

# PROBLEMÁTICA DE LA PERSECUCIÓN PENAL DE LOS DENOMINADOS DELITOS INFORMÁTICOS: PARTICULAR REFERENCIA A LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y AL ÁMBITO ESPACIO TEMPORAL DE COMISIÓN DE LOS HECHOS

Mirentxu CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

**Resumen:** La informática reúne unas características que la convierten en un medio idóneo para la comisión de muy distintas modalidades delictivas, resultando difícil determinar la autoría y el lugar de comisión del delito y, en consecuencia, la competencia para juzgar unos determinados hechos. De otra parte, el particular funcionamiento de los sistemas informáticos y los problemas de definición de la titularidad condicionan la atribución de responsabilidad en los delitos cometidos a través de sistemas informáticos o contra éstos. Así, el problema esencial consiste en determinar la responsabilidad jurídico-penal de los intervinientes, y esclarecer cuál es la responsabilidad de los intermediarios de servicios.

**Laburpena:** Informatikak berezitasun batzu baditu, eta honek delito mota asko burutzeko egoki bihurtzen du, zaila izanik nor izan den jakitea eta delitua non egin den jakitea ere, eta zaila de epaitzeko kompetentzia nork duen azaltzea. Informatika sistemen funtzionamendu bereziak eta titulartasun arazoak, sistema hauen bidez edo hauen kontra burututako delituen erantzukizunaren eskurantz baldintzatzen dute. Parte hartu dutenen erantzukizun juridiko-penala zehaztean dago gakoa. Kontutan hartu behar da, baita ere, nori egotzi diezaiokegun debekatutako ekintza, eta nortzu diran ekintza hauek erraztu dituztenak eta zerbitzu hauen bitartekariaren erantzukizuna zein den ere.

**Résumé:** L'informatique regroupe des caractéristiques qui font d'elle un moyen approprié pour la commission des délits très différents, dont la détermination de l'auteur et du lieu de commission de l'infraction -et, par conséquent, la compétence pour juger certains crimes- se révèle difficile. D'autre part, le fonctionnement singulier des systèmes informatiques et les problèmes de définition de la titularité conditionnent l'attribution de responsabilité des infractions commises à travers les systèmes informatiques ou contre ceux-ci. Ainsi, le

---

(Nota): Contribución a las Jornadas "Retos en la securización de los territorios digitales: Delitos informáticos", Leioa, 26-27 abril 2007 (subvencionadas por el Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco -"Cluster de Privacidad y Seguridad Digital", del Proyecto Etortek "AmiGUNE"-).

problème essentiel repose sur la détermination de la responsabilité pénale des auteurs, et préciser la responsabilité des intermédiaires de services.

**Summary:** Due to the characteristics of the computer services this way of communication constitutes a perfect way to commit very different offences, being very difficult to determine the responsible and the place where the crime was committed and, therefore, the competent jurisdictions. On the other hand, the special working environment of computer systems and the problems of titularity definition have also a big influence in order to the attribution of responsibility for the crimes committed through computer systems or against them. Thus, the essential problem lies in determining the penal responsibility of participants, and clarifying the responsibility of the services intermediaries.

**Palabras clave:** Criminología, Derecho penal, Responsabilidad penal, Delitos informáticos.

**Gako hitzak:** Kriminologia, Zigor Zuzenbidea, erantzukizun penala, informatika delituak.

**Mots clef:** Criminologie, Droit Pénal, Responsabilité pénale, Délits informatiques.

**Key words:** Criminology, Penal Law, Penal responsibility, Computer offences.

## 1. INTRODUCCIÓN

**1.1.** La informática constituye un instrumento indispensable en todos los ámbitos de actividad. Tanto la organización y administración de empresas y administraciones públicas, como la investigación científica, la producción industrial o el estudio y la investigación, e incluso el ocio, necesitan de la informática. Sin embargo, junto a las incuestionables ventajas que representa, su utilización también presenta aspectos negativos, una faceta negativa de la informática es la “criminalidad informática”<sup>1</sup>. Este concepto abarca la informática como objeto del ataque y como medio para cometer otros delitos. La informática reúne unas características que la convierten en un medio idóneo para la comisión de muy distintas modalidades delictivas, en especial, contra la intimidad, propiedad intelectual, pornografía, defraudaciones –estafas, alzamientos de bienes, apropiaciones indebidas, delito fiscal...– y daños –sabotaje informático–. La idoneidad proviene, básicamente, de la gran cantidad de datos que se acumulan, de la facilidad de acceso a ellos, de su, relativamente, fácil manipulación... Con el auge de Internet a todo ello hay que sumar el fácil acceso desde todos los puntos del planeta. La importancia que Internet ha tenido en esa faceta negativa a la que me he referido ha propiciado que surja una subespecie de criminalidad, la llamada *Cibercriminalidad*<sup>2</sup>.

**1.2.** La informática está intrínsecamente unida a la idea de globalización y su utilización, en concreto, a través de Internet<sup>3</sup>, dificulta extraordinariamente determinar el lugar de comisión del delito y, en consecuencia, la competencia para juzgar unos

---

1. El término “criminalidad” parece más adecuado que el de “piratería”, utilizado, por ejemplo, por SEMINARA, “La piratería su Internet ed il diritto penale”, en *Annali Italiani del Diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, 1996, p. 183 ss., aun cuando en su trabajo este título está justificado al analizar, especialmente, las infracciones de derechos de autor a través de Internet.

2. Esta terminología es utilizada tanto la doctrina, FERNÁNDEZ TERUELLO, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, Ed. Constitutio Criminales Carolina (CCC), 2007; como por el legislador, p.ej. *La Convención sobre Cibercriminalidad*, del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001.

3. Los problemas que podían derivarse de la utilización Internet ya fueron anunciadas, calificando el sistema de transmisión de datos en Internet como “autopistas de la información” -Information Highway-, en este sentido GRIESE/SIEBER, “Internet als erste Ausbaustufe des Information Highway”, en Hilty, *Information Highway, Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*, 1966.

determinados hechos, así como la autoría<sup>4</sup>. Todo ello conlleva dificultades de incriminación de estas conductas lo que, atendiendo a los graves perjuicios que puede provocar, ha llevado a que, en la mayoría de países, se cree una legislación específica sobre delincuencia informática. En aras a minimizar los problemas procesales se han aprobado diversos Convenios internacionales para facilitar la investigación, persecución y castigo de los delitos cometidos utilizando la informática. En la Comunidad Europea, la *Convención Europea sobre Cibercriminalidad*, del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001, establece directrices dirigidas a los Estados miembros, tanto en el ámbito del Derecho penal material como procesal<sup>5</sup>.

**1.3.** Al respecto, en el Código Penal de 1995 no se creó un Título específico referente a la criminalidad informática, o una legislación especial, como se había hecho en otros países, sino que se optó por una vía intermedia. Frente al modelo legislativo anterior, en el que no se contemplaba la informática ni como medio de comisión de delitos ni como objeto de protección, en el Código de 1995 se toma en consideración, de forma específica, la informática en relación con diversas modalidades delictivas. Referencias a la delincuencia informática como medio de comisión de delitos encontramos en los delitos contra la intimidad, de descubrimiento y revelación de secretos, en los delitos contra la indemnidad y libertad sexual, de corrupción de menores, en los delitos contra la propiedad, como la estafa, o en los delitos contra el mercado y los consumidores, el acceso a servicios de radio, televisión o servicios interactivos prestados por vía electrónica. Así mismo, la informática –*Hardware* y *Software*–, como objeto de protección se toma en consideración en los delitos contra la propiedad intelectual, protegiendo, en particular, los programas y en los delitos de daños –daños o “sabotaje” informático–. A ello hay que sumar otras conductas delictivas, realizadas a través de Internet, que pueden castigarse sin necesidad de crear tipos específicos, así, por ejemplo, delitos contra la libertad, como amenazas y coacciones, delitos contra el honor, falsedades, defraudación de telecomunicaciones, revelación de secretos de empresa –espionaje industrial–, delitos contra la propiedad industrial, publicidad engañosa, blanqueo de capitales...

## 2. DELITO INFORMÁTICO Y CIBERCRIMINALIDAD

**2.1.** En este contexto creo conveniente diferenciar entre lo que, tradicionalmente, se ha denominado “delito informático”, en relación con la delincuencia patrimonial y socioeconómica<sup>6</sup> y el resto de delitos cometidos a través de la informática, relativos a la intimidad, la libertad, la indemnidad sexual... En este segundo ámbito es donde Internet es el instrumento que justifica desde una perspectiva político-criminal un tratamiento diferenciado, tanto por el Derecho penal material como por el procesal.

**2.2. Naturaleza del delito informático.** Para un sector doctrinal el delito informático es únicamente una forma de realización de distintos tipos delictivos. En consecuencia

4. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, *Cibercrimen...*, op.cit., p. 14-26.

5. Cfr. MATA Y MARTÍN, *Estafa Convencional, Estafa Informática y Robo en el Ámbito de los Medios Electrónicos de Pago*, Ed. Thomson/Aranzadi, 2007, p. 173-195, con referencia a la normativa que se ha dictado en el marco de la Comunidad Europea para luchar contra la delincuencia informática.

6. Vid. MATA Y MARTÍN, *Estafa Convencional, Estafa Informática...* op.cit., passim., obra que está, específicamente, orientada a este aspecto de la Cibercriminalidad.

el bien jurídico protegido en el delito informático será aquél protegido en el delito que presuntamente se ha realizado: patrimonio, Hacienda Pública... Otra concepción de la criminalidad informática le concede autonomía entendiendo que con el fraude informático se protege un bien jurídico con naturaleza propia: “*la confianza en el funcionamiento de los sistemas informatizados*”, como interés de carácter supraindividual –colectivo–. Se parte de que el buen funcionamiento de los sistemas es condición indispensable para el normal desarrollo de las relaciones económicas y personales de nuestros días, porque de ello depende que no se colapsen las actividades del mundo bancario, bursátil, de seguros, transportes, gestión tributaria, Seguridad Social, sanitario... Esta segunda posibilidad es la admitida en muchas legislaciones locales estadounidenses que tipifican, de forma autónoma, conductas de acceso ilegal a un sistema informático, su uso sin autorización y la manipulación ilícita y modificación de datos informatizados, siguiendo una construcción análoga a la de las falsedades. Según esta regulación, si como consecuencia de una de estas manipulaciones se obtiene una subvención ilícita o se comete un delito fiscal estaríamos frente a un concurso ideal o real de delitos, en el mismo sentido que en la actualidad se suscita entre falsedades y delito fiscal o entre delito fiscal y contable. Con estas previsiones se trata de adelantar las barreras de protección en atención a la especial peligrosidad que suponen estos nuevos instrumentos de comisión de delitos. Nuestro Código Penal recoge algunas conductas típicas cuya única legitimación sería entender que el bien jurídico protegido son los propios sistemas informatizados, o la confianza en su buen funcionamiento. Esta naturaleza ostentan los preceptos introducidos por LO 15/2003, que tipifican: a) actos preparatorios de la estafa informática, art. 248.3 CP; b) la fabricación, importación, distribución o tenencia de medios destinados a suprimir o neutralizar sistemas de protección de los programas, art. 270.3 CP; y c) facilitar el acceso a sistemas, art. 286.1 y 3 CP, alterar o duplicar números identificativos o comercializarlos, art. 286.2 CP e, incluso, la utilización de los equipos o programas que permiten el acceso no autorizado, art. 286.4 CP.

**2.3. Elementos del delito informático.** A pesar de los diversos conceptos que se han propuesto sobre el delito informático y la discusión existente acerca de su naturaleza, lo cierto es que, en todos ellos, encontramos unos elementos comunes:

**a) Conducta fraudulenta:** uso indebido o fraudulento de elementos informáticos a través de la introducción o manipulación de datos falsos.

**b) Instrumento:** presencia de los componentes físicos y/o lógicos del sistema informático.

**c) Finalidad:** obtención de un beneficio ilícito, directo o indirecto, no necesariamente patrimonial.

**d) Resultado:** perjuicio, no necesariamente patrimonial, de tercero o de la colectividad.

Como veremos, la llamada estafa informática regulada en el art. 248.2 CP, podría calificarse como delito informático puesto que posibilita castigar como estafa la modificación ilícita de un resultado, a través de alterar un procesamiento informático con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero<sup>7</sup>.

---

7. Cfr. ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, Ed. Fundesco 1987, ya definía la manipulación informática como: “incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado en cualquiera de sus fases de procesamiento o tratamiento informático con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”.

**2.4. Modalidades delictivas relacionadas con la incorporación de los documentos informáticos.** En parte, la tipicidad de conductas relacionadas con la informática proviene de la incorporación de los datos informatizados al concepto penal de documento. El art. 26 CP equipara, al concepto clásico de documento como papel escrito, todo soporte material que exprese o incorpore datos. A efectos penales es documento cualquier soporte informático que exprese o incorpore datos o hechos con cualquier tipo de relevancia jurídica<sup>8</sup>. El art. 7 de la Convención del Consejo de Europa sobre Cibernética, incrimina la falsificación de documentos electrónicos, entendiendo por falsificación tanto la alteración de sus funciones como su destrucción. No obstante, y pese a que de la redacción del art. 26 CP se podría concluir que cualquier dato incorporado a una soporte informático sería un documento no cabe entender por tales los que no sean atribuibles a una persona<sup>9</sup>.

**a) Falsedades documentales.** Lo relevante del art. 28 CP, es que elimina el problema que, con anterioridad a esta regulación, se había suscitado para calificar como documento los datos informatizados y, en consecuencia, para calificar como falsedades documentales, la falsificación de esta clase de documentos. Por consiguiente, cuando los arts. 390 ss. CP, se refieren a documentos se ha de interpretar que tienen también esta consideración los datos informáticos siempre que sean idóneos para alterar la realidad jurídica, en cuanto cumplan las funciones de perpetuación, garantía y prueba, atribuidas a los documentos. La autenticidad de un documento electrónico requiere que los datos informáticos que se utilicen como medio para identificar al autor de la declaración provengan de persona autorizada y no del abuso del secreto de las bases que lo garantizan. Entiendo, sin embargo, que el abuso de estas claves podría calificarse también como falsificación del documento, siempre que pueda identificarse la autenticidad<sup>10</sup>. Con la actual regulación siguen suscitándose dudas acerca de la autenticidad porque el certificado que emiten los prestadores de servicio sobre la autenticidad del documento y la firma electrónica se genera automáticamente. La posibilidad de que la alteración de documentos electrónicos sea típica es político-criminalmente indispensable, si tenemos en cuenta que, cada vez en mayor medida, los documentos tanto públicos, como mercantiles e incluso oficiales se reflejan en datos informatizados y se introducen en el tráfico jurídico a través de un sistema informático. Todo ello es de aplicación a las falsedades documentales especiales previstas, por ejemplo, en los delitos societarios, art. 290 CP, falseamiento de cuentas anuales o documentos que reflejen la situación jurídica o económica de la sociedad o en el llamado “delito contable”, art. 310 CP.

**b) Falsificación de moneda.** La incorporación de la informática a la falsificación de moneda surge a partir del art. 387 CP, redactado conforme LO 15/2003, en el que se equipara a la moneda de curso legal, el llamado “dinero de plástico” –tarjetas de crédito, de débito...-. Consecuentemente, la manipulación de la banda magnética de uno de esos instrumentos de pago constituye un proceso de elaboración

---

8. Entre otras, SSTS 1456/2002, 13 de septiembre; 626/2002, 11 de abril; 389/1999, 12 de marzo; 913/1998, 30 de junio; 579/1998, 22 de abril; 1573/1997, 19 de enero de 1998.

9. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª ed. Ed. Atelier 2008, p. 621 ss., se muestra crítico ante la redacción del art. 28 CP en base a que sólo da importancia al soporte en el que se incorporan datos sin exigir que esos datos sean inteligibles y atribuibles a una persona.

10. Cfr. Ley 59/2003, 19 de diciembre, de firma electrónica y RDL 14/1999, sobre firma electrónica, que incorpora la ordenamiento jurídico español la Directiva CEE 99/93, 13-12, sobre las condiciones relativas a las firmas electrónicas y a los servicios de certificación.

o fabricación de moneda, incardinable en el art. 386 CP<sup>11</sup>. La inclusión de un precepto específico que contemple la falsificación de tarjetas, responde a la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la UE, de 28 de mayo de 2001, sobre “*la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo*”. Esta normativa abarca las alteraciones de tarjetas de crédito pero no el dinero electrónico, es decir, las transferencias fraudulentas de dinero. Estas conductas pueden ser calificadas como estafa, apropiación indebida o alzamiento de bienes pero no como falsificación de moneda, puesta que ésta requiere, en todo caso, un soporte material.

**c) Delincuencia socio-económica.** En todos aquellos delitos socio-económicos en los que la conducta típica, de engaño, apropiación, defraudación..., se lleva a efecto a través de la manipulación fraudulenta de documentos informatizados, como veremos, se han minimizado si no eliminado los problemas para calificar esos comportamientos como típicos.

## **2.5. Otros delitos relacionados directa o indirectamente con la delincuencia informática**

### **a) Pornografía infantil**

Las reformas del Código Penal en esta materia han supuesto la incriminación de nuevas conductas, la incorporación de elementos típicos agravantes y el endurecimiento de las penas, en gran medida por el auge de la pornografía infantil y la facilidad de distribución y acceso que proporciona Internet. Situación que ha sido denunciada por las más diversas instancias internacionales<sup>12</sup>. En un primer momento, por LO 11/1999, de 30 de abril, se introdujo el delito de corrupción de menores, que había sido derogado por el CP de 1995, modificando el art. 189.1 CP. En este apartado se introduce como conducta típica la producción, venta, distribución y exhibición por cualquier medio de material pornográfico en el que se hubieran utilizado menores. Para evitar lagunas de punibilidad, que podría propiciar Internet, se establece una excepción absoluta del principio de territorialidad, de forma que la tipicidad alcanza a los supuestos en los que el material tiene su origen en el extranjero o del que se desconozca su procedencia. Más criticable es la equiparación, en este mismo inciso, de la conducta de producir, vender..., con la de facilitar esas mismas conductas<sup>13</sup>. Por LO 15/2003, se incrementan las penas en estos delitos, se introducen nuevos tipos agravados y, en el art. 189.2 CP, se prevé el castigo de la tenencia para uso propio de material pornográfico en el que se hubieran utilizado menores. Así mismo se prevé el castigo de la llamada pornografía infantil “virtual”, en la que sin utilizar a menores se emplea o utiliza su voz o imagen modificada (art. 189.7 CP). Los argumentos a favor de la incriminación de conductas en las que es difícil justificar la lesión, no ya de la libertad sexual, sino también de la indemnidad

---

11. Cfr. Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del TS, de 28 de junio de 2002.

12. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos...*, op.cit, p. 54 ss., ampliamente sobre las Convenciones y normativa internacional en las que se insta a los Estados a establecer las medidas necesarias para proteger a los menores.

13. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos...*, op.cit, p. 72 ss, analiza las diversas formas en que se distribuye la pornografía en Internet que, en algunos supuestos, podría dificultar su castigo, pero que cabría siempre en la fórmula de “facilitar” la producción, distribución, venta, exhibición...

sexual de menores o incapaces, ponen el acento en la facilidad que se tiene de acceso a esta pornografía y, en consecuencia, el riesgo de que estas personas se introduzcan de lleno en la pornografía infantil real<sup>14</sup>. Problemática que se acentúa dado que la protección alcanza hasta los 18 años, cuando en los abusos sexuales la falta de consentimiento válido se sitúa en los 13 años. Solución discutible desde una perspectiva político-criminal, que, tanto desde un punto de vista de derecho penal material como procesal, se incrementa por la dificultad de determinar la edad. En este sentido, habrá que valorar, primero, la concurrencia de dolo, que requiere el conocimiento de la minoría de edad, y, en caso de dudas, aplicar el principio *in dubio pro reo*.

## b) Descubrimiento y revelación de secretos personales y profesionales

**1º Descubrimiento y revelación de secretos personales.** En la doctrina se ha discutido si la protección de los datos informatizados es un bien jurídico autónomo respecto de la intimidad o no. En esta dirección un sector de la doctrina afirma que en los tipos relacionados con datos informatizados se protege el “derecho a la autodeterminación informativa”<sup>15</sup> o “derecho a la protección de datos personales”<sup>16</sup>. Creo, sin embargo, que esta diferenciación carece de fundamento serio y que con la protección de los datos informatizados lo que realmente se protege es el derecho a la intimidad<sup>17</sup>. No puede olvidarse que la informática es un instrumento idóneo para cambiar o incorporar nuevas modalidades de conductas que atentan contra la intimidad e, incluso, facilitar los ataques. Ello puede justificar una regulación específica, incluso en el ámbito penal, pero no la autonomía del bien jurídico protegido. Por lo demás esta pretendida autonomía sólo serviría para dificultar la protección o formalizarla.

En el art. 197.2 y 3 CP se contempla expresamente tanto el apoderamiento de datos personales que se encuentren en soportes informáticos como el acceso “por cualquier medio” a los mismos<sup>18</sup> y su divulgación, revelación o cesión. La regulación penal atiende a las especiales características que reviste el almacenamiento de datos en soportes informáticos, tomando en consideración la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, modificada por LO 62/2003. En este precepto se

---

14. Cfr. BOLDOVA PASAMAR, “Art. 189”, en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. II (Díez Ripollés/Romeo Csabona Coords.), Ed. Tirant lo Blanch 2004, considera que esta conducta supone un peligro abstracto para la libertad e indemnidad sexual de los menores; en otro sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista Penal* nº 2, 1998, p. 19, incluso antes de la última reforma, consideraba que en algunas de las conductas típicas se castigan prácticas que se apartan de las “sexualmente mayoritarias”.

15. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación*, Ed. Tecnos, Madrid 1990, p. 27 ss.

16. OLIVER LALANA, “El derecho fundamental “virtual” a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas”, *La Ley* 22 julio 2002, p. 1 ss.; en la jurisprudencia constitucional, en el mismo sentido, STC 254/1993 FJ 6º.

17. En el mismo sentido, RUIZ MIGUEL, “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Ed. Coimbra, Janeiro 2004, p. 47.

18. Comete este delito el hacker que accede a datos sensibles, en este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, op.cit., p. 260 ss., citando la sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, de 15 de febrero de 2006, caso Wanadoo.

tipifica, así mismo, la alteración o utilización de datos informatizados en perjuicio del titular de los datos o de tercero. En el art. 197.4 CP se prevé un tipo agravado para los supuestos en los que el autor sea el encargado de los ficheros o soportes informáticos. En el mismo sentido, en el art. 198 CP, se regula otro tipo agravado para los casos en que el autor sea funcionario público, siempre que para la realización de la conducta se prevalga de su cargo.

En esta línea, el Proyecto de Reforma del Código Penal, que entró en el Congreso de los Diputados, el 15 de enero de 2007, y ha quedado en suspenso, establecía que *“La tutela penal de la intimidad y de los secretos ha sido tradicionalmente fragmentaria, y condicionada a la realización de conductas de apoderamiento de papeles, cartas o mensajes, o de instalación de aparatos de captación de imagen o sonido, pero a la vez que la importancia fundamental de ese bien jurídico exige cada vez mayor atención y medidas legales, como son esencialmente las recogidas en la legislación sobre protección de datos, crecen los riesgos que lo rodean, a causa de las intrincadas vías tecnológicas que permiten violar la privacidad o reserva de datos contenidos en sistemas informáticos. Esa preocupante laguna, que pueden aprovechar los llamados hackers ha aconsejado, cumpliendo con obligaciones específicas sobre la materia plasmadas en la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, incorporar al artículo 197 del Código penal un nuevo apartado que castiga a quien por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático. La realidad de que los actos de invasión en la privacidad en todas sus manifestaciones no son siempre llevadas a cabo por individuos aislados ha determinado la incorporación de una cualificación punitiva para todas las acciones descritas en el artículo 197 en el caso de que se cometan en el marco de organizaciones criminales”*.

Esta reforma respondía a la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, y proponía la modificación del apartado 3º del art. 197 CP, tipificando expresamente el acceso ilícito a datos o programas informáticos, siempre que se vulneren medidas de seguridad. Es decir, se configura como un “robo con fuerza”, ¿debemos entender que el “hurto” sería atípico, o, por el contrario, se castigaría conforme al 197.2 CP que, por cierto, lleva aparejada una pena mayor?

## **2º Descubrimiento y revelación de secretos laborales y profesionales.**

En el artículo 199 CP, que tipifica el descubrimiento y revelación de secretos laborales y profesionales, no se contempla de forma específica el hecho de que los secretos se encuentren en soportes informáticos, pero, en principio, debe entenderse que la previsión respecto de los secretos personales tiene eficacia, en los aspectos que ello sea posible, también en este ámbito, ya que ambos preceptos se encuentran en el mismo Capítulo. Infra veremos la problemática que puede suscitar la autoría en estos casos.

## **c) Delitos contra el patrimonio**

**1º Delitos contra el patrimonio de apoderamiento: robo con fuerza en las cosas.** La utilización de tarjetas magnéticas o de cualquier otra modalidad de apertura electrónica para acceder al lugar donde se encuentran los bienes muebles ajenos y apro-



piarse de ellos había planteado problemas sobre si la utilización ilícita de estos sistemas de apertura podía entenderse abarcado por el concepto normativo de “fuerza” previsto en el Código Penal. En la actualidad, la calificación de las conductas en las que se accede a los bienes ajenos utilizando sistemas informáticos puede ser calificada como robo con fuerza y no como hurto. La introducción del párrafo 5º del art. 238 unido al nuevo concepto de llave falsa, previsto en el artículo 239.3º CP, soluciona este debate. Con el art. 238.5º se considera fuerza la inutilización de cualquier sistema de alarma o guarda, lo que implica calificar como fuerza en las cosas la inutilización, por ejemplo, de sistemas informáticos que comuniquen la vivienda con la policía o empresas de seguridad. Así mismo, expresamente, el art. 239.3º CP, a efectos penales, equipara a llave falsa, la utilización de tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia. No obstante, la casuística utilizada al referirse a las “tarjetas” y limitarlas a las perforadas y magnéticas suscita de nuevo lagunas de punibilidad. Ello es así porque hay tarjetas de apertura que no son de esa naturaleza sino que utilizan otros sistemas informáticos<sup>19</sup>.

**2º Delitos contra el patrimonio de defraudación: “delito informático” (estafa a través de manipulaciones informáticas).** Problema similar al anterior suscitaba la discutida “*utilización abusiva de tarjetas de crédito en cajeros automáticos*”, que se había calificado indistintamente como robo con fuerza en las cosas, como apropiación indebida e, incluso, como estafa, aun cuando, como había puesto de relieve la doctrina mayoritaria<sup>20</sup>, fundamentar esta última calificación era muy difícil puesto que en estos supuestos afirmar la concurrencia de engaño que induce a error, error que a su vez provoca la disposición patrimonial era más que discutible<sup>21</sup>. En el artículo 248.2 CP se equipara a la estafa la manipulación informática dirigida a conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero<sup>22</sup>. En consecuencia, este tipo permite calificar como estafa no sólo la “*utilización abusiva de tarjetas de crédito en cajeros automáticos*” sino, también, otros muchos supuestos de estafas, así como apropiaciones indebidas, delitos societarios, alzamientos de bienes... La amplitud del precepto posibilita interpretarlo como tipificación del llamado **delito informático**, al que nos referíamos con anterioridad, ya que los elementos previstos en el artículo 248.2 CP son los mismos que un amplio sector entiende como constitu-

19. En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, op.cit., p. 423 ss.

20. Por todos, vid. MATA Y MARTÍN, “Criminalidad informática: una introducción al Cibercrimen”, en *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Ed. Coimbra, Janeiro 2004, p. 32 ss, ampliamente sobre los problemas que se suscitaban para calificar estas conductas como estafa.

21. En otro sentido, DE LA MATA BARRANCO, “Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular”, *Poder Judicial* nº especial IX 1988, p. 172 ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, “Fraude informático y estafa”, *Actualidad Informática Aranzadi* (11) 1994, p.11, afirmaban que no existe una predeterminación legal del concepto de engaño y que, por consiguiente, no requiere necesariamente una relación directa entre dos personas.

22. La doctrina mayoritaria alemana y un amplio sector de la española estiman que este precepto mantiene el núcleo esencial de la estafa. Cfr. KINDHÄUSER, *Nomos Commentar zum Strafgesetzbuch*, Band 5, 2003, párr. 263º; VOGEL, “Estafa en la UE”, *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo* (Arroyo/Nieto Coords.), Universidad de Castilla la Mancha 2006, p. 45; GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch 1999, p. 453 ss; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Ed. Tirant lo Blanch 2001, p. 69; GONZÁLEZ RUS, *Derecho penal español. Parte Especial* (Cobo del Rosal Coord.), Ed. Dykinson 2005, p. 522; MATA Y MARTÍN, *Estafa Convencional, Estafa Informática...* op.cit, p. 63 ss..

tivos del delito informático: actuación fraudulenta e ilícita, sobre medios informáticos, para obtener un beneficio provocando el perjuicio de tercero<sup>23</sup>. Por LO 15/2003, se introduce un nuevo apartado en el que se tipifican conductas preparatorias para la comisión de estas estafas informáticas, consistentes en producir, introducir, poseer o facilitar programas de ordenador destinados a la comisión de estafas informáticas. El precepto tiene un significado análogo al delito de tenencia de útiles para las falsificaciones, art. 400 CP, en el que también se han incorporado, expresamente, los programas de ordenador como sistema para llevar a efecto la falsificación. En todo caso, incluso aceptando que político-criminalmente sea adecuada su incriminación, atendiendo al principio de proporcionalidad es inaceptable que se castigue con la misma pena un acto preparatorio. Crítica a la que se suma la referente a la tenencia, que habrá que restringir en el sentido de que se pruebe su destino al tráfico, así como la equiparación de “facilitar” a las conductas de producir o introducir que deberá interpretarse como distribuir. Por otra parte, es evidente que los supuestos en los que el programa tenga otras utilidades, la conducta no es típica porque no puede considerarse “específico” para la comisión de estafas informáticas.

La importancia de la utilización de la informática para la comisión de delitos patrimoniales llevó a que, en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007 (PRCP 2007)<sup>24</sup>, en su Exposición de Motivos, se estableciese que: “Entre las estafas descritas en el artículo 248 del Código penal, cuyo catálogo en su momento ya se había acrecentado con los fraudes informáticos, ha sido preciso incorporar la cada vez más extendida modalidad consistente en defraudar utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, realizando con ello operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular. Pero no acabarán ahí las modificaciones penales provocadas por los delitos vinculados a las tarjetas, como más adelante se expondrá.”<sup>25</sup>. Con esta reforma se pretendían dos finalidades, en ambos casos

---

23. Cfr. GONZÁLEZ RUS, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *RECPC* 01-04, 1999, entiende que en este precepto caben todos los casos en los que “se efectúa una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de tercero”; en otro sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, op.cit., p. 480 ss., considera que este precepto no puede considerarse estafa por lo que no puede castigarse la falta ni aplicase las agravantes del art. 250 CP, y se muestra crítico por entender que no respeta el principio de legalidad; CHOCLÁN MONTALVO, “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, *Actualidad Penal* 1997, p. 1079, consideraba que la estafa clásica y la informática no eran asimilables; EL MISMO, *El delito de estafa*, Ed. Bosch 2000, p. 297, matiza su postura anterior y afirma que sí son aplicables las agravantes del art. 250 CP. Para otro sector de la doctrina, estas conductas tienen mayor similitud con los delitos de apoderamiento, en este sentido, ANARTE BORRALLO, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información”, *Derecho y Conocimiento*, en *Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información*, vol. 1, Universidad de Huelva 2001, p. 231; MESTRE DELGADO, *Manual de Derecho penal (Parte especial)*, Ed. Colex 2001, p. 266 ss.

24. Proyecto de Reforma que entró en el Congreso de los Diputados el 15 de enero de 2007. Lo tomo en consideración pese a que por la coyuntura política no es posible que sea aprobado, porque los preceptos analizados en este trabajo responden a Directiva Europea. En consecuencia, es de esperar que, en algún momento, en su caso con modificaciones no muy relevantes, pasen a ser legislación vigente.

25. El PRCP 2007, modificaba el apartado 2. del art. 248, en el siguiente sentido:

2. También se consideran reos de estafa:

...

discutibles desde una perspectiva político-criminal. En primer lugar, se regulaba de forma más amplia algo que ya estaba previsto en el art. 248.2 CP. Ello es así porque la redacción típica del precepto permite castigar no sólo la utilización fraudulenta de tarjetas de créditos sino también la utilización de datos obtenidos de esas tarjetas para comprar en Internet..., conforme a su comprensión como “delito informático”<sup>26</sup>. Por otro lado, se trataba de adelantar de nuevo las barreras de protección castigando tanto la producción como la introducción o el facilitamiento de programas de ordenador destinados a la comisión de estafas informáticas. En el supuesto del llamado *phising* (consistente en obtener, a través de Internet, datos personales sobre números de cuentas bancarios de tarjetas de crédito..., de una persona para crear cuentas falsas, gastar su dinero...), entiendo que no cabría en este segundo apartado. Sin embargo, no es necesaria una tipificación expresa puesto que cuando se usan esos datos estaríamos frente a una manipulación informática, típica conforme al art. 248.2 CP. Las dudas que plantea la doctrina parten de que se trataría de una conducta omisiva que difícilmente encaja en la estafa, sin embargo, no cabe duda de que, independientemente de cómo se hayan obtenido los datos, su utilización fraudulenta es activa<sup>27</sup>.

**3º Defraudaciones: hurto de uso del Software y del Hardware.** La utilización del sistema informático sin costo consiste en el acceso ilegítimo a un sistema informático, para su utilización en beneficio propio, que suponga un perjuicio económico para el titular del sistema informático. En el Código Penal de 1995 se introduce el artículo 256 CP<sup>28</sup>, que protege el uso ilegítimo de los sistemas y medios informáticos. No obstante, en este precepto se hace referencia expresa a las telecomunicaciones pero no a los sistemas informáticos, por lo que, en su caso, se debería

---

...

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran o facilitaren programas informáticos especialmente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular.

26. Cfr. STS 20 noviembre de 2001, establece que la manipulación informática puede consistir en la alteración de elementos físicos o en la introducción de datos falsos. En otro sentido, CHOCLÁN MONTALVO, “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencias de datos”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Ed. Comares 2006, p. 76 ss., plantea dudas, en atención al principio de legalidad, acerca de la tipicidad de la introducción en el sistema de nuevos datos ajenos para realizar compras.

27. Cfr. MATA Y MARTÍN, *Estafa convencional, estafa informática...*, op.cit., p. 86, pone de manifiesto que, aunque inicialmente puedan verse como casos omisivos, son realmente comportamientos comisivos.

28. Artículo 256, modificado por LO 15/2003, *El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses.*

*El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses..*

entender que estos están comprendidos en el art. 255, dentro de “*u otro elemento... ajeno*”. Por otra parte, la nueva regulación, en relación con la anterior al CP de 1995, amplía también las modalidades de conductas típicas, que de acuerdo con el artículo 536 CP 1973, eran muy limitadas. Según el artículo 255. 3º CP, serán conductas típicas todas aquellas que sean adecuadas para defraudar una energía, fluido o elemento ajeno cualesquiera que sea el “*medio clandestino*” utilizado para lograr dicha defraudación. Por tanto, cualquier acceso ilícito al sistema informático podría calificarse como “*medio clandestino*”, siempre que sea necesario utilizar claves ajenas. Incluso con el sistema WIFI, excepto si es en abierto, precisa introducir una clave para poder acceder.

#### **d) Delitos contra el patrimonio sin enriquecimiento: Sabotaje informático.**

La protección del Software y de los datos informatizados se tipifica, de modo específico, en el artículo 264. 2 CP que castiga los daños producidos sobre cualquier elemento informático. En este precepto se amplía el concepto tradicional de daño, siguiendo la teoría funcional de la utilidad, a los supuestos de destrucción, alteración o inutilización de datos, programas o documentos. Con ello se pretende contemplar, por un lado, la especial característica de los daños informáticos –ocasionados por medios distintos a la mera destrucción física– y, por otro, la especial gravedad del perjuicio originado con esta modalidad de daños, sobre todo si se tiene en cuenta el relativamente bajo o nulo valor material del soporte físico que se destruye o incluso la inexistencia de destrucción, en sentido estricto<sup>29</sup>. La especial protección penal de los medios informáticos se entiende mejor si ponemos en relación este delito con la cláusula concursal prevista en el artículo 278. 3 CP, a la que hicimos referencia, en la que se considera concurso de delitos y no de leyes la concurrencia, junto al descubrimiento de secretos de empresa, de la destrucción, alteración o inutilización de estos datos informatizados. En relación con el problema que advertíamos en el apartado anterior, la regulación del sabotaje informático, ubicada entre los delitos de daños, dificulta entender como típica la destrucción de soportes informáticos por el propio creador del programa, ya que el artículo 264.2 CP, lógicamente, al tratarse de un delito contra la propiedad, se refiere a la causación de daños en programas “ajenos”, por lo que en los supuestos de destrucción del programa por su autor será difícil la consideración de esta conducta como típica.

En relación con el llamado sabotaje informático en el PRCP, se introducían modificaciones, justificadas en base a que: “*Pasando ahora al delito de daños valga decir que la reforma no ha hecho otra cosa que unir los actuales arts. 263 y 264, para facilitar la comprensión del sentido de unas normas que no tenían que estar separadas al tratarse siempre de la misma conducta variando en función de medios y de finalidades. En cambio, resultaba inadecuada la presencia de la destrucción de documentos, datos o programas contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos, que reciben su propia regulación en el siguiente artículo 264, que se destina en exclusiva a las diferentes modalidades de ataques a los sistemas informáticos entre las cuales los antedichos daños son sólo una posibilidad. Con esa especialización*

---

29. Cfr. CORCOY BIDASOLO, “Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños”, *La Ley* vol. 1, nº 2400, 1990, *passim*, ampliamente sobre la diversidad de conductas que caben en este concepto y la analogía de estas conductas con los daños comunes, si se interpretan conforme al concepto funcional de daño. Es decir, daño no como destrucción sino como inutilización.

de los daños se completa el cumplimiento de la ya mencionada DM 2005/222/JAI sobre ataques contra los sistemas de información.”<sup>30</sup>. En la propuesta, sin embargo, aunque pretendidamente tratara de incorporar nuevas conductas típicas, al utilizar una técnica legislativa casuística, introduce nuevos verbos típicos que serían subsumibles en los ya previstos y la misma finalidad de exhaustividad puede dar lugar a lagunas de punibilidad no justificadas. En sentido positivo, es adecuada tanto la incorporación de tipos agravados como la limitación de la tipicidad a supuestos que revistan gravedad. Esto último es especialmente relevante sobre todo teniendo en cuenta que en esta modalidad de daños no existe un requisito de punibilidad que limite la tipicidad, como sucede con la cuantía superior a 400 euros, en los daños comunes.

## e) Delitos contra la propiedad intelectual

**1º Protección del Software**<sup>31</sup>. La protección penal de los derechos de autor del creador de un programa informático se tipifica en el art. 270 CP, ya que el programa de ordenador, de acuerdo con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI), es objeto de protección según el art. 10. 1. i) de dicha ley<sup>32</sup>. En consecuencia, los programas de ordenador, en cuanto a su protección penal, se equiparan a las obras literarias, artísticas o científicas. La protección de los programas en la LPI, se ha de poner en relación con la L 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que pretende unificar la legislación europea en materia de protección de los programas de ordenador y establece los límites, titulares y requisitos de la protección de los programas. De acuerdo con esta normativa, art.

---

30. Art. 264. PRCP 1. *El que sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

3. *Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

1º. *Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.*

2º. *Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.*

4. *Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3.”*

31. Ampliamente sobre la protección penal del software, MATA Y MARTÍN, “Perspectivas sobre la protección penal del software”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales* (Romeo Casabona Coord.), Ed Comares 2006, p. 97 ss.

32. Cfr. MATA Y MARTÍN, “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, en *Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos* (Fernando Galindo Coord.), Ed. Thomson-Civitas 2006, p. 299 ss, críticamente sobre la protección penal de los programas de ordenador en el Código Penal.

1º 1, los programas se asimilan a las obras literarias o artísticas, siguiendo la directriz establecida en el Convenio de Berna. Según el art. 1º 3, se protegen únicamente los programas originales, en el sentido de que sean una creación intelectual propia del autor, excluyendo de esta protección los programas que tengan como finalidad ocasionar efectos nocivos en un sistema informático, art. 1º 4. Esta excepción tiene una especial importancia dados los gravísimos perjuicios que se han ocasionado a través de la utilización de programas destructores –*crash programs*–. Los programas destructores, aun cuando sean originales, no pueden ser objeto de protección ni a través de la Ley de Propiedad Intelectual ni, por consiguiente, por los delitos contra la propiedad intelectual. Un problema particular, que no ha sido contemplado, ni en esta normativa ni en el Código Penal, es la utilización de estos programas destructivos por el propio creador de un programa que ha sido vendido a un tercero, al que le destruyen sus soportes informáticos. En el art. 270.3 CP. se castiga la creación, puesta en circulación y tenencia de un programa destinado a inutilizar los sistemas de protección de otro programa<sup>33</sup>. Partiendo de que, tratándose de actos preparatorios<sup>34</sup>, protegidos además civilmente, es discutible que esté legitimada la intervención penal, no se entiende la razón por la cual este precepto limita la conducta típica a los supuestos en que el programa destructor esté dirigido a suprimir dispositivos de protección y no se castiga la creación, puesta en circulación o tenencia de programas que tengan como finalidad ocasionar efectos nocivos en estos mismos programas.

**2º Protección de los derechos de autor.** Internet, junto con los más diversos sistemas reproductores, al alcance de cualquiera, ha propiciado el acceso ilegítimo a obras originales protegidas a través de la LPI, al igual que los programas de ordenador a los que se hizo referencia<sup>35</sup>. Este acceso puede llevarse a efecto con fines comerciales o para uso propio o de un grupo. El término *piratería* se concibe como la comercialización y distribución de obras protegidas por la LPI a través de Internet. En la reforma de la LPI por Ley 23/2006, se trata, entre otras cuestiones, de trasladar el modelo tradicional de canon analógico al canon digital, restringir el concepto de copia privada al ámbito doméstico y regular la instalación de medidas tecnológicas anticopia. Pese a toda esta normativa sigue siendo muy sencillo acceder a todo tipo de obras (música, cine, fotos, libros...) en toda clase de soportes (DVD, CD...) por precios cuasi simbólicos o gratis. El hecho de que muchas de estas conductas sean irrelevantes, valoradas individualmente, y de que tengan como única finalidad el uso de la obra obtenida, dificulta la protección legal y muy especialmente la penal, desde el momento en que el art. 270 CP requiere ánimo de lucro. Cuestión diferente son las organizaciones que se

---

33. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP. A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”, RECPC 04-16 (2002).

34. Para algunos autores no todas las conductas previstas en el art. 270.3º CP, son actos preparatorios sino sólo la tenencia. En este sentido, JORGE BARRERO, *Comentarios al Código penal* (Rodríguez Mourullo Dir./Jorge Barreiro, Coord.), Madrid 1997, p. 775; GÓMEZ MARTÍN, RECPC 04-16 (2002).

35. La Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, trata de adecuar los derechos de autor y conexos al entorno digital, asumiendo las obligaciones contraídas en el marco de los Tratados Digitales OMPI (WCT Y WPPT). En la misma dirección se suceden diversas leyes y reglamentos al socaire de la normativa europea, entre los que cabría reseñar la Ley 19/2006, de 5 de junio, para facilitar la aplicación de reglamentos comunitarios en esta materia y la reforma de la LPI, por Ley 23/2006, de 7 de julio.

dedican a la copia y posterior comercialización de obras obtenidas ilícitamente. Respecto de los particulares se ha suscitado un duro enfrentamiento entre las sociedades que gestionan los derechos de autor y las asociaciones de consumidores y usuarios. Sin entrar a fondo en esta cuestión, por exceder con mucho de la finalidad de este trabajo, lo cierto es que no se pueden poner “puertas al campo” y que, independientemente de a qué consenso se llegue, carece de sentido la intervención penal. Entre otras razones, porque la redacción actual de los delitos contra la propiedad intelectual determina que el bien jurídico protegido se circunscriba al ámbito patrimonial<sup>36</sup>. Como decía, la exigencia típica de ánimo de lucro determina que queden fuera del ámbito penal todas las actividades de esta naturaleza realizadas de forma altruista, puesto que el ánimo de lucro debe ser interpretado estrictamente como lucro comercial<sup>37</sup>.

**3º Protección de la topografía de un producto semiconductor**<sup>38</sup>. En el art. 273.3. CP, se protegen, dentro de los delitos contra la propiedad industrial, estos elementos informáticos cuando, conociendo que están registrados, se fabriquen, importen, posean, utilicen, ofrezcan o introduzcan en el comercio, sin el consentimiento del titular. Una vez más en estos ámbitos relacionados con la informática o mejor con las nuevas tecnologías se tipifican actos preparatorios, diferentes a los previstos en el art. 17 de la Parte General del Código Penal. Ello cuando la tipicidad de los actos preparatorios debería ser excepcional, en atención al principio de lesividad, y, de nuevo, con igual pena que las conductas a las que preceden, con evidente conculcación del principio de proporcionalidad. Consecuentemente, la doctrina<sup>39</sup> y jurisprudencia interpretan restrictivamente el tipo excluyendo la tipicidad en todos aquellos supuestos en los que esos elementos informáticos se posean para realizar copias privadas o/y que no sean específicos para eliminar o neutralizar la protección.

## f) Delitos contra el mercado

**1º Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa: espionaje industrial.** En el art. 278 CP se prevé, expresamente, el descubrimiento de secretos de empresa a través del apoderamiento de soportes informáticos. La diferencia con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos personales, profesionales o laborales debe delimitarse a partir del bien jurídico protegido, según afecte a la intimidad o al sistema económico y/o el patrimonio, y según la naturaleza de los datos descubiertos o revelados. Así mismo, cuando esos datos estén protegidos por la ley de propiedad industrial, estaremos ante un concurso de leyes. El delito está regulado de tal forma que se castiga el mero apoderamiento de los secretos, con lo que no se plantea el

---

36. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Los derechos de autor conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *ADPCP* 1990, p. 803 ss

37. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos...*, op.cit, p. 98 ss, ampliamente sobre el *altruismo* y el concepto de ánimo de lucro.

38. Por topografía de productos semiconductores se entiende la disposición y diseño de los elementos y capas del circuito cerrado de “chips” empleados en el sector de la electrónica, el automóvil o la telefonía.

39. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos...*, op.cit, p. 102 ss, entiende que en todo caso será necesario el ánimo de lucro. Por su parte la Circular de la FGE 15/2003, pone de manifiesto la licitud de quien está en posesión de un medio apto para obviar la protección con el objeto de realizar una copia privada en los términos que autoriza la LPI, en su art. 25, tras la reforma operada por Ley 23/2006.

problema que, en general, en estos casos se suscitaba cuando el autor es un empleado o un ex-empleado de la empresa. El apoderamiento de datos secretos de la empresa será típico sea quien sea el autor y tenga o no obligación de secreto. Esta interpretación se deriva de la redacción típica y de que en el art. 279 CP se prevé un tipo agravado para el supuesto en que quien se apodere de los datos “tuviera legalmente obligación de guardar reserva”. En el apartado tercero del art. 278 CP, se establece una cláusula concursal según la cual en el supuesto de concurrir el descubrimiento y revelación de secretos empresariales con la destrucción de soportes informáticos estaremos frente a un concurso de delitos y no de leyes, lo que supone otorgar una especial autonomía a la informática como objeto de protección penal.

**2º. Acceso ilegítimo a sistemas de comunicación y servicios.** Se discute la ubicación sistemática entre los delitos contra el mercado y consumidores, al afirmar que se protegen los intereses de las empresas concesionarias o prestadoras de servicios y, por consiguiente, el patrimonio privado<sup>40</sup>. No obstante, en este supuesto, como en la mayoría de delitos contra el mercado y los consumidores, se protege, junto a un interés patrimonial privado, el mercado y la libre competencia. El art. 255 CP tipifica la defraudación de telecomunicaciones, a través de ampliar expresamente a los sistemas de telecomunicaciones, los supuestos clásicos de defraudación de fluido eléctrico y análogos. La analogía se mantiene no obstante, puesto que se incluye, como objeto del delito, cualquier “otro elemento, energía o fluido ajeno”. Este precepto al delimitar las conductas típicas no abarca supuestos como el *Phreaking* (uso de frecuencias de audio para utilizar teléfonos ajenos) o el *Wardriving* (utilización no consentida de conexiones inalámbricas como el WI-FI o el Bluetooth), Excepto si aplicamos la cláusula genérica del art. 255. 3º, relativa al “empleo de medios clandestinos”, que en relación con las conductas enunciadas supone equiparar a “medios clandestinos” la ausencia de consentimiento del titular<sup>41</sup>. Conductas que, sin embargo, en principio, podrían ser calificadas conforme al art. 256 CP, que tipifica el uso de terminales de telecomunicaciones sin el consentimiento de su titular<sup>42</sup>. El problema esencial estriba, en ambos casos, en la exigencia de un perjuicio superior a 400 euros, ya que, con independencia de la dificultad de valorarlo, en la mayoría de supuestos el titular tiene tarifa plana, por lo que el uso por tercero no le perjudica. Ello explica que las sanciones en este ámbito sean de naturaleza administrativa y se centren en los supuestos de utilización de sistemas de telecomunicación ajena por parte de hoteles, bares y comunidades de propietarios.

---

40. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal. Parte Especial* (A.A.V.V.), Ed. Tirant lo Blanch 2004, p. 588 ss.

41. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos...*, op.cit, p. 152 ss, considera sin embargo que estas conductas pueden castigarse conforme al art. 255 3º CP.

42. FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos...*, op.cit, p. 153, entiende que estas conductas no pueden castigarse conforme al art. 256 CP porque no es necesario el acceso físico a un terminal ajeno.



