



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)
Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid
Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra
M.C. Mirow, Florida International University
José Miguel Piquer, University of Valencia
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusiada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gután, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustín Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Nuria Domingo Roig, “Contribución jurisprudencial del Tribunal Supremo en la configuración jurídica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870-1978)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 296-311 (available at <http://www.glossae.eu>)

Contribución jurisprudencial del Tribunal Supremo en la configuración jurídica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870-1978)

Jurisprudential contribution of the Supreme Court in the legal configuration of the crime of violation of secrets in public officials (1870-1978)

Nuria Domingo Roig*
Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID: 0009-0006-1121-6001

Recibido: 15.03.2024

Aceptado: 26.05.2024

Resumen

Se analiza la contribución jurisprudencial del Tribunal Supremo en la configuración jurídica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos en España entre el período de 1870 a 1978. Se examina la evolución normativa del delito de violación de secretos en cuatro Códigos penales (1870, 1928, 1932, 1944) y se realiza un análisis jurisprudencial (1870-1978) para concluir si ha contribuido la jurisprudencia del TS.

Palabras clave

Violación de secretos, revelación de secretos, funcionarios públicos, carácter secreto, contribución jurisprudencial

Abstract

The jurisprudential contribution of the Supreme Court is analyzed in the legal configuration of the crime of violation of secrets in public officials in Spain between the period from 1870 to 1978. The normative evolution of the crime of violation of secrets in four Penal Codes is examined (1870, 1928, 1932, 1944) and a jurisprudential analysis is carried out (1870-1978) to conclude if the jurisprudence of the TS has contributed.

Keywords

Violation of secrets, revelation of secrets, public office, secret character, jurisprudencial contribution

Sumario. Introducción. 1. Evolución normativa del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870-1978). 1.1. Figuras afines al delito de violación de secretos. 2. Evolución jurisprudencial del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870-1978). 2.1 Violación de secretos y correspondencia privada. 2.2 Distinción entre violación de secretos, descubrimiento y revelación. 2.3 Grado de tentativa y desistimiento. 2.4 Carácter secreto. 2.5 Sujeto activo del delito. 2.6 Dolo. 2.7 Bien jurídico protegido y elementos esenciales del delito. 3. Conclusiones.

* Docente e investigadora predoctoral en la Universidad Rey Juan Carlos. Doctoranda en el Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos. Graduada en Derecho por la Universidad de Valencia, Graduada en el Máster Universitario de garantías penales y delitos socioeconómicos por la Universidad de Valencia y Graduada en el Máster Universitario en Abogacía habilitante por la Universidad Europea de Valencia. Contacto: nuria.droig@urjc.com / nudoroig@gmail.com

Introducción

Se presenta la evolución normativa del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos entre 1870 y 1978, examinando la regulación del tipo básico/agravado y las similitudes y diferencias entre los cuatro textos legales que aparecen durante ese periodo, con las revisiones parciales de 1963 y 1973 que mantienen el CP de 1944. A continuación, se formula un análisis jurisprudencial con la relación de todas las sentencias en casación encontradas entre 1870 y 1978 con el objetivo de valorar si la doctrina del TS ha contribuido en la evolución jurídica del delito de violación de secretos.

1. Evolución normativa del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870-1978)

El delito de violación de secretos en los funcionarios públicos es una de las conductas presentes en la historia de la legislación penal¹. Las Partidas ya castigaban los secretos que revelaban los escribanos y equiparaban la violación de secretos con la traición². La Novísima Recopilación trató el deber y la obligación de guardar secretos por razón del oficio en los empleados de la Administración de Justicia, castigando así la violación de secretos de dichos funcionarios públicos³.

En anteriores Códigos penales a los propuestos en este estudio ya encontramos el delito de violación de secretos, apareciendo por primera vez en el art. 421 CP de 1822, así como en el art. 282 del CP de 1848.

La definición del tipo básico del delito es la misma en todos los Códigos y se dirige únicamente a los funcionarios públicos que revelaren o violaren los secretos de que tengan conocimiento por razón de su cargo u oficio y que no deban ser descubiertos. Otras modalidades que se mantienen en los textos legales y guardan relación son la infidelidad en la custodia de documentos y la apertura de correspondencia privada.

Asimismo, existe un tipo muy similar que comparte muchas características pero la distinción recae en el sujeto activo, al estar dirigido a los particulares, tratándose del delito de descubrimiento y revelación de secretos.

En el **CP de 1870** se reguló el delito de violación de secretos en el art. 378 CP, dirigiéndose al funcionario público que revelare secretos que conociera por su cargo o entregare indebidamente papeles en su custodia que no debieran ser publicados. Se establecieron penas de suspensión y multa llegando incluso a las penas de inhabilitación especial perpetua y prisión correccional si causaba grave daño a la causa pública. El siguiente art. 379 CP de 1870 también concretó el delito cuando se descubrían los secretos de un particular.

¹ Iñesta-Pastor, E., “Influencias extranjeras en los delitos de los funcionarios públicos en la Codificación penal española de mediados del siglo XIX”, A. Masferrer (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española*. Parte especial., Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 581-677, en concreto p. 638.

² Partidas, Ley VIII, Tít. IX, P.II; Ley XVI, Tít. XIX, P.III, Ley I, Tít. XII, P.VII.

³ Novísima Recopilación, Ley XII, Tít. II, Lib. IV.

“El funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio ó entregare indebidamente papeles ó copia de papeles que tenga á su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión en su grado mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si de la revelación ó de la entrega de papeles resultare grave daño para la causa pública, las penas serán de inhabilitación especial temporal en su grado máximo á inhabilitación especial perpétua y prisión correccional en sus grados medio y máximo” (Art. 378 CP de 1870).

