

EL DEBER DEL PROFESIONAL FRENTE A LA INTIMIDAD DE SU CLIENTE

*Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales:
presente y futuro de los conceptos
de negligencia y riesgo **

Dr. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ **

DELIMITACIÓN DEL TEMA

El desarrollo de este tema comprende fundamentalmente dos aspectos; uno que se refiere a cuestiones político-criminales y otro a cuestiones dogmáticas. El primero de ellos, se ocupa de analizar a la “intimidad” como bien jurídico y como objeto de protección penal frente a ciertas formas de afectación provenientes de los comportamientos del profesional; se trata de un enfoque de *lege ferenda*. El segundo, en cambio, es un enfoque de *lege lata*, que, aun cuando no se limita al análisis de una específica legislación penal, aborda problemas comunes que se contemplan en diversas legislaciones penales, que se refieren a problemas de la teoría del delito. Pero, por diversas razones, el presente trabajo se limita a consideraciones de carácter político-criminal, no obstante los importantes problemas dogmáticos que el tema genera. Este aspecto será objeto de un análisis posterior.

Un punto central que habrá que atender prioritariamente es el relativo al “bien jurídico”, ya que es sobre el que debe centrarse la atención del legislador, para determinar el tipo de protección jurídica que habrá de proporcionarle y, en su caso, ver si se justifica o no la intervención del Derecho penal. Lo anterior apareja la consideración de las diversas formas de su afectación, así como de la protección que pueden proporcionar otras áreas del ordenamiento jurídico.

* Ponencia presentada en el XXII Coloquio de Derecho Europeo, La Laguna, España, 17-19 de noviembre de 1992.

** Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho, UNAM.

Otro punto que consideramos de interés, para su tratamiento tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*, es el relativo al "autor" que en este caso se limita al que tiene la cualidad de "profesional".

Toda vez que la "intimidad", "vida íntima" o "vida privada" tiene diversas connotaciones, en virtud de sus distintas manifestaciones, habrá que precisar el o los aspectos al que se limitará el estudio.

Finalmente, dada la naturaleza del trabajo, prescindimos de las consideraciones históricas del derecho a la intimidad o a la reserva de la vida privada, remitiendo para ello a la amplia bibliografía que sobre el particular existe.¹

1. LA "INTIMIDAD" COMO OBJETO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

A) Noción

Sobre lo que debe entenderse por "intimidad" o "derecho a la intimidad" no hay *communis opinio* en la doctrina, aunque en ella pueden encontrarse ciertos rasgos comunes.² Se afirma, por ejemplo, que, desde el punto de vista filosófico, "la intimidad constituye una condición esencial del hombre que le permite vivir dentro de sí mismo y proyectarse al mundo exterior desde sí mismo, como único ser capaz de darse cuenta de sí y de hacer del yo el centro del universo."³ Lo anterior per-

¹ Véase, p. ej., MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, pp. 14 y ss.; LOZANO, Mario G. y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Cuadernos y Debates, 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; DÍAZ MOLINA, Iván M., *El derecho de "privacy" en "Common Law", y el derecho civil* ("estudio comparativo"), Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, enero-septiembre y octubre-diciembre de 1963; NOVOA MONREAL, E., *La "vida privada" como bien jurídicamente protegido*, en NPP, año 3, Depalma, Buenos Aires, 1974, pp. 153 y ss.; BALDASSARRE, A., *Privacy e Costituzione* (L'esperienza Statunitense), Roma, 1974, entre otros.

² Cfr. NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, p. 160 y s.; ZUBIRÍA DE SALINAS, F., *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, en "Libertad de expresión y Derecho Penal", Edetsa, Madrid, 1985, pp. 233 y ss.; GONZÁLEZ SALINAS, R., *Protección de la intimidad de las escuchas clandestinas*, en "Criminalia", año LVII, núms. 1-12, México, 1991, pp. 61 y ss.; MORALES PRATS, F., *Privacy y reforma penal: la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal (1983)*, en "Documentación Jurídica", vol. 1, enero-diciembre de 1983, 37/40, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 575 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Derecho a la intimidad*, Abel-Pertot, Buenos Aires, 1982, pp. 11. ss.

³ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Derecho a la intimidad*, p. 175.

mite ver a la intimidad "positivamente" y de manera generalizada, como algo esencial del hombre, necesaria para el desarrollo de su personalidad,⁴ por lo que se ha afirmado, sobre todo por la doctrina de Derecho civil, que se trata de un "derecho de la personalidad".⁵

En el plano jurídico, en cambio, la intimidad es concebida desde una perspectiva "negativa", como "un poder de exclusión de terceros, a fin de posibilitar el disfrute de ese bien fundamental";⁶ esto es, se refiera a aquel sector del hombre, "al que no tiene o no debe tener acceso el mundo, y sobre el que puede disponer sin ser molestado protegiendo su derecho de la personalidad".⁷ Desde este ángulo, la noción de la intimidad es aún imprecisa, que requiere ser debidamente circunscrita y delimitado su campo de aplicación, discriminándola de instituciones afines, y se puedan determinar las formas de su afectación y el tipo de protección jurídica que requiere. De ahí que se diga por algunos que se trata de un "camaleón", o de un bien "difuso" o "complejo",⁸ que "contiene componentes sociales, culturales y psicológicos, objetivos y subjetivos, que cambian en el espacio, en el tiempo y en cada persona en particular".⁹ Por tal razón, el problema de la intimidad debe verse, también, de cultura en cultura y de época en época, ya que su contenido cambia.¹⁰ A lo anterior hay que agregar que cada autor, sea en el ámbito del Derecho civil o del Derecho penal, le asigna a la intimidad diversos contenidos y valoraciones, lo que, a su vez, será diferente según el tipo de Estado de que se trate (liberal, individualista, socialista, etcétera).

⁴ Desde este punto de vista, el Tribunal Supremo Español estableció en su sentencia de 8 de marzo de 1974, que la intimidad personal "es un derecho a la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano, reconocido universalmente". Así se desprende, también del artículo 12 de la "Declaración Universal de Derechos Humanos", y del artículo 8º del "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", suscrito por los miembros del Consejo de Europa. Lo propio se observa en la Constitución Española en sus artículos 10º y 18º y en la Ley Orgánica 1/1982 española.

⁵ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, pp. 17, 32 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*, en "Estudios Penales", PPU, Barcelona, 1991, pp. 423 y ss.; GONZÁLEZ-SALAS, R., *op. cit.*, pp. 61 y ss.; ESTRADA ALONSO E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo*, Ed. Civitas, Madrid, 1988 pp. 37 y ss.

⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 22 y 176.

⁷ GONZÁLEZ SALAS, *op. cit.*, pp. 232 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 18.

⁸ Cfr. MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, p. 121.

⁹ GONZÁLEZ SALAS, *op. cit.*, p. 235.

¹⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen*, en ZStW, 90 (1978), p. 28.

B) *La intimidad como bien jurídico autónomo*

Ahora bien, el que la esfera íntima sea un valor difuso o complejo, difícil de delimitar, obedece, por una parte, a que se trata de un derecho de nuevo cuño para la atención penal, sobre todo en los países de Europa Continental y, por otra, por la mutabilidad de las facultades que dimanan de ese derecho.

Ciertamente, el problema del respeto de la vida privada, históricamente vista, no es tan nueva; la doctrina coincide en señalar que el derecho a la privacidad surge de manera específica en los Estados Unidos en 1890, con el estudio de Warren y Brandeis "The right of privacy".¹¹ Pero, si bien la intimidad ha sido considerada como bien jurídico desde épocas pretéritas, tradicionalmente ha sido protegido sólo a través de la regulación de los delitos contra el honor, o contra la correspondencia, o incluso de la violación de la morada;¹² por lo que en esos casos la intimidad personal no ha sido más que un mero atributo de otros bienes. En efecto, tradicionalmente tanto las Constituciones Políticas como los Códigos penales se han ocupado del respeto a ciertos valores, identificados como manifestaciones del bien jurídico de la "vida privada"; lo que quiere decir que ésta, desde hace mucho tiempo ha sido reconocida y protegida como bien jurídico, aun cuando los tipos penales de esos Códigos resulten insuficientes para una protección adecuada como actualmente se requiere.

En la actualidad, ciertamente, tanto por el desarrollo que la ciencia y la tecnología han experimentado, como por otras razones, se considera que tal protección tradicional resulta insuficiente; que aparecen otras muy variadas formas de afectación de la intimidad que obligan a pensar en nuevas regulaciones para su acertada protección.

Lo anterior ha motivado, para efectos de política legislativa, que la intimidad, de ser un mero atributo de otros bienes, se haya ido convirtiendo poco a poco en un bien jurídico "autónomo", con sustantividad propia, sobre todo en las sociedades avanzadas, en las que el desarrollo industrial y tecnológico introduce descubrimientos que facilitan grandemente el acceso a la vida privada, como es el caso de los medios de *vigilancia electrónica*, frente a los cuales resulta "inútil todo intento

¹¹ Cfr. p. ej., MORALES PRATS, *La tutela penal...*, p. 15; DÍAZ MOLINA, *loc. cit.*; NOVOA MONREAL, *loc. cit.*; BALDASSARRE, *loc. cit.*

¹² Así ha sucedido y sucede en España, y así ha sucedido y sucede en México, como en otros países, como puede observarse del contenido de sus respectivos Códigos Penales.

de salvaguardar la esfera privada del sujeto mediante fórmulas jurídicas tradicionales". Asimismo, la eclosión del fenómeno *informático* ha obligado a replantear cuál es el sentido del derecho a la intimidad en la sociedad tecnológica o de diversos bienes jurídicos clásicos de carácter estrictamente *personal*, así como las *fronteras* y relaciones que se habían fijado entre los mismos.¹³

2. DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA

A) Para la construcción teórica del contenido y los contornos del bien jurídico "intimidad", en la doctrina alemana, sobre todo en la doctrina civil, se desarrolla y defiende ampliamente la *teoría de las esferas*, que describen el ligamen de la vida privada con la libertad personal y permiten ver las zonas de protección con diferente intensidad.¹⁴ Según esta orientación, se puede establecer una protección gradual situando los comportamientos en sucesivas esferas a tenor de su referencia social. Se distinguen así: 1) una esfera íntima (*intimsphäre*) que corresponde al ámbito más recóndito y secreto de la persona, 2) una esfera privada (*privatsphäre*), que hace referencia a la dimensión de vida personal y familiar, y 3) una esfera individual (*individualsphäre*), que afecta a cuanto define la peculiaridad o individualidad de una persona (nombre, imagen, etcétera).¹⁵

Así, por ejemplo, *Hubmann* distingue la *individualsphäre* (esfera individual) de la esfera de la vida privada (*privatsphäre*), encuadradas ambas en la amplia categoría del derecho genérico a la personalidad.¹⁶ Y *Heinrich Henkel*, al profundizar en el esquema de *Hubmann*, dis-

¹³ MORALES PRATS, pp. 118 y ss.