### **g) Delitos contra intereses supraindividuales.**

1º Atentados contra la seguridad nacional: revelación de secretos relativos a la seguridad nacional.

2º Atentado contra la integridad de los procedimientos basados en la informática y en los procesamientos de datos: delitos de falsedades.

3º Atentados contra la legitimación democrática de las decisiones parlamentarias vinculadas a los ordenadores: delitos electorales.

## **3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA INFORMÁTICA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL SUJETO PASIVO**

**3.1.** El particular funcionamiento de los sistemas informáticos, en unos casos, y los problemas de definición de la titularidad en otros condicionan la atribución de responsabilidad en los delitos cometidos a través de sistemas informáticos o contra éstos. A ello se suma el problema de identificación de los autores en base al teórico anonimato que proporciona la red, aun cuando ello suponga un problema de prueba que la propia tecnología puede facilitar, como de hecho se está comprobando. Desde la perspectiva del Derecho penal material, en particular, en los delitos cometidos a través de Internet, el problema esencial es determinar quién o quiénes son responsables jurídico-penalmente de entre todos los intervinientes. Es necesario saber a quién son imputables los hechos ilícitos y quiénes son meros facilitadores o tenedores. En particular, se plantea la responsabilidad de los intermediarios de servicios que hacen posible el acceso y transmisión de la información a través de la red<sup>43</sup>. La cuestión se complica cuando, como sucede en los delitos de corrupción de menores, se castiga la mera tenencia de pornografía infantil, incluso virtual.

**3.2.** Se ha planteado la posibilidad de aplicar la llamada responsabilidad en cascada, art. 30 CP, como concepto tradicional de autoría para delitos cometidos en medios de comunicación. *De lege lata* es posible aplicar el precepto porque finalmente Internet es un medio de comunicación aun cuando se suscita la cuestión derivada de la redacción del precepto que limita la aplicación a “medios o soportes de difusión mecánicos”. Para algunos autores ello impide la aplicación del precepto porque deja fuera todos los medios de comunicación no mecánicos, es decir, no sólo Internet sino también la radio o la televisión<sup>44</sup>. Otro sector doctrinal entiende, por el contrario, que la drástica limitación de la aplicación del precepto a modos de impresión técnicamente poco avanzados y casi desaparecidos supondría su inaplicación y que, sin embargo, con una interpretación teleológica y no literal es posible su aplicación<sup>45</sup>. Con independencia de las críticas que merece este precepto, Internet tiene un sistema de funcionamiento muy diferente a los tradicionales, especialmente, en lo que respecta a los ámbitos de responsabilidad.

---

43. Cfr. MATA Y MARTÍN, “Criminalidad informática: una introducción al Cibercrimen...”, op.cit, p. 205.

44. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Ed. Akal/lure 1996, p. 90

45. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinencia. La autoría y participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Ed. Comares 2000, p. 126 s. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, Ed. Aranzadi 2000, p. 650 s., afirma que el concepto mecánico sólo excluye los supuestos de comunicación personal, oral o escrita.

Los ámbitos de responsabilidad en los que se basa el sistema de responsabilidad en cascada son diferentes, puesto que Internet se caracteriza por la ausencia de una organización jerárquica, sistema que está en el origen del art. 30 CP. No hay que olvidar, sin embargo, que el fundamento de este precepto es, entre otras razones, evitar lagunas de punibilidad cuando el autor directo de los hechos no reside en España, cuestión que puede suscitarse en muchos casos en base a la utilización de Internet<sup>46</sup>.

**3.3.** La problemática surge en relación con la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por contenidos ilícitos ajenos, es decir, que han sido creados por un tercero. En el ámbito civil y administrativo se han desarrollado sistemas de responsabilidad a nivel europeo a partir de la Dir. 2000/31 CEE, seguida por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). En esta ley se establecen las condiciones de responsabilidad de las diversas modalidades de intermediación: 1º operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14); 2º servicios de copia temporal de datos solicitados (art. 15); 3º servicio de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 16); 4º servicios de enlace a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17). Con independencia del casuismo de la ley es manifiesta su finalidad de imputación de responsabilidad por actividades y contenidos ajenos. Para la atribución de responsabilidad civil o administrativa el requisito esencial es que el intermediario conozca la ilicitud del contenido y/o la posibilidad de que esos elementos sean idóneos para lesionar derechos de terceros. En el caso de que el intermediario conozca la ilicitud, para eludir la responsabilidad debe impedir el acceso de terceros a esa información. En la misma línea se desarrollan los deberes de colaboración de los prestadores de servicios con las autoridades. En el art. 11 LSSI se establece la interrupción de la prestación o retirada de los contenidos por parte de los prestadores de servicios establecidos en España. En el art. 36 LSSI se establece que los prestadores de servicios deben proporcionar esa información a las autoridades competentes y permitir el acceso al personal investigador.

**3.4.** Esta ley establece un ámbito de responsabilidades administrativas que puede ser utilizado, desde las diversas teorías de la competencia vigentes en el ámbito penal, para imputar responsabilidad penal cuando esa información o lesión de derechos de terceros constituyera delito. Para ello hay que diferenciar, en primer lugar, entre contenidos delictivos propios y ajenos. Conforme a la LSSI, se entienden por propios no sólo

---

46. Cfr. STS 14 julio 1993, establece que: *“En el relato histórico de la sentencia constan los elementos que para aplicar la responsabilidad que a los directores de la publicación en que se inserte el texto delictivo señala, en defecto del que realmente haya sido autor de dicho texto, el art. 15 CP. 1º que el autor del texto aunque conocido, no está domiciliado en España, lo que aquí se da, pues tal autor residía en Portugal, siendo además de nacionalidad portuguesa, y 2º el acusado era el Director del periódico “DIRECCION002”, coordinando en cuanto tal al Subdirector y Jefes de Área y teniendo la facultad de aceptar o rechazar la publicación de cualquier artículo o publicación. Siendo de destacar que se cumple también, contra el criterio mantenido por la Sala “a quo”, el requisito de no ser exigible la responsabilidad del autor material ya que, siendo nacional del país en que reside, no puede ser reclamado para responder penalmente en España, que es la condición impuesta para la sucesión de la responsabilidad en cascada por el art. 15 referido, que lo que pretende es que esa clase de hechos en los que la autoría queda limitada por el juego de los arts. 13 y 15 CP, no por ello sean sustraídos a la jurisdicción penal española cuando el delito se cometa en el territorio o en las condiciones en que tal jurisdicción tiene su ámbito de actuación. Sin que el hecho de intentarse una acción penal contra aquél en el país de su residencia pueda considerarse suficiente para excluir la concurrencia de tal condición, toda vez que se desconoce las circunstancias y resultado de dicho intento.”*

los creados directamente por los prestadores de servicios o intermediarios sino también aquéllos respecto de los que haya originado la transmisión o efectuado la selección de los datos o de los destinatarios de los mismos. No obstante, no puede pasarse por alto que, desde una perspectiva penal, en estos casos se trata realmente de una cooperación en un hecho ajeno. Sin embargo, siempre que se conozca la ilicitud puede hablarse de participación porque el delito no se ha consumado, ya que es necesaria la intervención del prestador de servicios para que esos datos puedan lesionar un bien jurídico, ya sea la intimidad, la indemnidad o la propiedad. El problema surge respecto de la posibilidad de condenar a un partícipe desconociéndose quién es el autor, debido al principio de accesoria limitada de la participación. Ello explica la equiparación de las conductas de facilitamiento a las de ejecución directa en diversos delitos relacionados con las nuevas tecnologías<sup>47</sup>. No obstante, la Parte Especial del Código Penal no puede servir para derogar los principios generales establecidos en la Parte General, en este caso, en relación con la autoría. En consecuencia, en el proceso se deberá probar que ese autor desconocido ha realizado un hecho antijurídico.

**3.5.** Respecto de la responsabilidad por contenidos ajenos, es decir, por incumplimiento de los deberes de vigilancia que se establecen en la LSSI, las dificultades son mayores y debe plantearse si político-criminalmente es conveniente la intervención del Derecho penal en el control de los contenidos de la Red. En principio, deberíamos partir de la inexistencia de una obligación general de control por parte del proveedor en relación con los contenidos y actividades ajenas, al menos desde la perspectiva penal. No obstante, existe también la posibilidad de establecer obligaciones penales de control de esas actividades y contenidos ilícitos. No sería algo muy diferente de la regulación generada en relación con la receptación en los artículos 301 al 303 CP, donde, entre otras conductas, se castiga a quien transmita bienes a sabiendas de que tienen su origen en un delito o realicen cualquier otro acto para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir el castigo. Si político-criminalmente se ha considerado legítimo castigar a quien actúa con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, en mayor medida puede entenderse legítimo obligar a actuar para impedir la consumación de un delito. No obstante, existiendo la previsión de sanciones administrativas por el incumplimiento de esta labor de vigilancia, en todo caso, la intervención penal debería reservarse para conductas dolosas de los prestadores de servicios<sup>48</sup>.

**3.6.** La cuestión de quién es, o quién puede ser, sujeto pasivo se suscita especialmente en la protección de datos informatizados y del *Software*. En primer lugar, respecto de la protección de la intimidad en algunas normativas europeas –Austria, Dinamarca, Islandia, Luxemburgo y Noruega– se reconoce este derecho también respecto de las personas jurídicas. Un sector doctrinal considera que de esa forma también se protegen los derechos de las personas físicas que las integran<sup>49</sup>. La cuestión es compleja en atención a la tendencia a equiparar a todos los efectos la persona física

---

47. Vid. *Supra*, 2.

48. En otro sentido, MATA Y MARTÍN, “Criminalidad informática...”, cit., p. 230, propone que también pudiera castigarse el incumplimiento imprudente del deber de vigilancia por parte del prestador de servicios.

49. Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, CEC, Madrid 1993, p. 49 s.

a la jurídica. Ello, no obstante, y partiendo de que se protege la intimidad como derecho subjetivo, entiendo que sujeto pasivo puede serlo exclusivamente la persona física. Cuestión distinta es que se protejan determinados datos de la persona jurídica, en cuanto tengan un valor económico, tal y como sucede en el art. 278 CP.

**3.7.** En la estafa informática también se suscita el problema de quién es realmente el sujeto pasivo, puesto que en algunas estafas quién sea el perjudicado depende de situaciones contractuales de aseguramiento. La llamada estafa triangular en la que la persona engañada es diferente de la perjudicada ha existido siempre. Esta situación es, sin embargo, la común en la estafa informática puesto que al producirse la disposición patrimonial como consecuencia de una manipulación informática la determinación de quién es el perjudicado dependerá de las relaciones contractuales entre la terminal informática manipulada, los titulares de la empresa que gestiona el patrimonio y el titular de ese patrimonio. En la STS 1472/2004, de 21 de diciembre, se plantea un supuesto de estafa informática. El acusado Jesús, recurrió la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, porque no había aplicado la excusa absolutoria de parentesco, cuando era el hijo de la titular de la cuenta corriente de la que se retiraron 30.000 euros, a través de la manipulación de una terminal propiedad del BBV, vinculado a esa cuenta corriente. Terminal que se encontraba en la empresa de la que eran propietarios los padres. En la sentencia del Tribunal Supremo se afirma que el art. 268 CP no es aplicable porque la acción no se dirigió contra el patrimonio de los padres del recurrente, sino que fue realizada empleando instrumentos informáticos que se encontraban en el ámbito de dominio de éstos y que permitían efectuar disposiciones sobre el patrimonio del mismo. En la sentencia se afirma que lo importante es saber quién fue el sujeto pasivo de la estafa informática, pues sólo el perjudicado puede ser sujeto pasivo, conforme al art. 268 CP<sup>50</sup>.

**3.8.** La atribución de responsabilidad no es fácil, en algunos casos, como consecuencia de la concreta relación vendedor-propietario-cliente, derivada de la especial naturaleza de los contratos de servicios informáticos y de las empresas de Software. Esta situación contractual dificulta la calificación del sujeto que realiza materialmente la conducta como autor en sentido penal<sup>51</sup>. En relación con el Software el problema de fondo es determinar quién tiene la titularidad de los derechos sobre el Software, así como qué derechos adquiere quien lo compra. En España se ha optado por la

---

50. En este sentido, STS 1472/2004, establece que: “Como es sabido en el delito de estafa tanto es el sujeto pasivo del delito el sujeto que obra por un error al que ha sido inducido mediante engaño y realizó la disposición patrimonial, como el que sufre el daño patrimonial, que puede ser un sujeto distinto del que realizó la disposición patrimonial. El tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa clásica. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responde al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin error. De manera que el sujeto pasivo sólo puede ser el titular del patrimonio perjudicado. En el presente caso, no cabe duda que el perjudicado ha sido el Banco y, por lo tanto, es el sujeto pasivo del delito”.

51. En particular, respecto de los delitos de daños -sabotaje informático-, por la determinación de a quién pertenece la titularidad de la propiedad sobre el programa o los datos destruidos y, por otro lado, respecto de aquellos supuestos en los que el vendedor o el propietario del programa utilizan el sabotaje como medida coactiva para realizar determinados derechos que sustentan sobre el programa.

protección de los derechos sobre el Software a través de la propiedad intelectual, equiparándolos a las obras literarias (art. 1 Ley 16/1993, 23 diciembre, de Propiedad Intelectual). En el art. 270. 1. CP se incluyen tanto los derechos morales del autor como los de explotación. Ello suscita la cuestión de que estos programas se llevan a efecto, generalmente, en el seno de empresas, por personas que trabajan en ellas como informáticos. ¿Quién ostenta el derecho, la empresa o el autor? En otros casos el problema surge por la necesidad de acudir a estructuras de autoría mediata para poder atribuir la responsabilidad a un sujeto; e incluso, en ocasiones, se plantea la duda sobre la propia existencia de un autor, en sentido estricto, así, por ejemplo, cuando la alteración de datos es consecuencia de una orden del propio ordenador.

**3.9.** El tratamiento de los supuestos en los que la destrucción se realiza por el titular del programa, en ejercicio de un presunto derecho sobre el propio programa destruido debe encontrar una respuesta acorde con criterios de política-criminal. Ello no únicamente respecto del ámbito de la informática, sino de carácter general sobre la conveniencia o no de la creación de un tipo específico de realización arbitraria del derecho propio, que no quede cubierto por el actual art. 337 CP. Aun cuando si, en el ámbito del delito de realización arbitraria del propio derecho, se utilizara el concepto de violencia que la jurisprudencia aplica en las coacciones no existiría ningún problema para condenar conforme a este precepto.

**3.10.** Respecto del sujeto pasivo, en relación con la pornografía, se suscitan problemas respecto de la forma de impedir el acceso a menores. En particular, en el supuesto del art. 186 CP, de facilitar material pornográfico a menores, máxime cuando se trata de prestadores de servicios. La solución se ha buscado a través de la exigencia de que esos contenidos no sean de libre acceso. En el fondo la misma solución adoptada respecto de las revistas y otros materiales pornográficos, aun cuando los medios previstos deban ser diferentes. Respecto de la corrupción de menores se plantea la cuestión del límite de edad, al que me refería supra, puesto que está fijado en los 18 años. ¿Está justificado que se limite en mayor medida la intervención en la producción de material pornográfico que en los abusos sexuales?

## 4. EL TIPO SUBJETIVO EN ESTOS DELITOS

**4.1.** En principio, los problemas que suscitan las diferentes modalidades delictivas cometidas a través de la informática, en relación con el tipo subjetivo son mínimas. Muchos de los problemas surgen de la confusión entre móvil y dolo, algo que no es característico de estos delitos sino que se trata de una confusión bastante generalizada en nuestra doctrina y jurisprudencia. Los problemas se originan en aquellas modalidades delictivas en las que *ex ante* se desconoce el efectivo alcance que tendrá la conducta. Aun cuando no se exija que el sujeto conozca y quiera el resultado lesivo, para que una conducta pueda calificarse como dolosa el autor debe conocer el efectivo y exacto peligro que ésta supone. Sólo los resultados que sean realización de este peligro conocido por el sujeto pueden ser imputados a la conducta. Nos encontramos, por tanto, frente a supuestos que deberíamos calificar como *dolus generalis*. En relación con la pornografía la cuestión se complica porque incluso cuando el material pornográfico sea de acceso previo pago, no puede excluirse que los menores accedan puesto que son los que mayor habilidad han desarrollado para acceder a páginas de pago, codificadas, protegidas...

**4.2.** En relación con el dolo del sujeto activo, en la corrupción de menores, sobre todo desde el momento en que se castiga no sólo la producción de material pornográfico con menores, sino también la difusión e incluso la tenencia, se planteará en muchos casos el problema del conocimiento de esa minoría de edad. El desconocimiento de la minoría de edad que, no olvidemos, está fijada legalmente en los 18 años, excluye el dolo y, en consecuencia la tipicidad.

**4.3.** En otros casos, la cuestión es relativamente más compleja porque puede tratarse de dolo sobrevenido, cuando se accede casualmente a información que afecta a la intimidad o a la indemnidad sexual. Entiendo que en esos casos no puede hablarse de dolo respecto del acceso, por lo que el descubrimiento del secreto o de la pornografía serán atípicos. Sin embargo, la posterior revelación, en el caso de los secretos, si sería típica como delito de revelación de secretos. En el caso de la pornografía infantil, al castigarse la tenencia para uso propio, en cuanto el sujeto advierta que se trata de material pornográfico con menores y no lo destruya concurrirá dolo.

**4.4.** También es problemático el tipo subjetivo en el supuesto de los intermediarios que no impiden el acceso de terceros a información de esa naturaleza o que pueda lesionar sus intereses económicos. Como veíamos, precisamente en este punto la dificultad de probar la existencia de dolo, junto a la peligrosidad de las conductas negligentes en el cumplimiento del deber de vigilancia, ha llevado a que se proponga el castigo de la comisión imprudente.

**4.5.** Relacionado con el conocimiento y con el error, aun cuando en el ámbito de la culpabilidad se pueden suscitar errores de prohibición. Ello es así porque determinadas actividades pueden ser lícitas en unos países y en otros no. ¿Se puede exigir a los intermediarios y prestadores de servicios conocer la legislación de los países a donde pueden transmitirse esos datos?<sup>52</sup>.

## 5. ACTOS PREPARATORIOS, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

**5.1.** La especificidad de las conductas en las que se utilizan sistemas informáticos plantea graves dificultades en algunos de estos delitos. Así mismo, en este ámbito surge una política criminal extensiva en la que se castigan actos preparatorios, en unos casos, y de cooperación, posteriores al inicio de la ejecución, en otros, que dificultan la aplicación de los esquemas clásicos. Así, por ejemplo, la conducta de prestadores de servicios que transmiten datos o definen destinatarios se trata de un supuesto de participación posterior a la creación de los datos pero que se produce con anterioridad a la consumación y, en muchos casos, sin connivencia con el autor. Ello es así porque la consumación requerirá, en unos casos, el acceso a los datos –datos personales o pornografía– y, en otros, que el engaño produzca un error en el destinatario y éste realice la disposición patrimonial, y el envío a los destinatarios, e incluso la selección de éstos, depende de los prestadores de servicios.

---

52. MORALES GARCÍA, "Criterios de atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* (Morales Prats/Morales García coords.), Ed. Aranzadi 2002, p. 208 s.

**5.2.** En el sabotaje informático, el problema se plantea especialmente en aquellos casos en los que media un lapso de tiempo entre una conducta, en sí misma sin eficacia lesiva, y otra, que provoca directamente los resultados lesivos, pero únicamente, en tanto en cuanto existía esa conducta previa. En los supuestos en los que, para que se inicie la destrucción de los datos o programas, ha de pasar únicamente un lapso de tiempo se suscitan ambos problemas: inicio de la ejecución y momento de la consumación.

**5.3.** Otra cuestión a considerar se suscita en aquellos casos en los que se introduce una página web o se mandan correos electrónicos destinados a engañar a los destinatarios de forma que realicen una disposición patrimonial que les va a producir un perjuicio económico. El problema estriba en que dada la naturaleza intersubjetiva del engaño en la estafa, no puede afirmarse que el engaño sea idóneo *ex ante* para provocar el error<sup>53</sup>. Por consiguiente, no puede calificarse como tentativa de estafa múltiple estas conductas puesto que sólo en algunos casos es posible ya *ex ante* la consumación.

**5.4.** Sobre la introducción de nuevos tipos que pueden calificarse de actos preparatorios, como sucede con el art. 270.3º CP, se plantea una cuestión de legitimidad, en la que aparte de la consideración estrictamente penal, debe tomarse en consideración que se trata de conductas protegidas civil y administrativamente. El problema no es tanto el que estemos frente a delitos de peligro abstracto<sup>54</sup> sino sobre la necesidad y merecimiento de pena de estas conductas. Algunos conciben estas conductas como tentativa respecto de la reproducción ilícita o plagio de un programa. Sin embargo, entiendo que en este caso, para poder hablar de tentativa se suscitan dos problemas: 1º) No necesariamente se dará la inmediatez temporal que requiere la tentativa; 2º) Será regla, casi general, que los autores de estos actos preparatorios sean diferentes de aquellos que copien o plagien el programa. En todo, es necesaria una interpretación restrictiva del tipo ya que, conforme a la legislación extra-penal, las conductas no serán típicas cuando se trate de dispositivos utilizados para realizar copias de seguridad y privadas. Por consiguiente, el tipo concurre cuando la conducta consista en la fabricación, puesta en circulación o tenencia de medios que sólo sirvan para la neutralización o supresión de dispositivos técnicos de protección de sistemas informáticos<sup>55</sup>.

## **6. IMPUTACIÓN DEL RESULTADO. PROBLEMÁTICA CONCURSAL. PARTICULAR ATENCIÓN A LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO**

**6.1.** La imputación del resultado suscita problemas cuando *ex ante* el sujeto desconoce el riesgo exacto que está creando con su conducta y, a sensu contrario, cuando el sujeto cree conocer el riesgo pero éste excede con mucho a lo previsto. Si se parte de que sólo se pueden imputar los resultados que son realización del riesgo típico, en

---

53. Cfr. GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Ed. Tirant lo Blanch 2002, sobre la necesidad de engaño bastante, atendiendo a los deberes de autoprotección de la víctima.

54. GÓMEZ MARTÍN, RECPC 04-16 (2002), considera que este precepto es de peligro abstracto porque en este delito se protege la propiedad intelectual que es un bien jurídico individual. Siendo cierto este punto de partida, entiendo que al tratarse de un adelantamiento de las barreras de protección, puede afirmarse que se trata de un delito de peligro abstracto y además en el sentido clásico de delito de peligro concebido como "adelantamiento de la barrera de protección", no como protección de un bien jurídico supraindividual.

55. En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, RECPC 04-16 (2002).

este caso doloso, creado por el autor, no serán imputables los resultados no previstos, desde los conocimientos del autor, ni aquellos que sean consecuencia de la complejidad de los sistemas informáticos o de la ejecución incorrecta de la distribución o producción por parte del autor. Así, por ejemplo, si una persona envía pornografía infantil a otro y se equivoca de destinatario se suscita un error *in persona* que, en principio, es irrelevante por lo que, consecuentemente, podría imputarse el resultado. Por el contrario, si la pornografía llega a más de una persona, por un envío incorrecto, estaríamos frente a un delito consumado pero no podría imputarse la existencia de un concurso de delitos o de un delito continuado, sino de un único delito. Ello es así porque, aun cuando la conducta del sujeto pudiera ser calificada de imprudente, sólo está previsto el castigo de la comisión dolosa, tanto en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos como en la estafa o en la pornografía infantil. Dificultades de imputación de los resultados se suscitan también cuando son los prestadores de servicios quienes determinan a qué personas se envían esos datos e incluso qué datos se envían.

**6.2.** Otro problema propio de la criminalidad informática surge cuando, como consecuencia de un único comportamiento, los resultados lesivos se van reproduciendo por sí mismos. Esta cuestión se suscita tanto en el ámbito, por ejemplo, de las estafas realizadas a través de manipulaciones informáticas, como en los sabotajes informáticos o en la distribución de pornografía infantil. En las estafas una orden puede implicar perjuicio para múltiples personas, por ejemplo, si se ordena retirar 0,5 euros de todas las cuentas corrientes de un banco. En el sabotaje la introducción de un programa destructivo puede afectar a múltiples programas, en muchas ocasiones de forma indiscriminada e incalculable, incluso para el propio sujeto. En la pornografía la situación es similar puesto que una vez “colgado” el material en la red la posibilidad de acceso, ya sea previo pago o libre, se materializa a través de Internet, a nivel global.

**6.3.** La multiplicidad de resultados lesivos imputables a una única conducta plantea la cuestión concursal. Es necesario delimitar cuándo nos encontramos frente a un concurso ideal o real de delitos o, en su caso, frente a un delito continuado. Parece claro que en aquellos delitos que afectan al patrimonio, en sus distintas versiones, estafas, sabotaje informático..., lo adecuado sea aplicar la figura del delito continuado. Ello incluido los delitos contra la propiedad intelectual, incluso admitiendo que también se protegen derechos morales. Por el contrario, en los delitos contra la intimidad, en principio, no cabe la aplicación del delito continuado, puesto que no se trata de un bien jurídico personal que no se contempla en la excepción prevista en el art. 74.3 CP. No obstante, se podría plantear la analogía entre la excepción prevista para los delitos contra el honor respecto de los delitos contra la intimidad. En los delitos relativos a la pornografía infantil y la corrupción de menores cabe la figura del delito continuado, como excepción del art. 74.3 CP. Aplicación que, por otra parte, es jurisprudencia mayoritaria en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual en los que las víctimas son menores<sup>56</sup>, con independencia de lo criticable que pueda ser este criterio.

---

56. Ejemplo, de esta jurisprudencia, entre muchas otras, STS 988/2006, 10 octubre, califica los abusos sexuales sufridos por menores durante años como delito continuado, cuando, independientemente de que no se pueda determinar el número sí se ha probado que fueron muchas más de tres veces respecto de cada uno de los menores.



## 7. LUGAR DE COMISIÓN Y COMPETENCIA JURISDICCIONAL

**7.1.** El lugar de comisión de hechos ilícitos cometidos a través de la informática suscita problemas similares a los relativos al momento de comisión del delito y la delimitación entre los concursos de leyes y de delitos. Para la criminalidad informática, especialmente si se comete a través de Internet, la legislación penal concebida tradicionalmente como cuerpo legislativo vigente para un determinado territorio no es válida<sup>57</sup>. No obstante, es cierto que el problema no es exclusivo de la criminalidad informática sino que es una de las consecuencias de la criminalidad transnacional. Aunque finalmente ésta también es posible por la utilización de las nuevas tecnologías. Al respecto hay dos soluciones, que pueden ser concurrentes: a) armonización de las legislaciones y facilitamiento de los mecanismos de cooperación internacional<sup>58</sup>; b) establecer cláusulas de extraterritorialidad, tal y como ya existen en materia de terrorismo, genocidio, tráfico de personas... En el supuesto de la criminalidad informática, en el Código Penal se ha previsto la extraterritorialidad en la corrupción de menores, art. 189 1. b), donde se castiga: “la *producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hubiesen sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*”

**7.2.** No obstante, la solución puede buscarse también a través de determinar en qué lugar se entiende cometido el delito. En general, en los delitos informáticos, la conducta de creación de los datos o/y de su transmisión... se produce en un país y los resultados en otros muy diversos. Respecto del lugar donde se entiende cometido el delito existen tres construcciones jurídicas que posibilitan la solución de este problema. Son las teorías de la acción, del resultado y de la ubicuidad. Es precisamente esta última la que se ha impuesto, tanto en derecho comparado como en nuestra doctrina y jurisprudencia<sup>59</sup>. De acuerdo con la teoría de la ubicuidad el delito se entiende cometido tanto en el lugar donde se produce el resultado como donde se lleva a efecto la conducta. Ello no excluye la cuestión de la competencia porque, de acuerdo con la teoría de ubicuidad, todos los Estados en los que se ha realizado la conducta y/o producido los resultados tendrían competencia. La solución a esta cuestión de competencia debería solventarse a través del principio de personalidad. Es decir, de entre todos los Estados en principio competentes, sería competente aquel del que sea nacional el autor. En el ámbito de la delincuencia informática puede adquirir una especial relevancia este principio, conforme al cual el Estado de origen del sujeto también tiene competencia para juzgar los hechos cometidos en otro Estado, aunque en él no se haya realizado la conducta ni producido los resultados. Esta solución resulta conflictiva, sin embargo, en los supuestos de coautoría de personas nacionales de diversos Estados y cuando la conducta no es ilícita o tiene una natura-

---

57. En este sentido, SEMINARA, S., “La piratería su Internet e il diritto penale”, *Revista Trimestrale di Diritto penale dell'economia*, nº 1-2, 1997, p. 111.

58. En este sentido, Convenio de Cibercrimen, Budapest 23 noviembre 2001 (firmado por 30 países, no cuenta con el número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor), tiene como finalidad armonizar las legislaciones y facilitar su persecución.

59. En concreto, en relación con Internet, adoptan esta postura, RODRÍGUEZ MOURULLO/ALONSO GALLO/LASCURAIN SÁNCHEZ, “Derecho penal e Internet”, *Régimen jurídico de Internet*, La Ley 2002, p. 265.

leza diferente en uno y otro. A ello se suman los problemas derivados de la existencia o no de Tratados de extradición, del contenido de esos Tratados y de la reticencia generalizada, por parte de todos los Estados, de entregar a sus nacionales para que sean juzgados en otro Estado.

**7.3.** Así mismo, en el ámbito de la delincuencia informática realizada a través de Internet, subsiste la cuestión de si también tiene competencia jurisdiccional el Estado donde se han producido conductas que debemos calificar de cooperación, como son las de los prestadores de servicios que transmiten datos o seleccionan datos y/o destinatarios. El problema surge desde el momento en que la teoría de la ubicuidad supone una extensión del principio de territorialidad de la ley penal que para algunos plantea problemas político-criminales e incluso jurídico-constitucionales<sup>60</sup>. En todo caso, es evidente que de la intervención de diversos Estados en relación con un mismo hecho delictivo pueden surgir conflictos jurisdiccionales de carácter internacional por lo que cada vez son más necesarios los Tratados de Cooperación jurisdiccional tanto en el ámbito de la Unión Europea<sup>61</sup> como a nivel mundial. No hay que olvidar que junto al principio de territorialidad, rigen los principios de universalidad, de protección de intereses del Estado y de personalidad.

**7.4.** Por lo demás, se seguirá planteando el problema de las diferencias de tratamiento legislativo de estas conductas. Especialmente en relación con los intermediarios y proveedores de Internet, sus funciones y servicios pueden tener repercusión en cualquier lugar del mundo. Su actuación e incluso el contenido de esos datos serán ilícitos en unos países y en otros no. O, en todo caso, es seguro que en unos tendrán un significado diferente que en otros, tanto en relación con el contenido de la conducta típica como sobre todo de la pena.

---

60. ANARTE BORRALLO, "Incidencias de las nuevas tecnologías en el sistema penal...", op.cit., p. 213 s.; CLIMENT BARBERA, "La Justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales", en *Internet y Derecho Penal*, CDJ X, Madrid 2001, p. 262 s.

61. En este sentido, tiene una gran importancia, en cuanto avance en la cooperación internacional, la Ley 3/2003, 14 de marzo, de **Orden de Detención Europea**, que permite reclamar directamente por el juez español competente emitiendo una orden de detención europea dirigida al juez competente del país donde se encuentre el sujeto.

# LOS CONCEPTOS DE MANIPULACIÓN INFORMÁTICA Y ARTIFICIO SEMEJANTE EN EL DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA<sup>1</sup>

Patricia FARALDO CABANA

Profesora Titular de Derecho penal  
Universidade da Coruña

**Resumen:** Entre los delitos contra el patrimonio cometidos por medio de sistemas informáticos destaca la estafa informática, del artículo 248.2 CP, cuyo elemento central es la manipulación informática, concepto que ha de entenderse en un sentido amplio. Ahora bien, la tendencia en la práctica a su interpretación restrictiva ha suscitado la conveniencia de incluir en el Código Penal una tipificación explícita de las defraudaciones realizadas mediante utilización de tarjetas de crédito o débito, etc. Así se ha hecho en el Proyecto de 2007, que contempla un delito puro de resultado, y que ha sido objeto de críticas, al igual que las modificaciones previstas en cuanto a la falsificación de las tarjetas, conducta íntimamente relacionada con las estafas, comunes o informáticas.

**Laburpena:** Informatika bidez egindako ondarearen kontrako delituen artean maula informatikoa nabarmentzen da, ZK 248.2 artikulua azaltzen duena, zentzu zabalean ulertu behar den manipulazio informatikoa izanik honen muina. Interpretazio murriztaileak medio, Zigor Kodean, kreditu edo kargu tarjeta bidez egindako iruzurren tipifikazio esplizitua barneratzea komeni da. 2007ko egitasmoan, emaitza delito gardenak aurreikusten dituen, horrela egin da, eta kritikak jasan ditu, maula informatiko edo arruntekin erlazioa daukan txartelen faltsuketari buruzko aldaketei dagokionez.

---

1. La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre "Globalización económica y nuevos riesgos" (SEJ2004-07418/JURI) por el Ministerio de Educación y Ciencia, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de A Coruña. Agradezco a Norberto de la Mata Barranco, Profesor titular de Derecho penal en la Universidad del País Vasco, su invitación a participar en las Jornadas sobre retos en la securización de los territorios digitales: delitos informáticos, organizadas por el Instituto Vasco de Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, en Leioa, celebradas los días 26 y 27 de abril de 2007, que me dio la ocasión para interesarme por estos temas. Igualmente, quisiera agradecer a Laura Zúñiga Rodríguez, Profesora titular de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, su invitación a impartir un seminario sobre delincuencia patrimonial informática en el Programa de Doctorado "Problemas Actuales de Derecho Penal. Dogmática penal y consideraciones político-criminales", de la Universidad de Salamanca, que me obligó a profundizar en la temática.

(Nota): Contribución a las Jornadas "Retos en la securización de los territorios digitales: Delitos informáticos", Leioa, 26-27 abril 2007 (subvencionadas por el Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco -"Cluster de Privacidad y Seguridad Digital", del Proyecto Etortek "AmiGUNE"-).

**Résumé:** Parmi les infractions contre le patrimoine commises à travers les systèmes informatiques ressort l'escroquerie informatique, de l'article 248.2 CP, dont l'élément central est la manipulation informatique, concept qui doit être considéré au sens large. Or, la tendance dans la pratique à l'interprétation restrictive de cet article a suscité la nécessité d'inclure dans le Code Pénal une standardisation explicite des fraudes effectuées en utilisant des cartes de crédit ou débit, etc. C'est ainsi que le Projet de 2007 considère cette infraction comme un délit de résultat, ce qui a été l'objet de critiques, tout comme les modifications prévues quant à la falsification des cartes de crédit, effectuée en rapport étroit avec les escroqueries, communes ou informatiques.

**Summary:** Among the crimes against the patrimony committed through computer systems, the computer and internet fraud stands out. Regulated on article 248.2 CP, the main element of this fraud is the computer manipulation, understood in a wide sense. However, the restrictive interpretation of this article has brought to the inclusion in the Penal Code of a particular crime concerning frauds committed through debit or credit cards, etc. Thus, the 2007 Project includes a new crime of result, that has been very criticized, as the modifications regarding the falsification of cards, a conduct intimately related to the frauds, either common or computer frauds.

**Palabras clave:** Derecho penal, delitos contra el patrimonio, estafa informática, falsificación de tarjetas, defraudaciones.

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, ondarearen kontrako delituak, maula informatikoa, txartelen faltsuketa, iruzurrak.

**Mots clef:** Droit pénal, délits contre le patrimoine, escroquerie informatique, falsification des cartes de crédit, fraudes.

**Key words:** Penal Law, Crimes against the patrimony, Computer and internet fraud, Falsification of cards, Frauds.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre los delitos contra el patrimonio cometidos por medio de sistemas informáticos destaca la estafa informática, castigada en el art. 248.2 CP, cuyo tenor literal es el siguiente: "También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero".

Este precepto responde a las tendencias que se observan en la materia tanto en el ámbito europeo como en el internacional.

La Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, establece en su art. 3, bajo la rúbrica "Delitos relacionados con equipos informáticos", que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada:

realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario que cause una pérdida no autorizada de propiedad a otra persona, con el ánimo de procurar un beneficio económico no autorizado a la persona que comete el delito o a terceros, mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, o

- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos".

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, acordado en Bucarest el 23 de noviembre de 2001, señala en su art. 8, "Estafa informática", que "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para

prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, la producción de un perjuicio patrimonial a otro, de forma dolosa y sin autorización, a través de: a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; b. cualquier forma de atentado al funcionamiento de un sistema informático, con la intención, fraudulenta o delictiva, de obtener sin autorización un beneficio económico para sí mismo o para tercero". Como cabe observar, se describen con más detenimiento las modalidades de acción que en la figura española.

La necesidad de regular expresamente este supuesto se afirmaba con carácter general en la doctrina<sup>2</sup> y en la jurisprudencia<sup>3</sup> anteriores a la entrada en vigor del actual Código penal de 1995, si bien no faltaron opiniones que la matizaban, en el entendimiento de que la actualización de los elementos de la estafa permitiría abarcar los supuestos de estafa informática dentro de la estafa común<sup>4</sup>. En cualquier caso, el

---

2. La postura clásica en torno al delito de estafa negaba que se pudiera engañar a una máquina. Vid. por todos ANTÓN ONECA, J., *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona, 1957, p. 10; PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Ceura, Madrid, 1998, p. 455. Ahora bien, tampoco faltaron otras objeciones referidas a los demás elementos del delito de estafa, desde la inexistencia de error hasta la necesidad de que los diversos elementos se den en el orden consecucional establecido por el tipo. Cfr., entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., "Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados", *Poder Judicial* núm. especial IX, 1988, p. 90, con ulteriores indicaciones bibliográficas; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 215-217, que rechaza la estafa por entender que no existe acto de disposición; ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988, pp. 58-74; VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 1261, que afirman que se desfiguraría el engaño, habría que renunciar al error como elemento autónomo y se dilataría en exceso el concepto de disposición patrimonial, con el fin de que abarcara cualquier respuesta automatizada a la manipulación informática. En general, se afirmaba la existencia de una laguna punitiva, pues también otras figuras delictivas como el hurto, la apropiación indebida o las falsedades, se mostraban incapaces de abarcar todos los supuestos considerados necesitados de punición. Vid. por todos GONZÁLEZ RUS, J. J., "Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", *Poder Judicial* núm. especial IX, 1988, pp. 48 ss; HERRERA MORENO, M., "El fraude informático en el derecho penal español", *Actualidad Penal* 2001-3, margs. 940 ss; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 62.

3. En coherencia con la posición doctrinal mayoritaria, hasta la tipificación expresa de la estafa informática la jurisprudencia negaba que el fraude informático pudiera castigarse a través de la figura común de estafa. Es paradigmática la STS de 19-4-1991 (RJ 1991/2813), que revoca la sentencia de instancia, que castigaba por estafa y delito continuado de falsedad en documento mercantil al apoderado de una entidad financiera que, empleando alteraciones contables introducidas por medio del ordenador, consigue transferir y apropiarse de dinero de los clientes de la entidad, y, manteniendo la falsedad, castiga por apropiación indebida.

Téngase en cuenta, no obstante, que en algunas resoluciones se mantuvo la calificación de estafa (común) en supuestos de manipulaciones informáticas porque en el debate casacional no se entró en ese tema. Así, por ej., las SSTs de 5-12-1989 (RJ 1989\9428), que confirma la condena de instancia por falsedad en documento oficial y estafa, y de 25-1-1994 (RJ 1994\107), que también confirma la condena de instancia por estafa y malversación de fondos, entre otras.

4. Cfr., entre otros, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *Fraude informático y estafa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 341 ss, 409 ss; de la misma autora, "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal", en GALLARDO ORTIZ, M. A. (Dir.), *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CGPJ, Madrid, CDJ XI-1996, pp. 264-270; y MATA BARRANCO, N. de la, "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante la tarjeta sustraída a su titular", *Poder Judicial* núm. especial IX, 1988, pp. 172 ss, quienes proponían entender que la estafa no supone necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos, pudiendo afirmarse que las máquinas no sufren engaño alguno ni realizan el acto de disposición por error, pero que en efecto quien al final sufre un engaño es una persona, aunque no sea directa ni personalmente.

Código penal de 1995 puso fin a la polémica con la previsión del art. 248.2 CP, que se configura como una estafa específica en la que, al igual que sucede, por ejemplo, con las figuras contenidas en el art. 251 CP, se equiparan a la estafa a efectos penológicos conductas que carecen de alguno o varios de los elementos propios de la estafa común<sup>5</sup>, no siendo posible, por lo tanto, acudir al concepto de estafa que recoge el art. 248.1 CP para interpretarlas, pero que suponen en general una actuación subrepticia, astuta, que el legislador ha considerado equiparable al engaño característico de la estafa.

Así pues, estamos ante una figura autónoma respecto de la estafa, a la que sólo se equipara a efectos penológicos, si bien es cierto que la comparación con la figura de estafa común o genérica sirve, en todo lo que no se diferencia de la informática, como punto de contraste y comparación con la regulación de esta última<sup>6</sup>.

Frente a la estafa común, además de por la ausencia de engaño y error, la estructura típica de la estafa informática se caracteriza por el hecho de que la disposición patrimonial se consigue valiéndose el autor “de alguna manipulación informática o artificio semejante”<sup>7</sup>, conceptos sobre los que me extenderé posteriormente.

Por su parte, el acto de disposición patrimonial, en este caso la transferencia de activos patrimoniales, no es realizado por la víctima del engaño, como en la estafa común, pues aquí no suele haber contacto humano, sino por el propio autor, generalmente a través del sistema<sup>8</sup>. Consecuentemente, se exige que se trate de una transferencia “no consentida”, elemento que no está presente en la estafa común porque allí el acto de disposición lo realiza el sujeto pasivo del delito en perjuicio propio, con consentimiento viciado por el error, o el sujeto pasivo de la acción en perjuicio de tercero, siendo irrelevante que el tercero que sufre el perjuicio haya consentido o no. El hecho

---

5. En este sentido, apunta la STS de 21-12-2004 (RJ 2004\8252) que “el tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error”.

6. Así, entre otros, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., margs. 950-951; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 710-711; VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., pp. 1260-1262; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1237. Considera que “resulta posible afirmar una equivalencia de los elementos – sin identificación total – y de la secuencia típica”, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 63; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago y delitos de estafa”, en MATA Y MARTÍN, R. M. (Dir.), *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Comares, Granada, 2007, p. 341.

No obstante, la cuestión relativa a las relaciones entre la estafa común y la informática no es pacífica. Vid. un resumen de la discusión en GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del art. 248.2 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 285-333, quien fundamenta su propia posición en las pp. 791-809.

7. Afirma la STS de 20-11-2001 (RJ 2002\805) que “el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante”.

8. Carece de relevancia que el delito lo cometa una persona con autorización o legitimada para acceder al sistema informático o una que acceda ilícitamente. Cfr. ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 63.

de que nos encontremos, de esta manera, ante una conducta subrepticia<sup>9</sup>, que da lugar a una transferencia de activos patrimoniales realizada sin consentimiento del titular<sup>10</sup>, aproxima la forma de comisión de esta figura delictiva más al hurto que a la estafa<sup>11</sup>.

Pese a ello, no cabe duda de que existen diferencias. La más importante, que el objeto material del delito de estafa informática puede carecer de corporeidad, mientras que en el hurto se trata de una cosa mueble que necesariamente ha de ser susceptible de apoderamiento físico. Ello afecta al momento de la consumación, que en el hurto tiene lugar cuando se puede disponer de la cosa, mientras que en la estafa informática la disposición material puede llegar a no producirse nunca. Por otra parte, el bien jurídico protegido en la estafa informática, al igual que en la estafa común, es el patrimonio, mientras que en el hurto se trata de la propiedad o la posesión.

A pesar de este notable parecido con el hurto, la opción de equiparar a efectos de pena la estafa informática a la estafa común ha supuesto un notable endurecimiento de la reacción penal (seis meses a tres años siempre que la cuantía de lo defraudado supere los 400 euros), frente a la que correspondería imponer si se considerara una modalidad de hurto (seis a dieciocho meses, superando también los 400 euros), lo que obliga a preguntarse si en efecto la conducta tiene un contenido de desvalor que justifique tan elevada sanción<sup>12</sup>.

No olvidemos tampoco que al equipararse a la estafa común no sólo es aplicable la regla penológica del art. 249 CP<sup>13</sup>, sino también, en la medida en que sean compatibles con la manipulación informática o el artificio semejante<sup>14</sup>, los subtipos agravados del art.

---

9. En la cuarta acepción de “manipular” en el Diccionario de la Real Academia se contiene: “fig. intervenir con medios hábiles y a veces arteros en la política, en la sociedad, en el mercado, etc., con frecuencia para servir los intereses propios o ajenos”.

10. El consentimiento del titular desempeña aquí la misma función que en el hurto, esto es, da lugar a la atipicidad de la conducta. Cfr. ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información”, *Derecho y conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información* Vol. 1, 2001, p. 236. No faltan autores para los que esta alusión expresa a la ausencia de consentimiento es superflua. Vid. por todos SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 711. Lo cierto es que la falta de consentimiento se deduce del procedimiento ilícito seguido para conseguir la transferencia, sin tener que recurrir a presunciones. En este sentido, cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J., “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *RECPC* 01-14 (1999), [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-14.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html), III.1; HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg. 959.

11. Cfr., entre otros, GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 616, nota núm.1031; PASTOR MUÑOZ en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 219; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 710.

12. Se ha defendido que la ausencia de engaño y error propios de la estafa puede compensarse “por la indefensión de la víctima y la dificultad del descubrimiento del hecho, al operar con datos que afectan a aquélla sin su concurrencia valiéndose para ello del ordenador”, lo que facilitaría la comisión del delito y permitiría afirmar que es aceptable que la pena sea la misma para ambos supuestos de estafa. Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático*, cit., pp. 118-119.

13. Y aquí, entre los datos que se han de tener en cuenta para fijar la cuantía de la pena, destacan en particular las posibles carencias en materia de seguridad en el sistema manipulado que hayan propiciado la conducta delictiva. Cfr. HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg. 962.

14. Cfr. VALLE MUÑOZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1263. Vid. al respecto las puntualizaciones de HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg. 963.

250 CP, que permiten llegar a un marco penal de entre cuatro y ocho años y multa de doce a veinticuatro meses<sup>15</sup>.

Por lo demás, la estafa informática no abarca los supuestos en que la utilización de las nuevas tecnologías de la información o las comunicaciones es meramente circunstancial, no pudiendo hablarse de manipulación informática<sup>16</sup>. Tampoco quedan abarcados por el tipo aquellos casos en que falta la relación de imputación objetiva entre la manipulación o el artificio y la transferencia no consentida de activos patrimoniales, no siendo, pues, la manipulación o el artificio el medio decisivo a la hora de conseguir el desplazamiento patrimonial. No encajan en el tipo los casos en que se realiza una manipulación para encubrir otros delitos de apoderamiento patrimonial ya consumados, como cuando se modifican inventarios para ocultar la sustracción de mercancía, pues en estos supuestos la desposesión ya ha tenido lugar antes de realizar la manipulación<sup>17</sup>.

El resultado de la manipulación informática o artificio semejante ha de ser la transferencia no consentida de un activo patrimonial en perjuicio de tercero.

La transferencia constituye un resultado material intermedio que puede no significar todavía la lesión del bien jurídico si no implica simultáneamente el perjuicio de tercero.

Por transferencia de un activo patrimonial se ha de entender el traspaso fáctico de un activo, es decir, de un elemento patrimonial valorable económicamente, de un patrimonio a otro<sup>18</sup>, traspaso que no necesariamente tiene que producirse por medios electrónicos<sup>19</sup>, aunque, dada la naturaleza del delito, ésta sea la forma más habitual. Tampoco el activo patrimonial tiene que estar obligatoriamente representado mediante anotaciones o registros informáticos<sup>20</sup>, aunque esta modalidad esté incluida en el concepto.

Algunos autores califican de estafa informática en concurso con daños informáticos la destrucción de los datos contenidos en el sistema informático de una entidad bancaria, en los que consta la deuda que el sujeto activo mantiene con ella<sup>21</sup>. Esta conducta, en mi

15. Es opinión mayoritaria en la doctrina. Vid. por todos ANARTE BORRALLO, E., "Incidencia", cit., pp. 237-238; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Fraude informático y estafa por computación", en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (dir.), *Internet y Derecho penal*, CDJ X-2001, CGPJ, Madrid, 2001, p. 322; implícitamente ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 71.

16. Lo apunta MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 55; del mismo autor, "Medios electrónicos de pago"; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., pp. 72-73.

17. Así, entre otros, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 102-103.

18. En este sentido, que se puede considerar amplio, vid. PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Ceura, Madrid, 1998, pp. 456-457.

19. Como da a entender GONZÁLEZ RUS, J. J., "Protección penal", III.1. De acuerdo con la novena acepción del término "activo" en el Diccionario de la Real Academia, se trata de "Econ. Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad.

20. Como afirma GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 613.

21. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Fraude informático", cit., pp. 332-333. Considera que se trata de estafa informática, en concurso, en su caso, con una falsedad documental, sin aludir a los daños, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Artículo 248", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*, EDESA, Madrid, 2005, p. 311.



opinión, no es calificable como estafa informática, pues aunque existe perjuicio patrimonial, falta la transferencia de un activo patrimonial<sup>22</sup>, que no es equivalente a la eliminación de una deuda. Se trataría, exclusivamente, de un delito de daños informáticos, en su caso en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil informático.

En relación al concepto de transferencia de activos patrimoniales, se ha planteado el problema de si puede encajar en la estafa informática la obtención de servicios por medio de una manipulación informática u otro artificio semejante.