Estos preceptos engloban los delitos de los empleados públicos “en el ejercicio de sus cargos”. Sin embargo, en un capítulo aparte del mismo CP de 1870 se incluyen los delitos cometidos por los funcionarios públicos bajo una rúbrica distinta, referidos a los delitos “contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución”. En este último capítulo se sancionaba la apertura y sustracción de correspondencia privada como atentado a la individualidad personal, mientras que en el otro se castigaba el ataque del funcionario por razón del cargo, pudiendo afectar a un particular o a la colectividad.

En el **CP de 1928** la conducta del tipo básico del delito de violación de secretos se mantiene idéntica a la del CP de 1870, con la única diferencia de un aumento penológico en el nuevo Código. Además, se agrupan bajo la misma rúbrica los delitos cometidos por el funcionario público en el ejercicio de su cargo y los delitos cometidos por el mismo atentando contra derechos individuales.

Otra novedad es que el CP de 1928 amplía el catálogo de conductas delictivas recogidas entre sus arts. 437 y 442 CP, incluyendo más preceptos dirigidos a los abogados o al personal de correos, entre otros, para determinar con precisión el sujeto activo del delito.

En el **CP de 1932** se volvió a mantener la conducta básica del delito de violación de secretos, pero se rebajó la pena a imponer tanto para el tipo básico como para el tipo agravado por daño a la causa pública. Se eliminaron los preceptos dedicados a cada uno de los sujetos activos del delito que ofrecía el CP de 1928.

En el **CP de 1944** se mantiene nuevamente el tipo básico y únicamente se rebaja aún más la pena de multa, con las revisiones parciales de los Códigos penales de 1963 y 1973 que continúan con la regulación del CP de 1944.

1.1. Figuras afines al delito de violación de secretos

En el CP de 1870 y en los siguientes Códigos se conserva un deslinde entre el delito de violación de secretos cometido por funcionarios públicos y el delito de descubrimiento y revelación de secretos cometido por particulares (art. 512 CP de 1870; art. 683 CP de 1928; art. 490 CP de 1932 y art. 497 CP de 1944). Así lo indicó Cuello Calón, en su obra sobre el CP de 1928 expone el delito de violación de secretos e indica

que se vean también los otros delitos relativos al descubrimiento y revelación por particulares⁴.

Se trataba de figuras afines que compartían características similares como la conducta típica, el bien jurídico protegido, la apreciación de dolo como elemento subjetivo o las notas del carácter secreto. Se diferenciaban fundamentalmente en el sujeto activo, cuando el delito es cometido por funcionario público y cuando lo comete un particular o un funcionario público fuera del ejercicio de su cargo en perjuicio de otro particular.

En el CP de 1870 se regulaban también los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución, incluyendo la sanción en el art. 219 CP al funcionario público que sin ser autoridad judicial procede a la apertura de correspondencia privada.

Otro aspecto a destacar es que en el tipo previsto para los funcionarios públicos del CP de 1870 se agrava la pena cuando además de violar el secreto existe daño a la causa pública, mientras que en el tipo delictivo para los particulares aumenta la sanción, pero no por el daño público, sino por la divulgación del secreto del particular que queda al descubierto.

Como indica Groizard y Gómez de la Serna, sobre la revelación del secreto, se siga de ella o no se siga daño a la causa pública, aparece siempre castigada, consecuencia de una poco meditada redacción en los Códigos penales, en opinión del autor. Para Groizard, una revelación de secretos oficiales o por razón del oficio cuando no causa daño a la causa pública o a los intereses generales, no constituye un peligro social y por tanto no debería castigarse⁵.

2. Evolución jurisprudencial del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos (1870-1978)

Presentados los textos normativos, a continuación, exponemos la evolución jurisprudencial del delito. Se extraen las principales novedades del Tribunal Supremo recogidas a lo largo de este periodo (1870-1978) analizado en su conjunto, y se seleccionan las resoluciones más relevantes para la configuración y evolución jurídica del delito de violación de secretos. No se pretende una valoración cronológica de sentencias sino la síntesis de aspectos esenciales contenidos en las mismas. Serán objeto de análisis: el deslinde del tipo de violación de secretos y el de correspondencia privada; la separación entre el delito cometido por funcionarios públicos y por particulares, también distintivo por las notas de violación, descubrimiento y revelación; el delito en grado de tentativa y desistimiento; el sujeto activo del delito; la existencia de dolo; el bien jurídico protegido y los elementos esenciales.

⁴ Cuello Calón, E., *Código Penal de 8 de Septiembre de 1928 con las rectificaciones acordadas por R.O. de 30 de Octubre de 1928 y las aclaraciones dispuestas por R.D.-Ley de 10 de Diciembre del mismo año*, Barcelona, Librería Bosch, 1929, p. 185.

⁵ Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. IV, 2ª ed., Madrid, 1912, p. 193.

2.1. Violación de secretos y correspondencia privada

Primeramente, se observa el deslinde del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos de otras figuras delictivas que guardan afinidad o relación, como la violación de correspondencia cometida por funcionario sin ser autoridad judicial.

Esta cuestión se refleja en la STS 426/1876, 29/03/1876 (Ponente: Manuel María de Basualdo), que condenó a un alcalde por abrir correspondencia privada, en virtud del art. 219 CP de 1870. En la misma, el sujeto activo alegó haber abierto la misma por asegurarse sobre el contenido creyendo que podía ser “sospechosa”, pero al conocer de su asunto la remitió a quien estaba dirigida. La Sala consideró que no estaba excusado este comportamiento y el hecho de creer que podía ser sospechosa no le otorgaba el requisito que se presta para violar el secreto que contenía la misma⁶.