¹⁴ Se habla de una distinción de tres esferas protegidas con intensidad decreciente, a saber: la *esfera secreta o íntima*, la *esfera privada* y *esfera pública* del hombre. Cfr. la bibliografía citada al respecto por SCHÜNEMANN, *Der strafrechtliche Schutz...*, pp. 17 y ss.

¹⁵ A tenor de esta distinción, según señala PÉREZ LUÑO, el *Bundesverfassungsgericht* estableció una intensidad de tutela inversamente proporcional a la dimensión social de la conducta o actividad concernida. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en "Libertad informática y leyes de protección de datos personales", Cuadernos y Debates, 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 157 y ss..

¹⁶ Cfr. HUBMANN, H., *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*, en JZ, 1957, pp. 521 y ss.; véase, también, SCHÜNEMANN, B., *Der strafrechtliche Schutz...*, pp. 17 y ss., y la bibliografía ahí citada; MORALES PRATS, *ob. cit.*, pp. 128 y ss.

tingue en la *privatsphäre lato sensu* tres círculos concéntricos progresivamente menores: a) la *esfera privada strictu sensu (privatsphäre)*, B) la *esfera de intimidad confidencial (vertrauen-sphäre)* y c) la *esfera del secreto (geheimsphäre)*.¹⁷ En la *privatsphäre* quedarían comprendidos aquellos actos, noticias o manifestaciones que el sujeto desea que trasciendan al dominio público; quedarían aquí incluidos los familiares y todas aquellas personas que operan en la vida privada; la *vertrauenssphäre* abarcaría los eventos o noticias de las que el titular hace partícipes a determinadas personas de particular confianza, mediante manifestaciones orales (p. ej. las relaciones médico-cliente) o escritos (p. ej. la correspondencia epistolar referida a hechos de la vida íntima). El círculo de sujetos que participan en estas relaciones confidenciales es menor que el establecido en la *privatsphäre*; la relación, por ello, se establece de forma más localizada y controlada por el titular de la noticia confidencial. Por último, la *geheimsphäre* delimita un círculo concéntrico de radio menor, en el que sitúan los eventos o noticias de los que se excluye a la totalidad de los individuos ajenos a la titularidad de los mismos (por ejemplo secretos documentales).

En la doctrina penal española, Morales Prats, siguiendo la "teoría de las esferas", considera también que el punto de partida de la construcción teórica del contenido y los contornos del bien jurídico "intimidad", debe radicar en la descripción de las *tres esferas* que conducen al ligamen de la *privacy* con la libertad personal en la sociedad tecnológica: 1) *privacy de la esfera íntima*, en la que se asientan las facultades clásicas de exclusión de terceros en lo que respecta a hechos o circunstancias relativas a la intimidad (p. ej. secretos documentales, secretos domésticos, inviolabilidad del domicilio), a las que se agregan otros intereses de nuevo cuño (p. ej. derecho a la contracepción, a la libertad sexual, etcétera); 2) *privacy pública*, en la que la *privacy* asume el carácter de garantía institucional de otras libertades (p. ej. derecho de asociación, libertad religiosa o de conciencia, derecho a la sindicación, etcétera); y 3) *privacy de la libertad personal*, en la que toma cuerpo de forma más directa el *habeas mentem* o libertad genérica de la persona, conformada, entre otras, por la "privacy del cuerpo" (invocable en supuestos de operaciones o pruebas médicas coactivas), la "privacy del domicilio", la "protección de las garantías jurisdiccionales", tales como el derecho de defensa, confidencialidad y sigilo de la

¹⁷ HENKEL, H., *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion*, D. 59 y ss. Gutachten des 42. Deutschen Juristentages, Düsseldorf, 1957, tomo II.

relación entre abogado y "cliente", la "presunción de inocencia", etcétera.¹⁸ Que esas tres facetas otorgan al bien jurídico intimidad un contenido positivo, que determina el entronque del mismo con la *libertad personal*.

Sin embargo, al admitir que a la "teoría de las esferas" se le pueden formular algunas críticas, considera que una construcción *unitaria* de la *privacy*, como esfera de protección debe superar la fase "preinformática" y comprender la fase *informática*, como lo exige la sociedad contemporánea.¹⁹ Ahora bien, "el poder informático posibilita ingerencias cuantitativa y cualitativamente mayores en la esfera íntima de los ciudadanos, lo que determina la transformación del estatuto jurídico de la *privacy* en su fase informática", adoptando según Morales Prats las siguientes características:

a) La anticipación de la línea de protección jurídica de la *privacy* a un momento anterior a su menoscabo;

b) La versión informática del derecho a la intimidad comporta el afianzamiento del contenido positivo del derecho a la intimidad, entendiendo como derecho al *control* de la circulación de informaciones personales que había surgido frente a las amenazas audiovisuales para este bien jurídico;

c) Los derechos que integran el *habeas data* y dotan a la tutela jurídica de la *privacy* de una impronta *procesal-cautelar*, también determinan una alteración de las facultades de exclusión preinformáticas del derecho a la intimidad;

d) La salida de la esfera íntima de datos personales no sensibles y por tanto susceptibles de ser sometidos a tratamiento informático en determinadas condiciones de sigilo, conforma el establecimiento de un nuevo tipo de relaciones de confianza del titular de los datos con los profesionales de la informática. Estas relaciones configuran la versión informática del secreto profesional y de los deberes funcionales del sigilo.

e) Por último, la protección de la intimidad en la sociedad informatizada deja de ser viable si los poderes públicos del Estado no adoptan una política intervencionista, orientada a la instauración de medidas preventivas en el sector informático (registros de datos, organismos de inspección, etcétera).²⁰

¹⁸ MORALES PRATS, *ob. cit.*, pp. 123 y ss.

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 124 y ss.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 125 y ss.

En definitiva, como afirma otro autor español, Pérez Luño, en nuestra época, la doctrina y la jurisprudencia han trasladado el centro de gravedad o, si se quiere, el contenido esencial del derecho a la intimidad desde la facultad al aislamiento (*ius solitudinis*) al poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto. Frente a la construcción abstracta e irreal de la “teoría de las esferas”, continúa diciendo, “hoy se aboga por un sistema de tutela de la intimidad basado no en la intensidad social de la conducta, puesto que todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en los valores e intereses públicos y/o privados, que pueden contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva”.²¹

C) *Criterios para determinar los tipos de protección jurídica*

Como se ha afirmado antes, el derecho a la intimidad ha ido poco a poco adquiriendo “autonomía”, la que consolida históricamente al asumir la “función de garantía” de la casi totalidad de manifestaciones de la libertad personal, convirtiéndose por ello en un bien *difuso* y pluriforme y cuyo radio de acción se expande por el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Dadas las dificultades que plantea el propio concepto de *intimidad* y la determinación de su protección jurídica, consideramos que resultaría poco consistente el determinar dicha protección desde la consideración de las diversas “esferas” de la vida privada, por lo inestable o variable que ésta es, de cultura en cultura, de país en país y de persona en persona, a las que no interesa por igual que su vida íntima sea protegida, mucho menos que sea protegida con igual intensidad. Algunos titulares del bien o derecho a la intimidad lo protegen por sí mismos, con mayor o menor amplitud, en la medida en que estén conscientes de su existencia y del peligro de su afectación, para el normal desarrollo de su personalidad, resultando ello suficiente, otros requieren de otros medios de protección, como es el derecho, hasta quienes prefieren los más drásticos en contra de quienes vulneran la intimidad en sus diversos aspectos o en algunos de ellos.

En definitiva, la intimidad queda caracterizada por la voluntad del propio individuo, quien es el que puede determinar por su propia cuenta las informaciones que desea mantener como confidenciales y las que

²¹ PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *ob. cit.*, pp. 133 y ss., 167 y ss.

acepta revelar o que debe revelarse necesariamente; por ello no debe ser entendido de manera absoluta, pues el hombre no vive aislado sino en sociedad y necesita de ésta. Por lo que, el derecho a su intimidad debe ser armonizado con el derecho del conjunto de todos los demás miembros de la sociedad y de la organización social, a fin de que todos puedan vivir en las condiciones más favorables a su desarrollo. Tampoco puede admitirse que sea el Estado el que, de manera absoluta, determine los ámbitos de la vida íntima; a él le corresponde protegerlos a través de los medios jurídicos más adecuados.

De ahí que nos parece aconsejable seguir el planteamiento de *Schünemann* y otros autores alemanes, que parte de la consideración de la *funcionalidad* de la intimidad en el sistema social, conforme a la cual la intimidad es protegida en cuanto a que la puesta a disposición pública de determinadas circunstancias, actividades, manifestaciones o datos de los individuos es disfuncional al dañar la libertad íntima del titular del bien jurídico. Un bien jurídico de la esfera íntima debe darse sólo si es comprendido "funcionalmente".²² *Funcionalmente* hablando, la privacidad significa libertad del individuo tanto con relación al Estado como con relación a la sociedad;²³ es esa consideración la que permite delimitar entre sí la libertad privada y el medio de control social y estatal.