En la jurisprudencia se ha negado que usar un cupón de abono de transporte del que no se es titular por un torniquete para conseguir el acceso y realizar el viaje sea una manipulación informática, al estimar que falta la transferencia del activo patrimonial<sup>23</sup>, coincidiendo en dicha conclusión la Fiscalía General del Estado, por su parte, al señalar que el disfrute de un servicio sin abonar la contraprestación correspondiente no supone transferencia de un activo patrimonial<sup>24</sup>. Sin embargo, en otras ocasiones se admite la existencia de transferencia cuando lo que hay es la obtención de un servicio sin abonar su importe, previa manipulación de los códigos de acceso a la televisión de pago<sup>25</sup>. La doctrina y otro sector jurisprudencial afirman que también la obtención de un servicio sin el abono de su importe, siempre que se utilice una manipulación informática o artificio semejante, supone la transferencia de un activo patrimonial que da lugar a la aplicación del delito que nos ocupa<sup>26</sup>.

En mi opinión, la manipulación informática o el artificio semejante empleado en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, por ej. teléfono o televisión de pago, para conseguir el servicio sin pagar la contraprestación, no responden, en efecto, a la

---

22. En contra, afirmando que sí es estafa informática, MATA Y MARTÍN, R. M., “Medios electrónicos de pago”, cit., p. 364, que se centra en la perspectiva del perjuicio económico.

23. SAP de Madrid de 21-4-1999 (ARP 1999\2047).

24. Se analizaba el supuesto de manipulación de tarjetas prepago para realizar llamadas telefónicas sin abonar la contraprestación correspondiente, concluyendo la Fiscalía que “una vez finalizada la operación y agotada la prestación del servicio no se puede decir que el patrimonio del sujeto activo se haya visto incrementado”. Consulta 3/2001, de 10 de mayo, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago, apartado V. En el apartado VI se defiende la incardinación de esta conducta en el art. 255.1 o 3 CP, que castiga con la pena de multa de tres a doce meses las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas por valor superior a 400 euros, o en el art. 623.4 CP, en caso de no superar ese valor.

25. Así, la SAP de Baleares de 18-1-2006 (JUR 2006\120807), donde se señala que “aunque ciertamente tal manipulación no produce la transferencia inmediata de efectivo metálico o de valores que lo representen, como ocurre con las operaciones bancadas o de entrega de numerario en supuestos de utilización en cajeros automáticos de tarjetas falsas y no son las legítimas sustraídas a sus titulares, o cuando a través de manipulaciones de asientos contables se consiguen trasposos de efectivo o desaparición de saldos deudores, en la medida en que lo que ha hecho es confeccionar una especie de llave falsa, a modo de artificio semejante, que ha permitido al agente la obtención de un servicio sin el correlativo abono de su importe y ello, en cuanto comportó y generó un perjuicio para la sociedad de telecomunicaciones, uno de cuyos activos patrimoniales precisamente es el precio de los servicios que oferta – además de los derechos por la utilización sin su permiso de programas informáticos, debe ser equivalente a la transferencia de un activo patrimonial”. En mi opinión, es evidente que con esta interpretación se incurre en analogía “*in malam partem*”.

26. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales”, cit., pp. 255-256; RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ ALONSO GALLO, J./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Derecho Penal e Internet”, cit., pp. 290-291; ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática*, cit., p. 579.

estructura de la estafa informática, delito en el cual la transferencia de activos patrimoniales es el resultado intermedio que debe llevar a la causación de un perjuicio patrimonial a la víctima. Por el contrario, en los casos apuntados el perjuicio patrimonial no deriva de una transferencia de activos patrimoniales, “sino del impago del crédito que surgiría como consecuencia del servicio prestado”<sup>27</sup>.

Como cabe observar, mi negativa a integrar estos supuestos en la estafa informática no deriva tanto de que en el concepto de “activo patrimonial” no encaje la prestación de servicios, que podría hacerse encajar con un entendimiento muy amplio<sup>28</sup>, cuanto de que la estructura típica no se corresponde con la de la estafa informática.

Por último, el autor de la manipulación o artificio debe actuar en perjuicio de tercero, lo que se interpreta como el resultado del delito, elemento coincidente en la estafa común y en la informática. Sólo la causación efectiva del perjuicio como consecuencia de la transferencia no consentida de activos patrimoniales, conseguida a través de una manipulación informática o artificio semejante, da lugar a la consumación<sup>29</sup>.

A veces una mera anotación contable ya puede suponer ese perjuicio, dando lugar a la consumación del delito<sup>30</sup>.

El hecho de que el tercero, por ej., el titular de la tarjeta o cuenta bancaria objeto del ataque, debido a las relaciones contractuales existentes con otros sujetos, consiga finalmente que su patrimonio no se vea afectado, no impide la aplicación del precepto, pues lo que ocurre simplemente es que el perjuicio se traslada a otro sujeto, sin desaparecer.

El perjuicio causado debe ser superior a 400 euros para aplicar el delito de estafa informática<sup>31</sup>. Si se causa un perjuicio inferior a 400 euros se acude a la falta del art. 623.4 CP, que sanciona a “los que cometan estafa..., en cuantía no superior a 400 euros”, con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses.

A ello no se opone el que hayamos hablado antes de que la estafa informática es una figura autónoma frente a la estafa común, pues esta afirmación se limita a poner de relieve que no se pueden exigir los elementos típicos característicos de la estafa común. La estafa informática se regula en la Sección 1<sup>a</sup>, “De las estafas”, del Capítulo VI, “De

27. GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 612.

28. En contra de tal encaje, vid. MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 103, quien apunta que “la fórmula legal no parece que incluya actividades humanas o automáticas de prestación de servicios, aun siendo económicamente evaluables, sino directa y exclusivamente elementos patrimoniales concretos que figuren como valores representados y con capacidad de tener una trascendencia económica efectiva de manera inmediata”.

29. Vid. ampliamente, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 103 ss. No es suficiente que se ocasione un peligro para el patrimonio, pues es necesario el perjuicio efectivo. Critica que no se haya optado por limitarse a una descripción detallada de las acciones típicas, configurándose la estafa informática como un tipo de peligro y no de lesión, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, *Revista del Poder Judicial* núm.48, 1997, p. 306.

Tampoco basta para la consumación con que se obtenga un beneficio si con ello no se ha perjudicado a nadie. Cfr. ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia”, cit., p. 236.

30. En contra, ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia”, cit., p. 236.

31. En este sentido, exigiendo el perjuicio superior a 400 euros para aplicar el delito de estafa informática, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., p. 338. En contra, por todos, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, marg. 961, que sostiene que al no ser el fraude informático una estafa, la causación de un perjuicio inferior a lo dispuesto en el Código penal quedaría impune, al no poder aplicarse la falta.

las defraudaciones”, del Título XIII. A estos efectos es una estafa, si bien carece de la estructura de la común.

## II. LOS CONCEPTOS DE MANIPULACIÓN INFORMÁTICA U OTRO ARTIFICIO SEMEJANTE

En relación a la interpretación de los elementos típicos “manipulación informática u otro artificio semejante”, destaca el hecho de que la acción típica, perfectamente delimitada en la estafa común, que es un delito de resultado con modalidades determinadas de acción, queda abierta, se puede decir que en exceso, en la estafa informática: no sólo el concepto de “manipulación informática” es susceptible de múltiples interpretaciones<sup>32</sup>, sino que la coletilla, “u otro artificio semejante”, sin duda introducida para no dejar al margen ningún posible desarrollo tecnológico en el futuro<sup>33</sup>, abre el tipo hasta el punto de que se puede afirmar que es un delito de resultado<sup>34</sup> que en cuanto a la acción literalmente sólo exige que se realice algún artificio, necesariamente informático.

Por tanto, no puede hablarse de que la estafa informática sea un tipo mixto alternativo<sup>35</sup>, pues no se describen modalidades concretas de acción<sup>36</sup>.

En relación al concepto de manipulación informática, en mi opinión, resulta aplicable la descripción que se contiene en el art. 3 de la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, que se ha reproducido *supra*, de forma que, con el fin de dar cumplimiento

---

32. Es una expresión que se ha entendido referida “al manejo manual, al control, o a la operación sobre algo desvirtuando su auténtico sentido de forma hábil e interesada: algo que aunque de modo muy difuso conlleva, de todos modos, más que una mera alteración”. Así, ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia”, cit., p. 232, que más adelante insiste en que se trata de una “actividad modificativa mendaz o subrepticia, una “utilización irregular” de un sistema informático, de sus presupuestos básicos o de las órdenes que recibe de modo que produzca resultados no previstos o que de conocerlos no se habrían autorizado” (p. 234). Este autor parece limitar la manipulación informática a la manipulación de los elementos lógicos del sistema, esto es, del “software”. Sin embargo, en general se suele seguir la definición de ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático*, cit., p. 47, de acuerdo con la cual “la manipulación de datos informatizados consiste en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”. Así, por ej., MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., p. 48, que afirma que “parece que implica la actuación del sujeto activo sobre un sistema informático de manera que este altere, de modos muy diversos, el resultado a que habría de conducir el normal procesamiento automatizado de datos”; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., pp. 65-71; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 343-348. Vid. también MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Derecho penal”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, R./ SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, p. 139; PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 455; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 711.

33. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, *AP* 1997-2, marg. 1080; VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1262.

34. ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia”, cit., p. 231, afirma que “habríamos pasado de un delito característico de medios comisivos determinados a uno cuasi-resultado”.

35. Como hace GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 559.

36. En este sentido, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 95; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., p. 350.

to a tal instrumento internacional, debe entenderse que constituye manipulación informática la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, y la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos. Por tanto, se incluyen tanto la introducción de datos falsos como la introducción indebida, por no autorizada, de datos reales, auténticos, en el sistema, pasando por la manipulación de los ya contenidos en él en cualquiera de las fases de proceso o tratamiento informático, así como las interferencias que afectan al propio sistema o programa<sup>37</sup>.

Si se sigue un entendimiento restrictivo de manipulación informática, la conducta consistente en usurpar la identidad de otro en transacciones electrónicas se consideraría únicamente delito de falsedad. Una noción más amplia de manipulación informática, que abarca la introducción de datos del titular real, sin su consentimiento, a efectos del pago, pero haciendo entrega de la mercancía o prestando los servicios adquiridos al estafador, ha recibido el beneplácito de la jurisprudencia, como veremos, y responde a las tendencias observadas en los instrumentos europeos e internacionales en esta materia. De acuerdo con esta interpretación, cuando por medios informáticos (por ej. introduciéndose en el sistema informático de una entidad bancaria o empleando un programa espía o “spyware”) o no informáticos (por ej., buscando en la basura de otro el recibo de una transacción realizada con tarjeta de crédito) se obtienen todos los números necesarios, la fecha de caducidad y los dígitos de control, su utilización para hacer una compra de comercio electrónico cuyo importe se cargará al titular de la tarjeta (el llamado “card-not-present fraud”) es estafa informática por manipulación informática. Hay manipulación, pues aunque el sistema informático funciona correctamente y los datos introducidos son reales, se utilizan sin consentimiento del titular<sup>38</sup>. La calificación de esta conducta, sin embargo, no es pacífica en la doctrina, ya que para algunos autores se trata de una estafa común<sup>39</sup>. A mi juicio, sin embargo, ni se engaña a una persona física ni la transferencia del activo patrimonial es realizada por la víctima o un tercero a consecuencia del error causado por el engaño, sino por el propio autor, por lo que la conducta no encaja en el delito común de estafa.

Tampoco encaja en el delito común de estafa el fraude cometido a través del “phishing”, esto es, previa obtención de los datos del usuario por medio de un correo electrónico engañoso, aparentemente procedente de su entidad bancaria, por ej., en el que se le pide que, por razones de seguridad, confirme los datos de su cuenta o de sus tarjetas. La utilización de los datos así obtenidos por el delincuente para conseguir una transferencia patrimonial a su favor no puede ser constitutiva de estafa común, como afirma algún autor<sup>40</sup>, pues en esta figura delictiva es el propio engañado quien realiza el acto de disposición patrimonial que le perjudica a él o a un tercero, y en el “phishing” el engañado se limita a proporcionar los datos que dan acceso a su patrimonio, sin llegar a realizar actos

---

37. Ya incluía todos estos aspectos, antes de la aparición del delito que nos ocupa en el Código penal de 1995, ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático*, cit., pp. 47-51. Se acogen a esta descripción, entre otros, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, margs. 954-956; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 64.

38. Expresamente en contra, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*, CCC, s/l, 2007, pp. 48-49.

39. Cfr. MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., p. 57. En contra, apuntando que el engaño no es idóneo para aplicar la estafa común, habiendo falta de diligencia del comerciante, que no comprueba que quien realiza la operación es el titular de la tarjeta, la SJP de Málaga de 19-12-2005 (ARP 2006\43), que también niega la aplicación de la estafa informática por no haber manipulación, declarando la conducta atípica.

40. Cfr., por ej., FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelitos*, cit., p. 63.

de disposición. Se plantea una situación distinta cuando es la víctima del engaño quien realiza el acto de disposición patrimonial. Así ocurre, por ej., en los casos en que se le envía un correo electrónico informándole de que ha ganado un premio en una lotería “on line”, y para proceder al pago es necesario que desembolse antes una cierta cantidad. Si lo hace, a consecuencia del error en el que incurre debido al engaño del que es víctima, se habrá consumado una estafa común.

Se plantea la duda relativa a si constituye manipulación no introducir datos que deberían haber sido procesados. Al igual que en la estafa común, en la mayoría de los supuestos nos encontramos ante omisiones que tienen lugar en el marco de actos concluyentes de carácter positivo, por lo que no resulta problemático incluirla<sup>41</sup>.

Respecto del concepto de “otro artificio semejante”, la inclusión de la coetilla final, aunque no es una técnica desconocida en el Código penal, permite poner en duda que se respete en la medida apropiada el principio de taxatividad, y relacionado con él, el de legalidad<sup>42</sup>. La única forma de reducir la excesiva extensión de la conducta típica consiste en entender que el artificio, que por exigencia legal debe ser semejante a la manipulación informática, ha de suponer el empleo de tecnología avanzada<sup>43</sup>, necesariamente informática.

El artificio ha de ser semejante a la manipulación informática, esto es, la expresión utilizada por el legislador debe entenderse en el sentido de un “artificio informático semejante”, y no en el sentido de un “artificio no informático semejante”<sup>44</sup>.

---

41. Cfr. ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia”, cit., p. 232-233; HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, margs. 954-955; MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., pp. 54-55; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 351 y 354; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., p. 73. En contra, vid. ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, 2002, p. 576, sin explicar los motivos. Señala que “las dificultades generales con que la doctrina admite en la estafa la comisión por omisión (tan sólo cuando la conducta omisiva puede ser reconducida a un acto concluyente), se ven acrecentadas en el fraude informático por la referencia típica a las manipulaciones informáticas”, VALLE MUÑOZ en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 525.

42. Así se apunta de forma prácticamente unánime en la doctrina. Vid. por todos HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, margs. 956-958. Sin embargo, no falta quien considera que esa referencia a una fórmula genérica era “inevitable”. Cfr. VALLE MUÑOZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1262.

43. Así, destacando la importancia de que se exija una semejanza entre los artificios y las manipulaciones informáticas, MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., pp. 48-49. Vid. también ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia”, cit., p. 233. Afirma que con la expresión “artificio semejante” se hace referencia a la manipulación de “soportes electrónicos o telemáticos”, SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 711; añaden a éstos los ficheros informáticos, electrónicos o telemáticos y los soportes informáticos VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, II, cit., p. 1238.

44. Sobre esta disyuntiva, vid. GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 566. A favor de la posición que se adopta en el texto, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Artículo 248”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*, EDESA, Madrid, 2005, pp. 294-295, que afirma que el artificio semejante “debe de contener algún elemento informático para entender cumplido el principio de legalidad excluyente de la analogía en la interpretación y redacción de los tipos”; MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 94, que alega que “la semejanza reclamada por el precepto apunta necesariamente a la calificación como informático tanto de la manipulación como del artificio”.

Esta caracterización tiene particular interés en relación a la calificación penal de las conductas de manipulación de máquinas automáticas que proporcionan bienes o servicios, de forma que se obtienen éstos sin abonar la contraprestación correspondiente (máquinas de tabaco, expendedoras de billetes para el transporte público, de gasolina, de refrescos, cabinas telefónicas o de acceso a Internet...), que se suelen hacer encajar en el artificio semejante<sup>45</sup>, entendido, evidentemente, como artificio no informático, aunque un sector minoritario considera aplicable el delito común de estafa<sup>46</sup>.

En efecto, la alusión al artificio semejante tiene su origen en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1994, donde se proponía castigar también las manipulaciones en máquinas automáticas que proporcionan bienes o servicios. El problema se produce en el momento en que la redacción típica exige que el artificio sea semejante a la manipulación informática, y la excesiva amplitud del tenor literal obliga a adoptar una interpretación restrictiva. Por tanto, a mi juicio no sería correcto incluir en el art. 248.2 CP conductas como la que dio lugar a la SAP de Lugo de 9-7-1998 (ARP 1998\3839), en la que dos sujetos obtienen dinero de una máquina tragaperras introduciendo monedas sujetas con un hilo de seda, que resultaron condenados por estafa informática al entender el Tribunal que “los acusados realizaron una manipulación mecánica, que constituye un artificio semejante a la informática, y que así consiguieron la transferencia de determinado activo patrimonial, las monedas de la máquina, en perjuicio de un tercero, los propietarios de la máquina” (FJ 1º). Una manipulación mecánica tan sencilla como la expuesta no puede considerarse equivalente a la informática<sup>47</sup>.

En general, hay que reconocer que la obtención fraudulenta de bienes o servicios de una máquina automática mediante una mera manipulación mecánica poco o nada tiene de semejante a la manipulación de un sistema informático, lo que reduce considerablemente la posible aplicación práctica de esta cláusula final<sup>48</sup>. Ello no significa que las

---

45. Por cierto, olvidando que la semejanza, en todo caso, no debe establecerse entre los aparatos a través de los cuales se realiza la manipulación (ordenador y máquina expendedora), sino entre la manipulación informática y el artificio no informático, si se adopta la posición de no exigir que el artificio tenga la misma naturaleza que la manipulación.

46. Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Artículo 248”, cit., p. 295, que entiende que “quien prepara un mecanismo automático para realizar un acto de disposición contra el pago de una cantidad, resulta engañado si el pago de esa cantidad no se realiza y sí, en cambio, el acto de disposición por haber introducido el estafador objetos falsos provocando el funcionamiento de la máquina. En un caso así hay un engaño que resulta bastante para inducir a error a quien construyó la máquina y hace la oferta, produciéndole el correspondiente perjuicio”. Del mismo autor, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 167-169. Sin embargo, cabe poner en duda que exista un engaño efectivo a una persona física, que realiza la disposición patrimonial como consecuencia de él, con los mismos argumentos empleados en su día para justificar la necesidad de crear la estafa informática.

47. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., p. 336, entiende que será aplicable normalmente la falta de estafa común cuando lo que se pretenda obtener sea el servicio o la mercancía del autómatas, mientras que si lo que se quiere es el dinero recaudado se aplicará la de hurto. No se entiende la razón de esa diferente valoración de la conducta a efectos penales, dependiendo de si se trata de dinero o de un servicio u otra cosa mueble. Además, aunque la pena de las faltas de estafa y de hurto es la misma, localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, si el objeto material tiene un valor superior a 400 euros la pena es muy distinta, sin que exista razón alguna que en este caso justifique tal diferencia, que en términos penológicos es notable.

48. Como ponen de relieve, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos”, en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, pp. 78 ss; del mismo autor, “Fraude informático”, cit., p. 335-336; GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., pp. 595 ss; MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 93-95; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 360-361.

conductas aludidas hayan de quedar impunes. Piénsese que las referidas a la obtención de servicios de telecomunicación pueden encajar, como ya he avanzado, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (arts. 255 CP o 623.4 CP, según la cuantía del perjuicio), o bien, en su caso, en el delito de facilitación del acceso ilícito a servicios de telecomunicación (art. 286 CP). Y las referidas a dinero o cosas muebles, en el hurto<sup>49</sup> o en el robo con fuerza en las cosas<sup>50</sup>, según el entendimiento que se adopte.

En la jurisprudencia se encuentra algún caso en que se aplica la estafa informática por artificio semejante a supuestos de utilización abusiva de una tarjeta que debía entregarse a su titular, en el comercio tradicional, en connivencia con el comerciante, y en perjuicio del titular<sup>51</sup>. Este supuesto se diferencia del “carding” (conducta consistente en la utilización de una tarjeta bancaria de crédito o de débito, o cualquier otra que se pueda emplear como medio de pago, como una tarjeta de comercio o un monedero electrónico, perdida por el titular, sustraída al titular u obtenida de éste mediante engaño o fraude, en el comercio tradicional), que encaja en el delito común de estafa<sup>52</sup>, en concurso, en su caso, con un delito de falsedad en documento mercantil, por el hecho

---

49. Así, en relación al Código penal de 1944/73, MATA BARRANCO, N. de la, “Utilización abusiva”, cit., p. 169; en relación al actual, FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes con tarjetas de pago y otros supuestos de delincuencia informática patrimonial. Incidencia de la Reforma Penal”, en AA.VV., *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. II-2003. Delincuencia Informática. Drogas de abuso: Aspectos Científicos y Jurídicos. Experiencias aplicativas de la LORPM*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 149-150.

50. Vid. la STS de 18-2-2000 (RJ 2000\1055), que confirma en casación la SAP de Jaén de 22-12-1997, que condenó por tentativa de robo con fuerza en las cosas a un sujeto que introdujo una moneda sujeta con un hilo muy fino y papel de celofán en una máquina expendedora de tabaco, quedándose con las vueltas y con los paquetes de tabaco, lo que fue observado por el dueño del establecimiento, que llamó a la policía, siendo detenido el autor antes de poder disponer del dinero y del tabaco. El Tribunal Supremo asimila la moneda a las ganzúas u otros instrumentos análogos (art. 239.1 CP), y alega que “lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trate, sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo está alojado, mediante la utilización de un artificio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido” (FJ 5°).

51. Cfr. la STS de 20-11-2001 (RJ 2002\805), de acuerdo con la cual “la conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado”.

52. En relación al Código penal de 1944/73, ROMEO CASABONA, C. M., “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *Poder Judicial* número especial IX, 1988, pp. 112-114. En relación al Código penal de 1995, vid., entre otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas electrónicas”, en MAZA MARTÍN, J. M. (Dir.), *Tarjetas bancarias y Derecho penal*, CDJ VI-2002, CPGJ, Madrid, 2003, p. 58; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes”, cit., p. 152; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelitos*, cit., pp. 45-46; JAVATO MARTÍN, A. M., “Análisis de la jurisprudencia penal en materia de medios electrónicos de pago”, en MATA Y MARTÍN, R. M. (Dir.), *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Comares, Granada, 2007, p. 371; MATA Y MARTÍN, R. M., “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 335-336; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., pp. 45-49; del mismo autor, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 313, nota 789; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 66; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias” [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 3, 2006 [Fecha de consulta: 12/12/07]. <http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz.pdf>, p. 10. En la jurisprudencia, entre otras, las SSTS de 25-6-1985 (RJ 1985\3056), 19-6-1986 (RJ 1986\3176) y 15-3-1994 (RJ 1994\2317). Más recientemente, las SSTS de 20-11-2001 (RJ 2002\805), 8-7-2002 (RJ 2002\8939), ...

de que aquí no existe el engaño que ocasiona el error que produce el desplazamiento patrimonial, por lo que no es aplicable la estafa común. En efecto, el comerciante actúa de común acuerdo con el delincuente. Tampoco resulta engañado el titular de la tarjeta, que simplemente desconoce su utilización. A mi juicio se trata, en efecto, de estafa informática, pero no por artificio semejante, sino directamente por manipulación informática: se suplanta la identidad del verdadero titular en el sistema.

En cualquier caso, la excesiva amplitud de la figura delictiva que nos ocupa obliga a efectuar una cuidadosa interpretación de los elementos típicos para no extender su aplicación en exceso. Con el fin de distinguir adecuadamente la estafa informática de otras conductas que pueden ser abarcadas perfectamente por los delitos de estafa común, hurto, robo con fuerza en las cosas, apropiación indebida, falsedad documental o falsificación de moneda, hay que poner de manifiesto que lo relevante no es que la transferencia de activos patrimoniales se produzca por medios informáticos, ni que se utilicen medios informáticos para encubrir apoderamientos o disposiciones efectuados por otros medios<sup>53</sup>, sino que la manipulación realizada por el autor<sup>54</sup> y que lleva a esa transferencia no consentida tenga lugar a través de sistemas informáticos.

Conviene tener esto en cuenta porque la aplicación por la jurisprudencia no siempre ha sido clara. En ocasiones se ha castigado como estafa informática la conducta denominada “*skimming*”<sup>55</sup>, consistente en el uso de una tarjeta en el comercio tradicional que previamente ha sido falsificada, sea alterando los datos contenidos en la banda magnética<sup>56</sup>, sea modificando el código numérico, el nombre del titular, etc., en

...

12-12-2002 (RJ 2003\309), 21-1-2003 (RJ 2003\1032), 30-10-2003 (RJ 2003\7331), y las SSAP de Las Palmas de 19-10-1998 (ARP 1998\4072) y de Tarragona de 8-6-1998 (ARP 1998\3062).

53. Lo advierte, entre otros, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 71 ss; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 347-348.

54. Así, por ej., el aprovechamiento de un fallo informático existente en algunos cajeros, de forma que encadenando una operación de solicitud de saldo con otra de reintegro en ocasiones no se pedía autorización de pago, facilitando el dinero (supuesto de hecho de la SAP de Granada de 26-9-2002, ARP 2002\273683, que castiga por estafa informática), no es manipulación informática ni artificio semejante, pues no se manipula el sistema, que es de por sí defectuoso. Me extenderé sobre esta cuestión más adelante.

55. Así, la SAP de Las Palmas de 19-10-1998 (ARP 1998\4072), que condena por estafa informática al entender que “se asegura la operación mediante una “firma electrónica” coincidente con la clave identificativa que figura en la banda magnética de las tarjetas” (FJ 3°), lo que apartaría la conducta del ámbito de la estafa común. Vid. también la SAP de Tarragona de 8-6-1998 (ARP 1998\3062). Más recientemente, la SAP de Palencia de 27-2-2004 (ARP 2004\172) califica como estafa informática la conducta consistente en “aparentar ser titular de una tarjeta bancaria falsificada, empleando para ello el ardid de haberla manipulado grabando la banda magnética verdadera en un soporte plástico falso, de una entidad bancaria distinta y en el que se hace constar la identidad también falsa del sujeto activo, consiguiendo que la máquina instalada en el comercio ofrezca comprobación positiva y cargue el importe de la compra en cuenta del verdadero titular, completando el engaño mediante la identificación a través de un pasaporte también falso expedido a nombre del sujeto activo y asumiendo tal supuesta identidad firmando bajo ella el justificante de la obligación de telepago, de modo que así se logra completar el círculo y sean entregados los bienes objeto de la operación que a los ojos del comerciante que realiza la venta y admite el medio de pago citado se presenta aparentemente dentro de la legalidad, pues la máquina ofrece comprobación positiva dado que los datos de la banda magnética son correctos y la documentación falsa identifica al comprador en coincidencia con el aparente titular” (FJ 2°).

56. La introducción de las tarjetas dotadas con chip, en lugar de banda magnética, ha permitido que se vaya reduciendo esta forma de fraude. Cfr. CASTILLA CUBILLAS, M., *La tarjeta de crédito*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 70-71.



el soporte plástico de una tarjeta legítima, o bien creando una tarjeta completamente falsa<sup>57</sup>; o, sin necesidad de disponer del soporte físico, la utilización de los datos en el comercio electrónico para conseguir hacerse con un activo patrimonial a través de una transferencia no consentida. La primera conducta se incardina en la estafa común, en concurso con un delito de falsedad en documento mercantil más otro de falsificación de moneda.

Dejando a un lado las conductas falsarias, en estos casos la intervención de un sistema informático, como es el asociado al uso de tarjetas para el pago a través de terminales de punto de venta, no es el aspecto decisivo de la conducta, que está constituido por el engaño originado por la apariencia de titularidad legítima y de crédito suficiente que supone la presentación de la tarjeta como medio de pago. El destinatario del engaño y quien sufre el error es una persona física.

La segunda conducta es una modalidad de estafa informática: la utilización de los datos de una tarjeta legítima para hacer una compra de comercio electrónico cuyo importe se carga al titular, sin su autorización, es estafa informática por manipulación informática, ya que hay manipulación, pues aunque el sistema informático funciona correctamente y los datos introducidos son correctos, la suplantación de los datos de identidad de otra persona ha de considerarse manipulación a estos efectos, de acuerdo con una interpretación conforme a la normativa europea e internacional<sup>58</sup>.

### **III. ESPECIAL REFERENCIA A LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TARJETAS PARA EXTRAER DINERO DEL CAJERO AUTOMÁTICO Y AL APROVECHAMIENTO DE ERRORES DEL SISTEMA**

Como hemos visto, existe estafa informática por manipulación informática cuando se altera el funcionamiento del propio sistema informático, o bien se utilizan abusivamente datos de otra persona, o se modifican mediante procedimientos informáticos los datos con los que opera el sistema.

Es estafa informática la conducta consistente en abrir tres cuentas bancarias y utilizar “los sobres previstos para ingresar dinero por el cajero automático, sin introducir en ellos el dinero que se manifestaba en los mismos, consiguiendo de este modo que se anotara

---

57. Vid. por ej., la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3-2-2003 (JUR 2003\140949), que apunta que “la creencia, determinada por el engaño que para los vendedores suponían la presentación de las tarjetas de crédito visa, como auténticas y que respondían a un depósito dinerario real, y la falsa identidad del acusado que acudía como comprador, fue lo que determinó a los vendedores a la entrega... que supone el desplazamiento patrimonial, que provoca, enriquecimiento en una parte y perjuicio en la otra, lo que configura el delito de estafa” (FJ 1º). En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 18-7-2005 (JUR 2005\258245), la SAN de 17-7-2006 (ARP 2006\713), o la STS de 8-7-2002 (RJ 2002\8939).

58. Así, las SSAP de Baleares de 14-4-2005 (JUR 2005\106316) y de Málaga de 25-6-2005 (ARP 2005\19), y la STS de 20-11-2001 (RJ 2002\805). Vid. también PÉREZ DEL VALLE, C., “Sociedad de riesgos y reforma penal”, *Revista del Poder Judicial* núms.43-44, 1996, p. 79, quien considera que en la manipulación del input “cabe incluir tanto la introducción de datos y programas incorrectos como la utilización no autorizada de datos; como las manipulaciones de desarrollo, referida a la intervención incorrecta en el procesamiento y tratamiento de datos”; o QUINTERO OLIVARES, G., “La clonación de tarjetas y el uso de documentos ajenos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm.2015, 2006, pp. 137 y 140. En contra, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ ALONSO GALLO, J./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Delito Penal e Internet”, en CREMADES, J./ FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A./ ILLESCAS, R. (coords.), *Régimen jurídico de Internet, La Ley*, Madrid, 2002, p. 291, que aplican a estos supuestos la estafa común.

mecánicamente dicho importe por el sistema informático”, y procediendo a retirarlo antes de que la entidad bancaria comprobara, días más tarde, que los sobres estaban vacíos (SAP de Zaragoza de 15-1-2004, JUR 2004\61336, FJ 1º). Igualmente es estafa informática la utilización por empleada de empresa informática contratada por entidad bancaria de las claves de acceso proporcionadas por ésta, modificando el C.S.A., introduciendo su propio número de cuenta corriente a la que debía ser destinado el dinero de cuentas internas de la entidad, aparentando ser los números de cuentas de personas perjudicadas por cargos indebidos en sus tarjetas de crédito, llegando a realizar un total de cinco transferencias (SAP de Barcelona de 15-6-2006, ARP 2007\44).

También es calificable de estafa informática el caso de la SAP de Cantabria de 26-7-2000 (JUR 2000\288359), en el que los autores, fingiendo tener un negocio, consiguen de la entidad bancaria la entrega de un terminal de punto de venta, que utilizan para realizar cargos en tarjetas cuyos números habían obtenido sin que se sepa cómo, sin consentimiento de los titulares<sup>59</sup>. La transacción es electrónica y hay manipulación informática, pues aunque los datos introducidos son correctos y el sistema funciona adecuadamente se consigue la transferencia de un activo patrimonial suplantando en el sistema la identidad de los titulares legítimos de los datos.

La utilización de una tarjeta perdida por el titular u obtenida por un medio constitutivo de infracción penal (por ej., una falsificación) para extraer dinero de un cajero automático es estafa informática, al existir manipulación del sistema informático en el sentido que hemos recogido, pues se utilizan los datos reales del verdadero titular, sin su consentimiento<sup>60</sup>. A este respecto, conviene recordar que la polémica doctrinal y jurisprudencial que existía bajo la vigencia del Código penal de 1944 en relación a la calificación típica del empleo de nuevos mecanismos de apertura de puertas, como son las tarjetas magnéticas o perforadas, como una tarjeta de hotel, o los mandos de apertura a distancia, por ej. para abrir la puerta de un garaje, para acceder al dinero o a los bienes que se sustraen, sin consentimiento del titular, fue resuelta por el Código penal de 1995 introduciendo expresamente como modalidad de llaves falsas a los efectos del delito de robo con fuerza en las cosas “las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia” (art. 239 inciso final CP).

La necesidad de regular expresamente este caso se afirmaba habitualmente en la doctrina y en la jurisprudencia anteriores a su previsión expresa en el Código penal de 1995. En particular, la jurisprudencia osciló inicialmente entre calificar la conducta de utilización de la tarjeta magnética o perforada previamente perdida por el titular, o bien sustraída al titular u obtenida fraudulentamente o mediante engaño, para acceder al lugar donde se encuentran la cosa mueble como hurto o como robo<sup>61</sup>. A partir de la STS de

---

59. Un supuesto de hecho similar se encuentra en la STS de 26-6-2006 (RJ 2006\4925), siendo la única diferencia que en ésta el negocio, un restaurante, tenía actividad.

60. En contra de la calificación como estafa informática, vid. las SSTs de 16-3-1999 (RJ 1999\1442) y 29-4-1999 (RJ 1999\4127). En la doctrina, también en contra, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Artículo 248”, cit., p. 298; BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto o estafa?”, *La Ley* 2001-4, p. 1448; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., pp. 344-346; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./ LÓPEZ MORENO, J., “La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código Penal de 1995”, *Revista del Poder Judicial* núm.46, 1997, p. 185; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito”, cit., p. 9.

61. El art. 504 CP 1944 señalaba que “son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ... 4º. Uso de llaves falsas, gánzuas ...

6-3-1989 (RJ 1989\2497) se consolidó la aplicación del delito de robo con fuerza en las cosas con base en un entendimiento funcional del concepto de llave<sup>62</sup>, y en la progresiva pérdida de importancia del medio de acceso al lugar donde se encuentra el objeto<sup>63</sup>, línea jurisprudencial que se consideró confirmada por la nueva redacción del delito de robo en el Código penal de 1995<sup>64</sup>, a pesar de la simultánea introducción del requisito de que la fuerza se emplee para acceder al lugar en el que se hallan las cosas<sup>65</sup>.

Pero la solución a esta polémica, originariamente referida a las tarjetas que se emplean como llave para abrir una puerta, cuyo cierre protege la cosa objeto del apoderamiento, se ha trasladado a la utilización de tarjetas de crédito o de débito emitidas por una entidad financiera para acceder al cajero automático y, previa introducción de la tarjeta en la ranura y de la marcación del número secreto (PIN), extraer dinero. La jurisprudencia, con base en la redacción de los preceptos mencionados del Código penal de 1995, ha venido considerando en general esta conducta como constitutiva de delito de robo con fuerza en las cosas, con independencia de la calificación que merece el apoderamiento de la tarjeta misma, partiendo de la asimilación de la tarjeta de crédito o débito a la tarjeta magnética citada en el art. 239 CP, y de la equivalencia de su utilización para extraer dinero del cajero automático al acceso al lugar donde se encuentra la cosa<sup>66</sup>.

Respecto a la consideración de la tarjeta de crédito o débito como tarjeta magnética, hay que tener en cuenta que, en efecto, actualmente la mayoría de las tarjetas emitidas por entidades financieras son tarjetas de PVC equipadas con una banda magnética, con una forma y tamaño normalmente predeterminados<sup>67</sup>.

La banda magnética, llamada a veces *magstripe*, abreviación de “*magnetic stripe*”, está compuesta por partículas ferromagnéticas embebidas en una matriz de resina (gene-

...

u otros instrumentos semejantes”, añadiendo el art. 510 que “se entenderán llaves falsas: ... 2º. Las llaves legítimas sustraídas al propietario”.

62. Vid. entre otras las SSTs de 8-5-1992 (RJ 1992\3768), 21-4-1993 (RJ 1993\3167), 25-4-1996 (RJ 1996\2995), 22-12-1998 (RJ 1998\10324), 16-3-1999 (RJ 1993\1442). En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 2/1988, de 3 de noviembre, sobre tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos, en la que se señalaba que aunque las tarjetas bancarias “no son materialmente llaves sí cumplen funciones privativas de una llave al ser el único medio de apertura de algo que se halla cerrado – como es el cajero automático – y obtener dinero. Y serían falsas sin duda por tratarse de instrumentos legítimos para la apertura sustraídos a su titular”.

63. El punto de inflexión se marca claramente en la STS de 18-2-2000 (RJ 2000\1055).

64. Lo resaltan, entre otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Falsificación”, cit., p. 53; JAVATO MARTÍN, A. M., “Análisis”, cit., p. 378; MAZA MARTÍN, J. M., “La reforma necesaria del Código penal en materia de tarjetas bancarias”, en MAZA MARTÍN, J. M. (Dir.), *Tarjetas bancarias y Derecho penal*, CDJ VI-2002, CGPJ, Madrid, 2003, p. 243.

65. Como apuntan BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., pp. 1448-1449, llama la atención que la introducción de este requisito común a todas las modalidades de robo con fuerza en las cosas no haya llevado a una revisión de los criterios jurisprudenciales empleados hasta el momento, en vista del evidente problema de legalidad que se plantea.

66. Se trata de una línea jurisprudencial mayoritaria. Vid. por todas la STS de 22-1-2004 (RJ 2004\2173). En las Audiencias, vid. la SAP de Sevilla de 10-3-2004 (JUR 2004\126830), así como las referencias recogidas en JAVATO MARTÍN, A. M., “Análisis”, cit., p. 378, nota núm.33.

67. Por la aceptación voluntaria de la norma ISO 7810 por parte de las entidades emisoras, con el fin de facilitar el uso transversal, es decir, en sistemas vinculados a diferentes entidades financieras y redes de pago.

ralmente epoxi), que almacenan cierta cantidad de información<sup>68</sup> mediante una codificación determinada que polariza dichas partículas. La banda magnética es grabada o leída mediante contacto físico pasándola a través de la cabeza lectora/ escritora de un datáfono gracias a la inducción magnética.

Estas tarjetas dotadas de banda magnética, cuyo mecanismo de autenticación está basado en la firma manuscrita del titular, fácil de imitar, en los dígitos de control que aparecen en el reverso, y en un número secreto (PIN), que en teoría sólo conoce el titular, contrastan con la nueva generación de tarjetas electrónicas, que contienen un chip con circuitos integrados (tarjetas de memoria) y, en ocasiones, un microprocesador (tarjetas inteligentes o “*smart cards*”), y con las tarjetas sin contacto, que usan un campo magnético o radiofrecuencia (RFID) para la lectura a una distancia media. Las tarjetas electrónicas inteligentes ya se están usando en la actualidad como medio o instrumento de pago, así como para extraer dinero del cajero automático. La tecnología que emplean permite, por ej., encriptar una pregunta cuya respuesta sólo conoce el titular, estando codificada no en el chip de la tarjeta, donde sería de fácil acceso para un falsificador, sino en las bases de datos del sistema de pagos, que la remite al datáfono o terminal de punto de venta del comerciante que solicita la aceptación del pago. Las tarjetas electrónicas y por radiofrecuencia no encajan en el concepto de tarjeta magnética, empleado por el art. 239 CP, pues no funcionan con el sistema de banda magnética<sup>69</sup>. Su utilización abusiva para extraer dinero del cajero automático no puede ser considerada, pues, robo con fuerza en las cosas, aun aplicando la tesis mayoritariamente seguida por los tribunales.

A ello se añade que la consideración como “llave falsa” de la tarjeta magnética de crédito o de débito perdida, sustraída al titular u obtenida mediante engaño o fraude, utilizada para obtener dinero del cajero automático, obliga a superar el significado literal del art. 237 CP, que exige que la fuerza en las cosas se emplee “para acceder al lugar donde éstas se encuentran”. Si no se quiere exceder del significado literal, se reduce su aplicación a los casos en que lo que se abre con la tarjeta es la puerta de acceso al lugar o recinto donde se encuentra la cosa, por ej., una caja fuerte, una habitación de hotel<sup>70</sup>. La asimilación de las tarjetas magnéticas o perforadas a las llaves falsas se refiere a los supuestos de apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar en donde éstas se encuentran, sobre la base de la funcionalidad de las tarjetas para facilitar el acceso a lugares cerrados, mientras que en la obtención del dinero en el cajero automático lo relevante no es la apertura del recinto en que se encuentra el cajero, ni el propio cajero, que no llega a abrirse, sino la introducción de la tarjeta en éste, acompañada de la del número secreto, que es lo que permite que el cajero expendá el dinero<sup>71</sup>.

---

68. La banda magnética permite la codificación digital de los datos relativos al titular que son necesarios para el pago.

69. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 4ª ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 287. Vid. también BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., p. 1447; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “El robo con fuerza en las cosas”, en TASENDE CALVO, J. J. (Dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, CDJ XIII-2004, CGPJ, Madrid, 2004, p. 144.

70. Vid. por ej., GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 401-402.

71. Cfr. STS de 8-7-2002 (RJ 2002\8939).

Algunos autores destacan que si la tarjeta es utilizada para entrar en el recinto donde se encuentra el cajero o para acceder al teclado ya habría, por ello, uso de llave falsa y, por lo tanto, robo con fuerza en las cosas<sup>72</sup>, de forma similar a como inicialmente se apuntaba en la jurisprudencia que existiría hurto o robo en función del medio de acceso al lugar donde se encuentra el cajero<sup>73</sup>. Pero el problema más interesante se plantea en caso de que la tarjeta no haya sido utilizada para acceder al recinto donde se encuentra el cajero, por ej., porque el autor ha esperado a que saliera de él otro usuario que le ha permitido el acceso, ni para acceder al teclado, porque éste no está protegido por un mecanismo de cierre, sino exclusivamente para obtener el dinero. Este supuesto presenta, sin duda, similitudes tanto con el robo con fuerza en las cosas como con el hurto, sin acabar de encajar en ninguno de ellos.

La ampliación del concepto de llave falsa por medio de la interpretación auténtica contenida en el art. 239 CP no puede llevar a olvidar la definición del robo con fuerza en las cosas recogida en el art. 237 CP, que exige que se emplee la fuerza “para acceder al lugar donde éstas se encuentran”, a lo que se añade que el art. 239.3º CP indica que se consideran llaves falsas “cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura *violentada* por el reo”. Esto es, en primer lugar, se parte siempre de que se trata del objeto material empleado para acceder al lugar, es decir, a un espacio físico donde se encuentran las cosas<sup>74</sup>, cuando en el caso del cajero lo que sucede es lo contrario: el dinero es expedido al exterior<sup>75</sup>. En segundo lugar, en el robo con fuerza en las cosas la llave, en sí misma, con la mera introducción en la cerradura, da acceso a dicho lugar. Cuando además de la introducción de una tarjeta, considerada como llave, se requiere un número secreto sin el cual la tarjeta no permite el acceso no ya a un espacio físico donde se encuentra el dinero, sino al propio dinero, no es posible, en mi opinión, aceptar una asimilación al concepto normativo de llave falsa<sup>76</sup>.

---

72. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales”, cit., pp. 262-265; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio (Parte especial)*, cit., pp. 401-402; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas”, cit., pp. 140-141. Antes del Código penal de 1995, vid. la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado. En la doctrina, por todos, MATA Y MARTÍN, R. M., *El delito de robo*, cit., p. 315; ROMEO CASABONA, C. M., “Delitos”, cit., pp. 114-121. Alude a ello la STS de 22-12-1998 (RJ 1998\10324), FJ 6º y 7º, al señalar que las “tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina... Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave”, decantándose por aplicar en estos casos el robo con fuerza en las cosas, y dejando al hurto los supuestos en que el cajero se encuentra en la calle y su teclado no está protegido.

73. Vid. entre otras las SSTS de 8-5-1992 (RJ 1992\3768), 21-4-1993 (RJ 1993\3167) y 25-4-1996 (RJ 1996\2995).

74. “Acceder”, en la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia, significa “entrar en un lugar o pasar a él”. Para el Tribunal Supremo, “se accede al lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél”. STS de 22-1-2004 (RJ 2004\2173), FJ 3º. En realidad, el Tribunal Supremo entiende el acceso al lugar como acceso a los bienes, lo que supone una interpretación correctora del texto legal.

75. Así lo destaca, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales”, cit., p. 265.

76. Así, entre otros, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg.957.

La Consulta 2/1988, de 3 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, rechaza esta objeción señalando que “si la sola introducción de la llave en sentido propio en una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimientos, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número no desvirtúa para ella el carácter de llave”. Ahora bien, el número secreto es un mecanismo de autenticación que dispone la entidad financiera con el fin de garantizar que quien usa la tarjeta es el titular legítimo, o bien una persona autorizada por él, lo que no se puede comparar al mero movimiento mecánico de hacer girar la llave en la cerradura, que carece de esta significación.

Sin embargo, hoy se entiende mayoritariamente que no hay razón alguna que justifique una interpretación tan restrictiva, ya que la combinación que supone la introducción de la tarjeta en el cajero y la marcación del número secreto da acceso al dinero, debiéndose equiparar normativamente a la exigencia de conseguir el acceso al lugar, que no tiene que entenderse como acceso personal<sup>77</sup>. Se afirma también que la utilización de la tarjeta para conseguir dinero del cajero automático contiene el desvalor material propio del delito de robo con fuerza en las cosas, consistente en el quebrantamiento de una barrera específica dispuesta para proteger la cosa, que en el caso que nos ocupa es la introducción de la tarjeta y de la clave, siendo desacertado político-criminalmente considerar estos supuestos como un hurto<sup>78</sup>.

Ahora bien, a mi juicio se trata de analogía, no de una interpretación extensiva, y por tanto está prohibida al suponer un perjuicio para el reo.

Según algunos autores podría tratarse de un “descubrimiento de las claves para sustraer su contenido”, conducta considerada como fractura por el núm.2º del art. 238 CP, y por tanto robo con fuerza en las cosas<sup>79</sup>, cuando el descubrimiento sea ilícito, pero de nuevo se plantea el problema de que la fuerza debe utilizarse “para acceder al lugar” donde se encuentra la cosa.

Por el contrario, no existe manipulación informática ni artificio semejante cuando la transferencia de activos patrimoniales se consigue sin intervención alguna del

---

77. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa*, cit., p. 170; BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., pp. 1451-1452; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./ LÓPEZ MORENO, J., “La utilización indebida”, cit., p. 178; MATA Y MARTÍN, R. M., *El delito de robo*, cit., pp. 312-313; ROBLES PLANAS en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones*, cit., pp. 191-192; VALMAÑA OCHAITA, S., “La tarjeta de crédito como llave falsa en el delito de robo con fuerza en las cosas”, *La Ley Penal* núm.7, 2004, pp. 84 ss. También VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1261, entienden que se aplica el robo con fuerza en las cosas.

78. Cfr. BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., p. 1451; de los mismos autores, “Robo con fuerza en las cosas y utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 63-64.

79. Cfr. VALMAÑA OCHAITA, S., “La tarjeta de crédito”, cit., pp. 84-85. Para FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Fraudes”, cit., p. 420, el descubrimiento del número secreto y su utilización para autenticar el pago realizado presentando la tarjeta en el comercio tradicional también constituye robo, al tratarse de una variante de la utilización de la tarjeta en los cajeros, o bien hurto. En mi opinión, estamos ante una estafa común, pues aunque hay descubrimiento de claves, éste no sirve para acceder al contenido y sustraerlo, sino que es un elemento más del engaño destinado a que sea otro quien realice una disposición patrimonial en perjuicio propio o de un tercero. En este sentido, MATA Y MARTÍN, R. M., “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 335-336.

beneficiario en el sistema, por ej., porque el sistema funciona erróneamente, y el sujeto, dándose cuenta del fallo, se apropia de lo recibido o niega haberlo recibido. En estos supuestos, de cierta incidencia en los cajeros automáticos y en los depósitos bancarios, lo que se produce es un delito o falta de apropiación indebida, ya que existe título que produce obligación de entregar o devolver lo indebidamente recibido: según el art. 1895 Cc, “cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”. Ahora bien, surge la duda de si aplicar el tipo básico de apropiación indebida (art. 252 CP, si la cuantía de lo apropiado excede de 400 euros, o art. 623.4 CP, si no lo hace), o el tipo atenuado de apropiación indebida de dinero o cosa mueble recibidos por error del transmitente (art. 254 CP, si la cuantía de lo recibido excede de 400 euros).

La apropiación de lo recibido por error tiene regulación en el Código civil, que castiga a quien acepta el pago de lo indebido de mala fe obligándole a “abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó” (art. 1896 Cc). El tratamiento de “el que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada” es mucho más favorable, ya que “sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus acciones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo” (art. 1897 Cc). Pese a esta regulación, el legislador introdujo en 1995 una figura delictiva en el art. 254 CP que, a mi juicio, ni respeta el principio de intervención mínima, al existir una normativa extrapenal que estaba funcionando razonablemente bien, ni cubre lagunas de punibilidad, ya que la conducta también encaja en la apropiación indebida, al existir, como hemos visto, título que obliga a devolver lo recibido indebidamente por error<sup>80</sup>. Además, es difícil de entender el fundamento del privilegio punitivo que supone frente al tipo básico de apropiación indebida, salvo que se considere que tratándose del depósito, la comisión o la administración, además del atentado contra el patrimonio hay un abuso de confianza que supone un mayor grado de injusto o de culpabilidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que a continuación el art. 254 CP se refiere a cualquier “otro título que produzca obligación” de entregar o devolver el dinero o la cosa, sin limitarse a aquellos que se construyen sobre la base de una relación de confianza entre las partes, propia de la gestión de negocios ajenos, esta explicación no es suficiente.