En este supuesto se castiga por violar la correspondencia privada del art. 219 CP de 1870 y no por violar el secreto del art. 378 CP de 1870, precisamente porque el sujeto activo no tenía la carta en su custodia por razón de su cargo ni tampoco se trataba de autoridad judicial. Además, el TS añade que el hecho de considerar “sospechoso” un contenido no exime de la responsabilidad penal de violar su carácter secreto. En la misma línea, la STS 890/1888, 21/12/1888 (Ponente: José de Aldecoa), casó y anuló la sentencia de condena anterior por violación de correspondencia en virtud de los arts. 375 y 219 CP de 1870.

En esta última resolución es importante la aclaración que realiza la Sala en el Considerando primero: “para comprender los distintos conceptos del art. 219 del Código penal de una parte, y de los arts. 375, 376 y 377 CP de otra, es preciso tener en cuenta la índole de los delitos que se definen y penan en el respectivo título o sección donde se encuentran incluidos, pues la sección comprensiva del primero se refiere a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales, y el título 7.º, que trata de los segundos, es relativo a los que cometen los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones”⁷.

Es decir, para sancionar por el art. 219 CP de 1870 es necesario que se atente contra un derecho individual y no contra la colectividad. No estamos ante una violación de documentos en poder del funcionario por razón de su oficio, estamos ante una intromisión del mismo en correspondencia privada.

Con esta puntualización, el Alto Tribunal resuelve la controversia sobre cuándo se debe aplicar el art. 375, 376 y 377 CP o el art. 219 CP de 1870 y en este caso, se aplicó indebidamente el art. 375 CP de 1870 por “no constar en la sentencia que llegara a realizar la sustracción de las cartas abiertas por el mismo”, siendo responsable del delito que define y pena el art. 377 CP, puesto que las abrió sin autorización estando confiadas a su custodia, habiéndose calificado incorrectamente como delito del art. 219 CP de correspondencia privada en la resolución anterior⁸. La Sala indicó que

“(...) según se desprende de los hechos de la sentencia, el móvil que le impulsó fue meramente particular, mientras que la nota más característica del art. 219 consiste en el

⁶ STS 426/1876, 29/03/1876 (Ponente: Manuel María de Basualdo).

⁷ STS 890/1888, 21/12/1888 (Ponente: José de Aldecoa).

⁸ *Ibid.*

atentado contra un derecho individual que el funcionario o Autoridad incompetente realiza violando la correspondencia que no tiene a su cargo”⁹.

Otra resolución es la STS 219/1904, 07/01/1904 (Ponente: Victoriano Hernández). Se trata de casación por infracción por considerar que no se les debía castigar por el art. 220 CP sino por el art. 375 CP de 1870 porque el delito cometido al sustraer las cartas no es el de la violación del secreto de la correspondencia, sino el de la infidelidad en la custodia de documentos. El TS declaró haber lugar al recurso de casación y e indicó que:

“Considerando que los empleados de Correos encargados de la correspondencia o que prestan servicio personal en las oficinas locales o ambulancias a ese objeto destinados, tienen, cualesquiera que sea su categoría, confiada la custodia de las cartas y documentos de todas clases que se entregan para la conducción postal y, por consiguiente, la sustracción de tales objetos que dichos empleados ejecuten arguye la transgresión de especiales deberes inherentes a los cargos que desempeñan, determina el delito que define y castiga el art. 375 del Código penal”¹⁰.

Es decir, la Sala manifestó claramente que existía custodia en los documentos y no era una mera intervención a la correspondencia privada sancionada por el art. 220 CP de 1870.

En este sentido se pronuncia también la STS 708/1924, 29/04/1924 (Ponente: Marcelino González Ruiz), sobre la condena a un cartero de Correos por abrir cartas privadas en virtud del art. 377 CP y no en relación al art. 219 CP, ambos del CP de 1870. Se alegó la indebida aplicación del art. 377 CP porque el propósito del procesado era atentar al derecho individual del secreto e inviolabilidad de la correspondencia, pero el TS declaró no haber lugar al recurso de casación porque el art. 290 CP se aplicaría cuando no tuviera las cartas a su cuidado especial, dejando claro una vez más la importancia en la custodia del documento secreto¹¹.

El Alto Tribunal resuelve las dudas sobre cuándo procede la aplicación por violación de correspondencia por la vía del art. 219 CP o por violación de secretos del 378 CP de 1870. Por último, se pronuncia sobre la exigencia de custodia o no de los documentos en función del cargo del funcionario, determinante para la correcta aplicación del precepto.

Otras resoluciones de la jurisprudencia del TS tratan el tipo básico de la violación de secretos mayormente por indebida aplicación del precepto, sin generar debate o controversia. Se añaden otras modalidades como es la infidelidad en la custodia de documentos por la que el funcionario puede violar el secreto y la sustracción y ocultación de las cartas como violación al secreto de la correspondencia¹².

⁹ *Ibid.*

¹⁰ STS 219/1904, 07/01/1904 (Ponente: Victoriano Hernández).

¹¹ STS 708/1924, 29/04/1924 (Ponente: Marcelino González Ruiz).