El derecho a la intimidad tiene que ser protegido jurídicamente contra (posibles) intromisiones, que dificultan el libre desarrollo de la personalidad de su titular, tanto individual como socialmente considerado. Así, se requerirá que el derecho garantice, p. ej., que los datos o circunstancias personales que el titular transmite a otros, por el medio que sea, no sean interferidos o descubiertos por nadie o revelados a otros. Pero también se requerirá lo mismo respecto de datos o circunstancias personales que son conocidas de otra manera, sin que el titular

²² SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, p. 27.

²³ SCHÜNEMANN, adhiriéndose a *Wastin*, reconoce la distinción de cuatro funciones de la reforma privada: a) El distanciamiento espiritual; b) La posibilidad de autoestimación; c) La normalización del sentimiento, y d) La autonomía personal; las que en sí son medios para lograr la mayor libertad individual posible para la autorrealización; y de ahí que el bloqueo de información sea el medio más importante para la limitación del control estatal o social. Sin embargo, Schünemann considera utópico el poder extraer de ahí un concepto completamente lleno de contenido del ámbito privado del secreto, o una definición de la esfera privada capaz de subsumirse; sino que sólo indica el punto de vista rector bajo el cual se delimitan entre sí la libertad privada y el control social y estatal (*cf.* Schünemann, *op. cit.*, pp. 28 y 31).

los haya dado a conocer a otros. Sucede que con los avances tecnológicos y científicos, en los tiempos actuales se facilita grandemente el acceso a la vida privada ajena sin que el afectado se dé cuenta de ello. Esa fácil penetración puede ser muchas veces utilizada para enterarse de secretos y datos o circunstancias relacionados con la intimidad de la persona, no existiendo la posibilidad de protegerse el titular contra ello.

Por eso, en virtud de los modernos medios informáticos y de comunicación, que se han desarrollado en las actuales sociedades industriales y tecnológicas, las medidas de protección deben estar referidas a los propios medios o espacios de comunicación, pues es a través de ellos que se puede llegar al conocimiento de ciertos secretos, datos o circunstancias de la persona y, consecuentemente, a través de ellos que también pueden ser vulnerados; o bien que en ellos, como en los sistemas informáticos (p. ej., sistemas bancarios, hospitales, declaraciones fiscales, etcétera), es donde se mantienen ciertos datos o secretos, y muchas veces para su protección misma, por lo que de su manejo y del acceso a ellos depende que la intimidad de la persona pueda vulnerarse. De ahí que, cuando se habla de protección de la intimidad o de la esfera íntima, se comprende también la protección de los propios espacios o medios informáticos o de comunicación, que es en los que, o a través de los que, también puede darse la intromisión. Una intromisión o penetración a tales medios o espacios, implicaría ya un riesgo para el bien jurídico "intimidad"; por ello, hasta allí debe alcanzar la protección jurídica, y no sólo una vez que dicho bien haya efectivamente sido lesionado.²⁴

La otra cuestión es determinar cuál es el tipo de protección jurídica que habrá que proporcionar: administrativa, civil o penal. Pero, dado que el problema de la intimidad está vinculado con formas de ser, cultura, lugar, etcétera, la protección que ella reclama no puede ser tampoco "uniforme"; tiene que obedecer a esa diferenciación de valoraciones; y, por razón de esas consideraciones, en ciertos lugares bastará la protección que proporciona el Derecho civil o el administrativo, mientras que en otros habrá necesidad de acudir a las regulaciones penales, y, en torno a éstas, habrá donde se exijan penas muy severas y

²⁴ En este sentido, entre otros, MANTOVANI, F., *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, en "Atti del terzo Simposio di Studi di Diritto e Procedura Penali", Milán, 1970, p. 404; cfr. NOVOA MONREAL, *ob. cit.*, p. 167; MORALES PRATS, *ob. cit.*, p. 126.

donde sean suficientes penas leves, dependiendo también de las formas de su afectación y de su incidencia, entre otras.

D) *Formas de afectación de la intimidad*

Dado lo multifacético que es este bien jurídico, existen diversos criterios con relación a las formas de su afectación. Debe observarse, además o para efectos de análisis y formulación normativa que no existe en modo alguno, unidad u homogeneidad de las conductas indebidas que afectan la intimidad, por el contrario, son extraordinariamente heterogéneas.²⁵

No existe, pues, una línea de demarcación bien nítida entre lo que debería y lo que no debería estar permitido.

Así, en el año 1967, en el Congreso de Estocolmo de la Comisión Internacional de Juristas, se preparó una lista de los *actos violatorios* del derecho a la vida privada que consta de 12 puntos a saber: 1) investigación de la persona; 2) entrada o registro de locales, otras propiedades; 3) exámenes médicos y tests físicos y psicológicos; 4) declaraciones falsas, y motivadas o embarazosas acerca de la persona; 5) interceptación de correspondencia; 6) interceptación de comunicaciones telefónicas; 7) uso de vigilancia electrónica o de otros aparatos de detención; 8) grabaciones, fotografías y filmes; 9) importunidades de la prensa o de agentes de medios de comunicación masivos; 10) revelación pública de hechos privados; 11) revelación de información dada o recibida por profesionales o autoridades públicas bajo secreto; 12) el hostigamiento de persona (por ejemplo, acechar, observar y acosar con llamadas telefónicas molestas).²⁶

Novoa Monreal, por su parte, diseña un cuadro general de las formas de atentar contra el respeto de la vida privada, que revela las varias manifestaciones que asume el bien jurídico protegido en esta clase de hechos. Este cuadro resulta mucho más reducido que el anterior, en virtud de que lo limita a las diferentes posibles figuras delictivas que puedan ser construidas en torno de las violaciones de derecho al respecto de la vida privada: 1) atentados en contra del derecho de ser dejado tranquilo en el uso de la vida privada; 2) atentados en contra del derecho de guardar o mantener reserva sobre la propia intimidad;

²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Protección jurídico-penal de las comunicaciones personales, análisis y propuesta*, Ed. Criminalia, año LVIII, 1, 1992, pp. 70 y ss., 73.

²⁶ Cfr. *Conclusiones del Congreso de Juristas de los Países Nórdicos*, Génova, 1967, publicaciones de la Comisión Internacional de Juristas.

3) figura calificada de la forma anterior en el caso en que el sujeto activo no solamente toma conocimiento del hecho reservado, sino que también utiliza ese conocimiento o lo da a conocer a otras personas, o lo hace público; 4) figura calificada de la misma forma señalada en el punto 2, cuando el sujeto activo se vale de dispositivos o aparatos técnicos que colocan a la víctima en situación de particular indefensión.²⁷

Junto a este cuadro señala, en un plano secundario, los delitos tradicionales de violación de secretos de un particular, en cuanto mediante ellos también queda afectada ante terceros la intimidad de éste. Reconoce, además, que los casos señalados en el cuadro anterior no necesariamente tienen que ser contemplados todos y en esa forma en una legislación adecuada; que "la punición de los hechos antijurídicos depende de una política criminal, que corresponde formular al respectivo legislador de cada país",²⁸

En estos listados, por otra parte, deben comprenderse tanto los medios y formas tradicionales como los modernos. Así, mientras que, antes para poder violar la intimidad de otro, era necesario introducirse físicamente en el domicilio o recinto reservado ajeno, hoy día los nuevos adelantos técnicos permiten prolongar los sentidos del violador en forma que le es posible operar, con plena seguridad y tranquilidad, incluso desde larga distancia, sin que el afectado pueda percatarse de ello; a lo cual habrá que añadir, que la capacidad inventiva del hombre no se detiene, sino que cada día continúan apareciendo nuevas invenciones.

De las anteriores formas de agresión de la intimidad, pueden desprenderse aquellas que son propias de un profesional con relación a su cliente, sobre todo las que se refieren a la violación del secreto profesional.

Asimismo, siguiendo el pensamiento de Novoa y el de Schünemann,²⁹ de que la protección penal no puede ser omnicompreensiva de los diversos aspectos de este bien jurídico ni en contra de cualquier afectación, queda claro que sólo algunas de esas agresiones pueden ser materia de regulación penal, que sin duda serán las agresiones más intolerables frente a las cuales no resulten eficaces otros recursos jurídicos cuyas consecuencias sean menos drásticas. Ahora bien, algunas de ellas ya existen en la mayoría de los Códigos Penales, otras sólo en forma limi-

²⁷ NOVOA MONREAL, E., *La vida privada como bien jurídicamente protegido*, en NPP, año 3, 1974, Depalma, Buenos Aires, p. 179.

²⁸ NOVOA MONREAL, E., *op. cit.*, p. 180.

²⁹ SCHÜNEMANN, B., *op. cit.*, p. 31.

tada o, incluso, no existen, planteándose respecto de éstas la necesidad de su regulación penal.

E) *Delimitación del círculo de autores*

Siguiendo el criterio de *Schünemann*, de que los contornos para una protección penal "parcial" del secreto privado pueden establecerse de tres maneras: a) a través de una limitación del objeto de agresión; b) a través de una limitación de las formas de agresión, o c) de una limitación del círculo de autores,³⁰ procede sugerir también, que el ámbito de los sujetos activos con relación a las afectaciones de la intimidad se delimite claramente, sobre todo para los efectos de la intervención penal.