Para determinar si el art. 254 CP es aplicable a los supuestos que nos ocupan, errores o fallos en el funcionamiento de un sistema informático, hay que dilucidar si es posible hablar aquí de que la recepción se produce “por error del transmitente”. En mi opinión, existe ese error tanto si interviene una persona física en el procesamiento de datos, por ej., el empleado de la entidad bancaria anota un ingreso en cuenta añadiendo equivocadamente dos dígitos, como cuando el fallo procede de un sistema

---

80. Vid. sin embargo VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, II*, cit., p. 1267, que afirman que la conducta aquí descrita “no se trata de una auténtica apropiación indebida, pues el sujeto activo no la recibe *debidamente*, esto es, bajo uno de los títulos allí configurados y que le obligan a devolverla”. Sin embargo, ya hemos visto que sí hay título que produce obligación de devolver.

informático que funciona sin intervención de un operador humano, como en los cajeros automáticos. Así lo está apreciando la jurisprudencia<sup>81</sup>.

No hay que limitar el error a los seres humanos. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, error es “1. m. Concepto equivocado o juicio falso. 2. m. Acción desacertada o equivocada. 3. m. Cosa hecha erradamente. 4. m. *Der.* Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto”. Sólo la última acepción estaría limitada al ser humano, mientras que las tres primeras son aplicables a sistemas automáticos.

Por lo demás, y para diferenciar el supuesto de hecho del art. 254 CP del ilícito civil, es necesario comprobar que el sujeto actúa con ánimo de apropiación definitiva de lo indebidamente recibido por error, pues si no es así no cabe apreciar apropiación indebida, aunque haya actos de disposición, siempre que sean compatibles con la devolución<sup>82</sup>.

En cualquier caso, lo que no me parece aceptable en ningún caso es tratar estos casos de errores o fallos en los cajeros o en la práctica bancaria como apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253 CP, si el valor de lo apropiado excede de 400 euros). Lo que se entrega indebidamente por error no es “cosa perdida o de dueño desconocido”, pues consta quién ha hecho la entrega indebida: en el caso que nos ocupa, la entidad bancaria.

#### IV. CONCLUSIONES

Como cabe observar, en las páginas anteriores se ha adoptado un concepto amplio de manipulación informática, considerando, además, que el artificio semejante ha de tener naturaleza informática. Con esta interpretación de lo que se entiende por manipulación informática, que incluye la introducción de los datos del verdadero titular en el sistema, sin contar con su autorización, para obtener una transferencia patrimonial, la suplantación de identidad en el comercio electrónico o en los cajeros automáticos, sin autorización del titular, para obtener bienes o servicios cuyo pago se carga en la cuenta del titular o para extraer dinero puede ser considerada estafa informática<sup>83</sup>.

---

81. Condenan por el art. 254 CP en casos de errores o fallos de los sistemas informáticos de entidades bancarias o de los cajeros automáticos, o sin especificar cómo se produce el error dentro de la entidad, entre otras, las SSTs de 28-12-2002 (RJ 2002\10784) y 2-12-2004 (RJ 2004\8246), y las SSAP de Valencia de 27-5-1999 (ARP 1999\2067), de Cádiz de 15-2-2000 (ARP 2000\707), de Las Palmas de 8-3-2001 (JUR 2001\169974), de Sevilla de 22-10-2002 (JUR 2003\80726), de Cádiz de 28-5-2003 (JUR 152682), de Cádiz de 17-12-2004 (JUR 2007\191459), de Cuenca de 20-4-2005 (JUR 2005\114283) y de Barcelona de 15-11-2007 (JUR 2007\140025). Condena en un caso de fallo humano del empleado de banca la SAP de Castellón de 21-2-2000 (JUR 2000\34735).

82. En este sentido, la SAP de Barcelona de 5-11-1998 (ARP 1998\4299). En alguna resolución se niega que exista “error del transmitente” en supuestos en los que una persona física hace un ingreso, sin incurrir en error, y la entidad bancaria incurre en el error de hacer constar más cantidad de la ingresada. Así, la SAP de Sevilla de 25-6-1999 (ARP 1999\2738).

83. En contra de la subsunción de estos casos en el concepto de manipulación informática, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., pp. 345-346; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes”, cit., pp. 141-142 y 147-148, si bien en la p. 149 parece admitir que se incluyan en el concepto de artificio semejante; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciber crimen*, cit., pp. 47 y 51-52; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito”, cit., pp. 8-9.



Ahora bien, la dificultad (o imposibilidad, a mi juicio) de encaje de estos comportamientos en la estafa común, y la existencia de una interpretación restrictiva de la estafa informática, que limita la manipulación a los casos en que se produce una interferencia en el funcionamiento del sistema o los datos introducidos son falsos, ha dado lugar a que en el Proyecto de Ley de modificación del Código penal, de 15 de enero de 2007, se incluyera una nueva redacción del apartado 2 del art. 248 CP, con una letra c) que considera reos de estafa a “los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular”<sup>84</sup>. El hecho de dedicar un precepto específico a las defraudaciones realizadas mediante tarjetas tiene precedentes en el Derecho comparado<sup>85</sup>, y sin duda puede estar justificado por la extensión de esta forma de criminalidad y los problemas de encaje en la estafa común, además de que se reconoce, implícitamente, que la calificación de la extracción de dinero del cajero automático como robo con fuerza en las cosas no es la más apropiada. Sin embargo, conviene poner de relieve que se ha creado un delito puro de resultado que sólo exige que se cause un perjuicio, no necesariamente patrimonial, utilizando, no se dice cómo, las tarjetas o cheques de viaje, o los datos que obran en estos documentos, confirmando la tendencia a emplear en este sector de la delincuencia descripciones típicas de contornos difusos y poco precisos que, sin embargo, se castigan con penas notablemente elevadas.

Además, también se prevén modificaciones en lo que respecta a la falsificación de las tarjetas, conducta que está íntimamente relacionada con las estafas, comunes o informáticas. Hoy en día las diversas conductas relacionadas con la falsificación de tarjetas de crédito o de débito, o que puedan usarse como medios de pago, se castigan como delito de falsificación de moneda, por expresa determinación legal.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 386 CP, “será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda<sup>86</sup>: 1º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa. 2º El que introduzca en el país o exporte moneda alterada. 3º El que transporte, expendá o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada”. Se impone la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de la moneda falsa y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores, la tenencia

---

84. En la Exposición de Motivos el pre-legislador se limita a señalar que esta incorporación “ha sido precisa”.

Como apunta MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 79, nota núm.47, “esto implica... el refuerzo de la tesis – mantenida ya generalmente por los Tribunales – de que la utilización fraudulenta de los datos de una tarjeta que atribúan falsamente el pago de una operación al titular, resultaba punible como delito de estafa, pese a las dudas suscitadas por alguna resolución judicial”.

85. Vid., por ej., en Italia, el art. 12 del Decreto Legislativo de 3 de mayo de 1991, núm.143, que castiga a “el que, con el fin de obtener beneficio, indebidamente utiliza, falsifica o altera, sin ser su titular, tarjetas de crédito o de pago, o bien cualquier otro documento análogo que habilite para extraer dinero contante o para la adquisición de bienes o la prestación de servicios”, además de a quien “posee, cede o adquiera tales tarjetas o documentos de origen ilícito, falsificados o alterados, así como las órdenes de pago producidas con ellos”. Sobre este precepto, por todos, CUOMO, L./ RAZZANTE, R., *La disciplina dei reati informatici*, G. Giappichelli, Torino, 2007, pp. 209 ss.

86. Tratándose de falsificación de tarjetas, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 acordó que, en los casos de manipulación de la banda magnética, dada la imposibilidad de determinación del “valor aparente” de lo falsificado, no procede aplicar la pena de multa.

para su expendición o distribución, así como la adquisición, sabiéndola falsa, con el fin de ponerla en circulación. El último inciso del precepto contempla un subtipo agravado por pertenencia del culpable “a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades”, pudiéndose imponer en tal caso “alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.

Un sector doctrinal critica, a mi juicio con razón, la decisión del legislador de asimilar a la moneda de curso legal las tarjetas que se utilizan como medio de pago, pero son emitidas por entidades comerciales privadas, pues no concurren las mismas razones de protección del monopolio estatal de la emisión de moneda de curso legal, lo que hace que la pena parezca excesiva<sup>87</sup>. Otro sector, más radical, critica también la extensión del concepto de moneda a estos efectos a las tarjetas emitidas por entidades financieras<sup>88</sup>.

Así, se apunta que “para que la duplicación de tarjetas sea falsificación de moneda, es preciso que, además de tratarse de una falsificación del soporte plástico, constituya, como en toda falsificación de moneda, una afectación al sistema de pagos nacional e internacional, es decir, debe crear nuevas relaciones crediticias o de débito no previstas o generadas por el sistema financiero, teniendo, por lo tanto, como fenómeno, capacidad para alterar los sistemas de pago, para generar relaciones crediticias inexistentes o débitos sobre cuentas no reales. Pero la clonación o duplicación sólo conlleva sólo conlleva una afectación a la relación patrimonial trilateral que se crea entre el titular, el establecimiento y la entidad financiera, introduciendo a un tercero no legitimado en la misma”<sup>89</sup>.

Ahora bien, en mi opinión, esta crítica, que está bien fundamentada<sup>90</sup>, no puede llevar a una interpretación evidentemente “*contra legem*”, sino a una propuesta de modificación “*de lege ferenda*”, que cree un delito específico, en coordinación con la normativa europea, que permita tener en cuenta que estamos ante algo más que una falsificación en documento mercantil<sup>91</sup>, en vista de la gravedad del desvalor que supone el atentado contra instrumentos de pago tan extendidos en la práctica comercial, pero ante algo menos que una falsificación de moneda, permitiendo captar al mismo tiempo

---

87. Entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *La falsificación de moneda*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 45-48; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Falsificación”, cit., p. 50; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes”, cit., pp. 121-122; QUINTERO OLIVARES, G., “Fraudes y defraudaciones ante una reforma del Código penal”, en ARROYO ZAPATERO, L., y otros, *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 98.

88. Vid., entre otros, FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./ LÓPEZ MORENO, J., “La utilización indebida”, cit., p. 165.

89. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito”, cit., p. 5.

90. Vid. los argumentos que resume ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *La falsificación de moneda*, cit., pp. 45-48, siendo el más relevante, a mi juicio, que estamos hablando de títulos de carácter mercantil que no son emitidos en régimen de monopolio por el Estado, como la moneda, sino por entidades privadas, parece desproporcionada la protección que se les ofrece. Vid. no obstante la STS de 8-7-2002 (RJ 2002\8939), que en un supuesto de falsificación múltiple de tarjetas, en el que interviene una organización delictiva con conexiones en el extranjero, afirma que la pena de la falsificación de moneda, aunque elevada, “sí estaría suficientemente justificada”.

91. No cabe duda que las tarjetas son documentos mercantiles. Así se ha reconocido en la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995. Entre otras, vid. las SSTs de 3-12-1991 (RJ 1991\8955) y 15-3-1994 (RJ 1994\2317).

el atentado contra el patrimonio, que de hecho queda al margen tanto en los delitos de falsedad documental como de falsificación de moneda, aunque en ambos sea necesaria la intención de introducir o usar en el tráfico económico el objeto material del delito.

En esta dirección, el Proyecto de ley de modificación del Código penal, de 15 de enero de 2007, ya citado, introduce una sección 4ª en el Capítulo II del Título XVIII del Libro II, con la rúbrica “De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”, donde se regulan estas conductas en un nuevo art. 399 bis<sup>92</sup>. *En la exposición de motivos se apunta que “las tarjetas de crédito o débito requieren también su propia tutela frente a la falsificación, a cuyo fin se describe específicamente esa conducta referida a ellas o a los cheques de viaje”.*

“Nonagésimo noveno.

Se añade la Sección 4.ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, que tendrá la siguiente rúbrica:

“De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”

Centésimo.

Se añade el artículo 399 bis, que queda redactado como sigue:

“1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que falsificare, copiándolos o reproduciéndolos, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Los Jueces o Tribunales impondrán a la organización, bien como pena si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis de este Código, bien como medida en los casos previstos en el artículo 129, la disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados en cantidad que permita suponer están destinados a la distribución o tráfico, será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años”.

---

92. Se responde así, con cierto retraso, al pronunciamiento favorable del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del recurso de casación se acudiera al Gobierno de la Nación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 4.3 CP, exponiendo la conveniencia de la inclusión en el Código penal de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia en la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.



# EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA PIRATERÍA DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN

Prof. Dr. Alfonso GALÁN MUÑOZ

Profesor Titular de la Universidad  
Pablo de Olavide

**Resumen:** Para hacer frente a la “piratería de servicios de radiodifusión”, se reformó el Código penal sancionándose como verdaderos delitos conductas que bordean los límites del mero ilícito civil y que deberían ser consideradas todo lo más, como meras faltas penales. La experiencia pone de manifiesto que si bien los intereses colectivos han de ser necesariamente protegidos, esto debe siempre someterse a un estrecho control. Así, procede reafirmar la vigencia de los tal vez viejos, pero en modo alguno obsoletos, principios limitadores del Derecho penal, que son los únicos capaces de impedir los excesos represores y que son los que llevan a proponer la inmediata reforma del artículo 286 CP.

**Laburpena:** Irratidufusioko zerbitzuen pirateriaren kontra egiteko Zigor Kodea berritu zen, delitu bezala zigortuz, zibil arloko zilegitasun ezaren ertzetik ateratzen dena eta falta penal moduan kontsideratu beharko lirarteke. Nahiz eta esperientziak azaldu nahitaezkoa dela interes kolektiboak Zuzenbide Estatuak babestea, kontrol zorrotzarean pean egitekoa da. Aitortu beharrekoa da Zuzenbide Penalaren printzipio mugatzaileen indarraldia, printzipio zaharrak baina ez zaharkituak, hauek baitira gehiegizko errepresioa galarazteko bakarrak eta honen bidez proposatzen bait da ZK 286 artikulua berehalako aldaketa.

**Résumé:** Pour faire face à “la piraterie de services de radiodiffusion”, on a réformé le Code pénal en sanctionnant ces faits comme de véritables infractions pénales. Cependant, ces conduites touchent les limites de ce qui est une simple faute civil et devraient être considérées et traitées, le cas échéant, comme des simples contraventions. L'expérience met en évidence que, bien que les intérêts collectifs doivent nécessairement être protégés, ceci doit toujours être soumis à un contrôle étroit. Ainsi, il faut réaffirmer les peut-être vieux, mais en aucune façon obsolètes, principes limitatifs du Droit pénal, qui sont les seuls qui peuvent empêcher une répression excessive et qui obligent à proposer la réforme immédiate de l'article 286 CP.

**Summary:** Penal Code was reformed to face the “broadcasting piracy”, penalizing as a crime some behaviours not very serious, that could be considered just as civil illicit or simple misdemeanours. The experience shows that although the collective interests have to be necessarily protected, all this must be always subjected to a strict control. Thus, it is appropriate to reaffirm the relevance of the penal Law principles, perhaps old principles but in any way obsolete, as the unique way to prevent the repressive excesses, principles that lead to propose the immediate reform of article 286 CP.

**Palabras clave:** Derecho penal, piratería de los servicios de radiodifusión, principios del Derecho penal, intervención penal.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre “Protección penal de la propiedad intelectual sobre derechos digitales”, Leioa, 28 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITSESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, irratidifusioko zerbitzuen pirateria, Zigor zuzenbidearen printzipioak, eskuhartze penala.

**Mots clef:** Droit pénal, piraterie de services de radiodiffusion, principes du Droit pénal, Intervention pénale.

**Key words:** Penal Law, Broadcasting piracy, Penal Law principles, Penal intervention.

## 1. INTRODUCCIÓN

La imparable implantación de nuevos y modernos instrumentos informáticos ha supuesto una auténtica revolución en nuestras vidas, ya que todos o casi todos utilizamos en el devenir de nuestra vida cotidiana algún mecanismo o instrumento fruto del imparable avance tecnológico que nos rodea.

Todos o casi todos llamamos utilizando teléfonos móviles e incluso nos sorprendemos si por uno de esos azares del destino, nos encontramos en algún recóndito paraje de nuestra geografía en el que la cobertura que nos brindan los satélites y antenas de telefonía no nos permite hacerlo.

Todos o casi todos usamos esa ya no tan nueva autopista de la información que es internet tanto para mantenernos en contacto con nuestros conocidos, como para conocer a personas que se encuentran en lugares muy alejados de aquel en el que vivimos. Del mismo modo, que todos o casi todos comprobamos los resultados deportivos del equipo de nuestros amores o nos enteramos de las últimas noticias de nuestro siempre animado panorama político leyendo lo que de ellos dicen los periódicos digitales.

Pero si hay algo que todos, absolutamente todos, hacemos es ver en algún momento de nuestra vida ese receptor de señales, que hasta hace no mucho era considerado como uno de los ejemplos más claros de la revolución tecnológica que nos rodea, pero que a día de hoy ya casi nadie tiene en mente cuando habla de avances tecnológicos o de la sociedad de la información: La televisión.

Pese a lo que nos pueda parecer tampoco este medio de comunicación de masas ha permanecido inerte a la influencia de la revolución informática.

En un principio, la televisión comenzó a utilizar la informática como un instrumento de edición de sus propios contenidos. Luego el desarrollo tecnológico dio lugar a que nuestro receptor nos permitiese acceder a algunos servicios que acercaban este medio de comunicación a otros más tradicionales como los periódicos, apareciendo el ya casi olvidado sistema de teletexto.

Sin embargo, tal vez la novedad más importante en el imparable desarrollo de este medio de comunicación se ha derivado precisamente del hecho de que la utilización de sistemas informáticos ha permitido crear unos nuevos sistemas de compresión y codificación de su señal que hacen posible que su emisor pueda no sólo transmitir un volumen de información cada vez mayor, sino también, y lo que es posiblemente más importante a los efectos que nos ocupan, que tenga la capacidad de codificarla y controlarla de tal forma que podrá decidir quién puede acceder a la misma de forma inteligible y qué condiciones habrá de cumplir para poder hacerlo.

Esta última evolución técnica es la que ha permitido que los prestadores de servicios televisivos puedan encriptar su señal, haciendo que sólo resulte inteligible mediante

el uso de unos códigos que sólo se entregarán o comunicarán a aquellos usuarios que le paguen un determinado importe por los mismos y es la que ha dado lugar al nacimiento del denominado sistema de “*pay per view*” o pago por visión.

Las posibilidades económicas que otorga este nuevo sistema de emisión a los propietarios de las cadenas de televisión son enormes. Ya no tendrán que financiar sus empresas acudiendo casi en exclusiva al muy competitivo mundo de la publicidad, lo que ha provocado que la implantación de estos sistemas se haya extendido rápidamente por todo el mundo, llegando también a nuestro país, aunque de una forma notablemente más limitada a como lo ha hecho en otros países de nuestro entorno cultural, como podrían ser los Estados Unidos de América.

Ahora bien, la emisión de estas primeras señales de pago por visión en nuestro país también ha traído consigo la aparición de ciertas actuaciones mediante las cuales sus potenciales receptores tratan de decodificar la señal emitida sin tener que pagar por ello. Unas conductas que se presentaban de muy diversas maneras y formas, pero que, pese a ello, han tratado de ser agrupadas utilizando la genérica denominación, no demasiado jurídica, pero sí muy extendida, de “piratería de servicios de radiodifusión”.

## **2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA DENOMINADA “PIRATERÍA DE SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN”**

Como acabamos de señalar, hablar de piratería en este campo es hablar de una serie de conductas que sólo tienen en común el objeto material sobre el que todas ellas van a recaer. Todas son conductas en las que se intenta y, en muchas ocasiones, se consigue vulnerar los sistemas de codificación que establece un determinado proveedor de una señal condicional de televisión, para acceder a la misma de forma inteligible sin abonar los derechos que dicho proveedor exige por hacerlo.

El daño que producen estas actuaciones sobre el patrimonio del prestador de este tipo de servicios es evidente. El prestador deja de recibir aquella compensación económica a la que tenía derecho por sus servicios, lo que indudablemente le ocasiona una merma patrimonial.

Sin embargo, las formas o vías por las que se puede ocasionar dicho perjuicio son muy diversas y eso dio lugar a que la doctrina y la jurisprudencia anterior a la reforma de 2003, encontrase serios problemas para incardinarlas todas en alguno de los tipos delictivos que estaban vigentes en aquel momento.

Por una parte, parecía estar fuera de toda duda el hecho de que todo sujeto que decodificase de forma no autorizada la señal de uno de estos servicios condicionales y la difundiese posteriormente a una pluralidad de personas fuera del ámbito estrictamente doméstico<sup>1</sup>, estaría realizando un acto de comunicación pública que podría ser

---

1. Así se desprende de lo establecido por el art. 20.1 de la ley de Propiedad intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia) donde se establece que “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.”, pero inmediatamente a

...

constitutivo del delito contra la propiedad intelectual, contemplado por el art. 270.1 CP, siempre y cuando:

- a) La emisión decodificada estuviese amparada por los derechos derivados de la propiedad intelectual
- b) Se hubiese realizado con ánimo de lucro

Esta inicial protección penal de los legítimos intereses patrimoniales del emisor televisivo se vio, sin embargo, rápidamente desbordada por la realidad de los hechos, ya que no todas las conductas decodificadoras de sus señales reunían los elementos configuradores de dicho injusto típico.

De hecho, la inmensa mayoría de ellas no lo hacía.

Así, por ejemplo, se daba la circunstancia de que muchos de los contenidos que se solían transmitir a través de este tipo de servicios no son susceptibles de ser considerados como obras literarias, artísticas o científicas de las que contempla y protege el art. 10 de la LPI<sup>2</sup>, con lo que difícilmente su decodificación podía ser sancionada por los delitos que las protegen en el ámbito penal.

Tampoco era nada infrecuente que en la decodificación y posterior distribución pública de los contenidos emitidos por un sistema de acceso condicional –incluso de los susceptibles de ser amparados por los derechos de propiedad intelectual–, se realizase de una forma completamente “altruista”<sup>3</sup> sin intención alguna de recibir remuneración o pago por su prestación, lo que impedía apreciar en su realización el ánimo de lucro que conforma y delimita el injusto del citado delito.

Pero es que, además, si había una actuación que estaba generando pérdidas a los empresarios de servicios condicionales televisivos, ésta era aquella que se efectuaba en

---

...  
 continuación se afirma que “...*No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*”, lo que, como bien señala MATA Y MARTÍN, R. M. restringirá notablemente el ámbito típico de esta conducta *Delincuencia informática y Derecho penal*. Ed. Edisofer. Madrid, 2001. Pg. 98, provocando, por ejemplo, como afirman DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F. que se mantengan al margen del mismo actividades como las realizadas por los videos comunitarios que realmente fuesen tales, es decir, que realmente fuesen comunitarios y se limitasen a realizar comunicaciones de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual dentro del ámbito estricto de una comunidad de vecinos, lo que, evidentemente no quiere decir que no se pueda “... *sancionar a quienes efectuasen comunicaciones que trascendiesen dicho ámbito, difundiendo en domicilios sin relación alguna entre sí*”. “Artículo 270” en *Comentarios al Código penal. Tomo VIII*. Edersa. Madrid. 2005. Pg. 893, o aquellos otros, comentados por FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. en que se utilicen las modernas autopistas de la información, como Internet, para transmitir la obra, haciéndola visible al destinatario sin obligarle a descargarla al disco duro “Streaming”. *Ciberdelitos cometidos a través de internet*. Ed. CCC. 2007. Pg. 96.

2. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos” en *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005. Pg. 631, téngase en cuenta que la emisión de una señal audio visual en sí misma no puede ser considerada como una obra artística, como acertadamente señalan, MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pg. 311 o DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F., op cit. ant., pg. 872, sobre todo en su nota al pie 79

3. Este hecho lleva a SEMINARA, S. a hablar de la existencia del “pirata altruista”. “La piratería su internet e il diritto penale”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, n° 1-2. 1997. Pg. 90.



la intimidad del hogar de miles de personas, quienes utilizando una simple tarjeta, un controlador PIC, una memoria EEPROM y un programador para la misma, o incluso realizando determinadas combinaciones de teclas con su mando a distancia, insertaban en el receptor de señal de televisión codificada aquella clave o código que les iba a permitir acceder en forma inteligible al contenido transmitido, sin tener que abonar retribución alguna por ello<sup>4</sup>.

Este fenómeno se extendió con tal rapidez en nuestro país que ya en el año 2001 se calculaba que había entre 100.000 y 300.000 hogares en toda España que disponían de las célebres “tarjetas piratas” para acceder a dichos servicios<sup>5</sup>.

En estas conductas no se producía ninguna conducta de comunicación pública de las contempladas en el art. 20 LPI, lo que hacía absolutamente inviable que se pudiese imputar a sus autores el delito del art. 270.1 CP y llevó a que tanto los abogados de las grandes compañías televisivas, como la propia Fiscalía buscasen otras vías jurídicas que pudiesen servir para controlar la rápida proliferación de estas actuaciones y para perseguir y castigar no tanto a aquellas personas que las efectuaban materialmente, como a aquellos otros que más las favorecían, los que suministraban los aparatos receptores de las señales, las tarjetas y, sobre todo, los códigos y los programas que permitían decodificar la señal de estos servicios sin tener que pagar por ellos<sup>6</sup>.

---

4. FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “La world wide web como vehículo de delincuencia: Supuestos frecuentes”, en *Internet y Derecho penal*. CDJ X-2001. Ed. CGPJ. Madrid, 2001. Pg. 452.

5. FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Op. cit. ant. Pg. 451.

6. Se debe destacar a este respecto la opinión sostenida por MIRÓ LLINARES, F., quien señalaba que al haber incardinado la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información (DDASI), el derecho a la puesta a disposición del público en Internet dentro del derecho de explotación pública que corresponde al autor de la obra comunicada, cabría considerar que dicha actividad, la simple puesta a disposición, también podría ser tenida por una de aquellas comunicaciones públicas que castiga el artículo 270 CP, hecho que le llevaba a entender que se había ampliado el ámbito típico de esta modalidad comisiva hasta tal punto que se podría incluir en su seno no sólo a las conductas de *uploading* no autorizado de obras protegidas por estos derechos, sino también a aquellas otras en las que se procediese simplemente a distribuir en la red las licencias de programas que permitirían a utilizar las copias que terceros tuviesen de los mismos. En *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Ed. Fundación Autor. Madrid, 2005. Pg. 154 y 155. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F. Op cit. ant. Pg. 894. Esta interpretación, por lo que a nosotros nos afecta también podría permitir entender que, una vez transpuesta dicha directiva a nuestro ordenamiento por la ley 23/2006 de 7 de julio, se puedan considerar como actos de comunicación pública la difusión de aquellos códigos que permitirían a quienes los conociesen acceder de forma no autorizada a los contenidos ofertados por los empresarios de señales de pago por visión que estuviesen protegidos por los derechos de propiedad intelectual (p. ej. una película de taquilla); hecho que indudablemente ampliará el ámbito típico del art. 270.1 CP y lo convertirían en un precepto con una enorme trascendencia práctica en la persecución de dichas actuaciones, ya que podría sancionar penalmente la difusión lucrativa de tales códigos. Sin embargo, no puede olvidarse que quien distribuye dichos códigos o quien comunica las licencias de programas en Internet no pone realmente a disposición del público las obras de propiedad intelectual a que los mismos permiten acceder. Lo que realmente hace es facilitar que los destinatarios de sus informaciones puedan tener acceso y utilizar tales contenidos cuando ya los tuviesen en su poder o cuando pudiesen acceder a ellos, precisamente, porque los mismos se habían puesto a su disposición en otro lugar y generalmente por otro sujeto, lo que demuestra que quienes distribuyen dichas informaciones no son verdaderos autores, sino todo lo más cooperadores, del acto de comunicación pública producida, con lo que el artículo 270 CP continuará, a pesar de la ampliación típica comentada, siendo un precepto con una muy limitada incidencia en la persecución penal de dichas conductas.

Empezaron así a proliferar los procedimientos penales contra los creadores y distribuidores de los medios técnicos o de las informaciones que permitían decodificar las señales de pago; procedimientos en los que se les trataron de imputar delitos muy diversos.

Así, por ejemplo, se afirmó que las conductas realizadas por estos sujetos podrían constituir por sí mismas un ataque contra la propiedad intelectual o industrial del emisor televisivo, ya que, a juicio de algunos autores, en ellas se reproducían de forma no autorizada la topografía de ciertos productos semiconductores protegidos por el art. 273.3 CP o se distribuían, de la misma forma, los programas que dichos empresarios utilizaban para crear e introducir los códigos en las tarjetas; programas que eran objeto de los derechos propios de la propiedad intelectual y que consecuentemente podrían ser objeto material de los delitos que atentan contra los mismos<sup>7</sup>.

El primero de estos caminos quedó rápidamente descartado al constatarse que los productos utilizados en la creación de las tarjetas, e incluso las tarjetas en sí mismas, podían adquirirse legalmente en cualquier tienda especializada en electrónica, lo que suponía que quienes las adquirían o las creaban no generaban ninguna merma económica a aquellos sujetos que ostentaban el correspondiente derecho de patente sobre sus respectivas concretas topografías y que, en consecuencia, su actuación no podía insertarse en ninguno de los tipos delictivos protectores de la propiedad industrial.

Algo parecido sucedió con la segunda posible vía de imputación de responsabilidad, la referida a la posible realización de un delito contra la propiedad intelectual; vía que quedó completamente cerrada cuando se constató que la mayoría de los programas utilizados para introducir los datos en las tarjetas no eran copias ilegítimas de los que utilizaban las compañías emisoras para hacerlo, sino que eran programas creados por los mismos sujetos que los utilizaban o por otros que los habían distribuido en la red sin exigir pago alguno por su uso o reproducción (p. ej. icprog).

Tampoco parecía que fuese aceptable considerar que esta conducta constituía un delito de defraudación de telecomunicaciones del art. 255 CP, ya que, por una parte, la creación y distribución de estos “precursores informáticos” (tarjetas, códigos, programas, etc.) se solía producir en un momento muy anterior a aquel en el que efectivamente se utilizaban para acceder de forma inteligible a la señal emitida, lo que impedía considerar a sus autores como dominadores de dicha actuación defraudadora<sup>8</sup>; mientras que, por otra, al no realizar el usuario final de tales instrumentos ninguna maniobra fraudulenta que tendiese a recibir unas señales de telecomunicaciones a las que no tuviese derecho, como exigía el tipo delictivo comentado, sino una simplemente tendente a decodificar la señal que ya recibía<sup>9</sup>, difícilmente se le podía imputar dicho

---

7. En este sentido, FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Op. cit. ant. Pg. 450 y ss. Respecto a la inclusión de los programas como posible objeto de propiedad intelectual, véase, DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. ant. Pg. 869 y MIRÓ LLINARES, F. “La protección penal de los derechos de explotación sobre el software” RP nº 13, 2004, pg. 85 y ss.

8. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 631.

9. A favor de la aplicación de este delito a los usuarios de estos sistemas de decodificación se mostraban, sin embargo, FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Op. cit. ant. Pg. 452 y MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pg. 447 CRUZ DE PABLO, J. A. *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptación a la reforma operada en el Código penal por la ley 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*. Ed. Difusión jurídica. Madrid, 2006. Pg. 195.

delito, con lo que tampoco se podía considerar a aquel sujeto que le había ayudado a hacerlo partícipe del mismo<sup>10</sup>.

Incluso se intentó y se llegó a lograr que en algunos casos se sancionase la actuación de quienes suministran los códigos de acceso a las comentadas señales televisivas por considerarla como constitutiva de un delito de revelación de secretos empresariales del art. 280 CP<sup>11</sup>, calificación típica que, a nuestro juicio, fuerza hasta el extremo el concepto de secreto empresarial, ya que en ningún caso se puede entender que dichos códigos, suministrados a todos los usuarios de dichos servicios y que les resulta fácilmente accesibles, tengan aquel nivel de confidencialidad, ni el valor económico competitivo propio que debe caracterizar a cualquier dato o documento electrónico que pretenda ser tenido como un verdadero secreto de empresa a efectos de los delitos de los artículos 278 y siguientes de nuestro Código penal<sup>12</sup>.

Como se puede comprobar muchas y muy variadas fueron las posibles calificaciones típicas que se trataron de aplicar a estas conductas sin que, sin embargo, ninguna de ellas llegase a resultar plenamente satisfactoria.

Esta situación de evidente inseguridad jurídica, unida a la existencia de algunas Directivas comunitarias que –como la 98/84/CE, referida a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional–, parecían exigir un mayor y más efectivo nivel de protección de este tipo de servicios, fueron determinantes para que el legislador decidiese otorgar un nuevo contenido al art. 286 de nuestro Código penal en la reforma realizada por la LO 15/2003, contenido que estaría directamente destinado a proteger penalmente al prestador de esta clase de servicios.

### **3. LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS SERVICIOS CONDICIONALES DE RADIODIFUSIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LO 15/2003**

Como ya hemos señalado, la entrada en vigor el 1 de Octubre de 2004 de la LO 15/2003 ha supuesto un verdadero hito en el tratamiento jurídico del problema de la piratería de servicios de radiodifusión, ya que ha sido esta reforma legislativa la que ha introducido una serie de figuras delictivas en nuestro Código penal, que tratan de solucionar definitivamente los problemas de protección e inseguridad jurídica que padecían los servicios condicionales de radiodifusión frente a algunos de los ataques que más frecuentemente se realizan contra los mismos.

Pese a lo que pudiese creerse, la reforma legislativa realizada por la LO 15/2003 no ha tratado simplemente de acomodar en este ámbito nuestra legislación a lo esta-

---

10. En contra, de esta postura se manifiesta CRUZ DE PABLO, J. A., quien consideraba que las actuaciones de estos sujetos deberían ser consideradas como verdaderos actos de cooperación necesaria en el delito del art. 255 CP que habría cometido como autor el usuario final de los instrumentos por ellos le habían suministrado. Op. cit. ant. Pg. 196.

11. ST Audiencia provincial de Barcelona de 4-11-2002 (ARP 2003/221). Comparte esta postura CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 198.

12. No es una información que pueda ser transmitida con independencia de la entidad a la que se vincula, teniendo un valor económico competitivo por sí sola, hecho que ha de impedir que se pueda la pueda considerar como verdadero secreto de empresa a efectos de los comentados artículos. Sobre el concepto de secreto industrial véase de modo general lo manifestado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op cit. ant. Pg. 215.

blecido por la ya citada Directiva 1998/84/CE<sup>13</sup>. En realidad, esta ley orgánica ha ido mucho más allá de lo que el texto comunitario exigía, como lo demuestra el hecho de que haya prohibido y sancionado más conductas de las que éste obligaba a prohibir a sus Estados miembros y, lo que es más importante, que lo haya hecho mediante la imposición de verdaderas sanciones penales, pese a que la norma comunitaria tan sólo exigía la imposición de sanciones “...eficaces, disuasorias y proporcionadas al efecto potencial” de las actividades infractoras en ella contempladas, sin mencionar, ni exigir en modo alguno que hubiesen de tener carácter penal.

La decisión de utilizar el Derecho penal como instrumento represor de este tipo de conductas es, por tanto, exclusivamente atribuible al legislador nacional, como también lo es, el más que cuestionable modo en que se ha utilizado dicho instrumento jurídico para hacerlo.

Entrando ya en el estudio del concreto contenido que ha establecido el art. 286 CP, hemos de señalar que este precepto contiene en sus apartados 1, 3 y 4 una serie de figuras delictivas que pretenden abarcar todo el ciclo de posibles actuaciones que podrían llevar hasta la consecución del acceso no autorizado al servicio condicional y con ello, hasta la efectiva lesión del bien jurídico protegido por sus prescripciones.

Es posiblemente esta finalidad omnicomprendensiva la que ha llevado al legislador a utilizar en este ámbito una técnica de tipificación prolija, compleja, confusa<sup>14</sup> y en muchos casos reiterativa, que adelanta de forma más que cuestionable las barreras de intervención penal<sup>15</sup>, provocando así que se planteen múltiples problemas técnicos e interpretativos a la hora de delimitar los injustos de cada uno de sus delitos.

Así, nos encontramos con que el art. 386 CP diferencia:

1º El suministro o el facilitamiento de acceso no autorizado a servicios condicionales, efectuado con fines comerciales y con determinados instrumentos (286.1 CP).

2º El facilitamiento del acceso a terceros realizado sin ánimo de lucro (art. 286.3 CP).

3º La utilización de los instrumentos técnicos que permiten acceder a estos servicios de forma no autorizada (art. 286.4 CP).

Analicemos cada una de estas modalidades comisivas de forma breve y por separado, comenzando por la última.

#### **4. LA UTILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS QUE PERMITEN EL ACCESO A SERVICIOS DE ACCESO CONDICIONAL**

El art. 286.4 CP establece que “A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación”.

13. Véase a este respecto, CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 187 y ss

14. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 631.

15. MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 312.

Éste es un delito que trata de castigar el uso de aquellos instrumentos, mecanismos o programas que permiten acceder de modo inteligible a un medio de radiodifusión de acceso condicional, sin tener que abonar previamente el pago que el emisor exige por la prestación de tal servicio.

Su contenido material de injusto se sustenta, por tanto, en la defraudación de la legítima expectativa de cobro que tenía el prestador de estos servicios de cobrar por ellos; prestador que sufre como consecuencia de esta actuación una merma antijurídica de su patrimonio que presenta no pocas semejanzas con aquella otra que sufriría el suministrador de corriente eléctrica, el de agua o el de una red de telecomunicaciones, víctima del delito de defraudación de fluidos del art. 255 CP, lo que incluso ha llevado al legislador a asimilar a efectos punitivos ambos delitos<sup>16</sup>.

En efecto, quien accede de forma no autorizada al servicio de acceso condicional otorgado por otro sujeto, no realiza una conducta que lesione, ni pueda llegar a lesionar la libre competencia en este sector, ni ningún otro interés de naturaleza socioeconómica. Lo que hace es lesionar el interés patrimonial que tenía el prestador en poder cobrar por sus servicios y es por ello, por lo que entendemos que este delito, pese a estar incardinado entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, protege en realidad, al igual que el resto de los que se contienen en el art. 286 CP, los derechos de explotación que se derivan de la prestación de servicios condicionales por parte de ciertas empresas de radiodifusión<sup>17</sup>, con lo que tienen una naturaleza indiscutiblemente patrimonial-individual que, en modo alguno, se puede rechazar, atendiendo al simple y formal argumento derivado de su concreta ubicación sistemática<sup>18</sup>.

Sin embargo, esta naturaleza no ha impedido que el legislador trate de configurar su injusto típico de una forma más cercana a las que caracterizan a los delitos de peligro que a las que son propias de los de lesión, como lo demuestra el hecho de que haya centrado todo su juicio de desvalor en la realización de su conducta típica (la utilización no autorizada de los equipos que permitan el acceso) relegando a un completo segundo plano al desvalor de resultado que se derivaría de la efectiva lesión patrimonial que se podría derivar de dicha actuación; resultado cuya magnitud, por expresa exigencia legal, no podrá tener incidencia alguna en la concreta pena que se deberá aplicar al autor de este delito.

¿Cómo se puede entender esto? ¿Cómo es posible que un delito tan similar al de defraudación de fluidos, a diferencia de éste, no tenga en cuenta para nada la concreta lesión del bien jurídico que trata de proteger?

---

16. Así lo señala acertadamente, a nuestro juicio. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313.

17. Entendemos en tal sentido que no sólo tratan de proteger los derechos de explotación de las entidades de radiodifusión que podrían ser considerados como derechos conexos o anejos a los derechos de autor, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 311, por cuanto, también amparará otros derechos patrimoniales directamente derivados de la emisión o reproducción de actividades que no podrían tener dicha consideración, al no recaer ni sobre ni obras artísticas, ni literarias ni científicas como podrían ser, por ejemplo, los derechos derivados de la retransmisión de espectáculos deportivos y otros eventos.

18. CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 184 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 312, MATA Y MARTÍN, R. M. "Protección penal de la propiedad intelectual..." cit. Pg. 630, MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. Pg. 513.

En principio, tenemos que decir que la creación de este concreto tipo delictivo se incardina perfectamente en las tendencias político-criminales que parecen dominar las reformas penales de los últimos tiempos en toda Europa. Unas tendencias que en su empeño por conseguir una máxima prevención delictiva y, sobre todo, en generar una mayor sensación de seguridad en sus ciudadanos han ido relegando a un segundo plano el papel del desvalor del resultado del injusto penal en favor del que le corresponde al desvalor de acción, lo que ha fomentado la aparición de un número cada vez mayor de delitos de peligro, que además protegen una serie de bienes jurídicos supuestamente de naturaleza colectiva, que cada vez se encuentran más alejados de los concretos intereses de los concretos individuos<sup>19</sup>.

Esto es lo que sucede con los delitos que venimos analizando. Unos delitos que supuestamente protegen los intereses del mercado o de los consumidores y que, precisamente por ello, según algunos, castigan a los autores de aquellas conductas que al atentar contra los intereses de los agentes que gestionan la prestación de estos servicios, realizan un ataque que trasciende la mera ofensa a sus intereses puramente individuales para adquirir una verdadera dimensión supraindividual<sup>20</sup>.

Podría pensarse, por tanto, que lo que dichos delitos protegen es la concreta función social que estos operadores desarrollan en la sociedad de la información; concepción que podría legitimar el adelantamiento de la intervención penal que los mismos realizan y que justificaría también, en cierta medida, la completa postergación que sus injustos efectúan respecto a la concreta afectación de los intereses patrimoniales-individuales que se podrían derivar de su ejecución.

Sin embargo, esta posible interpretación sustentadora y legitimadora de la anticipación de las barreras de intervención penal que realizan los diferentes tipos delictivos contenidos en el art. 286 CP y que los convertiría en figuras protectoras de un bien jurídico intermedio, supuestamente común a todos los delitos informáticos<sup>21</sup>, no resulta sostenible a nuestro juicio por varias razones.

En primer lugar, porque la misma no se ajusta en modo alguno a lo establecido por la Directiva 98/84/CE en la que supuestamente encuentra su origen la creación de este delito, ya que, según dispone el art. 2 de dicha Directiva, sólo se podrá considerar por servicio protegido a sus efectos aquellos servicios de acceso condicional “que se

19. Sobre este fenómeno y las diferentes posturas que la doctrina ha adoptado frente al mismo véanse de modo general HASSEMER, W. “Crisis y características del moderno Derecho penal” AP nº 43, 1993. HASSEMER, W. /MUÑOZ CONDE, F. *La responsabilidad por el producto*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal de la sociedad del riesgo*. Ed. Civitas. Madrid, 2001. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas. Madrid, 2001 o GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, entre otros.

20. Así lo entiende MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. *Comentarios al nuevo Código penal*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2005. Pg. 1455.

21. A este respecto, véase, por ejemplo ROVIRA DEL CANTO, E. quien otorga consideración de bien jurídico común a todos los delitos informáticos a la información contenida y procesada por los ordenadores. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 187, entre otros.

presten a cambio de remuneración”, lo que denota el marcado carácter patrimonial que presenta dicha protección.

Tampoco parece que avale dicha interpretación el papel que jugará el consentimiento del prestador de estos servicios a la hora de valorar los accesos realizados utilizando estos medios prohibidos; consentimiento que, aunque el art. 286.4 CP no lo diga expresamente, parece evidente que convertirá la utilización de dichos aparatos en autorizada y consecuentemente en completamente ajena al tipo de injusto contemplado en dicho precepto.

Pero además, tampoco parece ajustarse a lo expresamente establecido por el tipo delictivo que venimos comentando. Un tipo que, si bien es cierto impone la pena del art. 255 CP a quien utilice los instrumentos de acceso indebido a servicios de acceso condicional con total independencia de la cuantía de la defraudación que dicho uso hubiese producido, al hacerlo también exige para su imposición la producción de dicho resultado, la producción de una verdadera defraudación patrimonial, lo que, a nuestro juicio, demuestra que se necesita generar una efectiva lesión patrimonial, por mínima que sea, para completar y consumir el injusto típico de este delito y deja a las claras su naturaleza de delito de resultado-lesión.

Así pues, el delito comentado sólo castigará los usos no autorizados de servicios de acceso condicional y remunerado, lo que lo convierte en un delito eminentemente patrimonial y de lesión, que más que adelantar las barreras de intervención penal propias de los delitos patrimoniales tradicional, lo que hace es intensificarla, ya que, al castigar las lesiones dolosas de los patrimonios de estos proveedores de servicios con la misma pena con la que castiga a las previstas en el 255 CP, pero hacerlo sin exigir, como éste hacía, que dichas lesiones superen los 400 €, no castiga antes de lo que lo hacía este delito, sino que lo hace de una forma más severa, ya que, sanciona como delitos algunas afecciones patrimoniales que, conforme a los parámetros valorativos del referido tipo delictivo tradicional, sólo deberían ser consideradas y sancionadas como meras faltas.

Nada, absolutamente nada justifica este hecho y es por ello, por lo que consideramos, al igual que otros autores, que este artículo atenta contra el principio de proporcionalidad<sup>22</sup> y se nos presenta como uno de los mejores ejemplos que se pueden encontrar en nuestro Código penal, de cómo la aparente y, a nuestro juicio, en ocasiones necesaria modernización del Derecho penal, pueda ser utilizada como excusa para efectuar una injustificable e ilegítima intensificación de la intervención penal en el ámbito de las nuevas tecnologías, si no se lleva a cabo partiendo de los cada vez más cuestionados postulados sustentadores del denominado, de forma incluso despectiva por algunos, “Derecho penal liberal”<sup>23</sup>.

---

22. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313. En contra MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. Op. cit. ant. Pg. 1456, que califican de proporcionada la pena prevista por este delito.

23. A este respecto, véase con mayor extensión GALÁN MUÑOZ, A. “Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”. RdPP nº 15. 2006. Pg. 13 y ss.

## 5. EL FACILITAMIENTO Y EL SUMINISTRO DEL ACCESO A SERVICIOS CONDICIONALES, REALIZADOS CON FINES COMERCIALES (ART. 286. 1 CP)

El primer apartado del art. 286 CP castiga con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses al que *“sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:*

*1º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.*

*2º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1º.”*

Un importante sector de nuestra doctrina ha entendido que este precepto, al igual que el contenido en el apartado 3 del mismo artículo, ha convertido en figuras delictivas autónomas, actuaciones que, en principio, sólo podrían ser consideradas como meros actos preparatorios, generalmente impunes, del delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 CP<sup>24</sup>, o como meras formas de participación intentada en dicho delito, similares a las que se contemplan y sancionan en el apartado 3 del mismo artículo<sup>25</sup>.

Sin embargo, parece evidente que el legislador penal protege los intereses económicos de dichos prestadores con independencia de si los mismos están protegidos o no por los derechos de la propiedad intelectual<sup>26</sup>, hecho que ha llevado a otro sector de la doctrina a considerar que la creación de esta nueva figura delictiva había venido, en realidad, a extender la política de persecución de los precursores tecnológicos que nuestro Código penal ya había iniciado en el ámbito de la propiedad intelectual, al campo mucho más amplio y genérico de la prestación de estos nuevos servicios televisivos<sup>27</sup>.

Así parece indicarlo el hecho de que este precepto castigue conductas tan alejadas de la efectiva lesión patrimonial del prestador de estos servicios como podrían ser las de fabricar, importar, distribuir, alquilar, instalar, mantener, sustituir o simplemente poseer algún equipo o programa informático no autorizado en la UE y que estuviese destinado o adaptado para hacer posible dicho acceso, y también el que en ningún momento se aluda o se exija en el mismo que los servicios disfrutados indebidamente tuviesen que estar protegidos por los derechos de autor o sus derechos anexos.

24. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 630.

25. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. quien señala que se castigan como autoría conductas que son simples participaciones y como hechos consumados actos que son meras tentativas o actos preparatorios. Op. cit. ant. Pg. 312.

26. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 312.

27. MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. Op. cit. ant. Pg. 1455.



Sin embargo, la abigarrada redacción típica de este precepto, tal vez haya ocultado a gran parte de estos autores el hecho de que todas estas actuaciones sólo serán típicas conforme al art. 286.1 CP en la medida en que se realicen para conseguir efectuar dos actuaciones que son las que realmente definen y delimitan el desvalor de su injusto<sup>28</sup>.

Por una parte, el citado precepto castiga el suministrar el acceso condicional a los servicios ofrecidos por un tercero, de una forma tal, que pareciese un suministro de servicios condicionales independiente de aquél; mientras que, por otra, se castiga el simple facilitar el acceso inteligible a dichos servicios

Ambas actuaciones tienen que ser efectuadas mediante la ejecución de alguna de las actividades contempladas en los apartados 1º y 2º que acabamos de citar, sin el consentimiento del prestador de los servicios afectados y con fines comerciales, pero no pueden, ni deben, pese a ello, confundirse o asimilarse entre sí.

En la primera, su sujeto activo suministra directamente el acceso al servicio ajeno y lo hace, además, condicionando su inteligibilidad a requisitos y exigencias propias, como podría ser por ejemplo, el pago de una determinada cuota, con lo que domina completamente la producción de la merma patrimonial que le supone al prestador legítimo de estos servicios que los mismos se distribuyan por un tercero, que no sólo no le abona nada por hacerlo, sino que además se enriquece gracias a ello.

En la segunda simplemente se facilita, esto es, se hace más viable y asequible, que un tercero pueda llegar a acceder de forma inteligible a dichos servicios, lo que deja completamente en manos de este último sujeto el que se lleguen a vulnerar o no los dispositivos de servicio condicional establecidos por su proveedor y, consecuentemente, el que se le llegue a ocasionar o no aquella merma patrimonial que se derivaría del impago del precio correspondiente a su prestación.