¹² Véanse también las sentencias: STS 794/1877, 03/12/1877 (Ponente: Manuel León y Romero); STS 617/1881, 10/03/1881 (Ponente: Juan Francisco Bustamante); STS 576/1884, 13/06/1884 (Ponente: Mateo de Alcocer); STS 464/1884, 31/01/1884 (Ponente: Mateo De Alcocer); STS 1016/1887, 13/06/1887 (Ponente: José de Aldecoa); STS 337/1891, 21/04/1891 (Ponente: Mateo de Alcocer); STS 71/1915, 12/01/1915 (Ponente: Liborio Hierro); STS 287/1935, 13/02/1935 (Ponente: Enrique Robles Nisarre); STS 1046/1957, 06/02/1957 (Ponente: Francisco Díaz Pla); STS 222/1964, 23/12/1964 (Ponente: Jesús García Obeso); STS 640/1975, 05/05/1975 (Ponente: Luis Vivas Marzal), STS 258/1977, 06/10/1977 (Ponente: Fidel de Oro Pulido).

2.2. Distinción entre violación de secretos, descubrimiento y revelación

Existe otro deslinde entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos como sujetos activos (diferenciados según se atente contra el interés individual o colectivo y si se tiene la custodia o no de documentos) y los delitos cometidos por los particulares bajo la rúbrica de delito de descubrimiento y revelación de secretos. Como señala Joaquín Francisco Pacheco, en la revelación pueden comprometerse intereses privados o públicos y tenemos dos artículos que disponen lo que se ha de hacer¹³. Otra aportación de Groizard y Gómez de la Serna, es que tienen la consideración de delitos sociales cuando afectan intereses públicos¹⁴.

La STS 467/1898, 05/10/1898 (Ponente: Salvador Viada), contiene la condena por descubrimiento y revelación de secretos cometido por particular, sin discusión sobre el sujeto activo. La única diferencia entre el delito violación y el de descubrimiento y revelación, radica en el sujeto activo y los tribunales no han tenido problemas de interpretación a la hora de enjuiciar estos delitos. Se trata de dos tipos distintos que comparten los mismos elementos a excepción de la autoría del delito.

En los regímenes normativos expuestos se delimitan correctamente los diferentes tipos y así se refleja en la jurisprudencia. No se observa dificultad ni se precisa de aclaración del TS para la distinción entre los conceptos de violación, descubrimiento y revelación de secretos y su debida aplicación.

2.3. Grado de tentativa y desistimiento

Encontramos resoluciones en casación por haber condenado en primera instancia en grado de tentativa. Es curioso porque a mi juicio, estamos ante un delito de resultado donde la violación o revelación del secreto es clave para la consumación, no basta con la simple intención o los actos preparatorios si el secreto no llega a descubrirse o revelarse por el sujeto activo.

La STS 730/1910, 09/06/1910 (Ponente: Ricardo Juan Ortiz), castigó a un escribano como autor de un delito de violación de secretos en grado de tentativa a través del art. 378 CP de 1870. Se recurrió por indebida aplicación del precepto alegando que no puede haber revelación de secretos si ninguno se ha revelado, ni se puede suponer que el delito quedó en grado de tentativa sin haber comenzado su ejecución, ni se puede deducir un desistimiento cuando los actos punitivos no se iniciaron. La Sala concluyó que realmente no existía el delito de violación de secretos, ni aun en la esfera de tentativa penada, por no revelarse ninguna manifestación externa de ejecución¹⁵.

A pesar de esta conclusión, el TS finalmente declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y no se absuelve al procesado del delito de violación de secretos en grado de tentativa debido a que el recurrente solicitaba una pena más grave que la impuesta. De esta forma podemos considerar que no puede existir tentativa penada si no

¹³ Pacheco, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, 1ª ed., Madrid, Imprenta de Santiago Saunague, t.II, 1848.

¹⁴ Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t.V, 2ª ed, Madrid, 1913, p. 827.

¹⁵ STS 730/1910, 09/06/1910 (Ponente: Ricardo Juan Ortiz).

se empieza una ejecución externa del delito, pero el TS dejó abierta la posibilidad de punir en grado de tentativa un delito que consideramos de resultado.

Una resolución más que trata el grado en la tentativa es la STS 601/1936, 24/03/1936 (Ponente: Joaquín Lacambra Brum), casación por supuesta infracción de ley en el delito de violación de secretos, concretamente por desistimiento en la tentativa o delito imposible. Se alega que un Oficial de Telégrafos no cometió el delito del art. 372 CP de 1932 porque, a pesar de extraer copias de unos telegramas cifrados y llevárselas a su domicilio, en el transcurso de tres meses no consiguió descifrarlas por tener unas claves que no coincidían con las verdaderas, no pudiendo desvelar su contenido. El recurrente alega que hay imposibilidad material de comisión del delito por falta de idoneidad de medios, con desistimiento propio y voluntario por no llegar a ejecutar el delito, entendiendo que el intento de descifrar con una clave errónea no se puede considerar un acto preparatorio punible¹⁶.

Finalmente, el TS declaró haber lugar al recurso de casación. En principio, consideró que el hecho de sacar las copias y llevarlas a su domicilio ya rebasa los límites de la mera preparación. Ahora bien, el hecho de no estar probado que el procesado descifrara los telegramas y revelare su contenido junto con el hecho de extraer las copias cerca de tres meses después, hacen que la operación ni haya comenzado ni terminado. De este modo, el TS argumentó que el condenado no llegó al término de su pretensión y la política criminal aconseja acoger el desistimiento en las tentativas cuando no aparezca motivado por razones opuestas a la moral o al derecho¹⁷.

Con esta decisión surge un nuevo concepto como es el desistimiento en las tentativas en el delito de violación de secretos¹⁸. En este sentido Groizard y Gómez de la Serna, considera que el delito aparece con la intención o puesta de medios para llegar al propósito del descubrimiento¹⁹.