Por lo que hace a las tradicionales figuras delictivas que se refieren a diversos aspectos de la intimidad, como las relativas a la violación del domicilio, de la correspondencia y del secreto, no hay mayor discusión, ya que el autor lo puede ser cualquiera que se encuentre en la situación típica, sin exigencia de alguna "calidad" específica, señalándose en algunas legislaciones ciertas limitaciones para efectos de punición.³¹ La discusión se empieza a dar cuando se trata del "secreto profesional", cuya violación sólo puede darse por la conducta de la persona que tenga la calidad de "profesional"; lo propio sucede cuando se habla de la violación del secreto por "servidores públicos" o por "confesores". Pero la discusión también se da, o se dará, con relación a los sujetos que manejan o tienen acceso a los modernos medios informáticos o de comunicación, a través de los cuales se vulnera la vida privada o se han ampliado las posibilidades de conculcar el derecho a la intimidad, y han obligado a extender la tutela otorgada y superar los límites tradicionales establecidos por las normas existentes previas al desarrollo informático. En esa discusión de carácter político-criminal se harán propuestas de solución, que sin duda alguna serán siempre soluciones de compromiso, en las que se ponderarán y armonizarán la tutela de los derechos fundamentales del individuo con las exigencias de una sociedad industrial y tecnológica y de una economía informatizada y supranacional.³²

³⁰ SCHÜNEMANN, B., *loc. cit.*

³¹ Así, por ejemplo, para la violación de correspondencia si se trata de los padres respecto de la correspondencia de los hijos menores de edad (C.P. Mexicano, artículo 174).

³² Cfr. LOZANO, Mario G., *Un proyecto de ley sobre la protección de los datos per-*

En el punto siguiente de este trabajo limitamos considerablemente el tema, para referirlo exclusivamente al "profesional", cuya conducta vulnera la intimidad de su cliente. En ese punto, lo que importa atender es la violación del secreto que se perpetra por quien presta a otra persona servicios correspondientes a una profesión (reglamentada o no, dependiendo de la legislación de que se trate), de aquellas que suponen que frecuentemente es necesario para la debida atención del "cliente" el que éste confíe informaciones, datos, secretos o circunstancias personales a quien lo atiende y, por tanto, espera que éste no los divulgue, ya que de hacerlo le ocasionaría perjuicios.

3. EL DEBER DEL PROFESIONAL CON RELACIÓN A LA INTIMIDAD DE SU CLIENTE

A) Profesión y secreto profesional

El profesionista —señala Olga Islas—,³³ "a más de las reglas de ética profesional que le son dictadas por su conciencia y la naturaleza de la actividad que desarrolla, debe respetar y obedecer las normas por el Estado establecidas para la conservación del orden social. Consecuentemente, la obligación de no revelar los secretos, conocidos dentro del ejercicio profesional, no solamente tiene carácter moral, sino también deriva de un derecho correlativo que la ley protege". Naturalmente —dice más adelante—, "todas las profesiones necesitan estar revestidas de seriedad, discreción y honestidad, pero algunas de ellas, como la del médico y la del abogado, por estar más en contacto con el hombre y sus intimidades, requieren en forma determinante estas cualidades, pues, si la sociedad no tuviera absoluta certeza de que los secretos a ellos confiados van a ser mantenidos en la más absoluta intimidad, no recurrirían nunca a su asistencia".³⁴

En efecto, la profesión del *abogado*, como lo había dicho *Carnelutti*,³⁵ es "la más difícil y peligrosa de las profesiones liberales"; difícil por desenvolverse en el ámbito borroso de las leyes, en modificación permanente, en el de los intereses constantemente discutidos y en el

sonales en Italia, en "Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales", Cuadernos y Debates 21, Madrid, 1989, p. 66.

³³ ISLAS, Olga, *Delito de revelación de secretos*, México, D. F., 1962, p. 36.

³⁴ *Op. cit.*, p. 47.

³⁵ Citado por ISLAS, O., *op. cit.*, p. 47.

de las pasiones oscuras y llenas de incógnitas. En el ejercicio de su profesión, el abogado puede tomar diferentes rutas, cada una de ellas con sus respectivas características y exigencias; pero es en torno a la de "defensor" que la atención se centra para efectos del problema del secreto profesional. Con relación a esta profesión ya Carrara señalaba en su programa de Derecho criminal hace más de cien años, que uno de los deberes del abogado defensor frente a su cliente lo era la *fidelidad*, consistente en no traicionar los secretos. En el desempeño de esta función se genera, ciertamente, el deber sagrado para el abogado, de guardar y custodiar los secretos relacionados con la esfera íntima del cliente a él confiados en atención al cometido que irá a desempeñar.³⁶ Esta circunstancia representa el fundamento de su obligación de guardar celosamente los secretos en él depositados.

Esto último quiere decir que ninguna autoridad, salvo casos de interés preponderante, puede obligar al abogado a revelar lo conocido en ejercicio de su profesión.

Lo propio puede decirse con relación a la profesión del médico respecto del cual señala *De Toledo* que, "mucho más que el eclesiástico (y tanto o más que el abogado) necesita el profesional de la medicina una "confesión" completa de su cliente en torno al problema que se somete a su consideración, para poder estar en las condiciones más adecuadas de darle un tratamiento idóneo. Más todavía, determinados métodos, como el psicoanálisis, descansan justamente en la confesión, hasta los más recónditos detalles, que el paciente hace de su propia vida. Y aún debe añadirse que la profesión médica permite —incluso en ocasiones obliga— no ya sólo que el médico sea depositario de los secretos que el cliente le manifiesta, sino que descubra aspectos íntimos de éste que el propio paciente ignora. Perspectiva esta última que resulta determinante para la fijación del bien jurídico tutelado por las normas que hayan de incriminar la violación del secreto profesional".³⁷

³⁶ Cfr. ISLAS, O., *op. cit.*, p. 51. Sobre el particular, FERNÁNDEZ SERRANO señala que el abogado conoce "los errores —y a veces los horrores— de los hombres, las flaquezas del alma, los egoísmos, las concupiscencias, la codicia humana; y también, los callados sacrificios heroicos, los dolores que atenazan el alma, los aspectos sinceros, y, en fin, cuanto hay de abyecto y de sublime en el alma de sus confidentes". Por ello, "tradicionalmente, en todos los pueblos y en todas las épocas desde que fue reconocido el derecho de defensa, que arranca del derecho natural, el secreto profesional del abogado le fue impuesto, como uno de sus más sagrados deberes, y se respeta siempre en la ley, considerándolo como inviolable" (cfr. *El secreto profesional de los abogados*, Madrid, 1953, pp. 8 y ss.).

³⁷ DE OVIEDO, E. OCTAVIO, *Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional*, en "La Ley", 1, 1983, p. 1137. Véase sobre este tema, también a

Ahora bien, si el médico está compelido a mantener frente a todos la reserva en torno a lo que le comunica su paciente o averigua sobre él, con los límites impuestos por la concurrencia de intereses preponderantes (como la salud pública o la colaboración con la justicia), tiene además un deber fundamental de informar al paciente o, en su caso, a sus representantes, de lo averiguado a través de reconocimientos, exploraciones y análisis de las terapias aplicables.

También se discute en la doctrina si entre las profesiones obligadas al secreto, queda o no incluida la del periodista. En México, O. Islas opina que la actividad del periodista, no obstante su naturaleza, debe quedar incluida entre las obligaciones al secreto profesional, "ya que el dejarlo fuera lo dota de un arma poderosísima contra la cual no hay defensa alguna"; por lo que "el periodista en ningún momento debe salirse de su misión para satisfacer intereses personales ni para atacar bienes objetivamente valorables como son la moral, las buenas costumbres y el respeto a la vida privada".³⁸

B) *El secreto profesional en España y México*

Ba) En la historia de la regulación penal española se puede observar, del Código Penal de 1822 al vigente de 1944, una tendencia "a la discriminización" y "despenalización" con relación a la violación del secreto profesional. Esa tendencia puede observarse tanto por lo que hace a los *sujetos activos*, que en el de 1822 comprendía a los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas o cualesquiera otras, pasando por el de 1848, que lo reducía a quienes ejercieren "algunas de las profesiones que requieren título", hasta los Códigos Penales de 1870 con excepción del de 1928, y los de 1932 y 1944, que sólo mantienen el castigo de la revelación de secretos por funcionarios y por abogados y procuradores, pero *dejan impune la del secreto profesional*; lo que, según *Luzón Peña*, resulta incomprensible para la mayoría de la doctrina española;³⁹ que ello provoca una "laguna

ROMEO CASABONA, C., *La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*; del mismo *El médico y el Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 3 y ss., 34 y ss., 141 y ss.

³⁸ ISLAS, Olga, *op. cit.*, pp. 58 y 59. Véase también, de VEGA RUIZ, J. A. y ONETO, J., *El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios*, en "Libertad de Expresión y Derecho Penal", Madrid, 1985, pp. 19 y ss.

³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español*, en "Poder Judicial", núm. especial, XIII, 1990. Sobre este "vacío legal" véase, también, DE TOLEDO, E. Octavio, *Algunas reflexiones...*, p. 1139; entre otros. Pero,

inadmisible" o una "discriminación negativa e injustificada" de abogados y procuradores frente a otros profesionales.

En razón de lo anterior es que se han planteado regulaciones tanto *penales* como *extrapenales*; estas últimas, a su vez, comprenden a la responsabilidad disciplinaria y a la civil; tal es el caso, por ejemplo, de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, en cuyo artículo 7º, 4º, se refiere a la protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y considera intromisión ilegítima la "revelación de datos privados de una persona o familia conocidas a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela". Lo propio había hecho el proyecto de Código Penal Español en 1980, en el que —siguiendo una fórmula genérica— se sanciona con suspensión de profesión u oficio;⁴⁰ y de modo similar el Anteproyecto de Código Penal de 1983 (artículo 187, 3º), si bien habla de "secretos ajenos" y no de un "cliente".

Según el sector de la doctrina penal española, que habla del "vacío legal" y de la "discriminación" de trato de la actual regulación penal y procesal penal, el problema de la violación del secreto profesional no se soluciona por la vía de la "destipificación" de los supuestos que involucran a los abogados y procuradores, sino a través de la "creación de una norma general que amenace con pena la violación del secreto profesional", dada la importancia y trascendencia del bien jurídico *intimidad*;⁴¹ y que el Derecho penal no puede inhibirse de ofrecer su protección a tamaño interés vital, pese a su carácter subsidiario y fragmentario.