Como se puede comprobar, pese a la existencia de elementos típicos comunes, ambas actuaciones presentan un desvalor de injusto muy diferente, ya que, mientras la primera castiga conductas de verdadera autoría en la producción de una lesión patrimonial, la segunda sanciona actuaciones peligrosas para dicho bien jurídico<sup>29</sup>, que sólo podrán llegar realmente a lesionarlo mediante una posible y autónoma intervención posterior de un tercero; intervención que, además, no tiene por qué darse, y que si lo hace desbordará los contornos típicos de este delito, pudiendo dar lugar a la apreciación de otros tipos delictivos de lesión como podrían ser los contenidos en los artículos. 286.4 o 270.1 de nuestro Código Penal<sup>30</sup>.

---

28. No así a MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. que sí las diferencian en Op. cit. ant. Pg. 1456.

29. La efectiva lesión del patrimonio del prestador de servicios se encuentra tan significativamente alejada de su actuación, que MUÑOZ CONDE ha considerado que en este delito se castigan actuaciones que generarían, todo lo más, un peligro abstracto para los intereses tutelados por el mismo. Op. cit. ant. Pg.513.

30. Estos delitos podrán entrar de modo frecuente en concurso de leyes, como sucederá cuando el contenido transmitido se encuentre tutelado o protegido por alguno de los derechos de la propiedad industrial, como acertadamente ha señalado MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C., quien considera, en relación al delito del art. 286.1 CP que el mismo entrará en no pocas ocasiones con el del 270.3 CP, delito con el que estará en una relación de concurso de leyes que solo se podrá resolver, a su juicio, atendiendo al principio de alternatividad. Op. cit. ant. Pg. 312 y 313, aunque a mi modo de ver lo mejor sería solventar dicho concurso atendiendo al principio de especialidad y no al de alternatividad, principio que otorgaría preferente aplicación a los delitos protectores de la propiedad intelectual, al contemplar estos delitos de forma más especial que aquellos la concreta naturaleza jurídica del contenido transmitido vulnerado.

La asimilación punitiva que se efectúa entre ambas conductas no puede ser, por tanto, más equivocada, hecho que pone una vez más de manifiesto como el legislador, en su ansia por evitar posibles lagunas de punibilidad derivadas de la implantación y el uso de las nuevas tecnologías, suele optar por crear delitos lo más amplios posibles, en los que mezcla en un totum revolutum conductas dotadas de un desvalor tan diferente que su simple existencia supone una clara infracción del principio básico de proporcionalidad penal.

Ahora bien, para que cualquiera de estas conductas llegue a ser realmente típica ha de efectuarse, como ya señalamos, sin el consentimiento del empresario emisor y con fines comerciales.

La primera de estas exigencias típicas, la referida a la ausencia del consentimiento, demuestra por sí misma el marcado carácter individual del bien jurídico protegido por este delito.

Sólo entendiendo que este delito protege directamente los intereses patrimoniales de un concreto proveedor y no el interés colectivo que todos tendrían en mantener el secreto de sus instrumentos de codificación, se puede entender por qué razón conductas tales como la introducción o venta de aparatos decodificadores no autorizados por ningún Estado miembro de la Unión europea, que faciliten el acceso inteligible a un determinado servicio de radiodifusión sonora o televisiva, habrán de permanecer en el ámbito de lo atípico, por el mero hecho de haber sido realizadas con el consentimiento del prestador de aquellos servicios que se podría decodificar con dichos aparatos.

Pero no es este elemento típico el único que denota el marcado carácter patrimonial al injusto de este delito. También la exigencia de la persecución de unos fines comerciales por parte de su autor lo hace<sup>31</sup>, ya que introduce un elemento subjetivo de claro contenido económico en la delimitación de su injusto, que presenta no pocas similitudes con aquel otro que configura el injusto propio de los delitos tradicionales de enriquecimiento patrimonial, el ánimo de lucro.

Pese a ello, no puede olvidarse que lo que este nuevo delito exige es que se actúe, no con un simple ánimo de lucro, sino que se haga con “fines comerciales”, expresión con la que, a nuestro juicio, se pretende abarcar en su tipo de injusto tan sólo a aquellas actuaciones que están dirigidas a obtener un beneficio económico directamente derivado de aquella prestación o aquel facilitamiento del servicio que se realice con una pretensión comercial, esto es, con la intención de dirigirse a un grupo numeroso e indeterminado de posibles consumidores o usuarios.

En esta línea, debe destacarse que es el propio precepto el que señala que para que una venta de estos precursoras tecnológicos sea típica conforme al mismo, habrá de realizarse “con fines comerciales”, lo que, a nuestro modo de ver, pone de manifiesto el hecho de que no cualquier venta, sino sólo aquella que se dirija a una indeterminada masa de posibles consumidores, podrá ser considerada como realizada con dichos fines y tendrá, por tanto, cabida en el tipo delictivo que venimos analizando.

El fin comercial, así entendido, resulta un elemento subjetivo de injusto más restrictivo que el ánimo de lucro, ya que al exigir que el beneficio perseguido tenga que

---

31. MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. Pg. 513.

proceder de una actividad efectuada con pretensiones comerciales y no meramente patrimoniales individuales, impide que se pueda tener por típicas a sus efectos, aquellas actuaciones que se realicen con una pretensión de enriquecimiento puramente puntual, limitada y no masiva, como podrían ser las realizadas por quien fabricase aparato o diseñase un programa que permitiese decodificar una de estas señales, para usarlo él mismo<sup>32</sup> o la de aquel otro que lo hiciese con la única intención de vendérselo a su vecino o a algún otro tercero.

A nadie escapará que las conductas realizadas por estos últimos sujetos y las efectuadas por quienes realmente se dedican a fabricar o distribuir con fines comerciales estos “precursores” informáticos no afectan del mismo modo ni, sobre todo, con la misma intensidad a los prestadores de los servicios de radiodifusión y es por ello, por lo que entendemos que sólo la interpretación del elemento subjetivo del injusto “fin comercial” aquí sostenida, podrá evitar que este precepto pueda volver a asimilar a efectos punitivos, actuaciones que presentan un desvalor de injusto tan ciertamente dispar como las comentadas, al tiempo que legitimará, en cierta medida, que persiga conductas tan alejadas de la efectiva lesión de un bien jurídico, como las castigadas por el art. 286.1 CP, y que además, las sancione con una pena significativamente superior (prisión frente a multa) a la establecida para las conductas realmente lesivas de dicho bien jurídico.

Nos encontraríamos, por tanto, ante un delito que contempla y castiga la generación de un peligro ciertamente alejado de la efectiva lesión o de la simple puesta en peligro del bien jurídico. Pero también ante uno que sólo castiga la generación de un peligro hipotético, de una magnitud y amplitud tal para el patrimonio de los empresarios televisivos, que nunca se podrá absorber de forma completa por la lesión o lesiones penalmente antijurídicas de dicho bien jurídico que ocasionasen los usuarios finales de los citados precursores informáticos, hecho que provocará que el delito de peligro que venimos comentando, siempre deba entrar en concurso de delitos y no de leyes con aquellos que valorasen y sancionasen la concreta participación que habría tenido su autor en la producción de dichas lesiones.

## **6. EL FACILITAMIENTO DEL ACCESO REALIZADO SIN ÁNIMO DE LUCRO (ART. 286.3 CP)**

La concepción que anteriormente hemos defendido respecto a la delimitación típica del art. 286.1 CP y, sobre todo, de su elemento subjetivo (fines comerciales) va a ser la que nos permita delimitar en sus justos términos y de una forma coherente, lo establecido por el art. 286.3 CP, precepto cuyo tenor literal determina que:

*“A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista”.*

---

32. Así MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E., quienes afirman que será esta configuración la que permitirá que la órbita de incriminación de este delito no llegue a los consumidores, esto es a los usuarios de los sistemas decodificadores, receptores finales de la señal decodificada. Op. cit. ant. Pg. 1456.

De nuevo nos encontramos con un tipo delictivo que contiene dos posibles modalidades comisivas alternativas; modalidades que, sin embargo, son consideradas por el legislador como significativamente menos graves que las anteriores, como lo demuestra el hecho de que sólo estén sancionadas con penas de multa y no de prisión como sucedía con aquéllas.

Por una parte, se sanciona el facilitar el acceso a terceros a dichos servicios sin ánimo de lucro alguno; mientras que, por otra, se considera delictivo suministrar información sobre el modo de conseguir dicho acceso a una pluralidad de personas, utilizando un medio de comunicación pública, comercial o no.

La primera de las citadas conductas resulta muy similar a una de las que castigaba el apartado 1 del mismo artículo, pero se diferencia de ella en un elemento fundamental. La actuación de facilitación del acceso descrita en este precepto debe realizarse, por expresa prescripción legal, “*sin ánimo de lucro*”, referencia legislativa que, a nuestro juicio, ha de ser muy tenida en cuenta a la hora de delimitar esta conducta típica.

Ahora bien, el hecho de que el comentado precepto delimite su conducta típica señalando que la misma tiene que dar lugar a los accesos descritos en el apartado 1, podría plantear algunas dudas.

Por ejemplo, ¿habrá de entenderse que, dado que el apartado 3 del art. 286 CP no alude en modo alguno a la ausencia de consentimiento como elemento configurador de su tipo de injusto, también los actos de facilitación realizados sin ánimo de lucro pero con dicho consentimiento son susceptibles de incluirse en el mismo? Pero, por otra parte, el hecho de que el citado precepto no determine de forma alguna cuál habría de ser el modo en que se debería facilitar el acceso a los terceros, para cometer su injusto, ¿debe ser entendido como muestra de la intención legislativa de convertir a este delito en una figura tan amplia que permitirá castigar cualquier clase de facilitamiento realizado sin ánimo de lucro, con total independencia de si se efectuó o no mediante alguna de las modalidades comisivas expresamente delimitadas por el apartado 1 del mismo artículo?

A nuestro modo de ver, se ha de responder negativamente a ambas cuestiones. Ni las conductas autorizadas o consentidas por el empresario emisor puede ser consideradas como típicas a efectos de este precepto, ni cualquier facilitamiento diferente de los realizados mediante alguna de las conductas sancionadas en el art. 286.1 CP puede ser incluida en el tipo de injusto del apartado 3 del mismo artículo.

Así, y por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas hemos de señalar que, dado que también este delito protege sólo el patrimonio individual de los distintos empresarios de telecomunicaciones y no un valor o interés supraindividual que lo trascienda, bastará con que concurra el consentimiento del titular de dicho bien jurídico netamente disponible, para que su posible afección deba permanecer en el ámbito de la más absoluta atipicidad<sup>33</sup>.

---

33. No le falta razón a MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. cuando señala que carecería de sentido la referencia al consentimiento del sujeto pasivo en cada uno de los tipos delictivos que venimos comentando, ya que su presencia es causa por sí sola de la exclusión del tipo indiciario de dichos delitos. Op. cit. ant. Pg. 313 en relación a lo que afirmado en la página 161.

Más dudas podría generar, sin embargo, la segunda de las cuestiones planteadas, aunque a nuestro modo de ver, también ha de ser respondida de forma negativa, ya que lo contrario, esto es, incluir en este tipo delictivo cualquier posible ayuda o favorecimiento a terceros del acceso a los citados servicios y no sólo aquellas que aparecen descritas en el apartado 1 del 286 CP, no sólo vendría a dotar a esta modalidad típica de una enorme amplitud incriminadora, difícilmente compatible con las exigencias del principio de intervención mínima y de legalidad, sino que también haría que la segunda modalidad comisiva de dicho precepto –la referida a la difusión masiva de información sobre el modo de conseguir el acceso–, resultase redundante e inútil, ya que, su conducta típica siempre sería subsumible en el tipo de aquella otra que la precedía.

Pero es que, además, una concepción tan amplia de la primera modalidad comisiva del art. 286.3 CP daría lugar a la aparición de injustificables lagunas de punición, ya que, si bien permitiría que el art. 286.3 CP pudiese castigar cualquier acto de favorecimiento realizado sin ánimo de lucro, también mantendría en la más absoluta impunidad aquellas otras conductas facilitadoras más graves que al haberse efectuado con ánimo de lucro, no podrían ser sancionadas por este precepto, pero que al haberse realizado, además, sin utilizar ninguno de los medios comisivos a los que alude el art. 286.1 CP, tampoco podrían serlo por éste.

Es por ello que consideramos que cuando el art. 286.3 CP castiga el “*facilitar los accesos descritos en el apartado 1 del mismo artículo*”, no sólo trata de incluir en su tipo delictivo a los servicios allí contemplados, sino que también pretende repetir en este precepto todos los elementos que configuran los facilitamientos sancionados por el apartado al que se remite; hecho que nos ha llevado a entender que, en realidad, su tipo de injusto sólo abarcará aquellos actos de favorecimiento que habiendo sido realizados sin ánimo de lucro y sin el consentimiento del titular de los servicios afectados por dicha actuación, se hubiesen efectuado también mediante alguna de las conductas que contemplan los números 1º y 2º del apartado que le precede (fabricación, venta de equipos o programas que permitan dicho acceso, mantenimiento de los mismos etc.).

Habrà de entenderse, por tanto, que el elemento delimitador fundamental entre este delito y aquel otro, mucho más grave, que le precede no será de índole objetiva, sino que tendrá un carácter netamente subjetivo y nos vendrá dado por el hecho de que mientras éste último exige que se actúe con fines comerciales para castigar el ataque patrimonial realizado, el que estamos comentando ahora permitirá castigar dicho ataque aun cuando se hubiese realizado sin ningún fin comercial o incluso sin ánimo de lucro alguno.

¿Cómo afectará esta diferencia típica al injusto de este tipo delictivo?

Como bien señalan MORALES PRATS y MORÓN LERMA el hecho de que este precepto aluda a la ausencia del ánimo de lucro y no a la de los fines comerciales genera una evidente asimetría subjetiva con el precepto que le precede<sup>34</sup>; asimetría que dejaría de darse si ambos conceptos fuesen tenidos por equivalentes.

Sin embargo, resulta absurdo pensar que nuestro legislador utilice uno u otro término (el de ánimo de lucro y el de fin comercial), de forma arbitraria y sin intención diferenciadora alguna.

---

34. MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. Op. cit. ant. Pg. 1456 y 1457.

En realidad, y a nuestro juicio, el legislador distingue muy claramente ambas posibles finalidades delictivas.

Cuando alude a los fines comerciales en el artículo 286.1 CP hace referencia a la pretensión que tendrá aquel sujeto activo que trate de obtener un enriquecimiento derivado de una actividad propia del tráfico negocial masivo y no de una meramente puntual; mientras que cuando exige la presencia o la ausencia del ánimo de lucro para apreciar un injusto típico, se refiere a la intención de obtener cualquier enriquecimiento patrimonial directamente derivado de la actuación delictiva, sin exigir en modo alguno que éste haya de tener su origen necesariamente en una actividad realizada con fines masivos, es decir, de una actividad propiamente comercial.

Esta concepción del elemento típico fines comerciales fue la que nos llevó a considerar anteriormente, que sólo podría apreciarse el injusto típico del art. 286.1 CP cuando se realizase alguna de sus actividades típicas (p. ej. la venta o el mantenimiento de un decodificador) con una finalidad de enriquecimiento y, sobre todo, con intención de obtenerlo mediante una actividad dirigida a un grupo numeroso y más o menos indeterminado de posibles beneficiarios o usuarios; exigencia típica, ésta última, que delimita significativamente el ámbito típico de este delito y que, a nuestro juicio, también se encuentra recogida en el tipo delictivo del art. 286.3 CP, ya que, al exigir el mismo la ausencia del ánimo de lucro en su autor y no la de la finalidad comercial, sólo estará negando la necesidad de que su autor deba actuar con una finalidad de enriquecimiento patrimonial, pero no que deba hacerlo con la pretensión de favorecer a un grupo más o menos amplio de terceros, como parece exigir el propio tenor literal del artículo comentado cuando establece que los facilitamientos por él sancionados habrán de estar dirigidos a “terceros”, expresión que, a nuestro modo de ver, obliga a castigar tan sólo los actos de auxilio dirigidos a un número más o menos indeterminado de sujetos e impide, por tanto, que se puedan incluir en el seno de este delito aquellos otros realizados en favor de un único beneficiario, es decir, a favor de un único tercero.

Así pues, consideramos que la asimetría subjetiva existente entre los tipos delictivos de los apartados 1 y 3 del art. 286 CP encuentra su razón de ser en la necesidad que tenía el legislador de delimitar dos actuaciones que si bien se diferencian en su concreta configuración típica subjetiva (una realizada con intención de enriquecimiento, otra sin él), se asemejan en el hecho de que ambas han de estar dirigidas a facilitar el acceso a un grupo más o menos numeroso de personas, hecho que las dota de una especial peligrosidad para el bien jurídico protegido y que es el que permite que se puedan llegar a castigar actuaciones tan lejanas a su efectiva lesión, como podría ser, por ejemplo, la de la mera fabricación de aquellos instrumentos (p. ej. decodificadores, tarjetas, programas, etc.) que sólo podrían llegar a lesionarlo si fuesen finalmente utilizados por su creador o por un tercero.

Algo muy similar sucede con la segunda de las modalidades comisivas contenidas en el apartado que venimos analizando, la referida a la comunicación pública de información sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a dichos servicios.

Esta actuación típica, como ya hemos señalado, no es asimilable a ninguna de las conductas facilitadoras, realizadas con fines comerciales que se contemplan en el apartado 1 del art. 286, ni tampoco, por tanto, a ninguna de aquellas que se castigan por la primera modalidad comisiva del apartado 3, que venimos comentando.

Aquí no se castiga la creación, distribución o la mera posesión de programas o equipos, ni tampoco su mantenimiento o sustitución, como hacían los delitos precedentes. Lo que se trata de perseguir y castigar es aquella actuación que sirve para difundir a través de un medio de comunicación público el know how, esto es, el “saber cómo” hacer para llegar a utilizar dichos equipos o para llegar a acceder a los servicios comentados sin tener siquiera que llegar a utilizarlos (p. ej. mediante la introducción de los códigos a través del mando del receptor).

La magnitud de la incriminación es, como se puede comprobar, enorme y se amplía aún más cuando el tipo delictivo comentado afirma expresamente que resultará típicamente indiferente a sus efectos si dicha difusión de información se realizó utilizando un medio comercial o no, lo que provocará que resulte típicamente irrelevante si la comentada actividad difusora se había realizado utilizando un medio que suministrase a su autor algún beneficio económico directo (p. ej. pago por la información), indirecto (p. ej. beneficios derivados de la publicidad contenidos en el medio utilizado) o incluso, uno que no le proporcionase ventaja económica alguna.

Lo único que se requiere es que la información peligrosa se hubiese difundido utilizando un medio que permita conocerla a una pluralidad indeterminada de personas (p. ej. mediante una web, un periódico, una revista, etc.) y no mediante uno que la transmita de una forma individual (p. ej. mediante un mail)<sup>35</sup>, requisito que resulta hasta cierto punto lógico, ya que, sólo exigiendo que la difusión pública se realice utilizando estos medios y se dirija a una pluralidad indeterminada de personas se consigue que su ejecución entrañe en el plano objetivo aquel desvalor potencial del resultado que podrá legitimar el enorme adelantamiento de las barreras de intervención que supone su incriminación<sup>36</sup>.

Sin embargo, tampoco esta exigencia típica parece que sirva para limitar lo suficiente el ámbito típico de este delito, puesto que, si atendemos tan sólo a la misma podríamos llegar al sinsentido de tener que considerar como típicas actuaciones tales como la difusión en revistas especializadas o científicas de informaciones que permitiesen, directa o indirectamente, crear las tarjetas o los decodificadores utilizables en la decodificación de estas señales, hecho que no sólo vendría a obstaculizar el futuro desarrollo y evolución científica en estas materias, sino que, podría poner en entredicho la libre circulación de ideas y la vigencia en este ámbito social, de valores tan fundamentales como los de la libertad de expresión o de información.

Es por ello, por lo que el legislador ha tratado de delimitar aún más este delito añadiéndole otra exigencia típica que habrá de jugar un papel restrictivo esencial respecto al mismo y ha establecido que sólo serán típicas del delito contenido en el artículo 286.3 CP aquellas comunicaciones públicas que se realicen incitando a sus receptores a lograr aquel acceso no autorizado que la información difundida les permitiría alcanzar; exigencia que indudablemente delimita de forma significativa el ámbito típico de este delito y que además lo convierte, a nuestro juicio, en una figura represora de una concreta modalidad especial de inducción intentada que presenta no pocas similitudes con aquella posible forma de participación intentada punible que es la provocación.

---

35. Conducta atípica como bien señala CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 204.

36. En similares términos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313.

De hecho, consideramos que esta segunda modalidad comisiva del art. 286.3 CP castiga una forma específica de provocación que permitirá sancionar penalmente aquellos actos de inducción pública a la comisión generalizada del delito contemplado en el apartado 4, en los que además de producirse dicho intento de incitar a la comisión de este delito, también se procediese a difundir informaciones sobre el modo en que el mismo se podría llevar a cabo, hecho que, evidentemente, reforzará la influencia motivadora de dicha conducta típica y ampliará significativamente su ya de por sí enorme peligrosidad<sup>37</sup>.

En cualquier caso, resulta evidente, que al exigir el art. 286.3 CP que se actúe incitando a lograr el acceso a los servicios protegidos por dicho precepto, quedarán al margen de su tipo delictivo todas aquellas actuaciones en que se difundan de forma pública informaciones sobre el modo de acceder a los servicios de acceso condicional o aquellas otras en las que se distribuyan los códigos que permitirían hacerlo, sin incitar en modo alguno a usarlos.

Es más, y por lo que se refiere a la distribución de códigos (codecs) en la red, (supuesto de hecho que han sido considerados por algunos como el ejemplo paradigmático de las conductas castigadas por este delito<sup>38</sup>), hemos de señalar que, en puridad, los sujetos que realizan dicha conducta no difunden realmente una información sobre el modo de acceder

---

37. Precisamente, será la enorme amplitud e intensidad del peligro generado en este delito la que nos permitirá justificar el adelantamiento de las barreras de intervención que supone su castigo y la que, además, nos permitirá entender la razón por la que este delito se castiga con una pena mayor que aquel a cuya comisión se trata de incitar. De hecho, el peligro generado en este delito es de tal magnitud que provoca que el desvalor potencial de resultado de su injusto nunca pueda verse absorbido de forma completa por aquel que castigaría la concreta participación que hubiese tenido su autor en los concretos delitos de lesión que hubiesen cometido los sujetos que siguieron sus recomendaciones (generalmente una inducción en dicho delito, aunque también es posible que diesen lugar en determinados casos a la apreciación de una cooperación material, necesaria o no en el mismo), hecho que nos ha llevado a entender que no tendrán aplicación alguna respecto al delito que venimos comentando, aquellas reglas concursales que aprecian o establecen la consunción de los injustos propios de las formas de participación intentada en los de las correspondientes participaciones consumadas. Esto es lo que sucede, en concreto, con el art. 18.2 CP, artículo que establece que “...si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”, expresión típica que se considera por la doctrina como indicador del hecho de que el comienzo de la ejecución del hecho provocado, habría de determinar que esta forma de participación intentada en el delito pasase a verse absorbida por la apreciación de la correspondiente inducción en el mismo. Así MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pg 447, o MIR PUIG, S. quien sin embargo, señala que dicha absorción solo se podría dar cuando el delito inicialmente provocado se hubiese llegado a consumir, lo que le lleva a negar que se pueda asimilar automáticamente la provocación a una mera forma de inducción intentada que se pudiese ver absorbida por aquella que se hubiese llegado a consumir. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. Barcelona, 2004.. Pg. 343. En cualquier caso, y sin ánimo de entrar en esta polémica doctrinal hemos de señalar que dicha absorción está prevista para aquel caso en que el acto de provocación se ha realizado tratando de incitar a una cantidad indeterminada de personas a la comisión de un único delito y es éste el que precisamente se realiza, circunstancia que no acontece en el supuesto que nos ocupa, donde la incitación se dirige a la comisión de una cantidad ciertamente indeterminada de posibles delitos, con lo que la realización de uno o varios de ellos y la correspondiente apreciación de la inducción en los mismos de aquel que lo provocó, nunca podrá llegar a absorber completamente el desvalor potencial de resultado inherente a su actuación, hecho que obligará a tener que valorarlo de forma autónoma mediante la apreciación del correspondiente concurso de delitos.

38. En contra, MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313 MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 632 quienes sí consideran estas actuaciones como ejemplo paradigmático de aquellas que trata de castigar este delito.



a los sistemas en los que dichas claves se usan o sobre el modo de utilizar el dispositivo o programa que permite hacerlo. Lo que hacen es suministrar unos archivos o unas informaciones que unidos a unos programas o/y a unos equipos, podrán llegar a decodificar la señal en cuestión, siempre y cuando se tengan aquellos conocimientos sobre el uso de los mismos, cuya difusión precisamente trata de castigar el delito que venimos comentando.

Es por ello, que entendemos que cuando un sujeto difunde públicamente uno de estos códigos estará actuando, tanto si incita a utilizarlo como si no lo hace, al margen del tipo delictivo que venimos comentando; consideración que convierte al art. 286.3 CP en una figura con escasa repercusión práctica sobre este tipo de actuaciones y que determina que las mismas continúen sin poder ser sancionadas mientras no reúnan todos aquellos requisitos que permitirían considerarlas como verdaderos actos de participación en el delito que hubiese cometido aquel sujeto que utilizase los códigos difundidos, para lesionar los legítimos intereses patrimoniales del empresario.

## 7. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar cómo la existencia de una laguna de protección penal del patrimonio frente a determinados ataques realizados por medios informáticos, ha servido de excusa al legislador para convertir y sancionar como verdaderos delitos, conductas que presentan un desvalor de resultado tan escaso que bordean los límites del mero ilícito civil (como sucede con la creación o simple puesta a disposición por vía electrónica de programas decodificadores, realizada sin ánimo de lucro) o que deberían ser consideradas y tratadas, todo lo más, como meras faltas penales (las defraudaciones individuales castigadas por el art. 286.4 CP inferiores a los 400 €). También hemos podido comprobar cómo todo ello se ha hecho gracias al fácil y cada vez más utilizado recurso de aludir a unos intereses colectivos (los del mercado y los consumidores) que si bien han de ser necesariamente protegidos por todo Estado social de Derecho que se precie realmente de serlo, siempre deben someterse a un estrecho control, por cuanto bajo dicha denominación se ocultan, en no pocas ocasiones, las pretensiones individuales de unos pocos, que tratan de convertir al Derecho penal en un instrumento de protección particular, creado a la medida de sus propios intereses.

Esto es precisamente lo que sucede en los delitos que hemos analizado. Unos delitos que si bien tratan de proteger o tutelar legítimos intereses patrimoniales de los proveedores de los nuevos servicios de pago que se han creado gracias a los avances tecnológicos –lo que resulta perfectamente razonable y justificable–, utilizan la supuesta e irreal dimensión supraindividual de los ataques que se realizan contra los mismos, para anticipar e intensificar la intervención penal hasta un punto en que se ponen en tela de juicio principios penales tan básicos como los de intervención mínima o el más general de proporcionalidad.

Tal vez, saber que el Derecho penal protege tan ferozmente los intereses patrimoniales de determinados empresarios, pese a que ellos mismos no lo hacen y utilizan sistemas de decodificación que podría descifrar un niño de pocos años, permitirá que dichos empresarios puedan dormir más tranquilos, pero también convierte a este Derecho en un instrumento jurídico demasiado amplio y represivo que podría dejar de ser aquella herramienta que utilizada con moderación permite garantizar la convivencia pacífica entre la generalidad de los ciudadanos, para pasar a ser una simple arma jurídica más que podría

ser utilizada casi con completa libertad por aquellos sujetos o colectivos que tuviesen el poder económico o político suficiente para poder influir en su creación.

El único medio de evitar este tipo de abuso es reafirmar la vigencia de los tal vez viejos, pero en modo alguno obsoletos, principios limitadores del Derecho penal. Unos principios que son los únicos que podrán impedir los excesos represores a los que desgraciadamente nos tiene tan acostumbrados en los últimos tiempos nuestro legislador (piénsese en las últimas reformas realizadas en temas como la violencia de género o la seguridad vial) y que son los que nos han llevado a considerar necesario reformar lo antes posible el artículo 286 CP para otorgar a los distintos injustos en él contenidos la ubicación, la amplitud típica y, sobre todo, las penas que realmente les corresponden por su naturaleza y gravedad.

## EL ART. 270.3 CP: BREVE HISTORIA DE UN DESPROPÓSITO (\*) (\*\*)

Prof. Dr. Víctor GÓMEZ MARTÍN

Profesor TEU de Derecho penal  
Universidad de Barcelona

**Resumen:** Se analiza la protección penal de la propiedad intelectual, centrándose en la protección de los programas de ordenador. Así, y partiendo de los antecedentes de la actual regulación, se realiza una valoración crítica de la redacción del artículo 270.3, tras la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, examinando cada una de las novedades producidas por esta reforma en relación a la regulación anterior, y exponiendo para ello las diferentes posiciones doctrinales en la materia.

**Laburpena:** Jabetza intelektualaren babes penala aztertzen da, ordenagailu programen babesari erreparatuz. Era honetan, eta gaur eguneko erregulazio aurrekarietatik hasita, 270.3 artikulua balorazio zorrotza egiten da, 15/2003 Lege Organikoak burututako Zigor Kodearen erreformaren ondoren, aurreko erregulazioarekin erlazioa duten berrikuntza guztiak aztertuz eta horretarako jakintzagaiaren irakaspen jarrerak aurkeztuz.

**Résumé:** On analyse la protection pénale de la propriété intellectuelle, et en particulier de la protection des programmes informatiques. Ainsi, et en partant des antécédents de la réglementation actuelle, on effectue une évaluation critique de la rédaction de l'article 270.3, après la réforme du Code pénal opérée par la Loi Organique 15/2003. On examine les nouveautés produites par cette réforme par rapport à la réglementation précédente, en exposant les différentes positions doctrinales en cette matière.

**Summary:** The penal protection of intellectual property is analyzed, focusing on the computer programs protection. Thus, starting from the history of the current regulation is presented a critical evaluation of the article 270.3 Penal code, after the reform operated by Law 15/2003, examining each of the novelties introduced by this reform, regarding the previous regulation, and explaining the different doctrinal positions in this matter.

**Palabras clave:** Criminología, Derecho penal, delitos, propiedad intelectual, protección de programas de ordenador.

**Gako hitzak:** Kriminologia, Zigor zuzenbidea, delituak, jabetza intelektual, ordenagailu programen babes.

**Mots clef:** Criminologie, Droit pénal, délits, propriété intellectuelle, protection des programmes informatiques.

**Key words:** Criminology, Penal Law, Crimes, Intellectual property, Computer programs protection.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre "Protección penal de la propiedad intelectual sobre derechos digitales", Leioa, 28 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITASEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

## I.

1. El art. 270, párr. 3º CP tiene su origen inmediato en la aprobación parcial en el último tramo de la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley CP en el Congreso de los Diputados de una Enmienda de Adición (nº 382) presentada por el Grupo Parlamentario Popular al art. 248 del referido proyecto, consistente en la introducción de un tercer párrafo cuyo tenor literal rezase del siguiente modo: “*Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio cuyo propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger programas de ordenador*”<sup>1</sup>. El portavoz del referido grupo en la discusión parlamentaria, Sr. SANZ ESCALERA justificó dicha enmienda en que la conveniencia de “*castigar la tenencia de programas copiadorees viene dada por el artículo 7 de la D 91/250/CEE (sic.), de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador*”<sup>2</sup>. El texto de la Enmienda de Adición nº 382 finalmente no se correspondió con el texto del art. 270, párr. 3º LO 10/1995 de 23 de noviembre (BOE 281, de 24 de noviembre de 1995) definitivamente aprobado<sup>3</sup>. Así, el artículo en cuestión sustituye la expresión “*cuyo propósito sea*” (análoga a la expresión “*cuyo único propósito sea*” empleada por el art. 7.1 c) D 91/250/CEE) por la ya conocida “*específicamente destinada a*”, literalmente referida a la conducta de tenencia. La Sra. DEL CAMPO CASASUS, portavoz del grupo socialista, justificó en el debate parlamentario de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular anterior a su aprobación parcial la preferencia de su grupo por la fórmula finalmente aprobada a la propuesta por la enmienda en un discutible entendimiento de la jurisprudencia constitucional en materia de tenencia de útiles para el robo<sup>4</sup>. Así las cosas, la redacción del art. 270.3 CP finalmente aprobada

---

1.(\*) La realización de este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Políticas penales en materia de seguridad” (SEJ2005-08814), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Santiago Mir Puig.

(\*\*) Abreviaturas utilizadas: BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia; BOE: Boletín Oficial del Estado; C: Circular; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CEE: Comunidad Económica Europea; coord: Coordinador; CP: Código penal; D: Directiva; dtor: director; ed.: editor; FGE: Fiscalía General del Estado; L: Ley; LO: Ley Orgánica; párr.: párrafo; PG: Parte General; PE: Parte Especial; RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; RDL: Real Decreto Legislativo; RDM: Revista de Derecho Mercantil; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, V Legislatura, 1995, 5 de junio, nº 511, p. 15.549.

2. Vid. Trabajos parlamentarios, 6 de marzo de 1995, Serie A núm. 77-6, p. 213. Resulta curioso comprobar, con todo, que el tenor literal de la enmienda de referencia parecía extenderse más allá de lo que pretendía el propio grupo parlamentario que la presentaba. Esto es, al menos, lo que se desprende de las siguientes palabras, pronunciadas por el Sr. Sanz Escalera en el debate parlamentario: “*La neutralización o la supresión de estos mecanismos de cautela están contemplados en nuestra enmienda tipificando las conductas ilícitas que así lo hagan*”. Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, V Legislatura, 1995, 5 de junio, nº 511, p. 15.547.

3. Aunque sí con el del art. 248 del Informe de la Ponencia, que a su vez traía causa del art. 272 del Dictamen de la Comisión, aprobado posteriormente por el Pleno. Vid. también GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995”, CDJ 1995, p. 218, n. 21.

4. Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. V Legislatura, 1995, 5 de junio, nº 511, p. 15.549. Vid. también GARCÍA RIVAS, N., CDJ 1995, p. 218, nota 21 y, en especial, notas 89-91.

...

fue la siguiente: *“Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”*.

2. Ciertamente, el art. 7.1 c) de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, no es sino el reflejo de la creciente incidencia del fenómeno de la llamada “masificación informática” en la actual sociedad de la información. También lo es de la también creciente preocupación por la protección de los derechos de explotación que los distintos agentes del sector ostentan sobre los programas de ordenador. No en vano, la realidad se encarga de demostrar día a día que los dispositivos de protección de los programas de ordenador preparados por los fabricantes del programa, lejos de disuadir a los “piratas informáticos”, constituyen para ellos incluso un estímulo intelectual. La existencia de métodos y personas capaces de neutralizar fácilmente los dispositivos de protección de obras de propiedad intelectual aumenta sin cesar<sup>5</sup>. Por esta razón, las medidas de autoprotección adoptadas por los fabricantes informáticos devienen completamente insuficientes. En la actualidad, puede decirse que prácticamente no existe dispositivo de protección de programas de ordenador que no tenga ya su correspondiente “antídoto”. Por este motivo, la inquietud por evitar las conductas consistentes en la vulneración de los dispositivos técnicos de protección de protección de los programas informáticos, conocidas globalmente bajo la denominación “*cracking*”, empezó a alcanzar a principios de los años 90 al ámbito legislativo de la actual UE. Con la publicación de la Directiva 91/250/CEE, los Estados

...

La mencionada jurisprudencia constitucional relativa al antiguo delito de tenencia de útiles para el robo versaba sobre el ya derogado art. 509 CP 1973. De acuerdo con este precepto *“[e]l que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación será castigado con la pena de arresto mayor. En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros, se les aplicará la pena de presidio menor”*. Según la STC 105/1988, 8-6, que conoció de una cuestión de inconstitucionalidad presentada por varios órganos judiciales, entre ellos por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid contra el mencionado art. 509 CP 1973, *“En este proceso, se han enfrentado dos posibles variantes de la interpretación del precepto (...). De acuerdo con una primera, la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo hace presumir el especial destino a tal ejecución, a menos que el acusado facilite mediante el correspondiente descargo la prueba en contrario (...). Existe, en segundo lugar, una segunda posible manera de entender el precepto, de acuerdo con la cual la posesión de los instrumentos, como la idoneidad de éstos para un delito de robo con fuerza en las cosas, y la especial destinación o destino por su poseedor a la ejecución de delitos de tal tipo, corresponde siempre probarlas, como cualquier otro elemento inculpatario, a la parte acusadora, sin que por exigencia de la Ley tenga el acusado que realizar prueba alguna. (...) La primera de las interpretaciones cuestionadas, es decir, la que antes ha sido expuesta bajo la letra a), es contraria a los dictados del art. 24.2 de la Constitución y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que no ocurre, en cambio, con la segunda de las interpretaciones propuestas. (...) Llegados a este punto, parece obligado concluir que la disposición de Ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que si lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto. Ello impone la conveniencia de llegar a una sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución. Por todo lo anterior, la STC 105/1988, 8-6 acordó “declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito”*.

5. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 103.

miembros de la Unión quedaban comprometidos a la adopción de medidas jurídicas de protección de los programas de ordenador con adecuación a los principios de proporcionalidad y eficacia<sup>6</sup>. No obstante, la Directiva 91/250/CEE nada decía sobre cuál debía ser la naturaleza jurídica de dichas “*medidas adecuadas*” de protección de los programas de ordenador. La Directiva dejaba a criterio de cada uno de los Estados miembros de la entonces CEE, ahora UE, la decisión sobre si aquellas “*medidas adecuadas*” debían consistir en normas de Derecho civil, de Derecho fiscal, de Derecho administrativo o de Derecho penal. Por esta razón, se considera que la auténtica razón de ser del art. 270.3 no es otro que el siguiente. Determinados grupos de presión reclaman al Estado que detenga el “ciclo de la piratería” desde su origen, y con todos los instrumentos que el Estado de Derecho le brinda. También, o sobre todo, por tanto, con el Derecho penal. Y el legislador penal acaba claudicando ante dicha pretensión<sup>7</sup>.

3. Según la doctrina dominante, por medio del art. 270.3 CP, el legislador habría llevado a cabo un adelantamiento de las barreras de protección penal de la propiedad intelectual mediante el castigo de actos materialmente preparatorios de las conductas previstos en art. 270.1 CP<sup>8</sup>. Se trataría, en suma, de un delito de emprendimiento<sup>9</sup>. Esto es, de un delito consistente en la preparación de otro delito, concretamente el previsto en el párr. 1º del art. 270 CP, en el que se castiga, recuérdese, la lesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual mediante reproducción, plagio, distribución y puesta en circulación ilegítima de las correspondientes obras.

4. Uno de los principales rasgos distintivos del art. 270.3 CP ex LO 10/1995, es que por medio del mismo se decidió sobreproteger, exclusivamente, a una concreta clase de obras de propiedad intelectual: los *programas de ordenador*. Diversas fueron las razones que se invocaban en favor de dicha sobreprotección. En primer lugar, las pérdidas económicas que la nueva delincuencia contra la propiedad intelectual estaría provocando en el sector informático, que serían mayores que en otros, debido a la mayor diferencia de precio en el mercado clandestino entre el programa original y la copia ilegal<sup>10</sup>. Como es sabido, la elaboración de un programa informático suele consistir en un complejo proceso tecnológico que, debido al elevado coste del material informático y a los recursos humanos empleados, puede exigir un elevado desembolso económico. Debido a ello, el precio de algunos programas en el mercado informático

---

6. MESTRE DELGADO, E., “La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España”, BIMJ 1991 (1621), p. 69.

7. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 103.

8. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 13ª ed., 2001, p. 472; QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., 2001, p. 612; JORDANA DE POZAS, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 2949; JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 775; GÓMEZ MARTÍN, V., “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”, RECPC 04-16 (2002), pp. 6 ss.

9. Sobre este concepto, ampliamente, GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 7 ss. Sobre sus consecuencias en materia concursal *vid. op.cit.*, pp. 11 ss.

10. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 428.

es, en ocasiones, muy elevado. Esta circunstancia provoca un doble efecto: la obtención de importantes ingresos económicos por parte de las empresas dedicadas a la elaboración de ordenadores y de programas por la venta de sus productos; y la proliferación de copias ilegales exactamente idénticas a la obra original y su comercialización en el mercado clandestino por un precio sensiblemente inferior al del original copiado<sup>11</sup>, ocasionando importantes pérdidas económicas a las empresas informáticas<sup>12</sup>. Además, en 1995 se alegó que los programas de ordenador eran, prácticamente, las únicas obras de propiedad intelectual digitalizables y, por tanto, susceptibles de ser protegidas mediante mecanismos digitales de protección<sup>13</sup>. La especial facilidad para vulnerar tales mecanismos por un creciente número de personas podría explicar la sobreprotección de los programas de ordenador brindada por el art. 270.3 CP<sup>14</sup>.

5. Entre los penalistas, el art. 270.3 CP fue acogido con *duras críticas*. Se afirmó, en primer lugar, que la discriminación positiva que brindaba el precepto a los programas de ordenador no estaba en absoluto justificada<sup>15</sup>. Esta opinión fue sostenida, principalmente,

---

11. Vid. SAP Orense 16 febrero 1998 (Ar. 523), que condenó a un sujeto que distribuía copias ilegales del programa "Autocad" por 7.500 ptas., cuando el precio de mercado de una copia original del programa era, por aquel entonces, de 595.000 ptas. En palabras de FERNÁNDEZ BEOBIDE, C., CADMC 10 (1996), p. 62, "es característica común en el software el elevado coste de su realización. Un nuevo sistema operativo puede requerir miles de años-horas de trabajo y equipos de decenas a cientos de personas. En el polo opuesto, un programa elemental puede implicar varios días y incluso semanas de un técnico especializado. La copia de software, por el contrario, tiene un coste prácticamente nulo, lo que incentiva su piratería". En idéntico sentido GÓMEZ SEGADÉ, J.M., "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright", CADMC 1996 (10), pp. 138 s.

12. Con cierta frecuencia, la reproducción ilegal de programas de ordenador no persigue la obtención de un lucro mediante la venta directa del producto ilícitamente copiado, sino que éste es utilizado como aliciente para la adquisición de otro producto, que reportará a quien lo vende unos beneficios todavía superiores. Así, por ejemplo, es habitual en la práctica la venta de sistemas informáticos provistos de un "software" consistente en programas copiados ilegalmente, para hacer más atractivos el conjunto a vender. Han conocido de supuestos como el acabado de plantear las SSAP Madrid 10 junio 1999 (Ar. 3354), Madrid 13 septiembre 1999 (Ar. 4630), Barcelona 26 octubre 1999 (Ar. 4621), Valencia 13 abril 2000 (Ar. 1614) y Cáceres 30 junio 2000 (Ar. 2263): se pronunciaron sobre un supuesto de hecho que, debido a lo habitual que resulta en la práctica, podría empezar a llegar con frecuencia a los tribunales. De un supuesto parecido conoció la SAP Jaén 27 marzo 2000 (Ar. 2288), que condenó al propietario de un centro de estudios informáticos que, con el fin de utilizarlos para la enseñanza de la informática, copió en diferentes ordenadores ilegalmente varios programas informáticos.

13. Existen dos formas de representar informáticamente la información: la analógica y la digital. La forma analógica consiste en recoger y transmitir variaciones continuas en el fenómeno sobre el que versa el mensaje. La forma digital, en reducir el universo de casos posibles a un conjunto numerable y de asignar a cada uno de ellos uno o varios símbolos elegidos de entre un repertorio finito. Cuando la única clase de código utilizable era la analógica, las reproducciones eran de inferior calidad en relación con el original. Pero con la digitalización de la tecnología de la información, resulta sencillo y barato reproducir programas de ordenador con un grado de fidelidad absoluto en relación con el original. Vid. sobre ello FERNÁNDEZ BEOBIDE, C., "Las nuevas tecnologías y las creaciones intelectuales. Aspectos positivos", en CADMC 10 (1996), p. 53; SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, 2001, pp. 57 ss.

14. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 428.

15. MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 912; GONZÁLEZ RUS, J.J., "Artículo 270", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 984.

sobre la base de dos argumentos: las estadísticas demostraban que, a pesar de que las pérdidas económicas del sector informático eran multimillonarias, dichas pérdidas eran, en ocasiones, incluso superiores en otros sectores, como, por ejemplo, el fonográfico o el editorial<sup>16</sup>. Además, se destacaba que el desarrollo tecnológico habría traído consigo que, en el momento actual, toda obra de propiedad intelectual sea digitalizable<sup>17</sup>.

La segunda crítica guardaba relación con el hecho de que el art. 270.3 CP establecía, en opinión de la doctrina, una injustificada excepción al principio de impunidad de los actos preparatorios del que parte el CP 1995<sup>18</sup>. Según este principio, sólo son punibles la conspiración, proposición y provocación (y apología) para delinquir. Son actos preparatorios colectivos (codelinuencia anticipada), que suponen la implicación de terceras personas en el proyecto criminal (arts. 17 y 1 CP). Frente a ello, los actos preparatorios previstos en el art. 270.3 CP eran actos (materialmente) preparatorios unilaterales, ya que para su realización no se requería la implicación de terceras personas en el proyecto criminal. Ciertamente, se afirmaba, la excepción establecida por el art. 270.3 CP no era la única existente en el Código, ya que el legislador habría empleado una técnica legislativa similar, por ejemplo, en los arts 248.3, 371 y 400 CP. No obstante, la doctrina entendía que el art. 270.3 CP vulneraba el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, y más concretamente, los principios de lesividad y dañinidad social, todos ellos como límites del *Ius puniendi* derivados de un Estado social<sup>19</sup>. A este respecto, se afirmó, por ejemplo, que la fundamentación de la necesidad del art. 270.3 CP en el debate parlamentario, como consecuencia de la enmienda de adición nº 382 del Grupo parlamentario Popular, no era en absoluto de recibo. La Directiva 91/250 CEE no obligaba, en modo alguno, a que la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico español al art. 7 c) de la misma se llevase a cabo por medio del Derecho penal, por lo que podría haber resultado suficiente, a tales efectos, el art. 102 c) LPI<sup>20</sup>.

En tercer lugar, se llamó la atención sobre el hecho de que las conductas previstas en el art. 270.3 CP estaban castigadas con la misma pena que las previstas en el art. 270.1 CP. Teniendo en cuenta que las primeras son actos preparatorios de las segundos, mediante dicha equiparación de penas el legislador da lugar a una evidente vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, como principio limitador del *Ius puniendi* derivado del Estado democrático<sup>21</sup>.

---

16. GÓMEZ MARTÍN, V., "La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995", PJ 66 (2002), p. 148; EL MISMO, RECPC 04-16 (2002), p. 26.

17. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 912.

18. De esta opinión también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165.

19. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 16 ss.

20. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), p. 4; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., 2005, p. 347.

21. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), p. 27.



Por último, se apuntó que el art. 270.3 CP no exigía la concurrencia de los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”. Con ello, desde dicha perspectiva formal el precepto está castigando como delito una conducta que ni siquiera es ilícito civil, de acuerdo con lo previsto en la LPI. Según el art. 102 c) RDL 1/1996, “(...) tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art. 99 (*scil.* “Contenido de los derechos de explotación”) y en particular: (...) Quienes pongan en circulación o tengan *con fines comerciales* cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”. Puesto que el art. 270, párr. 3º CP no exigía, en cambio, que la fabricación, la puesta en circulación y la tenencia sean realizadas “con fines comerciales”, opinó algún autor que el ámbito de aplicación del art. 270, párr. 3º CP sería, entonces, más amplio que el del art. 102 c) RDL 1/1996. Ello podría suponer, a su vez, un atentado contra el principio de intervención mínima del Derecho penal, más concretamente, contra el principio de subsidiariedad<sup>22</sup>.

6. Atendiendo a la valoración crítica de la que, en opinión de la doctrina dominante, era merecedor el art. 270.3 CP, la doctrina dominante consideró necesario *interpretar restrictivamente* el art. 270.3 CP. Se propusieron, en esencia, *dos vías*. El art. 270.3 CP exigía, en primer lugar, que la tenencia del medio estuviera “*específicamente destinada*” a facilitar la neutralización o supresión de dispositivos de protección de programas de ordenador. Según un sector de la doctrina, esta exigencia traía como consecuencia que la conducta sólo era típica cuando el objeto material consistía en un medio que sólo sirviera para suprimir o neutralizar dispositivos de protección de obras de propiedad intelectual, por ejemplo, programas “crackeadores”, “mochilas” para consolas, etc. Si se trataba de medios con otras finalidades (ej: compresión y descompresión de archivos, encriptación y desencriptación de sistemas, formateos especiales de archivos, etc.), el precepto de referencia no era de aplicación<sup>23</sup>. La segunda vía para interpretar restrictivamente el art. 270.3 CP consistía en entender que en dicho precepto estaban implícitos los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”, que formalmente sólo eran elementos típicos de las conductas previstas en el art. 270.1 CP<sup>24</sup>.

## II.

7. Casi siete años y medio después de la entrada en vigor del Código penal de 1995, y, por tanto, del art. 270.3 CP en su formato original, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal, brindaba al legislador una excelente

22. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal*, PG, 3ª ed., 1996, p. 422.

23. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 3ª ed., 1996, p. 422; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho penal español*, PE, I, 1996, pp. 780 s.; el mismo, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, RECPC 01-14 (1999); JORDANA DE POZAS, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 2949; JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 775 s. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 29 ss.

24. GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículo 270”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 985.

oportunidad para hacerse eco de las importantes críticas que había recibido el precepto, y, en consecuencia, derogarlo o minimizar su impacto negativo mejorando su redacción.

8. La mencionada LO 15/2003 trajo consigo una importante reforma de los delitos contra la propiedad intelectual. En primer lugar, todos los delitos contra la propiedad intelectual han dejado de ser semipúblicos, esto es, delitos perseguibles a instancia de parte perjudicada (art. 287.1 CP ex LO 10/95), y se han convertido en delitos perseguibles de oficio (art. 287.1 ex LO 15/2003 *contrario sensu*). Además, se ha producido un importante endurecimiento de las penas: en lugar de las penas alternativas de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses, ahora los delitos contra la propiedad intelectual previstos en el art. 270 CP se castigan con las penas *cumulativas* de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses.

