivalente a descubrir, conocer, sin que sea necesaria la sustracción del objeto donde está contenida la información íntima y reservada.

No obstante, esta posición no es compartida por la doctrina mayoritaria que considera correctamente que el apoderamiento del objeto material de la acción es requisito esencial del tipo por lo que la mera captación mental no colma la conducta típica prevista en el tipo, ya que en este caso se accedería a la información íntima y reservada sin el previo apoderamiento exigido por el tipo. Este apoderamiento debe ser ilegal, es decir, fuera de los casos permitidos.

⁷⁸ SERRANO GÓMEZ, DP PE, 1996, 272; POLAINO NAVARRETE en: COBO DEL ROSAL (Director), *Curso PE*, 1996, 397; LOZANO MIRALLES en: BAJO FERNÁNDEZ (Director), *Compendio PE II*, 1998, 210.

⁷⁹ Diccionario de la Real Academia Española, I, 1984, 111. En términos similares lo define el Diccionario de uso del Español (MOLINER, *Diccionario de uso del Español*, I, 1990, 216) como “*adueñarse*”, “*apropiarse*”.

⁸⁰ Al respecto, COBO DEL ROSAL, ADPCP, 1971, 685; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, 1972, 1010; el mismo, *Curso*, 1963, 130.

Otro elemento que debe tenerse en cuenta es que, para que se consideren típicas las conductas de descubrimiento, sustracción y desvío de correspondencia, no es necesario el ánimo de revelar o difundir lo descubierto. Sin embargo, para que estas conductas encajen en los tipos penales es necesario que se hayan realizado sin el consentimiento del titular de la información íntima y reservada de que se trate, además de concurrir el ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad ajena o desviar la correspondencia.

b.4.3 Registro prohibido

La mayor novedad que presenta el proyecto es la tipificación de las conductas que atentan contra uno de los aspectos más modernos y dinámicos del derecho a la intimidad “*la intimidad informática*”, extendiendo la tutela penal a los datos personales mediante la prohibición de crear bancos de datos o registros informáticos⁸¹ y uso de la información⁸².

b.4.4.Captación indebida de manifestaciones verbales

La captación o grabación mediata o inmediata de las palabras o conversaciones no destinadas al público o emitidas a través de la utilización de medios técnicos, es considerada delito por el artículo 197 del proyecto⁸³. Por lo tanto, cualquier forma de escucha o captación de manifestaciones verbales que no se realice a través de medios técnicos es atípica, p.ej. escuchar detrás de puerta o escondido en un lugar, ya que a efectos penales tienen escasa relevancia.

b.4.5 El secreto profesional

El derecho a la intimidad, como garantía constitucional de una comunicación limitada, también exige la protección del secreto profesional. En toda relación con un profesional⁸⁴ se produce un depósito de confianza por parte del paciente, el cliente, etc. que generalmente da lugar a desvelar datos, hechos relativos a su vida, lo que debe obligar al profesional a guardar un deber de sigilo. La necesidad de confiar secretos a otros impone una protección especial, que se traduce en la obligación que se impone a quienes están destinados, en virtud de su profesión -médicos, procuradores, abogados, etc.-, a guardar los secretos de otro.

⁸¹ Conducta prevista en el artículo 201 del proyecto que dice: “*Quien cree un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas, será penado con prisión de dos a cuatro años y multa de trescientos a quinientos días*”.

⁸² El artículo 202 del proyecto establece que: “*Quien sin autorización, utilice los registros informáticos de otro, o ingrese, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos, será penado con prisión de uno a dos años, y multa de doscientos a quinientos días*”.

⁸³ El artículo 197 del proyecto establece que: “*Quien grabe las palabras o conversaciones de otro no destinados al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuche manifestaciones privadas o telefónicas que no le estén dirigidas, será penado con prisión de un año a dos años y multa de cien a doscientos días*”.

⁸⁴ Según BAJO FERNÁNDEZ (ADPCP, 1980, 606) el profesional, es aquella persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad, y que por su interés público, están jurídicamente reglamentados.

El carácter necesario es lo que cualifica, como señala LÓPEZ ORTEGA⁸⁵, el secreto profesional y lo convierte en objeto digno de protección, a través del bien jurídico de la intimidad; pero también el interés social es mantener la confianza en el ejercicio de determinadas actividades profesionales. El Código penal vigente protege el secreto profesional en el artículo 239⁸⁶ y el proyecto en el artículo 200⁸⁷ con lo que se encuentra protegido este aspecto importante del derecho a la intimidad.