Opuestamente a este punto de vista, sin embargo, se sostiene la no criminalización de la violación del secreto profesional. Postura que establece, incluso, que si se requiere evitar la "discriminación" de que se habla, podría también descriminalizarse el actual delito de abogados y procuradores.⁴² En efecto, que sólo contra las afectaciones más graves, difíciles de afrontar con otro tipo de recurso jurídico, es que se justifica acudir al Derecho penal, según exigencias del principio de *última ratio* o de subsidiariedad del Derecho penal.

véase igualmente, BAJO FERNÁNDEZ, *Protección del derecho al honor y de la intimidad*, en "Comentarios a la Legislación Penal", dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo I, Madrid, 1982, p. 98.

⁴⁰ Cfr. artículo 196, 3º.

⁴¹ Cfr. DE TOLEDO, E. OCTAVIO, *op. cit.*, p. 1139.

⁴² Véase p. ej., MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, 1984, p. 111.

Bb) Por lo que hace a México, la historia legislativa penal postcolonial o postindependiente se inicia con el Código Penal de Veracruz de 1835, que ya contiene disposiciones que se refieren a la violación del secreto tanto de funcionarios públicos como de profesionistas (artículos 371 a 374), en sentido análogo al Código Penal Español de 1822.⁴³ El primer Código Penal Federal de 1871, también sanciona la violación del secreto profesional, con excepción del caso en que haya consentimiento libre y expreso de quien confió el secreto o de quien haya de resultar comprometido con la regulación, y se prohíbe expresamente a las autoridades a obligar a los confesores, médicos, cirujanos, abogados, etcétera, a que revelen los secretos que se les hayan confiado por razón de su estado o en el ejercicio de su profesión. El Código Penal de 1929 en cambio, se aparta del de 1871, por lo que hace a la revelación del secreto, aunque mantiene la prohibición a las autoridades para compeler a los profesionistas a revelar los secretos que se les hubiere confiado en el ejercicio de su profesión. El Código Penal de 1931, aún vigente, se refiere al secreto profesional en el artículo 211, que establece: “La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter individual”. La fórmula es general en cuanto al sujeto activo “profesional”, y se relaciona con el contenido del artículo 210 por cuanto hace a ciertos requisitos típicos, como el de que la revelación del secreto se haga “con perjuicio de alguien” y “sin consentimiento de quien pueda resultar perjudicado”, que en principio es el “cliente”. Ya no se prevé la prohibición a las autoridades a obligar a los profesionales a revelar los secretos que se les ha confiado.

C) *El bien jurídico en la revelación del secreto profesional*

Para determinar si entre “revelación de secreto” e “intimidad” existe una estrecha relación, conviene aunque sea en breves líneas plantear el problema del bien jurídico que se trata de proteger.

Caben para ello, las siguientes previas consideraciones: el “secreto”, puede relacionarse con algo material o con algo inmaterial; con obje-

⁴³ Como p. ej.: descubrir el abogado los secretos de su defendido a la parte contraria; o “revelar un secreto fuera de los casos en que la ley lo prescriba, los abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, o cualesquiera otros que, por razón de su estado o ministerio se le hubiere confiado”.

tos (ej. documentos), con personas o con ideas (ej. subversivas). Ese objeto del secreto, a su vez, puede relacionarse con la vida privada o pública de una persona, de una persona física o moral, o puede relacionarse con grupos sociales, instituciones, estados, etcétera. La revelación de un secreto, por tanto, puede referirse a alguno que tenga la calidad de "cliente", tratándose del secreto profesional; y, por otra parte, no siempre se ve involucrada la vida privada o íntima de la persona.

Las formas, medios y demás circunstancias en que puede ser revelado un secreto, pueden ser múltiples, así como diversos pueden ser sus efectos. Uno de ellos lo son los diversos medios, instrumentos y sistemas de comunicación; los que en nuestro tiempo son cada vez más variados y cada vez representan un mayor riesgo de interferencias en las relaciones interpersonales, algunas de las cuales serán debidas y otras indebidas, y respecto de estas últimas interferencias surge la necesidad de medidas para un mayor control de las mismas y garantizar un adecuado desarrollo de tales interrelaciones. Por otra parte, no toda revelación de un secreto, cualquiera que éste sea, es indebido; por tanto, no toda interferencia en la vida privada o íntima es un motivo de reacción, mucho menos de reacción social o estatal. Algunas de las afectaciones que produce, pueden atenderse, asimismo, por alguna área del Derecho, es decir, por algún tipo de normatividad jurídica, que no es la penal; otras, en cambio, requerirán de ésta. Por lo que la tarea es desentrañar esto, para ver en dónde y cuándo, y bajo qué presupuestos y requisitos, es justificable la intervención penal; o, como dice *García Ramírez*:⁴⁴ "es preciso ponderar los diversos niveles de licitud-ilicitud que aquí se plantean, a fin de precisar objetivamente, sin defecto ni exceso, las consecuencias jurídicas que a cada hipótesis correspondan".

Para un sector de la doctrina penal, el bien jurídico protegido en la revelación de secretos lo es la *fidelidad profesional* a su deber de secreto,⁴⁵ pero en este caso se considera, y con razón, que si se violan los secretos confiados, en perjuicio de quien los confió en la plena seguridad de que no serían conocidos por otros, "no se comete una intromisión en la vida privada ajena, lo que se viola es la confianza depositada en el autor por la víctima, y sólo en forma secundaria se ofende la vida privada". Distinto es el caso en que al profesional no se le confía el secreto por el cliente, sino que él, en el ejercicio de su profesión,

⁴⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Protección jurídico-penal de la comunicaciones personales...*, en "Criminalía", año LVIII, 1992, p. 76.

⁴⁵ Así, p. ej., NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 179.

llega al conocimiento de ciertos secretos, que incluso el propio cliente no tuvo intención de confiarlos. En el primer caso, es el profesional, a quien se le ha confiado el secreto, el que tiene el deber de garantizar ("calidad de garante") que el bien jurídico no sea afectado y, por tanto, el que viola o puede violar dicho "deber especial de fidelidad y discreción".

Para otros, en el caso de revelación del secreto profesional, el interés tutelado está representado por la libertad del individuo para poder recurrir al profesionalista sin que, por ello, se vea afectada su esfera privada. En este sentido *Crespi*⁴⁶ opina que "una esfera secreta del particular sólo puede ser reconocida cuando haya un interés razonable para impedir que otra persona introduzca su mirada en ella. En el ámbito de los particulares es factible el caso de que el objeto del secreto pueda no ser conocido por el sujeto al cual se refiere; en tales condiciones, no es posible que pueda haber voluntad de ocultación por parte de aquél que ni siquiera sospecha su existencia, tal acontece con el médico que debe guardar reserva de la enfermedad de su cliente, no obstante no estar enterado este último de que la padece". Por su parte O. Islas afirma que "en puridad de término, no puede considerarse como bien jurídicamente protegido, sino la libertad de cada individuo para mantener secreta aquella esfera íntima que, por necesidades de diversa índole, ha tenido que hacer del conocimiento de otra persona".⁴⁷

Lo cierto, en todo caso, es que, con relación al secreto profesional, no cualquiera tiene el deber de garantizar el bien jurídico, sino sólo quien posee la calidad de "profesional"; y es en torno a él que habrá que analizar la cuestión relativa a la fuente del deber de garantizar que los secretos del cliente no sean vulnerados,⁴⁸ así como los diversos com-

⁴⁶ *CRESPI, La tutela penal del secreto*, Ed. Palermo, 1952, p. 14; véase, también, ISLAS, O., *op. cit.*, p. 34.

⁴⁷ ISLAS, Olga, *op. cit.*, p. 40: "Es natural que el hombre en ciertos momentos precise ayuda de sus semejantes, tratando de encontrar solución a sus variados problemas; pero si no contare con la protección legal de poder recurrir a la asistencia profesional sin que nadie, si así conviene a sus intereses, se entere de las causas que lo llevaron a la solicitud de tal asistencia, de ninguna manera acudirá a ella."

⁴⁸ Al referirse a la *fente* de la obligación de guardar el secreto profesional. ISLAS, Olga señala que existen las siguientes opiniones: 1) Para algunos, que se trata de un contrato entre el profesional y el confidente, el cual, a su vez: a) Puede ser un contrato de *depósito*, para algunos, b) un contrato de *mandato*, para otros, c) un contrato de *arrendamiento de servicios*, o d) una relación contractual de carácter *inominado*, para otros. A cada una de esas opiniones se le encuentran críticas, por lo que se trata de un problema difícil; pero, como dice ISLAS, Olga, se puede aseverar que "entre secreto profesional y la teoría de los contratos no existe relación; pues

portamientos y formas de manifestación de éstos que puedan afectar al bien jurídico. Con relación a esto último se establece, tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*, que una lesión de los secretos en principio sólo es factible en dos formas: *a)* a través de la *adquisición de información* (es decir, a través de la penetración en el secreto), y *b)* a través de la *transmisión de la información* (esto es, de la delación del secreto). Ambas formas se encuentran reguladas en la mayoría de los Códigos Penales; fuera de ellas, el Derecho penal no tiene o no debe tener intervención.

No obstante la afirmación anterior, sigue planteándose la interrogante: ¿qué tipo de reacción social o estatal es la que debe adoptarse frente a las violaciones del secreto profesional?; ¿en qué casos sí y en qué casos no debe echarse mano del Derecho penal para la protección del secreto o, en general, del derecho a la vida privada o íntima? Es primordialmente una cuestión político-criminal, que deberá observarse primariamente a la hora de creación de los tipos penales o de su reforma. Sobre esta cuestión se abundará en el punto siguiente; pero antes, algo sobre los límites del secreto profesional.