En mi opinión, en ambas resoluciones el TS deja entrever que sí es posible una consumación del delito en grado de tentativa a pesar de ser un delito que exige un resultado, dejando dudas sobre los límites punitivos del tipo cuando hay que valorar si ha empezado una ejecución externa del delito o no.

2.4. Carácter secreto

Otra novedad es la aclaración del Alto Tribunal sobre lo que podemos considerar como secreto. En la STS 697/1908, 10/12/1908 (Ponente: Miguel López de Sa), se trató un delito de descubrimiento o revelación de secretos que asentó doctrina jurisprudencial sobre el carácter secreto. La Sala expresó que, toda carta particular, sea cual sea, tiene su

¹⁶ STS 601/1936, 24/03/1936 (Ponente: Joaquín Lacambra Brum).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Véase también la STS 769/1936, 24/03/1936 (Ponente: Joaquín Lacambra Brum), tratándose de una violación de secretos en grado de tentativa. El TS concluye que cabe imposibilidad material del delito por idoneidad absoluta de los medios empleados o el propio y voluntario desistimiento del procesado; ambos supuestos traen la impunidad de los hechos. La Sala argumentó también que por las razones de política criminal se acoge el desistimiento en las tentativas.

¹⁹ Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t.V, p. 829.

carácter secreto y consiguientemente quien comunica su contenido a otros sin ser el destinatario de la carta, está divulgando secretos ajenos²⁰.

En la misma dirección se pronunció la STS 1874/1969, 25/11/1969 (Ponente: Francisco Pera Verdaguer), que pese a tratarse del delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 497 CP de 1963 dedicado a los particulares también creó doctrina sobre el carácter de secreto. El TS concluyó que se reputará secreto el documento, las copias y las fotocopias del mismo, más aún si se halla probado que fue divulgado entre varias personas, todas ellas sin ser destinatarias del mismo²¹.

Es decir, en las citadas resoluciones se pone de manifiesto que se puede considerar como secreto todo contenido que se dirige a un particular en concreto y es violado o divulgado por un tercero ajeno a la comunicación.

Como señala Viada y Vilaseca, los secretos son los que, sin comprometer intereses de Estado, pueden perjudicar en algo o en mucho a la causa pública y a los intereses de los particulares. El delito es la revelación hecha por funcionario público de los secretos que conoce por razón de su cargo y debe guardar según la ley, la revelación puede tener lugar por la entrega indebida, entre otros medios²². En la misma línea se pronuncia Groizard y Gómez de la Serna, para quien los secretos no son de trascendental importancia, sino pequeñas traiciones oficiales o infidelidades que afectan a la Administración de justicia, a las personas, a deberes gubernativos o intereses generales de orden público²³.

Un planteamiento más contemporáneo de Rodríguez Devesa, es que el círculo de personas conocedoras del hecho que no debe conocerse fuera del mismo, varía dentro de la Administración, de forma que hay escritos que no pueden ser conocidos por todos los funcionarios de una dependencia y su violación puede ser constitutiva de delito²⁴.

También Rodríguez Devesa, aporta la cuestión del consentimiento del particular para que se descubra el secreto, hecho que excluiría lo ilícito de la conducta porque dejaría de considerarse confidencial y la difusión sería atípica, ya que no hay interés ni se causaría daño en el sujeto pasivo²⁵. Mientras tanto, para Viada y Vilaseca, una condición esencial del delito es que se cause daño grande o pequeño a la causa pública: si el secreto revelado no afecta en nada a la causa pública, no hay revelación y no hay delito²⁶.

De cualquier modo, el TS ya se pronunció al respecto y no exige que se cause daño a la causa pública para cometer el delito, sino que este daño se reconoce como circunstancia que agrava la pena. Continúa añadiendo Viada y Vilaseca que podríamos haber deseado la distinción entre grave daño y no grave por parte del TS, sujetando la revelación de secretos a una pena mayor o menor, según gravedad²⁷.

²⁰ STS 697/1908, 10/12/1908 (Ponente: Miguel López de Sa).

²¹ STS 1874/1969, 25/11/1969 (Ponente: Francisco Pera Verdaguer).

²² Viada y Vilaseca, S., *Código penal reformado de 1870*, t.II, Madrid, 1890., p. 29.

²³ Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. IV, p. 183.

²⁴ Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal Español, Parte especial*, 9ª ed., Madrid, 1983, p. 1095.

²⁵ *Ibid.*, p. 1097.

²⁶ Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870*, t.II, Madrid, 1890, p. 29.

²⁷ *Ibid.*, p. 30.

2.5. Sujeto activo del delito

En relación al sujeto activo del delito, se desveló el significado del nombre o mención de funcionario público en la STS 1595/1928, 31/03/1928 (Ponente: Bernardo Longue de Mariategui), que aludía al art. 511 del Estatuto municipal que designa con el nombre de funcionario público a quien comete violación de secretos²⁸.

Sin embargo, existen decisiones que indican el delito de revelación de secretos fuera de los tipos que conocemos y en referencia a la violación del secreto profesional cuando se conocen los secretos del cliente por razón de la profesión, donde se le confían secretos o información y se hace un uso malicioso en perjuicio del mismo, distinguiendo entre si existe o no divulgación y si es un profesional particular o funcionario público. También se plantea en casación la obligación de los empleados de guardar secretos que pertenecen a la empresa, distinguiendo entre el ánimo doloso de divulgar los secretos y el ánimo de servirse de aquellos conocimientos sin más pretensiones²⁹.