9. Por lo que hace al art. 270.3 CP, la LO 15/2003, desoyendo las numerosas voces que reclamaban su derogación, mantuvo vigente el precepto. Y no sólo eso, sino que amplió considerablemente su ámbito de aplicación. Así, por lo que se refiere a las conductas típicas, junto a las ya previstas de la “*fabricación, puesta en circulación y tenencia*” de medios destinados a la vulneración de dispositivos de protección de obras de propiedad intelectual, la LO 15/2003 añade la conducta consistente en la “*importación*” de aquellos medios, en clara correspondencia con lo previsto en el art. 270.2 CP. Además, en el precepto de referencia, la crítica sobreprotección a los programas de ordenador se extiende a “*cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones*”, desatendiéndose, de este modo, la sugerencia de quienes proponían y siguen proponiendo la no incriminación de las conductas previstas en el art. 270.3 CP en relación con cualquier obra de propiedad intelectual<sup>25</sup>.

10. Otra importante novedad del art. 270.3 CP reside en que, mientras que en su tenor literal original el precepto que nos ocupa rezaba, como ya se indicó *supra*, “[s]erá castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente *destinada* a facilitar (...)”, tras la reforma del precepto operada por la LO 15/2003 el tipo quedó redactado del siguiente modo: “Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente *destinado* a facilitar (...)”. Es decir: la *especificidad* para conseguir la vulneración de los dispositivos de protección deja de tener como referente la *tenencia* (“*específicamente destinada*”), y pasa a referirse al *medio* (“*específicamente destinado*”). Esta circunstancia trae como consecuencia la práctica inaplicabilidad del precepto, ya que bastará con incorporar a un programa esencialmente destinado a la vulneración de barreras de protección de obras de propiedad intelectual otras funciones diferentes para que el precepto quede

---

25. Por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, Madrid 2004, pp. 912 s.; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículo 270”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 984.

en papel mojado<sup>26</sup>. Y ello aunque resulte acreditado en la causa que el sujeto ostentaba la posesión de uno de tales medios con el específico objetivo de vulnerar alguna barrera de protección de una obra de propiedad intelectual<sup>27</sup>.

La reforma se corresponde con la actual realidad criminológica<sup>28</sup> de que, ciertamente, la práctica totalidad de los medios destinados a la neutralización de obras de propiedad intelectual que en la actualidad se comercializan en lo que podríamos llamar el “mercado negro” de la industria informática consisten en instrumentos que, además de la mencionada finalidad, tienen otras que nada tienen que ver con la misma<sup>29</sup>. Así, por ejemplo, los *chips multisistema* para consola de Videojuegos *Playstation 2* tienen múltiples utilidades, entre las que se cuentan, por ejemplo, la carga de juegos del sistema *NTSC* americano y *NTCS* japonés; la carga de animaciones y juegos caseros sin ánimo de lucro, y por tanto sin necesidad de licencia registrada; la carga de películas en formato *DIVX* u otros formatos; la carga de música *MP3*; e incluso la reparación de determinadas averías de la consola, como, por ejemplo, daños ocasionados en el integrado *LA6508* u otras. Tal es el caso también del producto *Swap Magic 3.8* (CD y DVD), que permite realizar funciones muy similares a los chips multisistema como, por ejemplo, carga de juegos del sistema *NTSC* americano y *NTCS* japonés; carga de animaciones y juegos caseros sin ánimo de lucro, y por tanto sin necesidad de licencia registrada; y carga de películas en formato *DIVX* u otros formatos; carga de música *MP3*. Además, lleva incorporado un gestor para la introducción de códigos para potenciar el juego (por ejemplo, alargando el juego de forma indefinida, ejecutándolo a mayor velocidad, etc.). Lo mismo ocurre, por último,

---

26. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 913; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal, II, PE*, 3ª ed., 2005, p. 304. Ya lo apuntaba con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003 en relación con la interpretación teleológica propuesta de forma dominante por la doctrina para el art. 270.3 CP en su antigua redacción MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 431.

27. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, Madrid 2004, p. 913; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 103. De otra opinión COLMENERO MENÉNDEZ, M., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.) / DÍAZ MARTÍNEZ, P. (Coord.), *Código penal comentado*, I, 2004, p. 844. Ya antes de la LO 15/2003 proponía esta interpretación restrictiva MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100.

28. Sobre la de hace más de cinco años *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 30 ss.

29. Es evidente que sería constitutivo de analogía *in malam partem* entender que en el tenor literal posible del término “medio” cabe incluir datos informativos que pueden ser utilizados para su elaboración. Acierta, por ello, la SAP Málaga 2ª 27/03, 28-1 (Ar. 274), cuando afirma que “*tampoco concurren los elementos del delito tipificado en el artículo 270 párrafo 3º del Código penal, que reprime la «piratería informática», castigando la fabricación y circulación de mecanismos técnicos de ese tipo y también su mera tenencia, asumiendo en este caso la infracción, el carácter de formal y de peligro, puesto que no estamos ante ninguno de esos casos, sino ante unas publicaciones en una revista, dirigida por el acusado en la que el mismo facilita unos datos, de forma más o menos afortunada y advirtiéndolo a sus lectores de los peligros y riesgos que implica se utilización para determinados fines, pero en ningún momento su conducta implica la posesión, fabricación o puesta en circulación de mecanismo concreto alguno*”.

con los cartuchos sin memoria, que tienen el mismo formato y encajan perfectamente en la entrada de cartuchos de la consola Nintendo *DS Lite*. El cartucho se comercializa en blanco, carente de toda información, y se acompaña de un *CD* con un *driver* que se carga en el cartucho a través de un ordenador personal. La utilidad de este producto reside en la posibilidad de visionar películas, cargar música en formato *MP3* u otros, visionar fotografías u otras grabaciones personales o familiares, pudiendo servir, además, como agenda PDA, o, incluso, con el correspondiente *software*, como navegador de coche. Los *drivers* no llevan ninguna información que pueda suponer la desprotección de la consola.

11. Otra novedad significativa del art. 270.3 CP consiste en la inclusión *in fine* de la expresión “en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”. Dicha inclusión obliga a entender que para que la conducta prevista en el precepto sea típica ahora es necesario que se den los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”, cuya concurrencia sólo se exige formalmente en el art. 270.1 CP<sup>30</sup>.

12. Por lo que hace al “ánimo de lucro”, según la Circular FGE 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, por tal debe entenderse no el ánimo de obtener cualquier ventaja (sentido amplio), sino exclusivamente el ánimo comercial<sup>31</sup>. Esta interpretación, plenamente compartible, permite extraer diversas consecuencias. Existe ánimo de lucro, en primer lugar, cuando un sujeto ostenta la posesión de un medio específicamente destinado para suprimir o neutralizar mecanismo de protección con el objeto de obtener dinero a cambio de comercialización de las copias, o bien por otras vías indirectas, como, por ejemplo, *banners* publicitarios, por medio de los que el sujeto percibe ingresos económicos proporcionales al número de visitas recibidas por la página *Web*<sup>32</sup>. No habrá “ánimo de lucro”, en cambio, cuando un sujeto ostente la posesión de un medio específicamente destinado para suprimir o neutralizar mecanismo de protección para obtener otro tipo de ventajas no comerciales, como, por ejemplo, aumentar el nivel de participación en el servidor *Peer to Peer*<sup>33</sup>,

---

30. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 914; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 104. Llega a la misma conclusión, aunque sin referirse al art. 270.3 CP *in fine* GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 582. Aparentemente de otra opinión PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal, II, PE*, 3ª ed., 2005, p. 304.

31. Señala la Circular FGE 1/2006: “En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial”. Comparte este criterio GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, accesos y enlaces*, 2ª ed., 2006, p. 66, quien llega a proponer la eliminación de dicho elemento, por considerarlo “distorsionador” (p. 71).

32. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, pp. 100 s.

33. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, pp. 101 s.

o la obtención de copias privadas, permitidas por el art. 31.2 LPI<sup>34</sup>. Tampoco debe ser confundida con el ánimo de lucro la voluntad de ahorrarse el precio de la obra original<sup>35</sup>. En caso contrario, se llegaría a la errónea conclusión de que se calificaría como delito una conducta preparatoria de otra conducta (copia privada) que no sólo no es constitutiva de delito, sino tampoco ilícito civil. Tampoco es delito (ni ilícito civil) la tenencia (o incluso del uso) de un programa (*e-mule*, *Kazaa*, etc.) para conectarse a servidor P2P<sup>36</sup>. Por lo demás, la no exigencia de que las conductas previstas en el art. 270.3 CP sean realizadas “*con fines comerciales*” conduciría a calificar como delito una conducta que ni siquiera sería constitutiva de ilícito civil, ya que el art. 102 c) LPI tipifica las conductas previstas en el art. 270.3 CP como ilícito civil siempre y cuando sea realizada “*con fines comerciales*”<sup>37</sup>. Esto es, a una evidente vulneración de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal con respecto al Derecho civil.

13. La exigencia de que las conductas típicas previstas en el art. 270.3 CP deban ser realizadas “*en perjuicio de tercero*” significa que, para ser típicas, las mismas deben ser objetivamente adecuadas para lesionar los derechos de explotación económica de propiedad intelectual (arts. 17 ss. LPI)<sup>38</sup>. No es necesaria la producción de un perjuicio económico efectivo, ni siquiera en el tipo básico. En los casos de utilización de un programa de ordenador para descargar material de Internet resulta imposible determinar empíricamente de un modo fiable el lucro cesante que se causa a los titulares de los derechos de explotación. Buena prueba de ello es que, en contra de lo que podría parecer, las miles de descargas que se producen a diario en nuestro país ape-

---

34. De otra opinión GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, cit., pp. 63 s. Este autor considera que la conducta es como mínimo típica, ya que, en su opinión, la descarga supondrá, en todo caso, reproducción de la obra descargada, y, al mismo tiempo, distribución de la misma. Esto último se debe a que, salvo que se utilice un programa informático para evitar la producción de dicho efecto, cuando tiene lugar la descarga de material mediante un servidor *Peer to Peer*, el material es puesto a disposición de terceros de forma simultánea. No obstante, GÓMEZ TOMILLO entiende que si el material descargado es destinado exclusivamente a uso privado, la aplicación del art. 31.2 LPI podría dar servir de base para la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (pp. 64 s., nota 74, y p. 71).

35. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 5ª ed., 2008, p. 527; FERNÁNDEZ TERUELLO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 101.

36. Comparte esta postura la Circular FGE 1/2006: “*Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema Peer to Peer de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de “lucro comercial”. En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial”.*

37. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 5ª ed., 2008, p. 55; MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100; MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 432.

38. GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, cit., pp. 68s.; FERNÁNDEZ TERUELLO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 96.

nas se corresponden con un descenso de las ventas de originales de un 5 a un 8 por ciento. Además, ni es en absoluto seguro que todo aquel que decide descargar material de Internet habría adquirido el original, ni tampoco lo es que utilice efectivamente el material descargado, ya que muchos usuarios del sistema P2P lo utilizan para descargar material por curiosidad y posteriormente lo acaban descartando<sup>39</sup>.

14. Puesto que, como acaba de exponerse, la LO 15/2003 no sólo no trajo consigo la derogación del delito previsto en el art. 270.3 CP, sino que, al contrario, la naturaleza jurídica del delito no ha variado<sup>40</sup>, y el precepto ha venido a ampliar su ámbito de aplicabilidad, no es de extrañar que el estado de opinión sobre el mismo se mantenga inalterado. Así, es frecuente escuchar voces que señalan al tipo que nos ocupa como un claro exponente de vulneración de principios como el de protección exclusiva de bienes jurídicos, o más concretamente, los de lesividad y dañosidad social<sup>41</sup>, o el de proporcionalidad<sup>42</sup>.

15. Es por ello por lo que la doctrina dominante sigue considerando necesario, ahora más que nunca, que el art. 270.3 CP sea interpretado de forma restrictiva<sup>43</sup>. Además de las ya sugeridas antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, que ahora encuentran apoyo en la propia letra del precepto, algunos autores vienen sugiriendo recientemente otras. Una de ellas, plenamente compatible, pasa por entender que la realización de las conductas previstas en el art. 270.3 CP sólo será típica cuando su

---

39. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 97.

40. La doctrina dominante sigue calificando el delito como de preparación o emprendimiento: *vid.*, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 16ª ed., 2007, p. 485; COLMENERO MENÉNDEZ, M., en CONDE PUMPIDO FERREIRO (Dir.) / DÍAZ MARTÍNEZ, P. (Coord.), *Código penal comentado*, I, 2004, p. 844; QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., 2005, p. 1375; EL MISMO, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 5ª ed., 2005, 780; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, Edersa, Madrid 2004, p. 912; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 582; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., 2005, p. 347; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos* 2007, p. 103. Según MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 428 s., los actos de fabricación y tenencia son preparatorios, a su vez, otro acto preparatorio de la lesión final de los derechos de propiedad intelectual, cual es la puesta en circulación.

41. En un sentido parecido MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 429 s.; GONZÁLEZ RUS, J.J., "Artículo 270", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 984; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 582; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 103.

42. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 5ª ed., 2008, p. 527; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 913; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 103.

43. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 912; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 103.

realización esté orientada a la vulneración de los derechos de explotación de una obra. De este modo, será atípica la realización formal del tipo previsto en el art. 270.3 CP cuando la misma esté preordenada a la realización de una conducta permitida por la LPI, como, por ejemplo, la realización de copias privadas (art. 31.2 LPI)<sup>44</sup>. De hecho, esta interpretación no es sino una consecuencia de la circunstancia de que el delito previsto en el párr. 3º del art. 270 CP sea, en su calidad de delito de emprendimiento o preparación, accesorio o dependiente del previsto en el párr. 1º<sup>45</sup>. La segunda, más discutible, considera que el medio debe servir para facilitar la *supresión* no autorizada o la *neutralización* de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger obras de propiedad intelectual. Según un sector doctrinal, es preciso que el medio sirva para *eliminar* el dispositivo de protección. No basta con que sea de utilidad para acceder a la obra aprovechando puntos débiles del sistema de protección<sup>46</sup>. Desde mi punto de vista, es dudoso que el término “*neutralización*” deba ser entendido, necesariamente, como *eliminación* del dispositivo de protección, ya que no es en absoluto descartable imaginar supuestos en los que el correspondiente mecanismo de protección quede funcionalmente inhabilitado sin ser eliminado.

---

44. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos* 2007, p. 103. De otra opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165.

45. Sobre esta relación de dependencia, y sobre su incidencia en la resolución de la correspondiente problemática concursal, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 11 ss. En la jurisprudencia, cabe destacar en relación con este particular la SJP nº 4 Baleares, 21/01, 30-3 (Ar. 142814).

46. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 431; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 913.





## SOBRE LA POSIBLE CONCURRENCIA Y COMPATIBILIDAD DE TUTELAS PENALES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL SOBRE UN MISMO OBJETO

Prof. Dr. Fernando MIRÓ LLINARES

Profesor de Derecho Penal  
Universidad Miguel Hernández de Elche

**Resumen:** La propiedad intelectual e industrial, instituciones jurídicas que regulan la creación y explotación de obras industriales y del ingenio, evoluciona “a remolque” del cambio tecnológico, siendo insuficientes los instrumentos jurídicos para su protección. En este artículo se examinan los criterios que permiten delimitar cuándo un objeto o creación industrial o intelectual está protegido por la propiedad industrial o por la propiedad intelectual y, en el caso de estar protegidos por los dos, si la infracción de tales derechos daría lugar a uno o a varios delitos diferentes. Para lo que, tras identificar los objetos sobre los que parece posible una concurrencia de tutelas, se aborda la cuestión de la compatibilidad de tutelas penales acudiendo al sentido y funciones últimas de estas instituciones en el sistema de mercado.

**Laburpena:** Jabetza intelektuala eta industrialak erakunde juridikoak dira, adimenak eta industriak sortzen duena arautzeko; eta aldaketa teknologikoaren bilakaerarekin bat datoz tresna juridikoak nahikoa ez izanik hauek babesteko. Artikulu honetan zenbait irizpideren analisia egiten da. Noiz babes dezakegun sorkuntza intelektuala eta industrialak, jabetza intelektual eta industrial moduan eta biek babesa ematen badiote, eskubide hauen arau-haustea delitu bat den edo delitu desberdin asko. Horretarako, eta tutoretza konkurrentzia posible deneko objektuen identifikazioa eta gero, tutoretza penalaren bateragarritasunaren arazoa aztertzen da, merkatu mailan erakunde hauek duten zentzu eta funtzioak kontutan hartuz.

**Résumé:** La propriété intellectuelle et industrielle, institutions juridiques qui règlent la création et l'exploitation d'œuvres industrielles et du talent, évoluent “à la remorque” des changements technologiques, et les instruments juridiques en vue de sa protection restent insuffisants. Dans cet article on examine les critères qui permettent de délimiter quand un objet ou une création industrielle ou intellectuelle sont protégés par la propriété industrielle ou par la propriété intellectuelle et, en cas de protection par toutes les deux, si l'infraction à tels droits pourrait donner lieu à un ou à plusieurs délits différents. A cet effet, après avoir identifié les objets sur lesquels le concours de tutelles est possible, on aborde la question de la compatibilité des tutelles pénales à la lumière du ratio et des fonctions de ces institutions au sein d'un système de marché.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre “Protección penal de la propiedad intelectual sobre derechos digitales”, Leioa, 28 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITSESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

**Summary:** Intellectual and industrial property, the legal institutions that control the creation and exploitation of industrial and creative works, develops steered by technological changes, but the legal instruments for protection are insufficient. This article examines the criteria for delimiting when an industrial or intellectual creation is protected by the industrial or by the intellectual property and, in the case of being protected by both, if violating such rights would give rise to one or several crimes. After having identified the objects on which a double (or multiple) protection concurrence arises, the compatibility of penal tutelage is examined taking into account the purpose and functions of these institutions in the market system.

**Palabras clave:** Propiedad intelectual, Propiedad industrial, Derecho penal, Derechos de la propiedad intelectual e industrial.

**Gako hitzak:** Jabetza intelektuala, industria jabetza, Zigor Zuzenbidea, jabetza intelektual eta industrialaren eskubideak.

**Mots clef:** Propriété intellectuelle, Propriété industrielle, Droit pénal, Droits de la propriété intellectuelle et industrielle.

**Key words:** Intellectual property, Industrial property, Penal Law, Intellectual and industrial property rights.

## ÍNDICE

1. Mercado de las creaciones del ingenio y concurrencia real y aparente de tutelas de propiedad intelectual e industrial sobre objetos intelectuales
2. Ámbitos de concurrencia de derechos de propiedad intelectual e industrial en un mismo objeto
  - 2.1. Los signos distintivos como posible ámbito concurrencial
  - 2.2. Los diseños industriales y la compatibilidad con la tutela del diseño como obra original
  - 2.3. ¿Puede ser protegida por el derecho de propiedad intelectual una parte de una patente de invención? El software de una invención patentable ¿aparente o real concurrencia de tutelas?
3. La compatibilidad de tutelas penales sobre un mismo objeto intelectual desde la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual e industrial
  - 3.1. Compatibilidad de tutelas civiles ≠ compatibilidad de tutelas penales. La necesidad de identificar los bienes jurídicos protegidos en ambas figuras
  - 3.2. Primos pero no hermanos. Convergencias y divergencias entre derechos de propiedad industrial e intelectual
    - 3.2.1. Convergencias
    - 3.2.2. Divergencias
4. Resolución y toma de posición desde la interpretación del bien jurídico: La no compatibilidad de tutelas penales de propiedad intelectual y propiedad industrial

## 1. MERCADO DE LAS CREACIONES DEL INGENIO Y CONCURRENCIA REAL Y APARENTE DE TUTELAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL SOBRE OBJETOS INTELECTUALES

No es un tópico, sino una realidad comprobable casi a diario, el que la propiedad intelectual e industrial, como instituciones jurídicas que regulan la creación y explotación de obras industriales y del ingenio, evolucionan totalmente “a remolque” del cambio tecnológico. El principal afectado de la unión entre rapidez del cambio tecnológico y lentitud del cambio jurídico no es el legislador, que ve como la Ley que acaba de aprobar ya no se corresponde con la realidad, ni siquiera el juzgador, que se ve obligado a interpretar leyes siempre viejas, sino la propia industria, que percibe siempre como insuficientes los instrumentos jurídicos para la protección de sus intereses. La agilidad que necesita un mercado tan vivo como el de las creaciones del ingenio, y la rigidez de algunas de las figuras de estas instituciones jurídicas (véase, por ejemplo, las patentes), explican que las mismas parezcan exiguas para una total y eficaz tutela de lo que se considere digno de protección por su importancia individual y social y, por tanto, la tendencia de la industria a la búsqueda de nuevas vías de protección de sus intereses económicos bien sean jurídicas o tecnológicas<sup>1</sup>.

Dentro de estas posibilidades de que dispone la industria frente a la explotación de obras industriales y del ingenio, una de las comúnmente adoptadas es la de utilizar concurrentemente las acciones de las leyes de propiedad intelectual, industrial y de la competencia, así como el propio Código Penal con los delitos contra la propiedad intelectual, propiedad industrial y, en ocasiones, algunos de los delitos contra el mercado y los consumidores. Las razones de esta utilización concurrente de acciones civiles o penales derivadas de distintos derechos son muchas, diversas, y a veces discutibles. De ellas nos interesan las tres siguientes: La primera, las dudas, importantes, y plasmadas, incluso, en soluciones contradictorias de los tribunales, que plantean algunos nuevos productos industriales y del ingenio, como los nombres de dominio, diseños digitales, etc., sobre los que aún se discute su inclusión dentro del ámbito de protección de la propiedad industrial, de la propiedad intelectual, etc. La segunda, el propio régimen jurídico de propiedad intelectual, propiedad industrial y del derecho de la libre competencia, que incluyen como principio básico la compatibilidad de tutelas, cuanto menos en vía civil, de derechos de propiedad intelectual y derechos de propiedad industrial. La tercera, la propia naturaleza de los productos intelectuales, formados en múltiples ocasiones por varios objetos intelectuales con importancia propia y singular.

Así, muchos de los productos intelectuales que existen en el mercado están formados en realidad por varios bienes intelectuales que pueden dar lugar a derechos distintos y, por tanto, a diferentes titularidades. Así, y por ejemplificar con lo más conocido, me referiré al producto intelectual “Windows Vista”, formado por una amalgama de creaciones intelectuales que van desde el software original inicial, el software transformado a partir del original, el signo distintivo del producto, la marca diferenciadora de la empresa productora, el diseño de la caja en la que se incluye el programa, etc., y su protección jurídica va desde el propio derecho contractual derivado de la licencia que se concede a cada comprador que adquiere el producto, hasta los derechos de propiedad intelectual sobre el software original o transformado, pasando por la que concede el

---

1. Miró Llinars, F.: *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Iberautor Promociones Culturales, Madrid, 2005, pág. 77 y ss.

régimen de la propiedad industrial sobre cualquier diseño industrial registrado o sobre la marca y demás signos distintivos del producto, etc. Sobre estos productos industriales e intelectuales, que son la suma de diversas creaciones del ingenio, existe una concurrencia de tutelas jurídicas de propiedad intelectual e industrial, pero se trata de una concurrencia de tutelas “aparente”, dado que en realidad son objetos intelectuales distintos y que se complementan en el mercado sobre los que existen diferentes derechos. Volviendo al ejemplo anterior, todo software para poder ser distinguido en el mercado requiere de un signo distintivo que lo diferencie de los restantes<sup>2</sup>, por lo que la utilización ilícita de dicho signo (reproducción, imitación, modificación o utilización de cualquier otro modo) no supondrá la lesión de los derechos de propiedad intelectual, sino la de los derechos de marca<sup>3</sup> y, por tanto, se castigará conforme al artículo 274 del Código Penal<sup>4</sup>. Por ejemplo, la producción de un software diferente con tal símbolo y su comercialización para su confusión en el mercado, resultará delito contra la propiedad industrial conforme a tal precepto penal. Si a la vez el software supone una transformación no autorizada del software de Windows Vista, se estará cometiendo un delito contra la propiedad intelectual, pues se estará explotando ilícitamente el objeto intelectual software que da lugar a un derecho de explotación distinto al derecho de explotación sobre la marca. En estos casos de concurrencia “aparente” de tutelas penales, la compatibilidad entre los delitos es evidente, dado que son dos los bienes jurídicos que se están viendo afectados y dos los delitos, el del artículo 270 y el del artículo 274 CP (en el caso del signo distintivo), los que se cometen al afectarse a los mismos. Habrá en estos supuestos un concurso de delitos que será real en el caso de que sean diferentes los actos de explotación, en la mayoría de ocasiones, e ideal en casos como el ejemplificado en los que hay un único comportamiento de explotación que afecta a dos bienes jurídicos.

Junto a esta concurrencia aparente de tutelas, la especial naturaleza inmaterial y las múltiples y diversas funciones que los bienes industriales e intelectuales desempeñan en el sistema de mercado, permiten pensar en una concurrencia real de tutelas jurídicas sobre un único bien (que no producto) intelectual que, por ejercer complementariamente varias funciones en el libre mercado, podría dar lugar a protecciones jurídicas acumulativas si es que tales funciones son tuteladas por instituciones diferentes. Imaginemos una determinada aplicación comercial que haya sido patentada pero sobre la que, una

---

2. Rodríguez, M. A.: “La piratería de programas de computación”, en AAVV.: *X Congreso internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales del autor, del artista y del productor*, OMPI, Quito, 1995, pág. 461.

3. Como señala Cercos Pérez, no se puede decir entonces que haya una protección de los programas de ordenador por el derecho de marcas, puesto que se trata de una tutela indirecta o fronteriza, en cuanto se limita al signo, señal o nombre con el que se comercializa (Cercos Pérez, R.: “Protección jurídica de los programas de ordenador”, en AAVV.: *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 130).

4. Artículo 274 del Código penal: “1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado. 2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero”.

vez haya finalizado el plazo de explotación y, por tanto, ya no sujeta a los derechos de propiedad industrial, se solicita tutela por medio del Derecho de propiedad intelectual al considerarse la obra una creación original científica fuera de su propio uso comercial. Es más, y en el caso de que tal creación sea utilizada con finalidad económica por una empresa, no sería de extrañar que a la demanda de tutela jurídica por el derecho de propiedad industrial se sumaran entonces demandas de protección por medio del derecho de la competencia bien por infracción del secreto de empresa si es que tal se ha producido, por apropiación del “*know how*” o, genéricamente, por competencia desleal, según el caso. En los casos que he elegido son concurrencias que resultan aparentemente compatibles, bien porque un derecho ya ha cesado y el otro se solicita posteriormente, o bien porque está aceptada la compatibilidad entre la protección que ofrece la ley de patentes y la ley de competencia desleal. Ahora bien, y acudiendo a otros casos que pueden plantear más dudas, ¿qué ocurre si se realiza una explotación ilícita de un diseño industrial y en la demanda se afirma la infracción del artículo 273 y, también, del artículo 270 CP? ¿Podría el diseño industrial registrado considerarse, además, obra original y, de ese modo, dar lugar su explotación ilícita a dos delitos, de propiedad intelectual y de propiedad industrial? Y, en ese caso ¿estaríamos ante un concurso de normas o ante un concurso de delitos?

El objeto de estudio de este trabajo de investigación, es, pues, el de la obtención de criterios que nos permitan delimitar cuándo un objeto o creación industrial o intelectual está protegido por un derecho o por otro, por la propiedad industrial o por la propiedad intelectual, y, en el caso de estar protegidos por los dos, si la infracción de tales derechos daría lugar a uno o a varios delitos diferentes, dado que si bien por vía civil está admitida la compatibilidad de tutelas, ello no tiene por qué suponer inmediatamente que tal compatibilidad sea posible en vía penal y que conlleve, por tanto, la aplicación de un concurso de delitos en el caso de que se explote ilícitamente un bien intelectual sobre el que concurren ambos derechos.

Para lograr tal objetivo comenzaré por identificar los objetos intelectuales e industriales sobre los que parece posible una concurrencia de tutelas de propiedad intelectual e industrial. Después acometeré la cuestión de la posible compatibilidad de tutelas penales acudiendo al sentido y funciones últimas de estas instituciones en el sistema de mercado. Al fin y al cabo, y como veremos, propiedad intelectual y propiedad industrial son institutos jurídicos similares, con puntos de unión y de separación y sólo encontrando y definiendo los mismos podremos, a su vez, concretar si la explotación ilícita de objetos intelectuales que sean tutelados concurrentemente por ambos derechos tiene una única o una doble lesividad o injusto material. Esto, y no el que las leyes civiles o mercantiles permitan la compatibilidad de tutelas, será el criterio clave en aras a interpretar si es posible o no tal compatibilidad en vía penal.

## **2. ÁMBITOS DE CONCURRENCIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL EN UN MISMO OBJETO**

### **2.1. Los signos distintivos como posible ámbito concurrencial**

Mientras que la Ley de patentes señala expresamente que no se pueden considerar invenciones patentables “Las obras literarias o artísticas o cualquier otra creación estética,

así como las obras científicas”<sup>5</sup>, esto es, los objetos del Derecho de propiedad intelectual, la ley de marcas señala que “sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por un derecho de autor o por otro derecho de propiedad industrial”. No existe, por tanto, una prohibición de protección como marca de una obra literaria, artística o científica, sino, simplemente, una exigencia de autorización del titular de la misma para su registro como signo distintivo marcario, por lo que, cuanto menos en teoría, es posible que un objeto del derecho de propiedad industrial de marca sea, a su vez, objeto del Derecho de propiedad intelectual. En la práctica, sin embargo, esto es bastante complicado, dado que gran parte de los signos distintivos consisten en dibujos o palabras de gran simplicidad, poco susceptibles, por tanto, de ser considerados obras artísticas originales. Es cierto que la creación de una obra del ingenio, véase literaria, por ejemplo, conlleva normalmente el registro de muchos caracteres de la misma tales como personajes, o el título de la creación. Pero ni siquiera el registro en estos casos del nombre del protagonista de la obra o de su título, dará lugar normalmente a una concurrencia de tutelas, dado que lo protegido por el derecho de propiedad intelectual es la obra literaria en sí misma, y no el título que, pudiendo serlo cuando resulte original, en pocas ocasiones revestirá tal carácter<sup>6</sup>. Puede ocurrir, sin embargo, que un título resulte original, y como tal protegible por el derecho de propiedad intelectual y, a su vez, registrable como marca. Lo mismo puede ocurrir con algunos diseños o logotipos que, teniendo una finalidad de distinción empresarial y de servicios o productos, puede resultar, a su vez, una creación original que merezca la protección por el derecho de propiedad intelectual. No es lo habitual, pero hay múltiples ejemplos de los que podemos citar el “cobi”, registrado como marca por Barcelona 92 y, a su vez, obra artística original que da lugar a derechos, como el de integridad de la obra, que tienen que ver con su carácter de creación personal y no con su uso comercial.

Ya tenemos, pues, el primer ámbito en el que es posible la acumulación de protección de propiedad industrial y de propiedad intelectual, los signos distintivos con suficiente originalidad artística para, además, de resultar marca, ser considerados creación del ingenio. La explotación de tales signos dará lugar a una infracción de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual pero ¿dará lugar a dos sanciones diferentes? ¿y también en el caso de ser sanciones penales?

---

5. Artículo 4.2. b) de la LEY 11/1986 de 20 de Marzo de 1986, por la que se aprueba la Ley de Patentes de invención y modelos de utilidad. De todos modos, eso no implica que el objeto de la propiedad intelectual no pueda ser objeto de derechos de propiedad industrial, sino tan sólo que, como tal no podrá hacerlo a menos que cumpla los requisitos exigidos para la patentabilidad. En contra, (Rodríguez Padrón, C.: “los delitos contra la propiedad industrial, trascendencia de la ubicación en el Código penal de 1995”, en Massaguer Fuentes, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 52 y 53. Lo cierto es que los casos más difíciles de imaginar (y, por tanto, también de darse en la práctica) de una concurrencia de tutelas en un mismo objeto son las del derecho de invenciones patentables y derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente por los requisitos exigidos para la patentabilidad e un objeto.

6. La doctrina suele considerar la protección de los títulos de obras más como un tema del Derecho de la competencia que como una cuestión de derecho de autor, dado que el título de la obra tiene una función identificadora y distintiva de la obra en el mercado que hace que sea este interés, y no otros relacionados con la creación de obras originales, la que predomina en este caso. Véase en este sentido Carbajo Gascón, F.: *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio de Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, 140.

## 2.2. Los diseños industriales y la compatibilidad con la tutela del diseño como obra original

La falta de una regulación expresa de los dibujos y modelos industriales<sup>7</sup>, así como la propia naturaleza de estos objetos intelectuales, cercanos a las obras artísticas y, a su vez, a las invenciones patentables por su aplicación industrial, había llevado a la doctrina a discutir ampliamente sobre su protegibilidad por el derecho de propiedad industrial y por el derecho de propiedad intelectual<sup>8</sup>. La entrada en vigor de la muy solicitada Ley 20-2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial ha aclarado en gran parte la cuestión sobre la protegibilidad de los dibujos y modelos industriales, cubiertos ambos bajo la nomenclatura de “diseño industrial”<sup>9</sup>, entendiéndose por tales la apariencia externa de un producto industrial o artesanal o de su embalaje. Estos diseños son, pues, protegidos por el derecho industrial siempre que sean nuevos, posean carácter singular y estén debidamente registrados, y se deben entender incluidos en la protección del artículo 273 del Código Penal, dado que el apartado tercero del citado precepto incluía en el ámbito de tutela a los dibujos o modelos industriales.

Por otra parte, y dada la especial naturaleza de estos objetos, aquí también se puede afirmar la posibilidad de concurrencia de tutelas entre propiedad intelectual e industrial. A esta cuestión de la compatibilidad se refiere la propia exposición de motivos en varias ocasiones. En el apartado IV, señala que “el diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles”. En el apartado VI se indica que “si la obra es objeto de propiedad intelectual, el autor tiene en todo caso los derechos de explotación sobre la misma en cualquier forma y la posibilidad de impedir a terceros la explotación comercial de las copias, ya que ésta implica necesariamente su reproducción y distribución, derecho que podría extenderse a las variantes de la misma a través de la facultad, que también le concede el derecho de autor, de prohibir la transformación de la obra sin su consentimiento. Ello no le impedirá registrarla además como diseño si se dan las condiciones previstas en esta ley, y en ese caso su protección sería absoluta, incluso frente al creador posterior independiente”. Esto se concreta después en la propia ley, en su

---

7. De hecho, hasta hace pocos años la regulación sobre dibujos y modelos industriales devenía del Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado en 1929, resultando esencial para la existencia de un régimen jurídico moderno el espaldarazo del Parlamento y Consejo Europeos mediante la aprobación de la Directiva Comunitaria 98/71 de 13 de octubre de 1998 sobre protección jurídica de dibujos y modelos industriales.

8. Respecto a la cuestión de la protegibilidad de los diseños industriales en el régimen jurídico anterior, véase Ferrándiz Gabriel, J. R.: “La protección de los dibujos y modelos industriales mediante la legislación de la propiedad intelectual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIII, 2001, pág. 128, quien prefería hablar de dibujos y modelos industriales debido a que todavía el término diseño industrial no estaba recogido en la legislación española. Véase también el trabajo de Plaza Penadés, J.: *Propiedad intelectual y sociedad de la información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad civil en la Red)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 64 y ss., que en la nota 95 realiza una completísima recopilación bibliográfica de los trabajos existentes sobre los diseños industriales.

9. Acerca de las principales singularidades de esta norma, véase González Gordon, M.: “El nuevo régimen legal del diseño en España. La ley 20/2003 de protección jurídica del diseño industrial”, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2004, págs. 7 y ss.

disposición adicional décima, conforme a la cual habrá una compatibilidad de tutelas siempre que “el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”.

La explotación ilícita del diseño industrial de un automóvil o de una lata de legumbres afectará, por tanto, a los derechos del titular registral del diseño, pero también a los derechos de propiedad intelectual del creador de la obra si es que la misma resulta una creación original.

### **2.3. ¿Puede ser protegido por el derecho de propiedad intelectual una parte de una patente de invención? El software de una invención patentable ¿aparente o real concurrencia de tutelas?**

Hoy en día no se discute la necesidad de proteger los programas de ordenador, y tampoco que el derecho de propiedad intelectual es el ordenamiento jurídico elegido para ello, pero sí el que la prohibición de la patentabilidad del software suponga, de una forma absoluta, que tales bienes intelectuales no puedan resultar patentados formando parte de otra obra intelectual. Como ya he desarrollado en otros trabajos anteriores<sup>10</sup>, el derecho de patentes planteaba problemas para una eficaz protección del software que<sup>11</sup>, unidos a las ventajas que conllevaba la protección del derecho de autor<sup>12</sup>, explican que se tomara la decisión de incorporar los programas de ordenador como objeto de los derechos de propiedad intelectual y que nuestra ley de patentes estableciera en su artículo 4.2 la prohibición de patentar los programas de ordenador. Tal declaración parece contradecirse, sin embargo, con una realidad y una necesidad. La realidad es que desde un punto de vista abstracto es perfectamente posible imaginar una patente de software con originalidad y novedad absoluta, con destino y aplicación económica, sobre el que, por tanto podrían existir derechos de propiedad industrial, y que podría dar lugar a una concurrencia de tutelas en los programas de ordenador; La necesidad es la de dotar de una tutela más completa a algunas aplicaciones de software que no

---

10. Miró Llinares, F.: “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, en *Revista Penal*, núm. 13, 2004, págs. 85 y ss.

11. Especialmente interesante el análisis de Delgado Echevarría sobre los problemas para la protección por el sistema de patentes de los programas de ordenador (Delgado Echeverría, J.: “Comentario al Título VII”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, (2ª edición), págs. 1347 y ss.).

12. Las principales ventajas eran la innecesariedad del registro de la obra para su protección, el amplio plazo de tutela, la gran protección de los intereses morales además de los patrimoniales, el que la protección se abarata al hacer innecesaria la renovación de la protección por patente y el pago de un canon cada año y el que es la solución más rápida e internacionalmente más eficaz al protegerse internacionalmente a través de los Convenios internacionales sobre derechos de autor de Berna y Ginebra (Fernández Masía, E.: “Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador”, en AAVV: *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Comares, Granada, 1998, págs. 4 y 5). Pero, además, recuerda Franco Marozza otra ventaja del sistema del derecho de autor, cual es que éste tutela únicamente la expresión de la idea y no la idea que está en la base, por lo que no impide el progreso técnico al dejar espacio para que otros autores creen programas similares siempre que no sean meras duplicaciones (Marozza, F.: “La tutela legale del software”, en *leD*, 1996, pág. 175).



parecen estar suficientemente protegidas con el derecho de propiedad intelectual, tal y como demuestra la tendencia de otros países como EEUU a aceptar en algunos casos las patentes de software<sup>13</sup>.

Esto ha llevado a la doctrina a poner en duda la prohibición de la patentabilidad del software de *lege ferenda* y, de *lege data*, a interpretar tal restricción apoyándose en el apartado posterior al que define la prohibición, el artículo 4.3 de la LPI, conforme al cual “lo dispuesto en el apartado anterior excluye la patentabilidad de las invenciones mencionadas en el mismo solamente en la medida en que el objeto para el que la patente se solicita comprenda una de ellas”. Esta limitación al principio de exclusión de los programas de ordenador del ámbito de la patente que, como recuerda Hernando Collazos<sup>14</sup> se mantiene en el convenio de Munich y, por ende, en la mayoría de las legislaciones europeas, ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que el programa de ordenador puede formar parte de un determinado objeto destinado a cumplir alguna función industrial determinada y, en dichos supuestos, sí puede integrar una invención patentable o un modelo de utilidad<sup>15</sup>. De este modo, un software protegido por el derecho de propiedad intelectual que forme parte de un concreto proceso de fabricación o de control produciendo un resultado de carácter técnico, proceso que reúna los requisitos exigidos por la Ley de Patentes, esto es, novedad, actividad o altura inventiva y susceptibilidad de aplicación industrial<sup>16</sup>, podría ser tutelado, también, por el derecho de patentes. ¿Significa esto que es posible una concurrencia de tutelas de propiedad intelectual y propiedad industrial sobre el software? A mi parecer la respuesta es no, puesto que nos encontramos ante una aparente concurrencia de tutelas tal y como ha sido definida anteriormente: una concurrencia de tutelas sobre un mismo producto, pero que está formado por varias creaciones intelectuales diferentes entre sí. Por una parte tendríamos la creación industrial novedosa y con aplicación y destino comercial que sería tutelado por el derecho de patentes y, por otra, el programa de ordenador o software que, en la medida que resulte original, será tutelado por la propiedad industrial<sup>17</sup>. Se protegen, pues, diferentes objetos intelectuales: la patente no permite el monopolio del programa por lo que su utilización en procedimientos o aplicaciones distintos de los patentados quedaría libre si no fuera por la protección del software por

---

13. Así ha pasado en algunos países del ámbito anglosajón, EEUU por ejemplo, donde se han reconocido patentes a programas de ordenador, a algoritmos matemáticos utilizables en un ordenador siempre que produzcan un resultado comercial útil. Véase sobre esta doctrina el excelente estudio de Erdozain López, J. C.: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 184 y ss.

14. Hernando Collazos, I.: “Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (Arts. 95-100 LPI) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 605, 1991, pág. 1806.

15. Fernández Masía, E.: “Informática y propiedad intelectual...”, *ob. cit.*, págs. 4 y 5. Así lo admite también Lehman, quien, pese a todo, recuerda que el acceso de los programas de ordenador al sistema de patentes debe entenderse de forma excepcional y restringida (Lehman, M.: “La protección jurídica de los programas de ordenador en Alemania. Panorama actual”, en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 13, 1989-90, págs. 74 y 75).

16. Cercos Perez, R.: “Protección jurídica de los programas...”, *ob. cit.*, pág. 128.

17. Gual de Sojo, A.: “La Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico. II”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1989, pág. 46.

medio de la ley de Propiedad Intelectual<sup>18</sup>; por su parte, el derecho de autor no afecta a la invención en sí misma, a lo que es la innovación o superación de conocimientos aplicada a una determinada actividad industrial<sup>19</sup>.

Es cierto que es posible imaginar un software que tenga suficiente originalidad como para merecer una protección por el derecho de propiedad intelectual y que, a su vez, forme parte de una invención, pero su explotación sería ilícita tan sólo del bien intelectual al que afecta o, en caso de explotarse ambos, de los dos.

### **3. LA COMPATIBILIDAD DE TUTELAS PENALES SOBRE UN MISMO OBJETO INTELECTUAL DESDE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL**

#### **3.1. Compatibilidad de tutelas civiles ≠ compatibilidad de tutelas penales. La necesidad de identificar los bienes jurídicos protegidos en ambas figuras**

Hemos visto cómo hay casos en los que es posible que un mismo objeto intelectual puede ser tutelado por los derechos de autor y los derechos de propiedad industrial de forma concurrente. En principio, y como ya adelanté, tales casos se solucionan por vía civil en la propia ley de propiedad intelectual, que, en consonancia con las consideraciones de un importante sector doctrinal acerca de la conveniencia de proteger un mismo bien –inmaterial– a través de varios sistemas de protección simultánea<sup>20</sup>, siempre que se cumplieran los requisitos que son propios de cada sistema de protección, y tomando un camino que es hoy seguido por otras legislaciones del extranjero<sup>21</sup>, hizo realidad la compatibilización de instituciones jurídicas protectoras de bienes inmateriales<sup>22</sup>. Este sistema se mantiene en el TRLPI de 1996, cuyo artículo 3 en su apartado segundo dice que los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con “los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra”. Nuestro ordenamiento jurídico permite, pues, la acumulación de protecciones, de forma que sobre una misma obra puede recaer la tutela del derecho de pro-

18. Hernando Collazos, I.: “Los programas de ordenador y la Ley de...”, *ob. cit.*, pág. 1807.

19. En sentido contrario a lo aquí señalado se pronuncia Antequera Parilli, R.: “Nuevas tecnologías y derechos de autor y derechos conexos”, en AAVV.: *Seminario Internacional sobre derecho de autor*, Unisinos, Sao Leopoldo, 1994, pág. 141.

20. Así, especialmente, Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978 (1ª edición), pág. 775 y ss. Véase también Casado Cerviño, A.: “Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual. Su tratamiento en la vigente legislación española”, en AAVV.: *Estudios sobre Derecho industrial. Homenaje a H. Baylos*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pág. 100.

21. Espín Alba, I.: *Contrato de edición literaria*, Comares, Granada, 1994, pág. 96.

22. Así, Vallés Rodríguez, M.: “Comentario al artículo 3” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Comentarios a la Ley...*, 1ª ed., *ob. cit.*, págs. 59 y 60; Casado Cerviño, A.: “Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual: su tratamiento en la vigente legislación española”, en AAVV.: *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, 1991, págs. 81 y 82; Galán Corona, E.: “Comentario al artículo 3”, *ob. cit.*, págs. 58 y ss.; Espín Alba, I.: *Contrato de edición...*, *ob. cit.*, págs. 96 y ss.

propiedad intelectual y la del derecho de patentes o los modelos de utilidad o las marcas y demás signos distintivos siempre que, por una parte (la de la propiedad intelectual) se trate de una obra artística, literaria o científica original expresada materialmente o comunicada por cualquier medio y, por otra, cumpla los requisitos para obtener una patente, marca o modelo de utilidad.

Como ya avancé anteriormente, sin embargo, tal compatibilidad y acumulabilidad de protecciones en vía civil, no puede llevarnos a afirmar la acumulabilidad en vía penal en el sentido del concurso de delitos. Para que esto sea así, para que cuando se explote un objeto intelectual sobre el que concurren derechos de propiedad intelectual e industrial, se aplique un concurso de delitos y no de normas, habrá que convenir que se están afectando a dos bienes jurídicos diferentes, puesto que si sólo hay un bien jurídico entonces habría que adoptar la tesis del concurso de normas.

En un principio la cuestión parece clara. La doctrina es prácticamente unánime al definir como bien jurídico protegido de los delitos contra la propiedad intelectual los derechos de explotación de los titulares de derechos de autor y conexos<sup>23</sup>, y como bien jurídico protegido de los delitos contra la propiedad industrial los derechos de explotación exclusiva derivados de la titularidad sobre patentes, marcas, signos distintivos, etc.<sup>24</sup>. No basta, sin embargo, con esta afirmación de que los bienes jurídicos protegidos por ambos delitos son “nominalmente” distintos, para considerar como solución correcta la del concurso de delitos. Es necesario comprobar también que en el caso de explotarse un único objeto intelectual sobre el que concurren las dos tutelas se afecta a los dos bienes jurídicos por separado, y para ello, a su vez, resulta esencial descubrir en qué se unen y en qué se separan estos bienes jurídicos, dónde concurren y dónde no las distintas funciones que las mismas desempeñan en el mercado.

Por ello me ocupo, a continuación, de analizar la relación entre propiedad intelectual y propiedad industrial, dos instituciones jurídicas primas, pero no hermanas, intensamente relacionadas, pero con objetivos y, por tanto, naturaleza, diferentes.

### **3.2. Primos pero no hermanos. Convergencias y divergencias entre derechos de propiedad industrial e intelectual**

#### **3.2.1. Convergencias**

El principal punto de convergencia entre derechos de propiedad industrial y derechos de propiedad intelectual estriba en su similar funcionamiento dentro del marco económico-jurídico. Ambos se constituyen, esencialmente, como monopolios de explotación limitados en el tiempo, como concesiones exclusivas de explotación patrimonial a unos determinados sujetos, y, por tanto, como límites a la regla general de la libertad de competencia, al reservarse exclusivamente al titular que tiene reconocido el derecho

---

23. O, mejor dicho, los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual. Véase, Miró Llinares, F.: *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 192 y ss, y notas y referencias allí citadas, y 216 y ss para toma de postura.

24. Véase, por todos, Segura García, M. J.: *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Alicante, 1999, pág. 225 y ss.

la actividad económicamente relevante relativa a tales creaciones<sup>25</sup>. Esta naturaleza de “*Property Rights*”, de “poderes de imposición legal que excluyen a otros del uso de un recurso, sin que sea necesaria la ayuda contractual”<sup>26</sup>, no contradice la función de estos derechos con la vigencia del principio de libre competencia, sino que la dota de sentido. Como perfectamente ha explicado Lehmann<sup>27</sup>, “los property rights son restricciones específicas sobre actividades de consumo y expropiación en un nivel económico bajo que estimulan o, en su caso, incluso crean la competencia en un nivel económico superior”<sup>28</sup>. De modo que la concesión de Derechos sobre bienes inmateriales como son la propiedad intelectual o la propiedad industrial supone una restricción de la competencia en el nivel de producción de obras del ingenio, o de invenciones, marcas u otras creaciones industriales, pero en beneficio de la competencia en el nivel de innovación, puesto que la promesa del monopolio incentiva la creación de obras que merezcan tal derecho<sup>29</sup>.

De ahí deviene el segundo punto de convergencia que me interesa destacar, y que ya adelanté anteriormente, la idéntica explicación socioeconómica de la legitimidad de delitos patrimoniales como son los de propiedad intelectual e industrial. En estos últimos, y siendo el bien jurídico directamente protegido los intereses patrimoniales de-

25. Fabiani, M.: “Concorrenza e libere utilizzazioni nella disciplina del diritto d’autore”, en *IDA*, 1961, pág. 214. Así también, Otero Lastres, J. M.: “La inclusión del derecho de autor en el moderno Derecho mercantil”, en *Actas de Derecho Industrial*, 1982, pág. 55, quien dice que estos derechos son excepciones al principio que asegura a los empresarios el libre ejercicio de una actividad económica. Discrepa Carrasco Perera quien señala que la obra protegida no cierra el mercado a nuevas aplicaciones de la idea o del contenido expresivo ni impide la utilización de técnicas formales anticipadas por un tercero, puesto que no monopoliza la idea expresada en aquélla ni sus recursos técnicos o formales (Carrasco Perera, XX.: “Comentario al artículo 133”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de..., ob. cit.*, pág. 1746). Sin embargo no creo que se deba olvidar, en primer lugar que, como admite Gómez Pomar, la obra intelectual presenta peculiaridades, caracteres específicos que determinan la ausencia de alternativas perfectas o idénticas a ella (Gómez Pomar, F.: “La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 614, 1993, pág. 180); y en segundo lugar que son las multinacionales y las sociedades de gestión las que pueden obtener una posición de dominio en el mercado que les convierta en monopolistas.