D) *Límites del secreto profesional*

Sobre este problema no hay uniformidad de criterio, no en las legislaciones penales como tampoco en la doctrina. Puede afirmarse, sin embargo, que en la mayoría de las legislaciones, entre esos límites al deber de guardar el secreto, se encuentra principalmente el "deber de colaborar con la justicia". Pues, aun cuando no se establezca expresamente en todas ellas que el profesional debe revelar el secreto, del cual tiene el deber de guardar, cuando se trate de obligaciones procesales penales, el conflicto se plantea; y, como dice De Toledo, "de qué sirve —salvo las más de las veces para perjudicar al paciente— guardar celosamente el secreto médico", cuando de todas formas el Juez puede contar con una opinión médica, bien a través de los facultativos oficiales, bien a través de los peritos médicos propuestos por la parte contraria. ¿Puede, ante un deber de esos, el profesional (médico, psiquiatra, psicoanalista) negarse a colaborar, alegando su deber de secreto? Se

el profesional está obligado al secreto profesional, con independencia del contrato de prestación de servicios que, en su caso, pudiera celebrar con el cliente". Por lo que, siguiendo a VALLBONA, Rigo (*El secreto profesional como objeto de protección penal*, Barcelo, 1961), considera que "el fundamento de la obligación citada radica, más que en un *interés privado*, en un *interés de tipo social*, el cual se encuentra por encima de las conveniencias de los particulares" (*op. cit.*, p. 37).

plantea indudablemente un conflicto de deberes: ¿puede obligarse al profesional a revelar el secreto?; ¿y qué sucede si el profesional, con tal de salvaguardar el secreto, se conduce falsamente ante el Juez?

No hay uniformidad de criterios en torno a estas interrogantes.⁴⁹ Así, p. ej., Olga Islas señala que “el profesionista, a más de las reglas de ética profesional que le son dictadas por su conciencia y la naturaleza de la actividad que desarrolla, debe respetar y obedecer las normas por el Estado establecidas para la conservación del orden social. Consecuentemente, la obligación de no revelar los secretos, conocidos dentro del ejercicio profesional, no solamente tiene carácter moral, sino también deriva de un derecho correlativo que la ley protege”.⁵⁰

Es obvio que para los Códigos Penales que regulan el secreto profesional, la violación de éste da origen en la mayoría de los casos a un hecho punible.⁵¹ Pero, por otra, también dichos Códigos regulan otras conductas que se refieren a incumplimientos de ciertas obligaciones, como las procesales (p. ej. la de denunciar, comparecer ante los tribunales, declarar *verazmente como testigo o perito*), las que acarrearán (incluso) responsabilidad penal, según las figuras delictivas contenidas en los propios Códigos Penales, salvo que se reconozca eficacia justificante al secreto profesional. En efecto, varias de estas infracciones o delitos en materia de justicia, pueden estar justificadas por la observancia de supuestos de secreto profesional, que resultan incompatibles con la denuncia, declaración o testimonio, que son casos en lo que el respeto al secreto profesional resulta ser el interés preponderante o al menos equivalente.⁵²

Por lo que hace a la profesión del abogado y de los procuradores se hace valer, además del respeto al secreto profesional, también el correc-

⁴⁹ Así, por ejemplo, el Código de Deontología Médica (español) prevé en su artículo 4º que “no se incurrirá en violación cuando se revele (el secreto) por imperativo legal”; y agrega que “en este caso debe hacerse la declaración con las máximas reservas, limitaciones y cautelas”, y pero que “el médico deberá apreciar en conciencia sí, a pesar de todo, el secreto profesional le obliga a reservar ciertos datos”. Por su parte, los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial española (R.D. 1018/80, 19-V) contempla en su artículo 64 como *falta disciplinaria grave* la infracción grave del secreto profesional, por culpa o negligencia, con perjuicio para tercero, y como *falta muy grave*, la violación dolosa del secreto profesional. *Cfr.* sobre esto DE TOLEDO, E. Octavio, *op. cit.*, p. 1138.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 36.

⁵¹ Para la legislación penal española, ello se da sólo eventualmente, pues en la mayoría de los casos sólo se origina responsabilidad de otro tipo.

⁵² *Cfr.* sobre esto LUZÓN PEÑA, D. Manuel, *Tratamiento del secreto profesional...*, p. 464.

to ejercicio del derecho de defensa y, sobre todo, la no exigibilidad de la autoinculpación (del defendido o representado). De ahí que, como afirma O. Islas,⁵³ “si el abogado se viera compelido a descubrir los secretos a él confiados, no sólo se lesionarían los intereses privados del depositante, sino los de la sociedad entera, a más de atentar con ello contra el derecho de defensa, considerado por algunos autores como derecho natural y, por otros, como de orden público. Los jueces deben buscar y averiguar la verdad de los hechos o derechos controvertidos por cualquier medio legal que esté a su alcance, pero también deben respetar los deberes inherentes a la profesión del abogado”.

Pero, el área del secreto profesional del abogado no debe reducirse sólo a “lo que sirve a la defensa” —aunque sea ésta la más amplia y plena—, sino que también hay otras ocasiones en que el abogado es depositario de un complejo de cognoscencias que entrañan una obligación de no revelarlas. Sin embargo, también hay ocasiones en que, de acuerdo con la ley y la razón, la revelación del secreto no solamente no se castiga como delito, sino que el deber de hablar queda por encima del que obliga a callar, por virtud también del interés preponderante, tal es el caso, por ejemplo, que de no revelar el secreto profesional alguien puede perecer, o de si por mantener su inviolabilidad puede mancillarse el honor o correr peligro la patria, etcétera.⁵⁴

4. PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD

Una vez precisado que la intimidad o derecho a la intimidad constituye un bien jurídico estrechamente vinculado con la personalidad, o necesario para el adecuado desarrollo de la personalidad, y haber tratado algunos aspectos del secreto profesional, se plantea ahora la cuestión relativa a su protección jurídica y, con ella, la de si esa protección debe ser proporcionada por el Derecho penal, por alguna otra área del ordenamiento jurídico, o por ambas diferenciadamente.

A) *Criterios que deben regir la intervención del Derecho penal para la protección de cualquier bien jurídico*

Para determinar la intervención (o no) del Derecho penal, resulta necesario considerar diversos aspectos: en primer lugar, la *función* mis-

⁵³ *Op. cit.*, p. 53.

⁵⁴ Véase sobre esto, FERNÁNDEZ SERRANO, *op. cit.*, p. 14.

ma que le corresponde al Derecho penal, así como sus rasgos característicos dentro de un sistema penal de un Estado Democrático de Derecho. En segundo lugar, su *eficacia* en cuanto a esa función y, consecuentemente, la conveniencia de hacer uso de otras alternativas jurídicas.

Conforme a la opinión prevaleciente en la actual doctrina penal y político-criminal, en un sistema penal de un Estado Democrático de Derecho, el Derecho penal no constituye la "panacea" para todos los males, esto es, no es ni puede ser el remedio que el Estado utilice para la solución de todos los problemas que aquel tenga la función de atender. Por el contrario, al Derecho penal le compete una función "modesta", muy importante pero reducida en cantidad. A él le corresponde, según esta concepción, únicamente la "protección de bienes jurídicos"; pero, además, no de "cualesquiera" bienes jurídicos, sino solamente de aquellos que son considerados de "fundamental importancia", sean individuales o colectivos, "para la vida ordenada en comunidad".⁵⁵ De lo anterior se derivan ya algunos límites que deben regir al Derecho penal: los tipos penales y las punibilidades sólo se justifican, en la medida en que de por medio exista un bien jurídico que proteger.

El *bien jurídico* constituye la razón de ser, el *Leitmotiv* de los tipos penales y, a partir de ahí, del Derecho penal y del sistema penal, como conjunto de medidas político-criminales que el Estado adopta frente al delito. El delito, por su parte, político-criminal como dogmáticamente hablando, sólo existe, formal y materialmente, en la medida en que de por medio existe un bien jurídico que es lesionado o, al menos, puesto en peligro. La función político-criminal del principio del bien

⁵⁵ Cfr. sobre esto, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1986, pp. 27 y ss.; KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, en "Político Criminal y Reforma del Derecho Penal", Temis, Bogotá, 1982, pp. 118 y ss.; ROXIN, C., *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*, en "La Reforma del Derecho Penal", Ed. a cargo de Mir Puig, Bellaterra, 1980, pp. 83 y ss.; WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 1970, pp. 15 y ss.; ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1977, pp. 31 y ss.; BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 4 y s.; HORMAZÁBAL, H., *Política penal en el Estado democrático*, en "El Poder Penal del Estado", Homenaje a H. Haufmann, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 155 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ, M., *Orientaciones político-criminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal*, en "10º Aniversario" del INACIPE, II, México, 1986, pp. 631 y ss., 653; del mismo, *Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano*, en "Revista Mexicana de Justicia" 85, núm. 2, vol. III, México, 1985, pp. 111 y ss.; entre otros.

jurídico es indiscutible. Surge, además, el deber para el legislador, que es al que corresponde crear los tipos y fijar las punibilidades, de no hacer uso del Derecho penal para la protección de cualquier bien, sino sólo de aquellos cuya afectación dificulta la vida ordenada en comunidad. Una previa solución de los mismos es imperativo para el legislador. Si éste echa mano del Derecho penal para bienes de poca trascendencia, que pueden ser adecuadamente protegidos por alguna otra área del ordenamiento jurídico, entonces estará haciendo un uso excesivo de su *ius puniendi* y, con ese abuso, estará rebasando los límites propios de un sistema penal de un Estado democrático de derecho.

Por otra parte, y una vez identificado el objeto de protección, habrá que preguntarse: ¿frente a qué o contra qué se protege al bien jurídico?