De todos modos y aunque se trate de profesionales, si son funcionarios públicos también pueden cometer violación de secretos y no violación del secreto profesional. Así lo expresaba una sentencia que consideró que un médico cometió violación de secreto al ser un servidor público de la Seguridad Social³⁰:

“CONSIDERANDO que si un Médico de la Seguridad Social es funcionario público, a tenor del artículo 119 del Código Penal, y se le imputa revelar secretos conocidos en su ejercicio profesional, ello representaría acusarle de un delito perseguible de oficio, el tipificado en el artículo 368 del Código Penal, máxime si lo revelado fuera incierto pero consecuencia del examen de la enferma, lo cual supone que si la imputación fuera incierta se trataría de calumnia y no de injuria, en que son admisibles las probanzas de la certeza de lo acusado, aparte de que, aun en la hipótesis de la injuria, el artículo 463 admite la ‘exceptio veritatis’ cuando afectare a funcionarios por razón de sus actividades de servicio”³¹.

2.6. Dolo

El siguiente elemento jurisprudencial a analizar es el dolo. En la STS 1282/1973, 14/04/1973 (Ponente: Jesús Sáez Jiménez), se recurrió en casación por considerar subjetividad en los juzgadores de instancia. Finalmente el TS desestima el recurso y el argumento es que el procesado "persistiendo en su intención de airear sucesos y detalles" publicó determinadas notas entrando en una parcela oculta del alma (intencionadamente), oculta en tanto en cuanto no fuera desvelada por el sujeto pensante, con la real apreciación subjetiva y anímica de los juzgadores de que entrañaba un dolo específico porque se define a través de esa descripción del pensamiento volitivo del procesado, el dolo específico del delito de revelación de secretos, siendo precisamente la intención de airear hechos y detalles que conoce el agente y que debían quedar ocultos³².

²⁸ STS 1595/1928, 31/03/1928 (Ponente: Bernardo Longue de Mariategui).

²⁹ Véanse las siguientes sentencias: STS 2056/1963, 29/04/1963 (Ponente: José María González Díaz); STS 2844/1964, 10/09/1964 (Ponente: Antonio Codesido Silva); STS 1474/1968, 24/09/1968 (Ponente: Jesús Riaño Goiri).

³⁰ STS 791/1973, 15/11/1973 (Ponente: Jesús Sáez Jiménez).

³¹ *Ibid.*

³² STS 1282/1973, 14/04/1973 (Ponente: Jesús Sáez Jiménez).

Esta sentencia es importante porque denota el posible tinte subjetivo al enjuiciar este tipo de delitos en cuanto se debe apreciar la intención del sujeto activo del delito, que no es otra que la de “airear hechos y detalles” con el correspondiente dolo, pues de no ser así, habría guardado el secreto. También es relevante la mención a la compatibilidad de la norma penal con la norma administrativa y el énfasis en el carácter reservado de las actuaciones de la Administración, más aún cuando se trabaja para la misma como empleado público, donde la confidencialidad es una obligación y un deber³³.

Finalmente se desestima el recurso de casación interpuesto al considerarse que, la indeterminación de la finalidad propuesta al comunicar lo que debió permanecer en secreto no excluye la responsabilidad penal contraída, no elimina el dolo y malicia presumible y no se justifica bajo el supuesto de un deber informativo³⁴.

El concepto de “malicia” también se contiene en la citada STS 467/1898, 05/10/1898 (Ponente: Salvador Viada). El contenido es el siguiente: una destinataria recibe una carta por error y se da cuenta con la apertura, la devuelve y se le acusa de un delito de descubrimiento y revelación de secretos tramitándose la querella legalmente. La Sala absolvió a la procesada por considerar que no tenía el carácter de delito, sino que se trataba de un mero error, añadiendo la exigencia de “demostrar la malicia” e invitando a pensar que quizás es un requisito del tipo, aunque el precepto no lo indique expresamente³⁵.

En este supuesto, un particular es el sujeto activo y se sanciona por la vía de descubrimiento y revelación de secretos sin plantear controversia, abordando el concepto de error como eximente total del delito y la necesidad de malicia o dolo como requisito para consumar el delito. Estas notas que extraemos sobre lo que se considera “error” y el requisito de “demostrar la malicia” que trata el TS son compatibles con el tipo básico del delito de violación de secretos cometido por los funcionarios públicos.

En definitiva, se trata de una exigencia que marcó el TS, aunque no se indicó expresamente en los preceptos normativos. El TS también contribuye añadiendo que está injustificada la conducta de violar el secreto al amparo del “deber informativo”, similar a la objeción que encontramos en otra resolución, la STS 426/1876, 29/03/1876 (Ponente: Manuel María de Basualdo), por violación del secreto por considerarse el contenido “sospechoso”³⁶.

Por último, es necesario ser conocedor del carácter secreto de la noticia. Así lo indica Rodríguez Devesa: la culpabilidad por existencia de dolo exige el conocimiento del carácter secreto de la noticia que se descubre³⁷.

2.7. Bien jurídico protegido y elementos esenciales del tipo

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ STS 467/1898, 05/10/1898 (Ponente: Salvador Viada).

³⁶ STS 426/1876, 29/03/1876 (Ponente: Manuel María de Basualdo), por violación del secreto por considerarse el contenido “sospechoso”.

³⁷ Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte especial*, p.1096.

Para finalizar se observa por primera vez una concreción jurisprudencial hacia el bien jurídico protegido y se enumeran los cinco elementos esenciales del delito de violación de secretos en la STS 1813/1974, 08/03/1974 (Ponente: Luis Vivas Marzal), convirtiéndose en una resolución, a mi juicio, de gran relevancia. La citada indicó que el bien jurídico protegido no es tanto el derecho de propiedad sobre la carta o papel como el derecho al secreto de la correspondencia, secreto que constituye según la doctrina, una de las necesidades más vitales de la libertad individual o una parcela importante de las humanas libertades³⁸.