26. Landes, W. M. y Posner, R. A.: “The economics of Trademark Law”, en *The Trademark Reporter*, vol. 78, núm. 3, 1988, pág. 267. Véanse demás referencias citadas en Miró Llinares, F.: *La protección penal...*, ob. Cit., pág. 108 y ss.

27. Lehman, M.: “La teoría de los property Rights y la protección de la propiedad intelectual e industrial” (traducido y anotado por J. Massaguer), en *Revista General de Derecho*, núm. 544, 1990, págs. 264 y ss. También, sobre dicha tesis, Cabanellas, G.: “La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad. Observaciones críticas”, en *Revista General de Derecho*, núm. 544, 1990, págs. 299 y ss.; Font, A.: “Property rights y derecho de marcas”, en *Revista General de Derecho*, núm. 544, 1990, págs. 283 y ss.; Caballero Sanz, F. y Esteve Mora, F.: “Comentarios a la teoría de los Property rights y la protección de la propiedad intelectual e industrial de M. Lehman”, en *Revista General de Derecho*, núm. 544, 1990, págs. 308 y ss.

28. Lehman, M.: “La teoría de los property...”, ob. cit., pág. 278. Véase también al respecto de la relación entre las creaciones industriales y la competencia, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “La formación del derecho de la competencia”, en *Actas de Derecho Industrial*, 1975, pág. 80.

29. Así, McKeough, J. P.: “Intellectual property protection and freedom of competition. Competing policies under the Treaty of Rome: Copyright”, en *IPJ*, vol. 1, 1984-1985, pág. 246, quien recuerda que la sociedad no renuncia por completo a la explotación de la obra, sino sólo por un plazo limitado, de modo que no se restringe innecesariamente la libre competencia, y una vez el explotador se beneficia suficientemente del monopolio, la obra pasa a poder ser utilizada de forma generalizada y pública permitiendo el desarrollo de la industria y la cultura.

rivados de los derechos de propiedad industrial<sup>30</sup>, la razón última de la punición de estos comportamientos es la necesidad de protección y el fomento de la libre competencia en interés de los participantes en el mercado, especialmente los consumidores<sup>31</sup>. Algo similar ocurre con las infracciones relativas a la propiedad intelectual. Al ser los derechos de propiedad intelectual una condición del sistema de mercado, en cuanto consisten en derechos de explotación exclusiva que incentivan la creación, favorecen el desarrollo cultural y económico y promueven la libre competencia, la actividad directamente lesiva de intereses individuales incide, indirectamente, en el sistema de libre competencia que rige el mercado en general y, en concreto, el mercado de las creaciones intelectuales, en cuanto supone la negación de un instrumento del mismo<sup>32</sup>.

Esta explicación “económica” de los derechos sobre bienes inmateriales, como instrumentos del sistema de mercado basado en la libre competencia<sup>33</sup>, ha sido aceptada siempre para los derechos de propiedad industrial, y cada vez lo está más también para los derechos de propiedad intelectual<sup>34</sup>. Los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual son derechos sobre bienes inmateriales que “provocan una restricción en el nivel de reproducción y distribución de obras (bienes de información, comunicación y esparcimiento, cuando no de aplicación técnica: programas de orde-

---

30. Paredes Castañón, J. M.: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw Hill, Madrid, 2001, pág. 69; Segura García, M<sup>a</sup>. J.: *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 230; Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 455; Mascareñas, C. E.: *Los delitos contra la propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1969, pág. 40; Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 154 y ss.; Guinarte Cabada, G.: *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1988, pág. 17, y también, aunque sin referirse al término bien jurídico, Bacigalupo Zapater, cuando señala que “La protección penal de los derechos que se derivan de las marcas y las patentes está directamente relacionada y justificada, en general, por la existencia de un considerable esfuerzo de los titulares en la investigación y el perfeccionamiento de las técnicas de producción, así como en la creación literaria, artística, etc. que está detrás de un determinado producto o de una obra de éste. En tanto y en cuanto tales actividades tienen una singular importancia en el progreso cultural y tecnológico de una sociedad es comprensible la protección del derecho de exclusividad. El problema de contenido criminal de la usurpación de tal derecho es consecuencia de las mismas razones que legitiman, en el ámbito de la protección clásica del derecho de propiedad, tipos penales como el hurto o el robo”. Bacigalupo Zapater, E.: “La protección penal de los derechos industriales, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, 03-07, 2001, Granada, en [http://criminol.ugr.es/recpc/recpc\\_03-07.html](http://criminol.ugr.es/recpc/recpc_03-07.html). En contra de esta concepción del bien jurídico Berdugo Gómez de la Torre, define como objeto jurídico de protección “la norma de intervención del Estado en la vida económica, que concede este monopolio y el interés individual que de ella emana” (Berdugo Gómez de la Torre, I.: “La reforma de los delitos contra la propiedad industrial”, en *Revista de Derecho Judicial: La propuesta de anteproyecto del nuevo código penal*, Vol. 2, 1983, pág. 741).

31. Segura García, M<sup>a</sup>. J.: *Derecho penal y propiedad...*, ob. cit., págs. 227 y ss. En el mismo sentido, Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho penal económico*, ob. cit., pág. 457.

32. Sobre la relación entre el bien jurídico patrimonial de estos delitos y el orden económico véase, Miró Llinares, F.: *La protección penal de...*, ob. cit., pág. 227 y ss.

33. Véase, especialmente, Massaguer Fuentes, J.: “Aproximación sistemática general al derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, en *Revista General de Derecho*, núm. 544, 1990, pág. 259 y ss.

34. Acerca de la discusión sobre la relación entre mercado de libre competencia y propiedad intelectual, me remito a lo señalado en Miró Llinares, F.: *La protección penal...*, ob. cit., pág. 108 y ss, en especial en pág. 112 y notas 446 y 447. Hoy, más de 6 años después de la redacción de tal texto, casi no quedan voces ya que nieguen tal relación y que no acepten la inclusión de los derechos de propiedad intelectual en el derecho de los bienes inmateriales o intelectuales.

nadores) que se traduce en un acicate para la innovación en la producción de obras originales, que de este modo pasa a estar ordenada y dirigida por la competencia”<sup>35</sup>.

Esto es especialmente claro en la sociedad de la información en la que nos encontramos, donde la concesión de un monopolio de explotación de un producto que podría servir para futuras innovaciones, en vez de retardar el progreso tecnológico y por tanto, también el económico, protege las inversiones en la innovación garantizando al innovador un monopolio temporal para el uso de su innovación que, si bien puede suponer un aplazo en la evolución tecnológica y económica, es necesario para, en el futuro, proteger y fomentar el hecho creador<sup>36</sup>.

### 3.2.2. Divergencias

Pese a la unidad de objetivos de las instituciones jurídicas de propiedad industrial y propiedad intelectual en relación con la libre competencia, tampoco puede negarse que son instituciones diferentes. De ello da cuenta el derecho positivo que fija tales instituciones y que se concreta en un régimen jurídico diverso para ambos institutos<sup>37</sup>. No es objeto de este trabajo el analizar todas y cada unas de las diferencias entre ambos regímenes jurídicos<sup>38</sup>, basta con señalar que las mismas abarcan cuestiones tan importantes como el propio contenido de los derechos<sup>39</sup>, los límites a los que están sometidos<sup>40</sup> o

35. Massaguer Fuentes, J.: “Aproximación sistemática general...”, *ob. cit.*, pág. 261.

36. Wallerstein, M. B.; Mogege, M. E.; Schoen, R. A.: *Global dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, National Academies, Washington, 1993, págs. 3 y ss.

37. Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1993 (2ª edición), págs. 90 y ss.

38. Véase Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho...*, *ob. cit.*, págs. 90 y ss. Véase también el estudio de Galán Corona, E.: “Comentario al artículo 3”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de...*, *ob. cit.*, págs. 52 y ss., y, específicamente sobre la diferenciación entre marcas y derechos de propiedad intelectual, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: “Marcas y derecho de autor”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 240, 2001, págs. 405 y ss.

39. La propiedad intelectual está formada por Derechos patrimoniales de explotación exclusiva, derechos de remuneración económica y por derechos de naturaleza personal, denominados derechos morales de autor, que tratan de proteger la impronta de la creatividad personal del autor en la obra. Si bien no puede decirse que exista un desconocimiento absoluto de derechos personales en la propiedad industrial, sí puede afirmarse que la importancia de los mismos en relación con los derechos patrimoniales es ínfima hasta el punto de que aquéllos se hallan sometidos a éstos. No ocurre lo mismo con los derechos morales de propiedad intelectual, derechos separados de los de explotación exclusiva pero con un *statuts* de protección tan importante como éstos, hasta el punto de que del ejercicio de un Derecho moral, el de divulgación de la obra, depende el nacimiento de los derechos patrimoniales, y del ejercicio de otro, el cese de la publicación por cambio de las convicciones morales, su desaparición.

40. En efecto, otro ámbito de significativa distinción entre las instituciones jurídicas de la propiedad intelectual e industrial es la relativa a los límites que tienen los distintos derechos de explotación. La diferente naturaleza de los intereses de la sociedad en relación con cada uno de los derechos sobre bienes inmateriales marcará unas diferencias que afectan, por tanto, no sólo a propiedad intelectual –propiedad industrial, sino a las distintas instituciones dentro de esta última (patentes, marcas o signos distintivos, diseños industriales). Los signos distintivos permiten a los consumidores la identificación de los competidores, y en cuanto a las patentes, su concesión sitúa en posición más favorable al inventor frente a los otros competidores, por lo que se incentivará la política empresarial encaminada al logro de avances tecnológicos, lo cual, en último término, afecta a los consumidores (Berdugo Gómez de la Torre, I.: “La reforma...”, *ob. cit.*, pág. 740. Es evidente, pues, que el interés de la sociedad no es el mismo, por ejemplo, en los inventos que en las obras literarias o artísticas, y esto se traduce en diferencias en la regulación de los derechos patrimoniales. Así, ocurre en primer lugar,

...

las propias condiciones exigidas para el nacimiento del derecho<sup>41</sup>, con la fundamental diferencia del registro, innecesario para la protegibilidad por el derecho de propiedad intelectual y al contrario de lo que ocurre en el derecho de propiedad industrial<sup>42</sup>.

La doctrina ha tratado de explicar tales diferencias de régimen jurídico acudiendo al diferente objeto sobre el que propiedad intelectual y propiedad industrial recaían. En la doctrina italiana es tradicional la clasificación tripartita de Ascarelli, que distingue entre las obras del ingenio, tuteladas por el derecho de autor, los inventos industriales y los signos distintivos, ambos tutelados por el derecho de propiedad industrial<sup>43</sup>. Mientras las obras del ingenio son aquellas en las que la creación intelectual consiste en la expresión formal de una aportación creadora al mundo de la cultura, los inventos industriales son aportaciones creadoras concernientes al mundo de la técnica y destinados “al disfrute de las fuerzas de la naturaleza a efectos de satisfacer las necesidades humanas, consiguiendo la solución de un problema técnico, un resultado industrial”, y los signos distintivos son creaciones de signos destinados a individualizar sujetos u objetos con finalidad industrial<sup>44</sup>. De modo similar, en la doctrina española Bondía Román

...

en cuanto al ámbito temporal del derecho de exclusiva, que es mucho menor en el caso de las invenciones, y que también se distingue según el objeto de la propiedad industrial. Así ocurre, también, en la necesidad, dentro del derecho de patentes, de la obligación de explotación del invento dentro de un plazo, la cual no existe en el derecho de la propiedad intelectual al no ser el disfrute de las obras del ingenio algo absolutamente indispensable. Fernández Ruiz, J. L.: “Algunas consideraciones sobre propiedad intelectual e industrial...”, *ob. cit.*, pág. 733 Y también los otros límites a los derechos de explotación no temporales, son distintos en cada una de las instituciones debido a las diferentes necesidades sociales relacionadas con la libre difusión de las creaciones, las invenciones o con otros intereses colectivos que se relacionen con cada una de ellas.

41. Por citar algunas de las más relevantes diferencias relativas a los requisitos o caracteres exigidos para la protegibilidad de la obra, podemos comenzar por afirmar que la originalidad exigida para la tutela por el Derecho de propiedad intelectual, no es la misma que la exigida para la tutela por el derecho de propiedad industrial. En el Derecho de patentes, por ejemplo, se exige una novedad absoluta, concepto muy estricto que no tiene cabida en el derecho de autor puesto que impediría la protección de muchas obras que no son realmente novedosas. Plaza Penadés, J.: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20,1,b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 295. De hecho el propio TRLPI en los artículos 11 y 12 reconoce las obras derivadas y compuestas, si bien con autorización del autor; y además la novedad en propiedad industrial se comprueba en el momento del resultado final (el producto, el diseño, el signo) mientras que en materia de propiedad intelectual la originalidad puede verificarse tanto en el resultado como en la concepción, la ejecución o la forma. Espín Alba, I.: *Contrato de edición...*, *ob. cit.*, pág. 87, nota 127. Para que una obra sea objeto de derechos de autor es necesario que sea una creación del propio sujeto y que, objetivamente, sea la expresión original (en menor o mayor grado según la naturaleza de la obra) de una idea, analizando la originalidad atendiendo bien a la forma de expresión de las ideas o bien a la forma de seleccionarlás, ordenarlás o disponerlás, puesto que no es necesario que sea algo estrictamente nuevo. Cfr. Plaza Penadés, J.: *El derecho de autor...*, *ob. cit.*, pág. 308.

42. Qué duda cabe de que la relevancia constitutiva o meramente probatoria del registro del objeto de la propiedad sobre el bien inmaterial es una significativa diferencia entre propiedad intelectual, si bien es cierto que la moderna regulación de la ley de marcas pero, sobre todo, de la ley de diseños industriales que permite el nacimiento del derecho sin el registro, matiza tal diferencia. En el fondo, sin embargo, la diferencia viene de más allá, dado que, al fin y al cabo, el derecho de propiedad intelectual existe con independencia de su explotación económica pues, de hecho, el autor tiene el derecho de decidir sobre la divulgación de su obra, y aun no divulgada ésta, seguiría teniendo todos los derechos sobre ella. Galán Corona, E.: “Comentario al artículo 3”, *ob. cit.*, pág. 54.

43. Ascarelli, T.: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (traducido por de E. Verdura y L. Suárez-Llanos), Bosch, Barcelona, 1970, págs. 320 y 634.

44. Ascarelli, T.: *Teoría de la concurrencia...*, *ob. cit.*, págs. 320 y ss. En idéntico sentido Bondía Román, F.: *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 190.

considera que mientras las creaciones industriales conciernen al dominio de lo útil, las obras del ingenio pertenecen al campo de la cultura, el arte y la ciencia<sup>45</sup>. En sentido similar, para Baylos Corroza, mientras la propiedad industrial se refiere a objetos utilizables por la técnica y por la industria y por tanto se encamina a la solución de problemas de utilidad de tipo económico social, la propiedad intelectual ordena creaciones intelectuales que carecen de utilidad económica alguna, estrictamente hablando, y se concreta únicamente en realidades físicas perceptibles por los sentidos que promueven un goce intelectual o estético<sup>46</sup>. Además recuerda Galán Corona que mientras la protección conferida por la propiedad industrial se extiende a la idea que constituye el objeto de las distintas modalidades, ésta no es protegible como tal en el derecho de autor, el cual regula la forma expresiva utilizada y no la idea en sí misma<sup>47</sup>.

No resultaría en la actualidad sencillo, incluso para Ascarelli, defender este modo de distinción entre el objeto de la propiedad intelectual y los objetos de la propiedad industrial, basado en la caracterización de la obra del ingenio como aportación al mundo cultural<sup>48</sup>, debido a la aparición de nuevos tipos de creaciones que, sin encajar fácilmente en esos esquemas, se engloban en el derecho de propiedad intelectual por ser éste un cauce de más fácil acceso al carecer de formalidades<sup>49</sup>. Es el caso de la incorporación como objeto de derechos de propiedad intelectual de los programas de ordenador, de las bases de datos o de las obras multimedia<sup>50</sup>, que difícilmente podrían entrar dentro de un concepto dogmático estricto de obras, literarias o científicas y que, tratándose de obras tecnológicas, por razones de oportunidad se protegieron a través del derecho de autor.

Y es que, en realidad, la diferenciación entre propiedad intelectual y propiedad industrial no es tanto de objeto (en ambos es un bien inmateral) como de la “diferente combinación ideal de elementos sensibles”<sup>51</sup> que se requieren en uno y otro caso para que la obra sea protegida por uno u otro sistema. Por citar algunos ejemplos: el destino de la obra artística, literaria o científica, así como la legalidad de la misma son indiferentes a los efectos de su protección, lo cual no ocurre a la hora

---

45. Bondía Román, F.: *La propiedad intelectual. Su..., ob. cit.*, pág. 190. Similar es la tesis de Plaza Penadés, quien considera que quedan fuera del campo del derecho de autor las llamadas creaciones de carácter técnico, tales como las invenciones patentables (Plaza Penadés, J.: *El derecho de autor..., ob. cit.*, pág. 291).

46. Así Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho..., ob. cit.*, págs. 83 y ss. Sin embargo, y pese a aceptar el autor la división de la materia en dos sectores perfectamente caracterizados –el de las creaciones intelectuales y artísticas y el de las creaciones industriales y medios distintivos de la empresa– opta por su estudio en un sistema común (que él denomina no derechos sobre bienes inmateriales sino derechos intelectuales) no tanto por las semejanzas y similitudes que tienen entre sí, sino por la utilidad que una metodología con finalidad unificadora puede deparar para la comprensión de las instituciones (Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho..., ob. cit.*, pág. 104).

47. Galán Corona, E.: “Comentario al artículo 3”, *ob. cit.*, pág. 55.

48. Ascarelli, T.: *Teoría de la concurrencia..., ob. cit.*, pág. 643.

49. Galán Corona, E.: “Comentario al artículo 3”, *ob. cit.*, pág. 52.

50. Plaza Penadés, J.: *El derecho de autor..., ob. cit.*, pág. 291.

51. Vallés Rodríguez, M.: “Comentario al artículo 3”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, (1ª edición), pág. 58.



de configurar el objeto de los derechos de propiedad industrial, puesto que deberá existir una función industrial<sup>52</sup> y, además, no se protegen aquellas obras contrarias a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. Esto significa que la mayoría de las diferencias entre propiedad intelectual e industrial no son esenciales a la creación intelectual (novedad, legalidad, destino etc.), y que, por tanto, siempre que concurren en las creaciones intelectuales, pueden dar lugar a unos derechos o a otros o, a unos y otros.

No es en el objeto en abstracto, sino en el fin de la protección, o mejor, en la funcionalidad del objeto, donde se encuentra el punto de distinción entre ambas instituciones. Un mismo objeto puede tener distintas funcionalidades, y esas funcionalidades pueden ser incluso incompatibles o de difícil compaginación, por lo que pueden requerir de instituciones jurídicas distintas. Lo importante estriba, pues, en encontrar las diferentes funciones que a los productos y creaciones industriales e intelectuales se les atribuye y en definir cuáles de esas funciones han sido recogidas para su tutela en la propiedad intelectual y cuáles otras en la propiedad industrial. Ya no vale, pues, el dato diferencial inicial en el que mientras que la propiedad intelectual tutela las aportaciones al mundo de la inteligencia y del arte, la propiedad industrial se refiere a objetos utilizables por la técnica y por la industria<sup>53</sup>, pues si bien no puede negarse que la propiedad intelectual no está pensada para tutelar únicamente los intereses económicos, sino también la personalidad y dignidad del autor que exige reconocer la faceta del objeto de ser formas de expresión del espíritu individual<sup>54</sup>, hoy no se puede negar el valor económico de la creación literaria, artística o científica y la función socioeconómica y sociocultural de una institución jurídica que protege bienes inmateriales tales como los programas de ordenador, las creaciones de los medios de comunicación, etc.<sup>55</sup>. Hay que buscar, pues, los distintos intereses objeto de protección en cada institución, las diferentes funciones que a cada una de ellas se otorga dentro del mercado de las creaciones industriales y del ingenio para, identificando cuál o cuáles de ellas hayan sido efectivamente afectadas, resolver la

---

52. De ello mismo derivan otras diferencias. Así dice Baylos Morales que la teoría de las creaciones espirituales diversifica dos sectores perfectamente diferenciados, el sector de la gratuidad al que pertenece la propiedad intelectual, y el sector de la finalidad en el cual está la propiedad industrial. Y es que mientras las creaciones intelectuales no exigen del sujeto que los capta más que una actitud pasiva, de recepción, en las creaciones industriales se requiere una colaboración activa posterior (Baylos Morales, M<sup>a</sup>.C.: "La frontera entre...", *ob. cit.*, pág. 102).

53. Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 83.

54. Fernández Ruiz, J. L.: "Algunas consideraciones sobre propiedad...", *ob. cit.*, pág. 732.

55. Y es que el propio Baylos señala que olvidar que la propiedad intelectual hace nacer un verdadero monopolio en un mercado concreto de bienes conllevaría "el error de elaborar su concepto con desconocimiento de su significado económico, pudiendo llegarse así a posiciones puramente abstractas, que muchas veces hacen violencia a los hechos" (Baylos Corroza, H.: *Tratado de Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 115). Si a esta acertada reflexión unimos la función socioeconómica y cultural de incentivo para la promoción y desarrollo de las creaciones intelectuales que hemos visto que cumplen esos monopolios producidos por la concesión de derechos patrimoniales de propiedad intelectual, parece claro que la propiedad intelectual, si bien de naturaleza diferente, no está tan alejada, en cuanto a institución instrumental con una función socioeconómica evidente, de la propiedad industrial y que, ambas, aunque sea únicamente a efectos sistemáticos, tienen cabida en el Derecho de la competencia.

cuestión de la posible concurrencia de tutelas ante una infracción de los derechos sobre estos productos.

Pues bien, empezando por lo más obvio, resulta evidente que la función de protección de la personalidad del autor, de la especial relación entre el creador y su obra, explica la concesión de derechos morales al autor en el régimen de la propiedad intelectual, mientras que la propiedad industrial apenas reconoce estos derechos. Y es que, más importante que la propia consecuencia del escaso reconocimiento de los intereses personales del creador en relación con su invención u otros objetos de propiedad industrial frente al que se da en el régimen de la propiedad intelectual, resulta necesario resaltar que mientras que esta institución tiene entre sus fines principales la protección del hecho creador en todas sus dimensiones, tanto moral como patrimonial, a la propiedad industrial le interesa mucho más la incidencia de lo creado en el mercado, y no tanto el hecho propio de la creación.

Ahora bien, siendo la función económica de los derechos de propiedad intelectual e industrial la misma de incentivar la realización de creaciones y la libre competencia, la forma de hacerlo es sutilmente distinta: la propiedad intelectual es la institución matriz, y protege tanto el hecho de la creación en sí misma, su valor independientemente de su explotación, como la potencialidad económica de la obra original en el mercado; por su parte, en la propiedad industrial el destino industrial es el sentido total de la institución, de forma que si no hay finalidad industrial específica no habría protección por este derecho. Concretando un poco más: la propiedad intelectual protege en su dimensión de derecho moral la obra como creación personal y, en su faceta de derecho de explotación exclusiva, la obra como bien con un potencial económico por su introducción en el mercado; el derecho de patentes protege el valor de introducción en el mercado de una innovación, de la superación tecnológica de un estado de conocimiento; el derecho de marcas, el valor económico de la capacidad de distinción de un producto o una empresa; y el diseño industrial el valor económico de la configuración específica de un determinado producto en el mercado.

Puede decirse, pues, que las instituciones objeto de estudio están protegiendo distintos valores, distintas funciones que desempeña el bien intelectual o industrial en el mercado, y resulta lógico que la infracción de varias de esas funciones, de varios bienes jurídicos, dé lugar a varias infracciones. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la forma de protección de todos esos valores distintos va a ser en ocasiones la misma: dejar la exclusiva de la explotación en las manos del titular, o lo que es lo mismo, la denegación a los demás de la posibilidad de explotación del objeto intelectual. Lógicamente, si para la protección de uno de los valores ya se impide la explotación de la obra y, por tanto, el ejercicio de cualquier uso por parte de los demás, los otros valores están siendo implícitamente protegidos. Esto, como veremos a continuación, resultará especialmente importante cuando se traslade la cuestión de la compatibilidad al ámbito del Derecho penal dado que el carácter de última ratio de esta rama del Ordenamiento jurídico ha llevado al legislador a no proteger todos los intereses relacionados con estos intereses sino, tan sólo, los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad industrial (en los artículos 273 a 275) y los derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual (en los artículos 270 a 272), dejando fuera la protección de los derechos morales de autor.

#### **4. RESOLUCIÓN Y TOMA DE POSICIÓN DESDE LA INTERPRETACIÓN DEL BIEN JURÍDICO: LA NO COMPATIBILIDAD DE TUTELAS PENALES DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROPIEDAD INDUSTRIAL**

Llegados a este punto es el momento de analizar qué ocurre, desde el punto de vista de la posible aplicación de dos delitos, uno de propiedad intelectual y otro de propiedad industrial, cuando se explota ilícitamente un objeto intelectual sobre el que es posible una concurrencia de tutelas que, en derecho privado, está considerada compatible. Lo primero ya lo hemos avanzado: los tipos penales restringen la tutela de los intereses de propiedad intelectual reconocidos por el Ordenamiento jurídico a los aspectos más relevantes sobre la base del principio de intervención mínima, por lo que complican algo la compatibilidad de tutelas, al incluir elementos objetivos y subjetivos que pueden hacer que civilmente exista una infracción de ambos derechos de propiedad intelectual e industrial, pero que penalmente no se dé alguno de los dos delitos. Así ocurriría, por ejemplo, cuando el objeto intelectual e industrial se explotase sin ánimo de lucro, elemento que sólo es exigido explícitamente en los delitos contra los derechos de autor y conexos y no contra la propiedad industrial, si bien es cierto que la exigencia de los tipos de propiedad industrial de que la explotación se realice con fines industriales o comerciales, conlleva la práctica imposibilidad de que un caso así se dé en la práctica. Si que puede ser más común en los casos de infracción de un objeto intelectual e industrial, pongamos por ejemplo, un signo distintivo original como obra artística, que sea reproducido en forma de póster pero no “para distinguir los mismos o similares productos” para los que el derecho fue concedido. Imaginemos el supuesto de la explotación ilícita, por ejemplo la realización y venta de pósteres, de Cobi, el logo de las olimpiadas, obra que tiene a su vez un valor como creación original y como signo distintivo. En este caso se están infringiendo ambos derechos, ya que no sólo se afecta a los derechos de propiedad intelectual sino, muy probablemente, a concretos derechos sobre la marca. No habría, sin embargo, más delito que el de propiedad intelectual, dado que el artículo 274 limita la punición de actos de explotación ilícita del signo distintivo a aquellos que concurren en el mismo ámbito productivo o comercial.

Queda por plantearse, pues, ese supuesto: el uso de un signo distintivo original (el logotipo de un famoso dibujante) que estaba registrado para una marca de ropa y que es explotado por otra sin autorización de la primera. La explotación ilícita de tal signo mediante, por ejemplo, la realización de pósteres de publicidad con modelos vistiendo la ropa con la marca usurpada, carpetas, etc., supone la realización del tipo del artículo 270 (reproducción y distribución pública de la creación original con ánimo de lucro) y del tipo del artículo 274 (utilización de un signo distintivo idéntico), y, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, supone la afectación de diferentes funciones, evaluables económicamente, de un mismo objeto o creación intelectual: una función de promoción de la creación artística, y otra función de protección de la identidad en el mercado. En el fondo, sin embargo, tales funciones son infringidas de idéntica forma, mediante la negación de la exclusividad de explotación económica de dichas obras y, por tanto, del interés o valor patrimonial que la misma supone; y sólo con el reconocimiento de uno de los dos derechos, el de propiedad intelectual que abarca la explotación en cualquiera de sus formas, ya existiría tal derecho de exclusividad. Es cierto que la responsabilidad por daños y perjuicios puede variar si se afecta a diferentes funciones que el mismo bien desempeñaba, pero ha habido una infracción de la exclusividad, exclusividad que era concedida por dos diferentes derechos y con diferentes funciones, pero que se recondu-

ce en una única exclusividad, la cual, en el caso de ser negada sobre un mismo objeto, debería dar lugar, por tanto a una única sanción. Propiedad intelectual y propiedad industrial protegen, pues, intereses prácticamente concéntricos de explotación exclusiva, no porque no abarquen diferentes funciones, sino porque la concesión de la exclusiva de explotación de propiedad intelectual sobre un objeto ya excluye cualquier explotación del mismo bien como obra del ingenio, como signo distintivo, etc.; y en lo que respecta a esos intereses, su explotación ilícita dará lugar a una única infracción dado que son tutelas que coinciden en lo esencial y no son acumulables y compatibles.

Aquí, sin embargo, en los bienes económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva, no acaba el ámbito del círculo de intereses relacionados con la propiedad intelectual. En efecto, puede ocurrir que con la explotación de una misma obra se esté afectando a intereses de diferente naturaleza, a derechos esencialmente distintos. Imaginemos otro ejemplo: los herederos de Antoine de Saint-Exupéry han registrado la marca “El principito” incluyendo varios de sus diseños fundamentales, y descubren que una empresa de zapatos ha utilizado un dibujo del principito regando su rosa con unas botas puestas, ante lo cual demandan por infracción del derecho de propiedad intelectual y por violación de la marca<sup>56</sup>. Estamos ante la explotación de un bien inmaterial que es signo distintivo registrado, y también creación del ingenio original. El caso, sin embargo, difiere del anteriormente expuesto en algo importante. En este supuesto de hecho no sólo se ha infringido el interés económico derivado de la explotación exclusiva del bien intelectual, y que es reconocido a su vez por dos derechos, el de explotación exclusiva de propiedad intelectual y el de explotación exclusiva del derecho de marcas; sino también el interés moral en que la obra se mantenga tal y como la concibió su autor, el derecho a la integridad de la obra. Y es éste un interés que, al contrario que ocurre con el interés patrimonial derivado del derecho de explotación, no se ve reconocido y protegido por la Ley de Marcas, pero sí por la de propiedad intelectual, por lo que la sanción debería comprender los dos injustos cometidos.

Es decir, dado que la propiedad intelectual reconoce los intereses morales de los creadores aparte de los intereses económicos derivados de la exclusiva de explotación de la obra, cuando la explotación ilícita de un signo distintivo que es, además, creación del ingenio original, suponga la afectación de derechos morales, la sanción deberá reflejar estos dos intereses de distinta naturaleza. Esto, sin embargo, no afecta a la cuestión de la compatibilidad de tutelas sobre un mismo objeto en vía penal, dado que, según ha aceptado la doctrina de forma prácticamente unánime, los delitos contra la propiedad intelectual sólo protege los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, y no los derechos morales de autor. De este modo, si alguien realiza las conductas que

---

56. Tal relato de hechos no es inventado, sino que se corresponde con el de la Sentencia de la Sección Octava del Tribunal de marca comunitaria de la Audiencia Provincial de Alicante, correspondiente a la apelación de la sentencia de 12 de marzo de 2007 del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Alicante. La sentencia, de la que es ponente el Ilmo Sr. D. Antonio Soler Pascual, aún no publicada en el momento de redactarse el presente trabajo, no debe ser objeto de estudio en este trabajo al ceñirse la misma al ámbito mercantil. Quiero reconocer, sin embargo, que fue primero una conversación con el ponente sobre las relaciones entre propiedad intelectual e industrial en la que me habló de esta resolución, y después la lectura de esta interesante sentencia lo que me llevó a extrapolar los hechos probados (con alguna modificación de hipótesis de partida como la vigencia del derecho de marca, no existente en el objeto de la sentencia por falta de uso) a una posible demanda penal y a plantearme la cuestión de la compatibilidad de tutelas penales de propiedad intelectual e industrial sobre un mismo objeto.

hemos referido anteriormente, por ejemplo si las acciones contra la empresa de zapatos hubiesen sido penales y no civiles, dado que el derecho moral no es tutelado por el delito del art. 270, el único interés que se vería afectado sería el interés patrimonial derivado de la infracción del derecho de explotación, y dado que tal interés es, en lo esencial, idénticamente tutelado por el artículo 270 y por el artículo 273, en el sentido de que la exclusividad de la explotación del derecho de propiedad intelectual abarcaría también cualquier explotación de ese mismo objeto como signo distintivo, estaríamos ante un concurso de leyes y no de delitos, y se castigaría por un único hecho.

La conclusión final es que no hay compatibilidad de tutelas penales de propiedad intelectual y propiedad industrial sobre un mismo objeto (que no producto) intelectual, porque al proteger ambas figuras delictivas un interés patrimonial derivado de la exclusividad de explotación de un bien, la titularidad de cualquiera de los dos derechos (el de propiedad intelectual) ya cubre cualquier negación de la explotación.

Sancionar estos casos, pues, conforme a las reglas del concurso de delitos y no de normas, daría lugar a un *bis in idem* prohibido en Derecho penal. La solución correcta a estos supuestos es la del concurso de normas, que se deberá resolver conforme al artículo 8 CP, debiendo ser el modo de explotación concreta que va a ser sancionada el que determine el precepto que mejor responda al desvalor del comportamiento.



## QUIEBRAS DE LA PRIVACIDAD EN ESCENARIOS DIGITALES: ESPIONAJE INDUSTRIAL

Esther MORÓN LERMA

Profesora de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

**Resumen:** A medida que la informática y las redes de comunicación se han hecho más convergentes y prestado mayores servicios, también su vulnerabilidad ha aumentado. A pesar de ello, la política de seguridad sigue siendo muy deficiente. Ahora bien, la cifra negra que caracteriza este sector es alta y también son altos los problemas probatorios. El análisis jurídico constata las deficiencias derivadas de la redacción e interpretación de los tipos penales reguladores de estos delitos así como importantes controversias hermenéuticas. Por ello, se aconseja proponer medidas de reforma en el plano legislativo, insistir en la necesidad de tomar conciencia de la problemática, e implantar políticas de seguridad que prevengan y minimicen los daños ocasionados.

**Laburpena:** Informatika eta komunikazio sareak hurbiltzaile eta zerbitzu-emaila bihurtu direnez, bere urrakortasuna handitu da. Hala ere, segurtasun politikak urriak dira. Sektore honen datu beltzak handiak dira eta frogatzeko arazoak ere nabarmenak dira. Analisis juridikoak hainbat urritasun egiaztatzen ditu, tipo penalen interpretazio eta idazketatik eta hermeneutika eztabaidatik datozenak. Horregatik, zenbait aldaketa neurri proposatzen dira legeria mailan, problematika kontutan hartzea, eta kalteak gutxitzeko eta hauei aurre-hartzeko segurtasun politikak ezartzea.

**Résumé:** Au fur et à mesure que l'informatique et les réseaux de communication sont plus convergents et rendent un plus grand service, leur vulnérabilité augmente. Or, la politique de sécurité est encore très déficiente. Le chiffre noir qui caractérise ce secteur est élevé, de même que les problèmes probatoires. L'analyse juridique constate les insuffisances découlant de la rédaction et de l'interprétation des incriminations pénales concernant ces délits ainsi que des importantes polémiques herméneutiques. On recommande des mesures de réforme sur le plan législatif, d'insister sur la nécessité de prendre conscience de cette problématique, et d'implanter des politiques de sécurité qui prévoient et diminuent les dommages provoqués.

**Summary:** As computers and communications networks render more services, its vulnerability increases. In spite of this, the security policy is very deficient. Hidden criminality in this sector is very high as well as the problems concerning crimes evidence. The juridical analysis confirms the difficulties derived from the drafting and interpretation of the articles regarding all these offences, as well as very important hermeneutic controversies. It is advised to adopt some reform measures, and to insist on the need to become aware of these problems as well as the convenience of introducing a security policy suitable for preventing and reducing the damages.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre "Protección penal de la privacidad en entornos digitales", San Sebastián, 29 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

**Palabras clave:** Derecho penal, Criminología, Política de seguridad, espionaje industrial, Tecnologías de la información y las comunicaciones.

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, Kriminologia, segurtasunerako politika, espioitza industrial, Informazioa eta komunikaziorako teknologiak.

**Mots clef:** Droit pénal, Criminologie, Politique de sécurité, espionnage industriel, technologies de l'information et des communications.

**Key words:** Penal Law, Criminology, Security Policy, Industrial espionage, Information and Communication Technologies.

## ÍNDICE:

- I. El impacto de Internet en el ámbito empresarial.
- II. Algunos datos de interés: alcance y perfil del autor de incidentes informáticos en la empresa.
- III. Tutela de la información empresarial reservada.
- IV. Precisiones conceptuales: el objeto de protección y las conductas peligrosas para el mismo.
- V. Marco normativo penal de los secretos de empresa.
  - 5.1. Consideraciones preliminares
  - 5.2. Modalidades atentatorias expresamente previstas.
  - 5.3. Lagunas subsistentes: algunas conductas vinculadas a los abusos informáticos.
- VI. Conclusiones.
- VII. Bibliografía.

## I. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

Las transformaciones que las nuevas tecnologías de la información generan en el sector empresarial son continuas. Desde hace tiempo se viene subrayando la especial incidencia que la tecnología informática y telemática tiene en el seno de la empresa. Como se sabe, es práctica habitual almacenar electrónicamente la información que la empresa posee (situación financiera, proyectos de celebrar un contrato, listas de impagados, proyectos de reestructuración interna, fusiones, OPAs, aumentos de capital, repartos de beneficios, estudios de mercado, ofertas para futuros concursos públicos, listados de clientes, de proveedores, de trabajadores internos, descubrimientos científicos, invenciones, ensayos e investigaciones, entre otros posibles datos<sup>1</sup>) y resulta también práctica común conectar los ordenadores a redes<sup>2</sup>.

---

1. En este trabajo se utilizará la expresión «secreto empresarial» para aludir a toda la información relativa a cualquier parcela de la actividad empresarial, comprensiva, por tanto, de la información industrial, de la comercial y de la meramente organizativa de la empresa. Se ha mantenido, en el comienzo del trabajo, el término “industrial” puesto que se corresponde con la conferencia impartida en estas jornadas, cuyo título fue propuesto por la organización.

2. Acerca del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito económico, vid., entre otros, ROMEO CASABONA, C.M., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, 1987, pp. 36 y ss. ; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la “información” como valor económico de empresa”, en ARROYO ZAPATERO, L. y TIEDEMANN, K. *Estudios de derecho penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 184 y MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Navarra, 2002, pp. 171 y ss.



La inmersión de la empresa en el “entorno digital” ha comportado múltiples avances en cuanto al almacenamiento, acceso, manipulación, transmisión y reproducción de los datos. Al efecto, basta pensar en las ventajas derivadas de las conexiones de red de gran ancho de banda, de las redes inalámbricas (Wi-Fi, WiMax), dispositivos móviles (ordenadores portátiles, PDA, telefonía móvil, *smart phones*), telefonía IP, pen drivers y discos portátiles, servidores virtuales, posibilidad de que cualquier contenido (gráfico o de texto) sea digitalizable y comprimible lo que permite su rápida transmisión, programas (y sitios web) de intercambio de archivos y mensajería, por citar algunas de las herramientas tecnológicas cuyo uso resulta generalizado<sup>3</sup>.

Así pues, la integración en Internet de las actividades empresariales –y el proceso de globalización que caracteriza la economía moderna– brinda nuevos modos de investigación y, también, nuevas formas de organización de la producción y de la comercialización, de dimensión transnacional<sup>4</sup>. Esa imbricación entre informática, telecomunicaciones y empresa ha vigorizado el valor económico que ha tenido siempre la información<sup>5</sup>. En la actualidad, puede decirse que la información que una compañía posee representa el activo más importante, llegándose a cifrar en el 70% de su valor medio<sup>6</sup>.

En ese sentido, se considera que una de las claves del éxito radica en que la empresa pueda disponer de información actualizada acerca de la evolución de la economía, las actividades de los competidores, los desarrollos tecnológicos y la conveniencia de nuevos productos. Además, la movilidad de la información dentro de la empresa deviene esencial para la agilidad del negocio y la productividad de sus miembros, de modo que resulta indispensable que éstos tengan fácil acceso a la misma.

Por otra parte, destaca la creciente importancia que han cobrado los sistemas informáticos, en cuanto infraestructuras imprescindibles desde las que prestar servicios

---

3. Especialmente reveladores resultan los datos del estudio “*The Confessions Survey: Office Workers Reveal Everyday Behavior That Places Sensitive Information at Risk*”, realizado, en noviembre de 2007, por RSA, The Security Division of EMC, en el que fueron encuestados empleados y directivos de empresas ubicadas en Boston y en Washington D.C. Los resultados de este estudio indican que el 87% de los trabajadores encuestados gestionan, a menudo, cuestiones laborales de manera remota a través de redes privadas virtuales (VPN) o correo web (Webmail) (vid. p.1); asimismo, el 64% accede a su correo electrónico profesional desde conexiones inalámbricas públicas (por ejemplo, conexiones a Internet desde cafeterías, aeropuertos, hoteles, etc.) (vid. p.2) y el 51% lo hace, además, desde ordenadores públicos (como los ubicados en cibercafés, aeropuertos, hoteles, etc.) (vid. p.1). Por tanto, como se observa, el acceso remoto a datos confidenciales es una práctica frecuente. Puede consultarse dicho estudio en <http://www.rsa.com/company/news/releases/pdfs/RSA-insider-confessions.pdf>.

4. Acerca de las transformaciones y cambios organizativos suscitados en la empresa, vid., entre otros, SÁNCHEZ BRAVO, A., *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, Granada, 2000, p.21; TERCEIRO, J.B. *Sociedad@digital*, Madrid, 1996, pp. 213 y ss. y MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: op. ult. cit.*, pp. 174 ss.

5. En los últimos tiempos, la función de producción se está transformando en un nuevo modelo en el que determinados factores intangibles –hace un tiempo considerados secundarios– adquieren cada vez mayor importancia para el éxito empresarial y empiezan a ser considerados el motor de la economía del futuro. Así, vid. NOMEN, E., “España frente al cambio de reglas contables en la UE para los intangibles”, editado por el Instituto de Análisis de Intangibles y la Sociedad Estatal DDI, diciembre 2005, pp. 9 y 10.

6. Vid. *Trends in Proprietary Information Loss*, American Society for Industrial Security and PricewaterhouseCoopers, 1999.

y en las que tratar datos. Probablemente, sin las redes telemáticas de comunicación sería difícil para la empresa operar en un mercado definido por su carácter mundial, en cuanto a estructura, estrategia y funcionamiento.

En consecuencia, información y sistemas de información se erigen en un valiosísimo instrumento, imprescindible para subsistir y progresar en un mercado internacional altamente competitivo<sup>7</sup>.

Ahora bien, a medida que la informática y las redes de comunicación se han hecho más convergentes y prestado mayores servicios, también su vulnerabilidad ha aumentado, de modo que ambos factores –dependencia y vulnerabilidad– se han ido incrementando progresivamente<sup>8</sup>. Se trata, pues, de una tendencia que implica numerosas utilidades pero que también va acompañada de riesgos. Baste recordar, en este sentido, los peligros derivados de las técnicas de *phishing* y de *pharming*; de las conductas de accesos no autorizados, de la difusión de programas informáticos perjudiciales o de ataques intencionados de «denegación de servicio» (DoS, DDoS), que perturban los servicios ofrecidos por Internet y pueden causar daños a las empresas que cuentan con un portal propio desde el que realizar operaciones con sus clientes<sup>9</sup>.

Este relevante foco de riesgos contrasta, sin embargo, con la deficiente política de seguridad reinante en la empresa respecto de sus sistemas de información. En general, las empresas españolas no consideran los sistemas de gestión de la seguridad de la información como una inversión necesaria, se limitan a implementar medidas automatizables e incluso, en algunos casos, mantienen una actitud despreocupada frente a los riesgos. La propia complejidad técnica de los sistemas y la falta de hábitos de seguridad han contribuido a que la seguridad sea concebida como un producto y no como un concepto<sup>10</sup>.

En suma, pues, la aparición de esos nuevos peligros, la importancia que para el tráfico económico empresarial posee la información almacenada en soporte digital y

7. Hasta tal punto es así que se ha llegado a afirmar que, en un mercado libre y globalizado, sólo pueden sostenerse las ventajas competitivas generadas por creaciones intelectuales. En efecto NOMEN, E., afirma que sólo si una ventaja competitiva se basa en una creación intelectual (activos intelectuales y know-how de difícil asimilación), la suspensión de la competencia derivada permitirá su sostenimiento. Ello no supone, sin embargo, que todas las creaciones intelectuales sean generadoras de ventajas competitivas. Así, en “Creaciones intelectuales y estrategia empresarial”, en *Harvard Deusto Business Review*, nº 84, 1998, p. 70.

8. RODRÍGUEZ MOURULLO/ALONSO GALLO/LASCURAIN SÁNCHEZ, “Derecho penal e Internet”, en *Régimen jurídico de Internet* (CREMADES/FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ/ILLESCAS, Coord.), Madrid, 2002, p. 257.

9. Acerca de los riesgos generados por Internet, vid. entre otros, MORÓN LERMA, E., “Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos”, en *Delito e informática: algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 4, Bilbao, 2007, pp. 86 y 87.

10. Existe unanimidad por parte de los expertos en seguridad informática en identificar como clave de futuro para la seguridad de la información que las empresas tomen conciencia de la necesidad de adoptar estrategias y hábitos de seguridad. Así, por ejemplo, en la II Jornada Internacional de la Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información, *ISMS Forum Spain*, se advertía de la incapacidad de empresas y autoridades para proteger los servidores. En igual sentido, la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC) señala que la mayor parte de empresas no están bien protegidas. En general, se insiste en la necesidad de concienciar a los directivos de la importancia de invertir en seguridad e idear sistemas preventivos que garanticen el funcionamiento de la Red en caso de ataques informáticos.

la todavía insuficiente seguridad de los sistemas de información hacen de ellos (información y sistemas) una parcela especialmente vulnerable a conductas ilícitas de diversa índole<sup>11</sup>.

A continuación, pues, se examinarán algunos datos relativos a la seguridad informática en la empresa, a fin de poder trazar una primera radiografía de la situación. Ese análisis se centrará en aquellos aspectos que revisten, a los efectos de este trabajo, un especial interés y que se concretan en los siguientes. En primer lugar, se dará cuenta de la repercusión que tienen en el ámbito empresarial los incidentes informáticos vinculados a la seguridad de los datos y, en segundo término, se describirán las peculiaridades del autor de este tipo de amenazas.

Por último, debe ponerse de manifiesto que no se ha perseguido llevar a cabo un exhaustivo estudio criminológico, que hubiera excedido el objeto específico de esta ponencia. Antes bien, las estadísticas recopiladas, sin el rigor y el orden que un estudio de mayor calado hubiera requerido, y la realidad que a través de las mismas se ha puesto de manifiesto, permitirá, más adelante, llevar a cabo un análisis crítico de los preceptos penales referidos a la materia, lo que sí constituía uno de los cometidos de este trabajo.

## **II. ALGUNOS DATOS DE INTERÉS: ALCANCE Y PERFIL DEL AUTOR DE INCIDENTES INFORMÁTICOS EN LA EMPRESA**

### **2.1. Alcance de los incidentes informáticos relacionados con la seguridad de la información empresarial**

Tal como se ha indicado, se trata, en primer lugar, de averiguar cuál es el alcance y la dimensión de los incidentes informáticos que afectan a las empresas y que ponen en peligro la seguridad de los datos que éstas poseen.

Los riesgos para la información empresarial reservada han sido constante fuente de preocupación. Ya en 1999, los incidentes vinculados al espionaje corporativo ocasionaron a las compañías del ranking *Fortune 1000* unas pérdidas cifradas en 45 billones de dólares<sup>12</sup>. Ahora bien, esas amenazas se han visto multiplicadas con la aparición de las nuevas tecnologías. Hasta tal punto es así que, según el informe llevado a cabo, en el año 2006, por la empresa especializada *Lucent Technologies*, el 90% de las empresas, a nivel mundial, sufren ataques informáticos, lo que genera unos daños económicos de 40.000 millones de dólares anuales. En EEUU, la consultora C&A realizó un estudio entre 642 grandes empresas, en el que se señalaba que, en el año 2005, el 84% de las firmas consultadas había sido víctima de algún incidente informático. Asimismo, se hacía constar que, de los encuestados, el 20% admitió que tales incidentes en sus sistemas habían afectado su nivel de ingresos y su cartera de clientes y el 54% reconoció que había perdido productividad.

---

11. Advirtiendo ya respecto de estos riesgos, ROMEO CASABONA, C.M., "Delitos informáticos de carácter patrimonial", en *Informática y Derecho*, nº. 9-11, p.413 y 434 y GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., "Notas sobre la delincuencia informática", *op. cit.*, p. 184.

12. Así, cfr. *Trends in Proprietary Information Loss*, American Society for Industrial Security and PricewaterhouseCoopers, 1999.

La seguridad informática representa, también, un problema creciente para la pequeña y mediana empresa española, que sufre una media de entre dos y tres ataques anuales en sus equipos informáticos, según una encuesta elaborada por la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC), en colaboración con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en el año 2003<sup>13</sup>. Concretamente, seis de cada diez empresas españolas fueron objeto de un incidente informático en el año 2002; un 59% de forma esporádica y el 4% habitualmente. En dicho informe, elaborado sobre una consulta a 250 compañías españolas del sector industrial, se denunciaban las importantes pérdidas económicas que tales incidentes causan, aunque dichas pérdidas no se llegaron a cuantificar. Sin embargo, más recientemente, en el seminario sobre seguridad informática celebrado en abril de 2006, una de las conclusiones alcanzadas cuantificó los costes totales del país debidos a incidentes informáticos en 1.500 millones de euros anuales<sup>14</sup>.