Naturalmente que al bien jurídico se le protege contra las afectaciones de que puede ser objeto. Pero un bien jurídico puede ser afectado (lesionado o puesto en peligro) por un comportamiento humano, un ataque animal o fenómeno natural. Contra todo ello puede ser protegido; pero resultaría irracional pretender protegerlo penalmente de fenómenos de la naturaleza. Tampoco se antoja adecuado (o racional) en los tiempos actuales utilizar el Derecho penal para protegerlo de ataques animales. Sólo resulta racional protegerlo a través del Derecho penal de las afectaciones producidas por los comportamientos humanos y, dentro de éstos, los que resultan más intolerables, esto es, más lesivos. Mientras (que) otros recursos jurídicos, cuyas consecuencias sean menos drásticas que la penal, pueden ser suficientes para proteger el bien jurídico en contra de determinadas afectaciones (formas y medios), deben ser agotadas antes de acudir al Derecho penal.

Se deriva de lo dicho, por una parte, que el único "destinatario" de las normas penales lo es el hombre y que el objeto de regulación de las normas penales solamente lo constituyen las conductas humanas; sólo una acción o una omisión puede ser materia de la prohibición o del mandato; estableciéndose ello como uno de los principios fundamentales que orienta al Derecho penal, limita al *ius puniendi* y garantiza al individuo frente al Estado. Por otra, que el Derecho penal debe ser utilizado como recurso de *ultima ratio*; y de ahí que también sea característico del sistema penal de un Estado democrático de derecho el principio de *intervención mínima* (o de *fragmentariedad*) del Derecho penal.⁵⁶

⁵⁶ Sostienen este punto de vista, entre otros: ROXIN, C., *op. cit.*, pp. 84 y 87 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *op. cit.*, p. 128; BARATTA, A., *Principios del Derecho penal mínimo*,

Por tanto, en atención a criterios de *necesidad* y *racionalidad* y a los principios de *ultima ratio* y de *fragmentariedad*, que deben regir el *ius puniendi*, el "bien jurídico" desempeña un importante papel de límite del *ius puniendi*.⁵⁷ Por ello, el "principio del bien jurídico" es un principio propio del sistema penal de un Estado democrático de derecho, en el que debe asentarse la elaboración jurídico penal; por lo que ésta debe orientarse a la garantización de la protección efectiva de los miembros de la sociedad, a través de la protección de sus intereses o bienes jurídicos.

Aparte de su función político-criminal, el bien jurídico tiene también una importante función *dogmática*. En efecto, en el ámbito de la teoría del delito —como más adelante veremos—, el bien jurídico (—a veces a partir de su entronque con la normativa constitucional—) se ha erigido en la piedra de los elementos que sistemáticamente conforman la misma.⁵⁸

en "Criminología Crítica", Querétaro, México, 1990, pp. 31 y ss.; HASSEMER, W., *Einführung in die Grundrängen des Strafrecht*, Beck, München, 1981; BUSTOS RAMÍREZ, J., *op. cit.*, p. 26; BERNAT DE CELIS, J., *La descriminalización* en "10º Aniversario" del INACIPE, I, México, 1986, pp. 55 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Protección penal de la intimidad y derecho a la información*, en "Estudios Penales", Barcelona, 1991, p. 428; MUÑOZ OONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, 1975, pp. 59 y ss., 71 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, 1976, pp. 126 y ss.; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, Tecnos, 1976, pp. 17 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, 1977, p. 20; QUINTERO OLIVARES, G., *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1981, pp. 48 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal*, Bosch, 1979, pp. 36 y ss.; GARCÍA PABLOS, A., *La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión* en "Libertad de Expresión y Derecho Penal", Ederesa, Madrid, 1985, pp. 203 y ss. 209 y 221; MORENO HERNÁNDEZ, M., *Algunas bases para la política criminal...*, *loc. cit.*; PORTE PETIT, C., *Ausencia de conducta y legítima defensa*, en "10º Aniversario" del INACIPE, II, México, 1986, p. 741; del mismo, *Reformas penales de 1984 (parte especial)*, en "La Reforma Jurídica de 1983 en la Administración de Justicia", P.G.R., México, 1984, pp. 243 y ss.; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Justicia y Reformas Legales*, Cuadernos del INACIPE, 14, México, 1985, pp. 147 y ss., 249 y ss.

⁵⁷ Este principio limitador o de exclusiva protección de bienes jurídicos ha sido destacado, entre otros, por RUDOLPHI, cuando establece: 'El concepto de bien jurídico aparece como concepto material y por lo tanto con contenido, cuando se exige al legislador, como condición de la legitimidad de su tarea en relación al derecho penal, que sólo se protejan bienes jurídicos' (*cf.* RUDOLPHI, H. J., *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en N.P.P., año 4, Nr. 7, 1975, p. 333). Véase, también, BUSTOS, R. J., *Política criminal e injusto*, en "Revue International de Droit Penal", Nr. 1, 1978, pp. 127 y ss.; MIR PUIG S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1982 (2ª ed.); entre otros, así como los señalados en la nota 55.

⁵⁸ Véase, así, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Consideraciones en torno al injusto*, en NPP, 1974, pp. 33 y ss.

2. El que ciertos bienes jurídicos sean plenamente protegidos, se deriva con frecuencia de su entronque con la normativa constitucional, lo que plantea la relación que hay o debe haber entre Constitución y Derecho penal.⁵⁹ Ciertamente, debe buscarse que haya concordancia o sincronía entre Derecho penal y Constitución. Para que los valores consagrados en ésta encuentren cabida en la regulación penal. Pero, si bien en la Constitución se consagran como valores fundamentales, no se debe desprender por ello que ineludiblemente tengan que ser igualmente protegidos penalmente, ya que —como se ha dicho— para el uso del Derecho penal es necesaria la consideración de diversos límites o de criterios que lo delimitan.⁶⁰ En principio, hay que partir de la idea de que por el hecho de que se encuentren expresa o tácitamente consagradas en la Constitución, son bienes o intereses que revisten importancia fundamental, necesarios para la vida en comunidad, por lo que debe garantizarse su protección para el normal y adecuado disfrute de los mismos y la libre autorrealización del hombre. Ante la posibilidad de su afectación, surge la necesidad de garantizar su protección jurídi-

⁵⁹ Sobre el particular, MORALES PRATS dice: "La Ley constitucional contiene siempre el *desideratum* jurídico-político definidor de un determinado tipo de Estado, de su formulación ideológica, explicitada a través de la promoción y la protección de un orden de valores y principios fundamentales." "Por su parte el Derecho penal encuentra su *ratio essendi* en la potestad punitiva estatal (*ius puniendi*), en el poder de conminar e imponer efectivamente el castigo (pena) que se anuda a la realización de las previstas contenidas en sus normas" (*La tutela penal de la intimidad, privacy e informática*), Ed. Destino, Barcelona, 1984, p. 110.

⁶⁰ RUDOLPHI plantea la necesidad de establecer en la Constitución la instancia de decisión valorativa para definir qué funciones sociales y qué mecanismos deben ser tutelados por el Derecho penal, en cuanto que sean imprescindibles para la sociedad (*op. cit.*, p. 245). Sobre este particular véase también, ESCRIVÁ GREGORI, José M^a, *Algunas consideraciones sobre el Derecho penal y Constitución*, en "Papers" núm. "Sociedad y Delito", 1980, pp. 141 y ss., cuyas consideraciones sobre la conexión de la función protectora de bienes jurídicos de Derecho penal y las valoraciones del legislador constitucional cobran especial significado a propósito del derecho a la intimidad, al afirmar: "Un nuevo contexto jurídico-político expresado en una constitución democrática ha de suponer una nueva política penal respecto a la valoración de los bienes jurídicos, gradación entre los mismos, determinación de cuáles no exigen o no merecen protección penal, de cuáles otros sí la requieren, etcétera. Unos criterios a tener en cuenta pueden derivarse de la enumeración de bienes que se hace a partir del artículo 15 de la Constitución: vida e integridad física y moral, libertad ideológica y religiosa, libertad y seguridad personales; honor, etcétera. Aunque no se explicita la protección penal de los mismos ni se indique otro nivel de protección en el ordenamiento jurídico, del rango que se otorgue a los mismos podría deducirse un interés primordial en la protección de tales bienes" (p. 157); véase, también, CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines en la Constitución*, en "La Reforma del Derecho Penal", Bellaterra, 1980, pp. 151 y ss.

ca, la que dependerá de la forma (gravedad) de dicha afectación. Sólo contra las afectaciones más graves provenientes de los comportamientos humanos, difíciles de afrontar con otro tipo de recurso jurídico, es que se justifica acudir al Derecho penal, según exigencias de los principios anteriormente mencionados.

B) *Criterios con relación al Derecho penal y la intimidad*

Estos criterios son los que deben regir para el caso del *derecho a la intimidad*, para determinar el tipo de protección jurídica que requiere y, por tanto, las directrices de la política legislativa.

Desde la perspectiva político criminal debe quedar claro que de ninguna manera es aceptable una protección penal omnicompreensiva de todos los aspectos del bien jurídico "intimidad", ya sea que se reconozcan las diversas esferas de ella o se parta de una concepción unitaria de la misma. No es admisible, por ello, la idea de ampliar el tipo penal a todo dato relativo a la persona para lograr la protección de la vida privada. Debe admitirse, en cambio, que las normas jurídico-penales, sólo proporcionan o deben proporcionar una protección "sectorial" de la vida privada. Lo anterior, tanto en atención a la complejidad del mencionado bien jurídico, a su plurifacética manifestación para el desarrollo de la personalidad, a las diversas formas e intensidades de su afectación y a la dificultad de delimitar claramente entre las intromisiones ilícitas y las que se realizan conforme a derecho, como en consideración al principio de intervención mínima del Derecho penal, conforme al cual éste es sólo recurso del *última ratio* y subsidiario frente a todas las otras formas jurídicas de protección del bien jurídico, las que deben ser preferentemente utilizadas.