En otras palabras, es importante porque aparece el derecho a la propiedad y el derecho al secreto, entendiéndose como bien jurídico protegido el derecho a la privacidad individual del contenido recibido, el ejercicio de un derecho individual a una comunicación secreta y privada, como consecuencia de la libertad humana.

Como señala Groizard y Gómez de la Serna, la clasificación del delito puede corresponderse con una agresión contra el honor, con un delito de fraude, con un atentado al derecho de propiedad o como una lesión a la libertad individual, pero verdaderamente estamos ante una anarquía doctrinal porque, según el autor, no se ha estudiado la responsabilidad del sujeto activo, sino que se ha examinado su naturaleza según los resultados más frecuentes del delito³⁹. Aunque no encontramos más autores de la época que se pronuncien al respecto sobre el objeto protegido⁴⁰, con esta resolución el TS adelanta o deja entrever lo que intenta preservar el Estado en este tipo delictivo.

Continúa la Sala indicando los cinco elementos esenciales de la violación del secreto, importante para sentar doctrina sobre la materia que hasta el momento no existía: 1. Que se trate de un apoderamiento, no de una simple apertura del documento ajeno. 2. Que la violación del secreto se realice con *animus sciendi*, con la intención de descubrir o conocer los secretos de otro. 3. Que existan tales secretos, tratándose de información reservada u oculta, o conocido por un círculo reducido de personas (aunque el TS en reiteradas sentencias insiste en que el contenido de toda carta es de carácter secreto, sea el que sea, y quien comunica a otros no siendo el destinatario, divulga secretos). 4. Que sean secretos de la persona titular del documento. 5. Que el apoderamiento, además de conocer los secretos, contribuya a la divulgación o *animus desvelendi*, aunque no es indispensable para cometer el delito⁴¹.

En cuanto al apoderamiento, viene siendo exigido a lo largo del período jurisprudencial sobre la custodia del documento y la razón por la que se tiene en el poder (por trabajo o indebida correspondencia). Sobre la intención o *animus sciendi* hemos expuesto lo relativo a la exigencia de dolo, de “demostrar la malicia” como refiere otra resolución anterior. Respecto al carácter secreto, ya ha sido delimitado previamente por doctrina consolidada del TS, coincidiendo en la exigencia de “divulgar” o “transmitir a terceros” el contenido secreto, también *animus desvelendi*. Para Groizard y Gómez de la

³⁸ STS 1813/1974, 08/03/1974 (Ponente: Luis Vivas Marzal).

³⁹ Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, p. 828.

⁴⁰ Véanse los siguientes autores que comentan este delito en distintos Códigos penales, pero no se pronuncian sobre el bien jurídico protegido: Cuello Calón, *Código Penal de 8 de Septiembre de 1928 con las rectificaciones acordadas por R.O. de 30 de Octubre de 1928...*; Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*; Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870*.

⁴¹ STS 1813/1974, 08/03/1974 (Ponente: Luis Vivas Marzal).

Serna, se considera divulgación toda comunicación de los secretos descubiertos que dejan de ser desconocidos para un número considerable de personas⁴².

Por último, los secretos deben pertenecer a un titular para que revistan las notas del carácter secreto exigidas por el TS.

3. Conclusiones

Desde el CP de 1870 hasta el CP de 1978 y prácticamente hasta la actualidad, la conducta típica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos ha permanecido inalterada.

En la evolución normativa se aprecia el mismo tipo básico en todos los Códigos penales, con pequeñas diferencias penológicas y cambios en la rúbrica o ubicación de los delitos cometidos por funcionarios. En concreto aparecen cuatro textos legales durante este período (1870, 1928, 1932 y 1944) porque los Códigos de 1963 y 1973 consisten en revisiones parciales y quedó intacta la regulación del CP de 1944.

Las novedades más significativas, a mi parecer, están en el CP de 1928 debido al aumento en la pena, a la agrupación de conductas delictivas cometidas por funcionario bajo un mismo título (sin distinción entre los delitos que atentan a derechos individuales y los producidos en el ejercicio de sus funciones) y a la ampliación del catálogo del sujeto activo.

En la evolución jurisprudencial se observan pocas sentencias de casación, pero se contienen notas significativas que contribuirán en la evolución del delito.

En primer lugar, el TS delimita la distinción entre el castigo por violación del secreto y por correspondencia privada como dos tipos delictivos diferentes que pueden cometerse por funcionario público. Los elementos fundamentales para distinguirlos son, por una parte, la custodia del secreto: si el funcionario lo tiene en su poder por razón de su cargo o no. Por otra parte, la afectación a un derecho individual que sólo exige la violación de correspondencia y no del secreto.

En segundo lugar, el TS sigue la línea legislativa y deslinda los conceptos de violación, descubrimiento y revelación de secretos. No se aprecia confusión en los tribunales de instancia para determinar el sujeto activo del delito, quedando perfectamente claro cuando es por particulares (sanción por descubrimiento y revelación) y por funcionarios (sanción por violación). La ampliación del sujeto activo que surge en el CP de 1928, a mi juicio resultó innecesaria porque no se presentan problemas para establecer el autor del delito y no se recurren sentencias por este motivo, entendiéndose así la razón por la cual este catálogo fue eliminado en los sucesivos Códigos penales.

Esta ampliación en el CP de 1928 fue irrelevante a efectos judiciales porque no se encuentra ni una sentencia que cuestione el sujeto activo.

⁴² Groizard y Gómez de la Serna, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, p. 838.