Este breve análisis de los delitos contra la intimidad, nos revela algunos vacíos legislativos en esta materia, como son la falta de tipificación de conductas que afecten el llamado "núcleo duro de la intimidad", la propia imagen o bien en el hecho de que la conducta atentatoria a la intimidad tenga como sujeto pasivo a un menor de edad o a un incapaz y, finalmente, cuando las conductas tipificadas se realicen con fines lucrativos.

BIBLIOGRAFÍA

ARAUZ ULLOA, Manuel, *Proceso Penal y Derecho Humanos en Nicaragua*, Estudios Monográfico, Universidad Centroamericana, 1996.

ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba reconstruida*, 1989;

BAJO FERNANDEZ, Miguel, "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, págs. 595-610.

BAYARRI GARCIA, C. E. "La prueba ilícita y sus efectos", en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, págs. 421-504.

BATLLE SALES, Giorgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, Editorial Máfí, 1972.

BAON RAMIREZ, Rogelio, "Visión general de la informática en el nuevo Código Penal" en: *Cuaderno de Derecho Judicial*, Nº XI, 1996, págs. 79-99.

⁸⁵ LÓPEZ ORTEGA en: VIVES ANTÓN/MANZANARES SAMANIEGO (Directores), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, PE, 1996, 298.

⁸⁶ El artículo 239 Pn dice: "Será castigado con arresto inmutable de seis meses a dos años y con multa de cincuenta a veinte mil córdobas, el que teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin causa justa".

⁸⁷ El artículo 200 del proyecto establece "La persona que tenga noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, y lo revele sin causa justificada, será penado con prisión de uno a dos años e inhabilitación especial por el mismo período de la pena aplicada".

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, Tecnos, 1987.

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho procesal Penal*, 1993.

CHAMORRO FLETES, Rafael, "Problemas actuales del derecho" en. *Revista Encuentro*, número 57, 2001, págs. 115-124.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel, *Derecho Informático*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

FARIÑAS MATONI, Luis María, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983.

FIGUEROA NAVARRO, Ma. Carmen, *Aspectos de la protección del domicilio en el Derecho español*, Madrid, Edisofer, 1998.

GARCÍA VITORIA, Aurora, *El derecho a la intimidad en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983.

GARRIDO FALLA, Fernando (Director), *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed. ampliada, Madrid, Cívitas, 1985.

GAY FUENTES, Celeste, *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Madrid, Universidad Complutense, 1995.

GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, t. II, *El Proceso Penal*, 1990.

GOMEZ PAVON, Pilar, *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, Akal, 1989.

GONZALEZ GAITANO, Norberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1990.

GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro. *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992.

GONZALEZ MONTES, "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales", en: *Revista de Derecho Procesal*, 1/1990.

IGLESIAS CUBRIA, Manuel, *El derecho a la intimidad*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *Derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*, Madrid, Dikynson, 1995.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *Informática y protección de datos personales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “*Protección penal de la intimidad y derecho a la información*”, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1988, págs. 39-70.

MADRID CONESA, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Valencia, Universidad de Valencia, 1984.

MIGUEL CASTAÑO, Adoración de, “Libertad de información y derecho a la intimidad: medios para garantizarlos. Incidencia en el ámbito de las estadísticas” en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Informática y Derecho, 1986, págs. 165-196.

MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, Destino, 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco “Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho”, en: Criminología y Derecho Penal. *Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, págs. 845-857.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, México, Edit. siglo XXI, 1979.

ORTI VALLEJO, Antonio, *Derecho a la intimidad e informática*, Granada, Comares, 1994.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, voz “Delitos contra la intimidad”, en: Enciclopedia Jurídica Básica, Coordinador del Area de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, vol. II, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 2015-2024.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, en: Cuaderno de Derecho Judicial, Nº XXII, 1996, págs. 11-48.

PECES -BARBA MARTINEZ, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General, Universidad Carlos II, Madrid, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991.

PICO I JUNOY, Joan. “*Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de la prueba ilícita*”, en: La ley, Nº 4213, 1997.

RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Cívitas, 1995.

SÁNCHEZ, Cecilia/HOUED, Mario, Proceso Penal y derechos fundamentales, 1997.

SERRA DOMÍNGUEZ, “Ineficacia de los actos procesales”, en: Estudios de Derecho Procesal, 1969.

URABAYEN, Miguel, *Vida privada e información: un conflicto permanente*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, “Manifestaciones del Derecho a la intimidad personal y familiar”, en: Revista General de Derecho, N° 432, 1980, págs. 1042-1057.

WARREN, Samuel/ BRANDEIS, Louis, *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de B. Pendás/ P. Baselga, Madrid, Cívitas, 1995.