En esa intervención sectorial, por otra parte, la protección penal de la intimidad, y particularmente del secreto privado, sólo es aceptable frente a intromisiones o indiscreciones ilícitas graves, gravedad que debe determinarse a partir de la consideración de la *víctima*, esto es, del portador o titular del secreto, que es al que habrá de proteger su esfera íntima frente a dichas intromisiones o indiscreciones, precisamente a partir del principio de "ponderación de intereses". Conforme a este criterio funcional, se establece, por ejemplo, que una comunicación indiscreta "falsa" encarna una mayor desvaloración que una indiscreción "verdadera", o que, si la "simple" toma de conocimiento como tal de un secreto es impune, no puede valer otra cosa por la "simple" difusión del secreto. Y, en vista de la imposibilidad de una fija-

ción en cuanto al contenido de la esfera privada del secreto, la punición de indiscreciones privadas representaría de antemano una tentativa condenada al fracaso, al sujetar a controles sociales de carácter penal meras vulgaridades o infamias que se dan en las interrelaciones humanas.⁶¹ De ahí que se haya considerado desde hace algún tiempo, que la idea más defendible es la de penalizar sólo las *indiscreciones públicas*.

Siguiendo, pues, el principio de que al Derecho penal sólo le compete proteger los bienes jurídicos de mayor importancia para la vida ordenada en comunidad, y únicamente frente a las agresiones más graves provenientes de los comportamientos humanos, que no puedan ser evitados por otras áreas del ordenamiento jurídico, con relación a la intimidad y al secreto profesional habrá que diferenciar los aspectos cuya afectación grave dificulte esa vida ordenada en comunidad y, así, determinar la necesidad o no de la intervención penal. En otros términos, siguiendo a *Schünemann*,⁶² debe, en primer lugar, determinarse la existencia de un *bien jurídico* que sea "digno de protección penal"; lo que puede establecerse partiendo, por una parte, de lo que prevé la Constitución con relación a los valores que deban ser jurídicamente protegidos y, por otra, de lo que determine la vivencia colectiva respecto de la amenaza o riesgo que en la sociedad corre el bien jurídico. Al aplicar este criterio al problema de la vida íntima y del secreto profesional, debe tenerse presente que, a diferencia de las sociedades anteriores, la sociedad actual es mucho más tolerante, por lo que los efectos de ciertas conductas con relación a la intimidad han disminuido; lo que de alguna manera implica que el correspondiente bien no reviste la misma trascendencia que en otros tiempos, situación axiológica que, a su vez, sigue variando de lugar en lugar, de cultura en cultura y de persona en persona.

Pero, además de lo anterior, el Derecho penal debe ser el recurso "idóneo" para la protección del bien jurídico; lo que se sustenta en dos columnas: 1) sobre el *efecto preventivo general* de las normas penales, 2) sobre la institución del *proceso penal*, incluyendo la ejecución penal, que produce o puede producir tanto efectos preventivos generales como preventivo-especiales; pero, habrá que tomar en cuenta que el efecto preventivo general de las normas depende del grado de su "certeza", ya que normas inciertas no pueden motivar a nadie. En virtud de ello,

⁶¹ SCHÜNEMANN, B., *Der strafrechtliche Schutz...*, p. 36.

⁶² *Op. cit.*, p. 40 y ss.

para los casos en que es procedente la protección penal, el tipo penal debe estar de tal manera diseñado, que no permita la arbitrariedad del poder penal de quienes tienen la función de (interpretar y) aplicar la ley a los casos concretos. Deben evitarse, pues, los tipos indeterminados o los tipos abiertos. Aparte de precisar la materia de regulación de la norma penal, deben también precisar los sujetos activos, sobre todo en el caso del secreto profesional, las conductas que deban ser reguladas penalmente tendrán que ser de aquellas que imparten una "grave" intromisión en el ámbito de la esfera íntima o del secreto profesional, que dificulten el adecuado desarrollo de la personalidad del titular del derecho a la vida privada o del secreto, en un espacio en que pueda desenvolverse en la confianza de no ser molestado. Lo propio debe decirse del proceso penal; pues un medio que es más dañino que útil, no puede ser considerado "idóneo". Además, en este aspecto, debe tomarse en cuenta que los costos de un proceso penal resulta sumamente elevado para la protección de este concreto bien jurídico, por lo que dicha protección resulta *disfuncional*, planteándose por ello, como más ventajoso, tanto para la víctima como para el Estado, el uso de un proceso civil o uno de carácter administrativo; con más razón cuando se trata de casos en que las afectaciones son poco relevantes o de poca intensidad.⁶³

⁶³ A favor de un proceso civil se pronuncia SCHÜNEMANN en Alemania (*op. cit.*, p. 45 y ss.). De esta misma opinión son en España, BAJO FERNÁNDEZ, M. (*Protección del honor y de la intimidad*, en "Comentarios a la Legislación Penal", Edersa, 1982). Y GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. (*La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1985, pp. 203 y ss.), quienes entienden que al existir ya una importante protección civil específica del Derecho a la propia imagen y a la intimidad visual en la L.O. 1/1982, en virtud del principio de subsidiariedad no es necesaria la intervención del Derecho penal. Por la regulación penal, en cambio, la opinión dominante en España, entre quienes destacan OCTAVIO DE TOLEDO y LUZÓN PEÑA. Este último señala que "la producción penal debe extenderse también a este ámbito: por la importancia que hoy cabe atribuir a ese bien jurídico para el libre y pacífico desenvolvimiento de la personalidad, por la creciente indefensión de tal bien jurídico frente a los medios técnicos de intromisión en el mismo, y por la necesidad que por ello hay de recurrir al valor simbólico de esa importancia que supone la sanción penal". LUZÓN PEÑA apoya su argumento en el hecho de que también otros bienes jurídicos importantes (como la salud, integridad personal, etcétera), son objeto de protección civil y que ello no excluye la necesidad de una adecuada protección penal de los mismos (*cfr.* "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", en "Estudios Penales", PPU, Barcelona, 1991, pp. 445 y ss.). También por la regulación penal para la protección de la intimidad se pronuncian en Alemania, entre otros, G. ARZT (*Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, 1970) y HIRSCH.

Finalmente, se requiere que el Derecho penal sea "necesario", a falta de disponibilidad de medidas más eficaces y más suaves, para la protección del bien jurídico; es decir, siempre que esa protección no pueda ser atendida eficazmente por otro medio jurídico cuyas consecuencias sean menos drásticas que las de carácter penal. Incluso, en la medida en que la autoprotección de la víctima potencial sea suficiente para asegurar que el bien jurídico no resulte afectado, no habrá necesidad siquiera de acudir a los medios de control que pueden proporcionar otros ámbitos del derecho distintos al penal; mucho menos habrá necesidad, en esos casos, de acudir al Derecho penal.

Pero aquí habrá que tomar en consideración que, como se ha resalado con anterioridad, con los avances tecnológicos y científicos, en los tiempos actuales se facilita grandemente el acceso a la vida privada ajena sin que el afectado se dé cuenta; por lo que éste no tiene posibilidad de proteger contra dichas intromisiones. En estos casos por lo tanto, la autoprotección resulta difícil. De ahí que, en esos casos, se establece la necesidad de que las medidas de protección también se refieran a los propios medios o espacios de comunicación, a través de los cuales se puede llegar al conocimiento de ciertos secretos, datos o circunstancias de la persona y, consecuentemente, ser vulnerados. De esta manera se prevendrán las afectaciones a la intimidad y, además, se evitará también acudir al Derecho penal.

C) *Consideraciones finales*

Lo anteriormente dicho de ninguna manera es suficiente para al menos haber planteado como hubiéramos querido, algunos problemas relativos a la intimidad y al deber del profesional frente a la intimidad de su cliente en los casos en que se da esa relación profesional-cliente; mucho menos lo es para haber ofrecido soluciones a tales problemas. La producción teórica en esta materia, tanto en España como en Alemania es realmente abundante que poco deja a la imaginación. Sin embargo, considero que a partir de lo hasta aquí planteado, podemos derivar algunos elementos que puedan servir para las decisiones político-criminales del legislador, ya sea para la creación de las normas penales o para su reforma en esta materia de protección del derecho a la intimidad.

En efecto, a partir de ello puede emprenderse una revisión de los tipos penales existentes, así como de las regulaciones contenidas en otras áreas del ordenamiento jurídico, relativos a la intimidad, para

determinar si ellos son suficientes o no para garantizar la protección del bien jurídico en cuestión, considerando las nuevas formas de su afectación que se derivan del desarrollo de la ciencia y de la tecnología. De esta consideración pueden desprenderse diversas actitudes legislativas a seguir; por ejemplo: que se determine que hay la necesidad de nuevas regulaciones para lograr una adecuada protección del bien jurídico y, por ello, se proponga la creación de nuevos tipos penales o que se amplíen los existentes, ya sea ampliando las formas de agresión o aumentando el círculo de los autores o bien que se proponga únicamente el aumento de pena porque se piense que con ello se prevendrán más eficazmente las conductas ya reguladas en la ley; con lo que el proceso legislativo sería de "criminalización" o de "penalización", el que sin duda se estaría rigiendo por la idea de que el Derecho penal es la vía idónea para la adecuada protección de la intimidad.

Por el contrario, siguiendo un punto de vista distinto, apegado a la idea de que el Derecho penal sólo debe ser utilizado como "último recurso" y que el Estado debe antes agotar otras medidas cuyas consecuencias sean menos drásticas, e incluso más eficaces que las penales, se podría determinar del análisis de regulaciones existentes que: no es necesaria la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de los existentes; que son suficientes las previsiones contenidas en otras áreas del ordenamiento jurídico, como la civil o la administrativa, para la adecuada protección de la intimidad ante las agresiones de que es objeto, e incluso que es recomendable seguir un proceso de "descriminalización" o de "despenalización". Este punto de vista, que va con la idea de un sistema penal reducido a sus mayores límites, como lo exige todo un sistema de un Estado democrático y de derecho, y es el que hemos venido sosteniendo en términos generales para todos esos casos en que se plantea la intervención penal, y es el que ahora hacemos valer para este caso particular: reducir en lo posible la intervención del Derecho penal frente al problema de la intimidad, ya que en este caso sus consecuencias son, con frecuencia, más dañinas que útiles.