En tercer lugar, se trata el grado de tentativa y desistimiento. A mi modo de ver, el delito de violación de secretos es un delito de resultado que exige la consumación (violación del secreto) para poder imponer un castigo o sanción. En principio no pensaríamos en punir los actos preparatorios del mismo si no se alcanza a descubrir el contenido secreto, pero sí ha ocurrido en primera instancia y encontramos sentencias de casación. El TS resuelve parcialmente, en mi opinión, indicando que no puede haber tentativa penada si no empieza la ejecución externa del delito, dando a entender que sí se puede punir, aunque finalmente no se revele el secreto y se trate de un delito de resultado. Queda un margen de dudas sobre cuándo se debe sancionar el acto preparatorio si no se ha llegado a revelar el secreto al completo y falta pronunciación del TS en este aspecto.

En cuarto lugar, el TS expone las notas del carácter secreto, aclarando completamente todo el contenido que se considerará secreto.

En quinto lugar, el TS sienta doctrina sobre el dolo indicando la necesidad de “demostrar la malicia” para la consumación del delito, de probar la intención de violar el secreto. Admite el error como válido de forma que, cuando se viola el contenido por una equivocación y sin la existencia de dolo, no se considerará delito. Además, indica que la mera sospecha no eximirá del delito ni tampoco el “deber informativo” con el que se pretenda justificar la violación del secreto.

Por último, el TS informa que bien jurídico protegido es el derecho al secreto o a la comunicación privada como característica propia de la libertad humana. Lo realiza en una sentencia de 1974 y hasta ese momento no se había pronunciado al respecto. Añade los elementos esenciales del delito, las mismas exigencias del tipo que venimos observando a lo largo del análisis normativo y jurisprudencial.

Podemos concluir que la jurisprudencia del TS sí ha contribuido a la configuración jurídica del delito de violación de secretos en los funcionarios públicos y ha aportado notas esenciales para la delimitación del tipo delictivo, más de lo que han podido añadir los textos legales, que han permanecido casi intactos.

Sentencias citadas por orden cronológico

(De un total de 66 sentencias relativas a la violación de secretos en Cendoj, TS histórico, han sido seleccionadas las siguientes)

STS 426/1876, 29/03/1876 (Ponente: Manuel María de Basualdo).
STS 794/1877, 03/12/1877 (Ponente: Manuel León y Romero).
STS 617/1881, 10/03/1881 (Ponente: Juan Francisco Bustamante).
STS 464/1884, 31/01/1884 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 576/1884, 13/06/1884 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 1016/1887, 13/06/1887 (Ponente: José de Aldecoa).
STS 890/1888, 21/12/1888 (Ponente: José de Aldecoa).
STS 337/1891, 21/04/1891 (Ponente: Mateo de Alcocer).
STS 467/1898, 05/10/1898 (Ponente: Salvador Viada).
STS 219/1904, 07/01/1904 (Ponente: Victoriano Hernández).
STS 697/1908, 10/12/1908 (Ponente: Miguel López de Sa).
STS 730/1910, 09/06/1910 (Ponente: Ricardo Juan Ortiz).
STS 71/1915, 12/01/1915 (Ponente: Liborio Hierro).
STS 708/1924, 29/04/1924 (Ponente: Marcelino González Ruiz).

STS 1595/1928, 31/03/1928 (Ponente: Bernardo Longue de Mariategui)
STS 287/1935, 13/02/1935 (Ponente: Enrique Robles Nisarre).
STS 601/1936, 24/03/1936 (Ponente: Joaquín Lacambra Brum).
STS 769/1936, 24/03/1936 (Ponente: Joaquín Lacambra Brum).
STS 1046/1957, 06/02/1957 (Ponente: Francisco Díaz Pla).
STS 2056/1963, 29/04/1963 (Ponente: José María González Díaz).
STS 2844/1964, 10/09/1964 (Ponente: Antonio Codesido Silva).
STS 222/1964, 23/12/1964 (Ponente: Jesús García Obeso).
STS 1474/1968, 24/09/1968 (Ponente: Jesús Riaño Goiri).
STS 1874/1969, 25/11/1969 (Ponente: Francisco Pera Verdaguer).
STS 1282/1973, 14/04/1973 (Ponente: Jesús Sáez Jiménez).
STS 791/1973, 15/11/1973 (Ponente: Jesús Sáez Jiménez).
STS 1813/1974, 08/03/1974 (Ponente: Luis Vivas Marzal).
STS 640/1975, 05/05/1975 (Ponente: Luis Vivas Marzal).
STS 258/1977, 06/10/1977 (Ponente: Fidel de Oro Pulido).

Apéndice bibliográfico

Cuello Calón, E., *Código Penal de 8 de Septiembre de 1928 con las rectificaciones acordadas por R.O. de 30 de Octubre de 1928 y las aclaraciones dispuestas por R.D.-Ley de 10 de Diciembre del mismo año*, Barcelona, Librería Bosch, 1929.

Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. IV, 2ª ed., Madrid, 1912.

Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, 2ª ed., Madrid, 1913.

Iñesta-Pastor, E., “Influencias extranjeras en los delitos de los funcionarios públicos en la Codificación penal española de mediados del siglo XIX”, Masferrer Domingo, A. (ed.), *Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española. Parte especial*, Navarra, Aranzadi, 2020, pp. 581-677.

Pacheco, J.F., *El Código penal concordado y comentado*, 1ª ed., t. II, Madrid, Imprenta de Santiago Saunague, 1848.

Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal Español, Parte especial*, 9ªed., Madrid, 1983.

Viada y Vilaseca, S., *Código penal reformado de 1870*, t. II, Madrid, 1890.