El análisis de la situación no ha variado en los últimos tiempos. Según los resultados obtenidos en el Primer Informe Europeo de Seguridad Informática en la Pyme, correspondiente a 2007, realizado por Fundetec con la colaboración de Panda Security, más de la mitad de las Pymes han sido víctimas de ataques informáticos, a pesar de que un 97% creían estar protegidas<sup>15</sup>. Según se recoge en dicho informe, las amenazas detectadas, en el año 2006, se cifran en troyanos (56%), *boots* (15%), *backdoors* (14,1%), gusanos (5,3%), *dialers* (5%), *adware/spyware* (1,7%) y otros (3,1%)<sup>16</sup>.

El efecto que estas amenazas suponen para la empresa se cifra en un consumo de recursos tanto a nivel de red como humanos, lo que inevitablemente acaba generando importantes pérdidas económicas. A consecuencia de lo anterior, las empresas se han visto obligadas a interrumpir provisionalmente su actividad durante más de un día en un porcentaje nada desdeñable (el 14% en 2005 y el 8% en 2006)<sup>17</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta la elevada «cifra negra» reinante en este sector<sup>18</sup>.

A tenor de lo expuesto, puede concluirse que el alcance de los incidentes relacionados con la seguridad de los datos es amplio, de dimensión generalizada y de fuerte impacto económico. Actualmente, la gestión de los riesgos de seguridad informática se ha convertido en una de las mayores preocupaciones para la empresa. En un entorno cambiante como el presente, en el que las amenazas vinculadas a las nuevas tecnolo-

---

13. En el ámbito doméstico, el panorama es similar. Según el último estudio llevado a cabo por INTECO (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación), el 72% de los hogares españoles tiene algún tipo de código malicioso (más del 50% son troyanos) y el 29,9% de los usuarios reconoce haber sido objeto de algún intento de fraude a través de Internet.

14. Seminario sobre seguridad informática “Cuando el tráfico malicioso bloquea el negocio”, celebrado en Madrid, el 27 de abril de 2006, en el que participaron representantes de la empresa (IRC Hispano, Grupo Santander) y de las fuerzas y cuerpos de seguridad (Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil).

15. Así, sobre la situación en España y en las diferentes comunidades autónomas, vid. Primer Informe Europeo de Seguridad Informática en la Pyme, p. 27. Puede consultarse en: [http://enegocio.equalmultiplica.net/eNegocio/opencms/enegocio/repositorio/mediateca/documento\\_digital\\_1187262514872.html](http://enegocio.equalmultiplica.net/eNegocio/opencms/enegocio/repositorio/mediateca/documento_digital_1187262514872.html).

16. Vid. Primer Informe Europeo de Seguridad Informática en la Pyme, p. 24.

17. Así, vid. Primer Informe Europeo de Seguridad Informática en la Pyme, p. 30.

18. Como se sabe, las empresas son reacias a admitir que han sufrido una contingencia de este tipo a fin de que no trascienda dicha noticia y no se genere alarma o desconfianza entre su colectivo de clientes.

gías son cada vez mayores y más rápidas y perfeccionadas, la empresa se halla en una situación de vulnerabilidad frente a la seguridad de sus datos y sistemas, lo que suele provocar importantes pérdidas de productividad y desconfianza en los clientes.

Concluido lo anterior, conviene ya analizar lo relativo a las peculiaridades del autor de estos riesgos.

## **2.2. Cuestiones sobre la autoría de los incidentes informáticos relacionados con la seguridad de la información empresarial**

### **2.2.1. Origen de los riesgos**

Las amenazas relacionadas con la seguridad de los datos pueden proceder del exterior, si quien lleva a cabo la conducta peligrosa es ajeno a la empresa o, por contra, provenir desde dentro de la entidad, si el autor del incidente pertenece a la misma. A continuación, se dará brevísimamente cuenta de la evolución que han experimentado dichos incidentes, diferenciándolos según el origen del mismo<sup>19</sup>.

l) Respecto de los ataques con origen externo, los modos de acceder a los datos o a los sistemas de información de una empresa son cada vez mayores y más sofisticados. Las personas ajenas a la organización suelen explotar los agujeros de seguridad (vulnerabilidades en la codificación de aplicaciones, en las bases de datos, en los sistemas operativos, en las redes, en los equipos de comunicación, técnicas de ingeniería social, ataques de fuerza bruta) para lograr ese objetivo.

Cualquier tecnología implica ventajas pero también peligros, de modo que la presencia de la empresa en la web, la utilización de servicios de mensajería, la navegación por Internet de los empleados, las nuevas herramientas de almacenaje y transmisión de la información se convierten en fuente de riesgos. Según el Primer Informe Europeo antes citado, los asaltos contra las empresas resultan cada vez más específicos, puesto que son creados a medida para intentar burlar los sistemas de seguridad desplegados. El principal foco de entrada es Internet, medio a través del cual se propagan a nivel mundial y en breve espacio de tiempo<sup>20</sup>.

Los métodos para entrar en la red de una compañía son múltiples, como, por ejemplo, el descifrado de contraseñas (*password guessing*), las puertas traseras (*backdoors*), caballos de Troya, trampas y bombas lógicas, “olfateo” de paquetes (*sniffers*), acceso o control remoto, virus y gusanos, entre otros. Según el informe realizado por Symantec España, en el año 2006, los ataques que mayor aumento han experimentado son los vinculados a fugas o filtraciones de información llevados a cabo a través de troyanos y la utilización de “redes bots” (*botnet*)<sup>21</sup>. Concretamente, en el segundo semestre del 2006, el incremento se cifró en el 29% respecto a la primera mitad del año, alcanzando los seis millones el número de ordenadores infectados con *bots* a nivel

---

19. En este trabajo se ha optado por clasificar los incidentes en función del origen, pero no existe una taxonomía universalmente aceptada en la materia. Al respecto, para una reciente propuesta de un prototipo taxonómico, vid. SIMON HANSMAN, R.H., “A taxonomy of network and computer attacks”, en *Computers & Security* (2005), 24, pp. 35 y ss.

20. Así, cfr. Primer Informe Europeo de Seguridad Informática en la Pyme, pp. 27-30.

21. Acerca del concepto de estas redes, vid. <http://es.wikipedia.org/wiki/Botnet>.

mundial. Como se sabe, el uso de estas redes puede perseguir distintos objetivos entre los que se hallan el acceso a información confidencial de la empresa y la caída de sus servidores (por ejemplo, ataques DDoS).

II) En cuanto a los incidentes con origen interno, se constata la tendencia que, en este sector de la criminalidad, viene siendo habitual, a saber, su predominio como fuente de riesgos frente al origen externo<sup>22</sup>.

Especialmente revelador resulta el informe llevado a cabo por el servicio secreto de EE UU y el centro de coordinación CERT, en el que se analiza el impacto real de estos ataques con origen en la propia institución<sup>23</sup>. El estudio, centrado en empresas del sector bancario y financiero y en el periodo comprendido entre los años 1996 y 2002<sup>24</sup>, permite extraer interesantes conclusiones. Así, por ejemplo, se observa que, en la casi totalidad de los casos (87%), los autores utilizaron mecanismos plenamente legítimos en la realización del ataque y, concretamente, en el 78%, eran personal autorizado con acceso activo a los sistemas. De ahí que la mayoría de dichos ataques se realizaran físicamente en el interior de las organizaciones y durante el horario habitual de trabajo (83%). Asimismo, se ha comprobado que el principal motivo para su comisión radicaba en la obtención de beneficios económicos (81%). Por último, se hace constar, también, que el impacto económico de tales incidentes fue grave, puesto que en el 30% de los casos, el importe de la pérdida sobrepasó los 500.000 dólares, al margen de otro tipo de daños en las organizaciones afectadas<sup>25</sup>.

Poco después, en el año 2004, según datos proporcionados por *ESA Security*, se constata, asimismo, que entre el 60 y 70% de los ataques informáticos fueron obra de los propios empleados e idéntica conclusión se alcanza en el informe de Seguridad Global 2005 realizado por *Deloitte*. Debe advertirse que, en dichos datos, se contabilizan ataques intencionados de los miembros de la empresa y ataques externos acometidos por fallos de seguridad y errores de los empleados.

Sin embargo, aun orillando, en este momento, el segundo bloque de supuestos (accesos de terceros vinculados a conductas negligentes de empleados), parece incontrovertible que, en el ámbito de la empresa, una elevada fuente de peligros para los datos y los sistemas informáticos proviene de quienes se hallan en una situación de fácil acceso a la misma<sup>26</sup>. El *insider* tiene acceso lícito a los recursos de la empresa en virtud

---

22. Así, vid. *United Nations Manual on the prevention and control of computer-related crime*, 1997, ítem 35.

23. *Insider Threat Study: Illicit Cyber Activity in the Banking and Finance Sector*, U.S. Secret Service and CERT Coordination Center/SEI. Puede consultarse en: [http://www.secretservice.gov/ntac/its\\_report\\_040820.pdf](http://www.secretservice.gov/ntac/its_report_040820.pdf).

24. El informe analiza un total de 23 incidentes realizados por 26 empleados entre los años 1996 y 2002.

25. Así, vid. *Insider Threat Study: Illicit Cyber Activity in the Banking and Finance Sector*, pp. 7 y 8.

26. En este sentido, vid. ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1987, p. 36; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, p.75; ROVIRA DEL CANTO, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada, 2002, pp. 106, GALÁN MUÑOZ, A. "Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15, p. 19, entre otros muchos.

del puesto que desempeña, siendo indispensable que obtenga la información para el correcto ejercicio de sus funciones.

La realidad jurisprudencial corrobora, también, que los ataques informáticos a la empresa suelen ser acometidos por trabajadores que, en la mayor parte de ocasiones, pretenden obtener provecho propio y, en otros más escasos, vengarse tras haber sido despedidos o no recompensados adecuadamente<sup>27</sup>.

En suma, pues, la primera conclusión que puede extraerse respecto origen de los riesgos, es que, mayoritariamente, el autor de estos incidentes pertenece a la propia empresa o institución.

### 2.2.2. Perfil del sujeto activo

En los comienzos de Internet, el perfil del sujeto activo de los delitos informáticos se correspondía, en líneas generales, con el de una persona con elevada preparación técnica. Sin embargo, en la actualidad, los estudios criminológicos demuestran que ese perfil ha desaparecido, ampliándose notablemente el círculo de potenciales autores de este tipo de ilícitos.

A ello han contribuido diversos factores. De una parte, la constante aparición en el mercado de técnicas y programas que posibilitan y facilitan la comisión de delitos al “no experto” (esto es, el 99% de la comunidad internauta). Así, por ejemplo, es fácil hallar en Internet o comprar en el mercado programas espía que permiten interceptar información, herramientas para explotar agujeros de seguridad o *bugs* de aplicaciones para lograr accesos no autorizados o depositar programas espía, *dialers* o *scanners* para localizar servidores, páginas, módems o puertos abiertos de usuarios<sup>28</sup>.

Esa nota característica asume tal trascendencia que ha motivado algunas de las recientes reformas en la materia. Obsérvese que el legislador penal ha adelantado su intervención y, progresivamente, ha ido incorporando en el código el castigo de conductas como la fabricación, importación, venta, instalación y mantenimiento de programas o dispositivos, destinados a facilitar la comisión de delitos. Así puede comprobarse cómo, en diversos ámbitos delictivos (delitos contra la propiedad intelectual, falsedades, estafa, piratería de radiodifusión), se hallan previstas todas esas conductas, cerrándose, así, todo el “circuito o ciclo delictivo” en torno a la punición de tales herramientas lógicas.

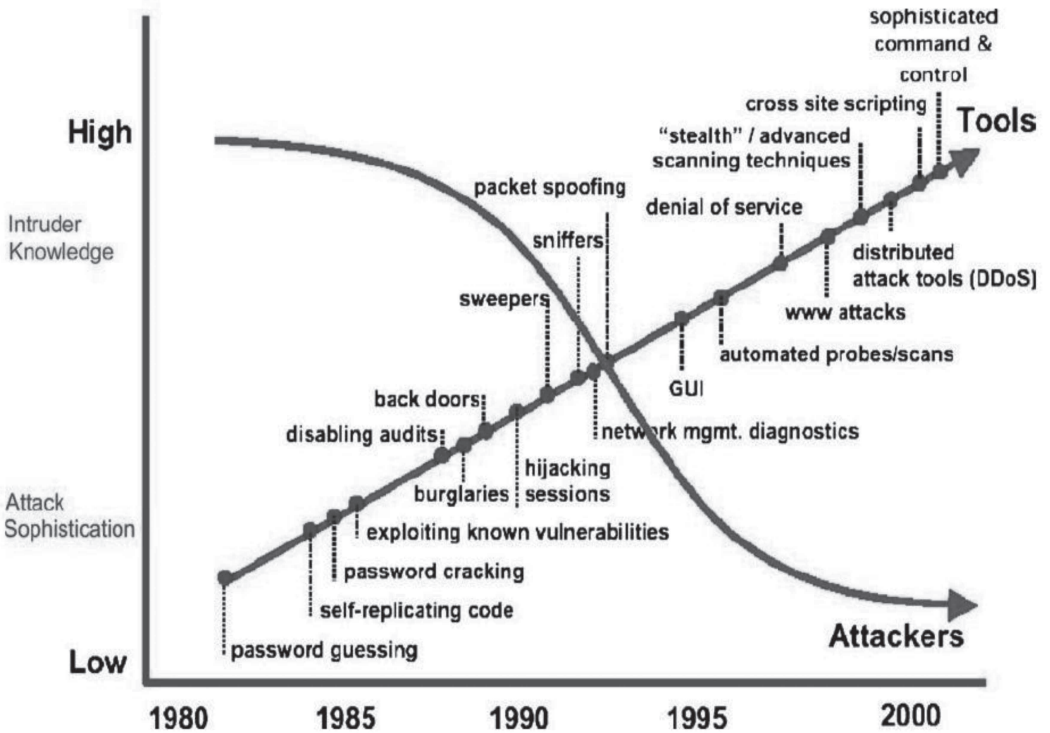
---

27. En algunos casos, dichos incidentes se llevan a cabo cuando el empleado ya ha sido despedido, pero sigue teniendo activas sus cuentas, lo que suele prorrogarse semanas o meses. En esos casos, debería procederse a cancelar los privilegios y cuentas de inmediato, puesto que esos fallos en el protocolo de seguridad son aprovechados por los exempleados.

28. Según un estudio difundido por la empresa de servicios de seguridad *Cyberguardian*, en el año 2000, existían 30.000 páginas *web* en las que era posible encontrar todo tipo de técnicas y herramientas para llevar a cabo ataques informáticos. En la actualidad, tras una sencilla búsqueda a través de google, se han podido encontrar distintos links (<http://www.portalprogramas.com/gratis/sniffers>; <http://tuwebdeinformatica.ueuo.com/Hacking/Troya.html>; <http://es.youtube.com/watch?v=r0kpj3qVxIo>), en los que se permite descargar *sniffers*, crear virus e, incluso, contemplar un vídeo sobre cómo conseguir y usar un troyano para acceder a un sistema. Asimismo, en Microsoft es posible obtener el programa *Microsoft Baseline Security Analyzer*, que detecta agujeros de seguridad.

De otro lado, el uso generalizado de Internet y el carácter intuitivo de sus interfaces favorece la posibilidad de ser autodidacta, lo que, también, contribuye a esa ampliación del sujeto activo de estos ilícitos.

Sin embargo, debe advertirse que, a pesar de la característica reseñada –esto es, la generalización del sujeto activo y su falta de pericia técnica–, los “ciberdelincuentes” son cada día más rápidos en su actuación y más sofisticados en su diseño de ataques. En efecto, la diversidad y sofisticación de las formas de ataque contra los sistemas de información (intrusiones, virus, ataques contra encaminadores, de denegación de servicios, programas espía, *phishing*, *pharming*) se hallan en constante incremento.



Al respecto, especialmente clarificador resulta el gráfico<sup>29</sup> anterior.

Según puede observarse, la flecha curva (*Intruder knowledge*) alude al conocimiento informático necesario por parte del autor para realizar el ataque y la recta (*Attack sophistication*), a la sofisticación o complejidad de los ataques informáticos.

29. Así, vid. SIMON HANSMAN, R.H., “A taxonomy of network and computer attacks”, en *Computers & Security* (2005), 24, p. 32.



De forma que, en el año 1980, los conocimientos técnicos de los atacantes eran elevados, pero los ataques resultaban sencillos desde un punto de vista técnico. En cambio, en el año 2000, la preparación o conocimientos informáticos son bajos o, como mínimo, menores que en años anteriores, pero la complejidad de los ataques es notablemente más elevada.

Para explicar esa aparente contradicción tomaremos como ejemplo el primero de los ataques mencionados, el del *password guessing*. En 1980, dicho ataque era sencillo. El fichero de *passwords* en un equipo Unix/Linux podía obtenerse a través de un mensaje de correo electrónico con un comando unix añadido. Conseguido ese fichero y aplicando un programa de fuerza bruta e invirtiendo el tiempo necesario, se lograba descifrar el *password*. Sin embargo, para llevar a cabo la conducta descrita, era necesario conocer bien el sistema operativo (Unix)<sup>30</sup>.

Por el contrario, a día de hoy, uno de los ataques más habituales se realiza a través de *rootkits*, conducta que no exige profundos conocimientos por parte de quien la ejecuta. El *rootkit* efectúa múltiples cosas (desconocidas la mayor parte para el atacante) a fin de obtener el acceso al sistema. De ahí que, en la actualidad, sea relativamente sencillo lanzar ataques (con o sin éxito) contra las redes y sistemas informáticos.

Según se deduce, pues, cualquier persona con acceso a un sistema informático es capaz de poner en peligro la información de la empresa. En general, el sujeto activo de estos ilícitos no reúne especiales conocimientos técnicos pero ejecuta ataques cada vez más sofisticados y, por tanto, más peligrosos. De ahí que la esfera de potenciales autores se haya ampliado ostensiblemente, haciéndose estos ilícitos más frecuentes, diversos y peligrosos.

### 2.2.3. Conclusiones

Los estudios e informes consultados revelan que, en su mayoría, los incidentes informáticos sufridos por las empresas tienen como autores a personas vinculadas a las mismas (programadores, directivos, comerciales, operadores y otros empleados de la institución), que, por lo general, actúan movidos por deseos de obtener provecho ilícito o de vengarse.

Además, se ha detectado que el fácil acceso a programas y técnicas para emprender un ataque informático ha favorecido la ampliación y generalización del sujeto activo de los mismos. Esta segunda nota característica, proyectada al ámbito objeto de estudio, suscita un doble orden de efectos.

De una parte, potencia los peligros derivados de la actuación de ese círculo de autores (*insiders*), quienes, sin ostentar especiales conocimientos técnicos, pueden, por ejemplo, reproducir la información a la que tienen lícito acceso, difundirla a través del correo electrónico, modificarla, destruirla e, incluso, vulnerar las posibles medidas de seguridad adoptadas y acceder a datos o sistemas para los que no están autorizados. Piénsese, por ejemplo, en la utilización de programas de interceptación de la informa-

---

30. Una vez obtenido el fichero `/etc/passwd`, se ejecutaba el programa "john the ripper". En la actualidad, ese *modus operandi* ya no sería posible puesto que los sistemas operativos se han protegido contra ese tipo de ataque. Sería necesario operar de otro modo y, conseguir, además del fichero `/etc/passwd`, el archivo `/etc/shadow`.

ción (eBlaster<sup>31</sup>), de control remoto<sup>32</sup>, dispositivos de almacenamiento portátiles (pen drivers), virus, etc. De otro lado, implica la aparición de una nueva fuente de riesgos proyectable, especialmente, sobre la integridad y disponibilidad de la información (por ejemplo, conductas de reproducción, alteración, inutilización, destrucción de la misma), así como sobre los sistemas informáticos de la empresa (ataques de denegación de servicio que provocan la perturbación o inutilización de los servidores)<sup>33</sup>.

En suma, pues, todo lo anterior ha permitido constatar e identificar cuál es la esfera de riesgos más frecuentes y graves para la seguridad de la información empresarial de carácter secreto, cuestión que será retomada y tenida en cuenta al analizar la respuesta que, frente a ellos, otorga el legislador penal. Sin embargo, antes de abordar específicamente el ámbito penal, corresponde describir brevemente el marco general de tutela, que nuestro derecho proporciona a la información empresarial reservada.

### III. TUTELA DE LA INFORMACIÓN EMPRESARIAL RESERVADA

Se ha subrayado ya la importancia que, actualmente, reviste la información para el desarrollo económico, sin parangón con la que haya podido tener en cualquier otro periodo histórico. Lógicamente, para las empresas, cuyo desenvolvimiento, organización, capacidad competitiva y posición en el mercado se sustenta en la disposición de informaciones valiosas económicamente, este proceso se ha agudizado. De ahí que la seguridad de ese flujo constante de datos se conforme como una cuestión de crucial importancia para el mantenimiento de su nivel de desarrollo y progreso.

Constatada la significación que asume la seguridad de la información, deben analizarse ya los cauces de tutela existentes en nuestro derecho, a saber, el proporcionado por la Ley de Competencia Desleal<sup>34</sup>, de una parte, y el otorgado por el código penal, de otra, que será el que centre nuestra atención.

Sin embargo, pese a su trascendencia económica y frecuente aparición en textos normativos, el secreto empresarial no ha sido objeto de definición en nuestro derecho. Por otra parte, la tutela ofrecida por el código penal es relativamente reciente, puesto que, aunque los secretos de empresa se hallaban regulados en el antiguo art. 499 del

---

31. Recientemente, la STS de 21 de marzo de 2007 condena al acusado por delito contra la intimidad por instalar un programa (eBlaster), de fácil acceso y uso, que monitoriza la actividad informática y de Internet de un PC situado en su domicilio, de forma que, cada 30 minutos, vuelca copia de todas las comunicaciones telemáticas de su esposa a la cuenta de correo del ordenador que el acusado utilizaba en la oficina. Repárese que dicho programa hubiese podido ser utilizado en sentido inverso, esto es, haber sido instalado en el ordenador de la oficina para reproducir la información de la empresa y volcarla en la cuenta de correo personal del acusado.

32. Así, por ejemplo, recientemente, fue detenido un responsable informático, empleado de una agencia inmobiliaria, por haber introducido, antes de marcharse para iniciar su propio negocio, un control remoto en un ordenador de la empresa afectada. Con ese programa, pretendía asegurarse la obtención de toda la información relativa a las nuevas fincas que ofrecían a la venta o alquiler. Puede consultarse esta noticia en: <http://www.delitosinformaticos.com/03/2007/proteccion-de-datos/delito-de-descubrimiento-de-secretos-de-una-empresa-inmobiliaria>.

33. Sobre esta cuestión, *infra* epígrafe IV.

34. Así, vid. artículos 13 y 14 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, entre otras normas que, también, protegen los secretos de empresa.

CP de 1973, ha sido el código de 1995 el que ha otorgado a estos delitos un mayor protagonismo, adecuado al pujante valor de la información como patrimonio empresarial y el que los ha ubicado, coherentemente, en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores.

Así pues, quizá esa falta de definición legal de los mismos y la escasa atención doctrinal merecida hasta el momento, han determinado o influido en la incertidumbre y confusión que todavía predomina respecto de algunos elementos importantes de estos ilícitos. El elevado índice de resoluciones absolutorias en la materia desvela problemas aplicativos que no sólo traen causa de obstáculos probatorios sino también de erróneas interpretaciones de algunos elementos típicos (objeto material, elementos subjetivos, etc.).

De ahí que metodológicamente se opte, en este momento, por formular algunas precisiones conceptuales. En primer lugar, se tratará de acotar cuál es el bien jurídico o valor protegido en estos delitos para, seleccionar, a continuación, qué acciones se desvelan peligrosas para el mismo.

#### **IV. PRECISIONES CONCEPTUALES: EL OBJETO DE PROTECCIÓN Y LAS CONDUCTAS PELIGROSAS PARA EL MISMO**

##### **4.1. El bien jurídico objeto de protección**

El secreto empresarial representa un bien esencialmente económico, cuya protección jurídica se justifica en la necesidad de preservar los resultados fruto del propio esfuerzo en la libre iniciativa empresarial. Se trata de proteger el interés económico que para el empresario revisten ciertas informaciones, obtenidas por sus propios méritos y cuyo mantenimiento en secreto le proporciona valiosas ventajas competitivas<sup>35</sup>.

Por tanto, la tutela de ese bien económico reclama, en primer término, garantizar la seguridad de la información y, dadas las características del actual modelo de empresa, implica, también, garantizar, aunque sea instrumentalmente, la seguridad de sus sistemas, máquinas y redes conectadas a Internet.

Así pues, al objeto de esclarecer las fuentes de peligro para el bien jurídico protegido, parece conveniente determinar, en primer término, cuáles son las características que confieren seguridad a la información o a los sistemas de la empresa y que, por tanto, deberán ser preservadas.

Según se ha insistido ya, las peculiaridades de los sistemas informáticos obligan a pormenorizar el análisis de estos caracteres, a fin de detectar los peligros que se suscitan y, posteriormente, delimitar correctamente las acciones típicas expresamente contempladas en el código e identificar las que se hallan todavía ayunas de previsión. Como muestra de esa necesidad, repárese, por ejemplo, en el hecho de que la comunicación oral, la conservación o grabación en soporte analógico de una estrategia publicitaria será difícilmente alterable y, si se llevase a cabo la supresión de algún fragmento, sería detectado con facilidad; por el contrario, si esa misma información se halla almacenada

---

35. Vid. extensamente, MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: protección penal*, op.ult.cit. pp. 128 y ss.

en soporte digital resultará fácilmente modificable y, además, la alteración incluso podría pasar desapercibida para la víctima.

Sometido, pues, a tal objetivo, corresponde ahora proponer una definición técnica de «seguridad». Así, en términos informáticos, se entiende por tal aquella característica que permite saber si un sistema se halla libre de peligros o daños. Debe advertirse que la imposibilidad material de lograr la seguridad o inviolabilidad absoluta de un sistema, ha motivado que se prefiera utilizar el término «fiabilidad» en vez del inalcanzable concepto de seguridad.

Precisado lo anterior, se considera que un sistema es fiable cuando se satisface la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los recursos que lo integran<sup>36</sup>. Así, la «confidencialidad» reclama que sólo los usuarios autorizados accedan a los elementos del sistema, en la forma y tiempo determinados; la «integridad» exige que la información sea modificada (incluyendo su creación y borrado) sólo por personal autorizado; y, por último, la «disponibilidad» demanda que los recursos del sistema sean utilizables en el momento y del modo en que lo requieran los usuarios autorizados.

En consecuencia, pues, si se persigue garantizar la seguridad –o fiabilidad– de la información empresarial, será indispensable centrarse en la salvaguardia de esas tres propiedades e identificar las conductas que suponen un peligro para las mismas.

#### **4.2. Las conductas peligrosas para la seguridad de la información**

En efecto, cualquier acción capaz de provocar una pérdida o daño en la confidencialidad, integridad o disponibilidad de los datos, constituye una amenaza de la seguridad de la información y, en esa medida, una conducta idónea para generar un riesgo sobre el mantenimiento del secreto de empresa como bien esencialmente económico y, por tanto, una conducta con capacidad de afectación del objeto jurídico protegido.

Estas amenazas pueden cifrarse en comportamientos que atenten contra una de dichas características o contra varias de ellas<sup>37</sup>. Así, suponen una amenaza de la «confidencialidad» de los datos, las conductas de acceso in consentido a la información o de reproducción de la misma; entre las que suponen un riesgo sobre la «integridad» de los datos, se hallan la introducción de algún dato, la alteración, la ocultación, la supresión o borrado; por último, atenta contra la «disponibilidad» de la información la inutilización de la misma, mediante su encriptación o mediante la inserción de alguna subrutina o bomba lógica de actuación retardada. Así, por ejemplo, en marzo de 2002, una “bom-

---

36. Vid. RIBAGORDA GARNACHO, A., “Seguridad de las tecnologías de la información”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CDJ, CGPJ, 1996, p. 312-313; MARTÍN ÁVILA, A/DE QUINTO ZUMÁRRAGA, F., *Manual de seguridad en Internet. Soluciones técnicas y jurídicas*, A Coruña, 2003, pp. 33 y ss. y COLOBRÁN HUGUET, M., *Introducción a la seguridad informática*, Planeta UOC, Barcelona, 2004, pp. 9 y ss.

37. Atendiendo a la vulneración de dichas cualidades se ha concebido el Convenio sobre Cibercriminalidad, firmado en Budapest, el 23.X.2001. En efecto, ubicado en la Sección I, relativa al derecho penal material, se halla el Título 1, rubricado *Infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos*, que comprende, en sus artículos 2 a 6, conductas tales como el acceso ilícito, interceptación ilícita, atentados contra la integridad de los datos, atentados contra la integridad del sistema y utilización abusiva de terminales.

ba lógica”<sup>38</sup>, borró 10 billones de archivos de los sistemas informáticos de una empresa de servicios financieros. El incidente, que afectó aproximadamente a 1.300 servidores de la empresa en EE UU, generó pérdidas de 3 millones de dólares<sup>39</sup>.

Precisamente, según el reciente informe elaborado por *Recovery Labs*, empresa especializada en recuperación de datos, borrado seguro y peritaje informático<sup>40</sup>, más del 60% de los casos para los que se solicita el servicio de peritaje informático están relacionados con el sabotaje<sup>41</sup>.

Sentado lo anterior, debe hacerse especial hincapié en la importancia que revisten para la empresa los sistemas informáticos, como infraestructura imprescindible desde la que prestar servicios y operar con datos. En este sentido, cualquier acción idónea para dañar u obstaculizar gravemente el funcionamiento de los sistemas conlleva, también, riesgos para la seguridad de la información.

En estos casos, los incidentes implican comportamientos dirigidos a ocasionar perturbaciones sobre los sistemas de información, por ejemplo, mediante ataques masivos de denegación de servicio (DDoS)<sup>42</sup>. Estos ataques persiguen sobrecargar o saturar, por medio de artificios informáticos (por ejemplo, creando redes de sistemas esclavos), algunos de los recursos limitados del sistema objeto del ataque hasta hacerlo inoperativo, logrando con ello el bloqueo o interrupción temporal de dicho servicio.

Así, según se ha descrito ya anteriormente, los informes consultados revelan el aumento en la creación, divulgación e infección de sistemas a causa de virus –y de los cuantiosos daños económicos provocados por éstos–, así como el incremento de los ataques contra encaminadores y de denegación de servicio, mediante el recurso a las redes *bots*.

Presentada someramente la casuística respecto de incidentes informáticos sobrevenidos en la empresa, en cuanto al alcance y autor de los mismos, identificado el bien jurídico subyacente en la tutela de los secretos de empresa y las acciones con capacidad

38. Esta modalidad de destrucción o de sabotaje informático se denomina «*time bombs*» o bomba lógica de actuación retardada. En estos casos, la destrucción de los ficheros se produce, tras un lapso de tiempo, en virtud de indicaciones precisas como la presencia o ausencia de un dato, que puede ser una hora, un código o un nombre (así, vid., entre otros, CORCOY, M., “Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños”, en MIR PUIG, S. (Comp.), *Delincuencia informática*, Barcelona, 1992, p. 151; ROMEO CASABONA, C.M., “Los delitos de daños en el ámbito informático”, en CPC, nº 43, 1991, pp. 95-96 y GONZÁLEZ RUS, J.J., “Protección penal de sistemas, elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos”, en *Jornadas sobre delincuencia informática, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, III, Madrid, 1997, p. 526).

39. Así, vid. *Insider Threat Study: Illicit Cyber Activity in the Banking and Finance Sector*, U.S. Secret Service and CERT Coordination Center/SEI, p.1.

40. *Recovery Labs* es una empresa especializada en el desarrollo y comercialización de aplicaciones y servicios de recuperación de datos, borrado seguro y peritaje informático.

41. En concreto, el 60,20% de los casos respondía a supuestos de sabotaje, el 31,60% a uso indebido de Internet, el 6,10 % a abuso de material informático y el 2,10% a espionaje.

42. Vid., exhaustivamente, MORÓN LERMA, E. *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Navarra, 2ª ed., 2002, pp. 43 y ss. y RODRÍGUEZ MOURULLO/ALONSO GALLO/LAS-CURAÍN SÁNCHEZ, “Derecho penal e Internet”, en *Régimen jurídico, op.cit.*, pp. 278 y ss.

para ponerlo en peligro, procede ya centrarse en el código penal para comprobar qué respuestas ofrece al respecto.

## V. MARCO NORMATIVO PENAL DE LOS SECRETOS DE EMPRESA

### 5.1. Consideraciones preliminares

La información empresarial reservada encuentra protección en los artículos 278 a 280 del Código Penal, que contemplan gran parte de las posibles modalidades atentatorias de los secretos (así, el apoderamiento, el control audiovisual clandestino y control ilícito de señales de comunicación, la revelación, difusión o cesión y, por último, la utilización). La incorporación *ex novo* de alguna de estas acciones y la nueva redacción otorgada a otras de ellas ya previstas en el anterior código, ha logrado acompasar el derecho penal a las características de modernidad, globalidad e informatización de la actual realidad económica y empresarial.

Ahora bien, como se tendrá ocasión de exponer, algunas de las acciones con capacidad para poner en peligro los datos y los sistemas de la empresa se encuentran todavía ayunas de referencia legal en estos delitos, como, por ejemplo, la reproducción, el “apoderamiento” abusivo y la destrucción, alteración o inutilización de la información y de los sistemas informáticos de la empresa.

Entre las múltiples modalidades mencionadas, nos ceñiremos, en este momento, al análisis de aquellas especialmente vinculadas a los incidentes informáticos<sup>43</sup>.

### 5.2. Modalidades atentatorias expresamente previstas

#### 5.2.1. El acceso ilícito a la información

El acceso ilícito a la información se introduce, por primera vez, en el código penal de 1995, en el artículo 278.1, que castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien:

*«para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197».*

Sin duda, el acceso a la información constituye la modalidad de ataque más importante y su análisis suscita numerosas cuestiones. Sin embargo, a los efectos de este trabajo, interesan esencialmente dos de ellas. De una parte, el estudio de las conductas nucleares que, expresamente, integran la modalidad de acceso ilícito a la información, a saber, el apoderamiento y los medios del artículo 197. Y, de otro lado, la interpretación del elemento típico exigido por el código, cifrado en el ánimo de descubrir un secreto de empresa.

Así pues, al examen de dichos extremos se destinan los epígrafes siguientes.

---

43. Por tanto, resultará orillado el estudio de otras acciones previstas en el código, como son la revelación, difusión o cesión y la utilización ilícita de los secretos.

### 5.2.2. El «apoderamiento» de los datos

El apoderamiento constituye la primera modalidad de acceso ilícito a la información, prevista en el artículo 278.1, primer inciso CP.

El término «apoderarse» debe ser interpretado como la aprehensión, obtención o adquisición de la información constitutiva del secreto de empresa. En este ámbito, pues, el apoderamiento no puede ser dotado de sentido desde un entendimiento clásico del mismo, formulado en los delitos contra el patrimonio y, por tanto, interpretado como un apoderamiento material, con desplazamiento físico de cosa aprehensible<sup>44</sup>. Ello supondría una interpretación sesgada y restrictiva de la acción típica desatenta a las características del objeto del delito, esto es, la inmaterialidad.

Así, el tipo comprenderá conductas de captación mental o intelectual, sin desplazamiento físico (apoderamiento de datos) y conductas de apoderamiento físico subrepticio de los objetos que incorporan el secreto (apoderamiento de documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo).

Centrándonos en el apoderamiento de datos, éste englobará esencialmente captaciones intelectuales o mentales, por ejemplo, por lectura física de los mismos en pantalla o por su memorización<sup>45</sup>. En esta medida, la captación intelectual del secreto se producirá con independencia del soporte en el que se encuentre exteriorizado el secreto.

Mayor complejidad reviste el supuesto en que no sólo se produce el apoderamiento de un documento contenido en cualquiera de las memorias electrónicas del ordenador, sino también la posterior reproducción ilícita del mismo por el sujeto a fin de procurarse certeramente su contenido, cuestión que se retomará al analizar las lagunas legales subyacentes en estos delitos.

En conclusión, el apoderamiento de secretos empresariales constitutivo de delito se verificará tanto con la aprehensión inmaterial de la información como mediante el apoderamiento físico de los documentos o soportes que la contengan.

### 5.2.3. El «control audiovisual clandestino» y el «control ilícito de señales de comunicación»

La segunda de las formas de acceso ilícito a la información se halla integrada por el control audiovisual clandestino y el control ilícito de señales de comunicación.

Esta modalidad se halla en el artículo 278.1, segundo párrafo CP, que, en vez de incorporarla expresamente, la contempla por reenvío a otro precepto del código (art.

---

44. Así, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte especial*, Valencia, 1999, p. 73; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Notas sobre la delincuencia informática...”, en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., *Estudios de derecho...*, op. cit., p. 196 y MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: protección penal...*, op. cit., p. 299.

45. En contra, vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 288 y BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 495.

197.1 CP<sup>46</sup>), que castiga «la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación»<sup>47</sup>.

La inclusión de estas dos modalidades –el apoderamiento de datos del primer inciso del art. 278.1 CP y el control ilícito de señales de comunicación–, ha consagrado la tipificación del «espionaje empresarial» acometido por medios informáticos, cuyos efectos económicos, según se ha expuesto, resultan de primera magnitud<sup>48</sup>.

Así, la modalidad de acceso relativa al control ilícito de señales de comunicación abrazará cualquier conducta de interceptación ilícita de las comunicaciones a través de una red informática, ya sea de área local (*intranet*) o de área amplia (*extranet*) (como, por ejemplo, Internet), indistintamente.

I) En las intranets, estas conductas suponen un amplio y problemático sector de riesgos, puesto que suelen ser acometidas por los propios trabajadores, que acceden así a la información con autorización pero no en la forma subrepticia en que se hace, mediante el abuso de cuentas o passwords.

Así, por ejemplo, X, alumno de un *master* en mercados financieros, es contratado en prácticas para desempeñar tareas propias de gestión y análisis de mercados, por una entidad bancaria. X accede informáticamente a otros ordenadores clientes de la red interna y graba ficheros con información confidencial, relativa a documentos elaborados por el propio equipo de análisis de la empresa como soporte de futuras tomas de decisiones, documentos relacionados con valoraciones de inversiones realizadas y un documento con la presentación de una operación bursátil proyectada por dicha empresa y otra del ramo, presentada a los analistas para ser evaluada. Todos estos documentos son reenviados por X a cuentas de correo electrónico suyas abiertas en hotmail.com.

En la determinación de si quien lleva a cabo estas conductas comete espionaje empresarial, debe realizarse un análisis desdoblado. En el caso de que el acceso se haya producido sin autorización, por ejemplo, vulnerando los *passwords* de las otras máquinas, X comete espionaje empresarial. Por el contrario, si X tenía autorización para ejecutar el acceso, al margen de que parezca difícil imaginar que dicha autorización se proyecte a las conductas de reproducción de la información, aun así la presencia del elemento subjetivo cifrado en el ánimo de descubrir el secreto, suscitará serios problemas para afirmar la tipicidad de la conducta.

---

46. El segundo pasaje del art. 197.1 CP, al que reenvía el art. 278.1 CP, establece que «el que, para descubrir sus secretos o vulnerar la intimidad de otro, (...), intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación...».

47. Para un análisis exhaustivo de esta conducta, vid., por todos, MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 4ª ed., 2005, pp. 1052 y ss.

48. En este sentido, vid. ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático...*, op. cit., pp. 168 y ss.



En conclusión, por lo que se refiere a la conducta de interceptación en una intranet, no existirán problemas para sancionar penalmente conductas de espionaje, salvo en los supuestos de extralimitación mencionados<sup>49</sup>.

II) Asimismo, este precepto resulta proyectable a la interceptación de comunicaciones que se verifiquen en redes telemáticas y, en especial, en Internet. Así, por ejemplo, las que se producen con el empleo de programas rastreadores (*sniffers*), que permiten detectar cierta información en la red y cuyo uso facilita el control y lectura de los mensajes que circulan por Internet<sup>50</sup>. Se trata de modalidades de ataque especialmente insidiosas, que suponen un acceso a la información más penetrante, certero y constante, que además pasa inadvertido para la víctima<sup>51</sup>.

Esta previsión resulta merecedora de elogio, puesto que la propia vulnerabilidad de los sistemas informáticos junto con la todavía mayoritaria desprotección material y logística de la empresa española respecto de sus bases de datos, han hecho que la información económica valiosa se haya convertido en una parcela muy vulnerable a la interceptación y a otras modalidades de ataque de diversa índole.

Sin embargo, algunos de esos ataques no resultan subsumibles en el artículo 278.1 CP. Y a esos problemas de encaje típico contribuye, entre otros factores, el elemento subjetivo del injusto presente en estos delitos, a cuyo breve examen se procede a continuación.

#### **5.2.4. El problema del elemento subjetivo del injusto: el «ánimo de descubrir el secreto»**

El artículo 278.1 CP requiere que las distintas modalidades de acceso ilícito sean llevadas a cabo con el ánimo de «descubrir el secreto de empresa».

Así, para saber si estamos en presencia de apoderamientos e interceptaciones típicas, se revela determinante la función restrictiva que ejercerá el elemento subjetivo del injusto, cuya exégesis –que puede adoptar una doble vertiente– asume especial importancia.

De una parte, el elemento subjetivo cifrado en el ánimo de descubrir un secreto de empresa, puede interpretarse como sinónimo de intención de «revelar», en consonancia con lo propuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2001 y que ha sido asumido de forma mayoritaria por los tribunales<sup>52</sup>. De ser así, podría decirse que el que sustrae un programa informático, al que tiene acceso legítimamente,

49. Así se analizará en detalle más adelante, vid. *infra* epígrafe referente a otras conductas ilícitas asimilables al apoderamiento y, en especial, la conducta de “apoderamiento abusivo”.

50. Vid., en este sentido, fundamento de derecho único de la Sentencia de la Audiencia Provincial de LLeida (Sección 1ª), de 12 de febrero de 2001.

51. Así es destacado por MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código...*, op. cit., p. 1055, respecto a la vulneración de la intimidad.

52. Siguiendo la interpretación sostenida en la STS 16 de febrero 2001, se muestran las SAP Barcelona 29.11.2001, SAP Castellón 15.5.2006; SAP Baleares 26.10.06; SAP Bizkaia, 27.04.2005.

con intención de revelarlo o divulgarlo, al margen de trascendentales problemas probatorios, cometería un acto típico<sup>53</sup>.

Sin embargo, existe una segunda opción interpretativa del elemento subjetivo, en la que el ánimo de descubrir un secreto se considera como equiparable a la intención de «conocimiento» del mismo. Con arreglo a esta hermenéutica, la conducta de quien se apodera de una aplicación informática, con intención de divulgarla o explotarla –en definitiva, de usarla de modo contrario a las reglas de la competencia–, no puede ser entendida como un apoderamiento típico, al no ejecutarse la conducta presidida por el ánimo de conocer<sup>54</sup>.

Así pues, dependiendo del contenido interpretativo que se otorgue al elemento subjetivo del injusto, el apoderamiento de soportes u objetos referidos al secreto con autorización pero ejecutándolo de una forma indebida, devendrá una conducta típica o, por el contrario, impune.

La inteligencia del elemento subjetivo relativo al ánimo de descubrir el secreto como equiparable al ánimo de divulgarlo cobraba pleno sentido en la regulación prevista en el anterior código penal, que, en su artículo 499, castigaba al empleado que descubriría –esto es, revelaba– los secretos de su principal. Sin embargo, esa significación decae por completo en el vigente código. Repárese en que las modalidades típicas incriminadas en uno y otro código son distintas –en el art. 499, revelar y en el art. 278.1, apoderarse, acceder–, de forma que una interpretación lógico-sistemática del elemento subjetivo aconseja su entendimiento como ánimo de conocer y no de divulgar.

En virtud de lo anterior, aunque dé lugar a lagunas indeseables, debe postularse la segunda de las opciones reseñadas, que lo equipara al ánimo de conocer, sin perjuicio de que dicho elemento devenga, sin ningún género de dudas, necesitado de reforma.

### **5.3. Lagunas subsistentes: algunas conductas vinculadas a los abusos informáticos**

Junto a las conductas analizadas (apoderamiento e interceptación), que, aun con los problemas indicados, aparecen recogidas en los artículos 278 a 280 CP, existen otros peligros para la información empresarial, como la reproducción, la conducta que se ha denominado “apoderamiento” abusivo y la destrucción, alteración o inutilización del secreto o de los sistemas de información de la empresa.

---

53. La interpretación del elemento subjetivo en ese sentido requiere demostrar la intención de revelar, problema probatorio que, en la mayor parte de casos, conduce a la absolución. Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona, 29.11.2001, se absuelve del delito previsto en el art. 278.1 CP a los imputados (oficial administrativo, auxiliar administrativo y director comercial), al no quedar acreditado que, respecto de la información incorporada por los acusados a su nueva actividad laboral y contenida en el ordenador sustraído, hubiese intención de revelar.

54. A salvo de que se considere iniciada la ejecución de la revelación, difusión o cesión (ex art. 278.2 o ex art. 279.1 CP, según sea calificado en el caso concreto el acceso) o la utilización en provecho propio (ex art. 279.2 CP).

Esas modalidades, que poseen una carga lesiva análoga a la del apoderamiento o de la interceptación, adolecen, sin embargo, de refrendo legal. De ahí la necesidad de plantear sucintamente la reflexión en torno a las mismas.

### 5.3.1. La «reproducción» de los datos

Según se anticipó en el análisis del acceso ilícito a la información, especial controversia suscitan los supuestos en que se lleva a cabo una reproducción ilícita de la información a fin de procurarse certeramente su contenido.

Se está haciendo referencia a aquellos casos en que no sólo se produce un apoderamiento de los datos sino que, tras el acceso, se lleva a cabo una reproducción subrepticia de los mismos para utilizarlos posteriormente, en beneficio propio.

Así, por ejemplo, se emplea un dispositivo técnico de entrada y salida (pen driver, disco externo) que permite al sujeto reproducir, en un soporte pequeño y en un lapso de tiempo insignificante, una extraordinaria cantidad de información, concentrada en un espacio reducido; o bien, el sujeto envía dicha información por correo electrónico a una cuenta de la que él es usuario o titular<sup>55</sup>.

No se ignora que la disociación de estas acciones –acceso y reproducción– quizá no se produzca siempre, pero pueden llegar a conformarse como dos modalidades de ataque diversas e independientes. Habitualmente, la reproducción se lleva a cabo en casos en que no hay acceso ilícito, ya que no hay previo apoderamiento, sino que simplemente se copia sin estar autorizado o porque se está autorizado para ello, aunque no para los fines con que se hace. Esto es, el empleado de la empresa realiza una copia de los datos para asegurarse su contenido de cara a un posterior uso de los mismos, cifrado, en la mayor parte de casos, en favorecer la constitución y posterior andadura de una nueva empresa, dedicada al mismo objeto social.

Admitido lo anterior, esto es, la relevancia que puede ostentar *per se* la conducta de reproducción, procede ya examinar cómo se regula en el código la punibilidad de esta conducta.

No se recoge la conducta de reproducción como modalidad de ataque independiente, sino que únicamente aparece contemplada en la interceptación, en cuya regulación el código sanciona tal acción y cualquier reproducción posterior. Así pues, sólo

---

55. Así, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), de 14 de junio de 2004, en la que el acusado envía, desde uno de los ordenadores de la empresa para la que trabajaba como comercial, a unas direcciones de correo electrónico, de las que era usuario o titular un coacusado, diversos correos electrónicos, en dos de los cuales se adjuntaba un fichero, que contenía la base de los datos de los clientes de tal empresa. Posteriormente, el acusado abandonó dicha empresa y constituyó otra dedicada igualmente a la prestación de servicios de telefonía móvil con un operador distinto. Análogamente, vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª), de 15 de septiembre de 2006, en la que los hechos objeto de enjuiciamiento se cifran en maniobras de extracción de información (listados de clientes y proveedores, precios de adquisición de productos) por parte de empleados de la empresa antes de su marcha y constitución de su nueva empresa. Dichas maniobras consistieron en el envío de la información por correo electrónico en fichero adjunto al compañero sentimental de una de las imputadas.

podrá subsumirse en esa modalidad típica relativa al control ilícito, cuando la reproducción siga a una previa interceptación<sup>56</sup>.

Ahora bien, dicha solución no será posible si se trata de una conducta de reproducción acometida sin previa interceptación, dato que cobra especial relieve si se tiene en cuenta que nos hallamos ante unos delitos cuyo sujeto activo suele ser alguien de la empresa que accede directamente a la información. En estos casos, dado que no hay una incriminación expresa y autónoma, sólo cabría plantearse su posible inclusión en la modalidad del apoderamiento, prevista en el art. 278.1, primer párrafo CP. Desde luego, podrá integrarse en su ámbito de tutela, en la medida en que la conducta de reproducción siempre implicará una conducta previa de acceso, aunque recuerdese que sólo se subsumirán aquellas conductas que impliquen acceso ilícito, quedando el resto de reproducciones exentas de incriminación. Aun así, el apoderamiento puede constituir un medio comisivo menos grave que la reproducción ilícita de la información.

En conclusión, pues, convendría contemplar de forma separada la acción de reproducción ilícita del secreto.

Y esta ausencia de previsión legal se halla estrechamente vinculada con el siguiente ámbito de conflicto que es el relativo a las extralimitaciones, de modo que si se previese la reproducción, en gran parte, también se solventaría el problema del “apoderamiento” abusivo.

### 5.3.2. El «apoderamiento abusivo» de los datos

La segunda de las acciones especialmente problemática alude al apoderamiento acometido con autorización para acceder a los datos o adueñarse de los soportes, pero abusando de dicha autorización –o sea, no en la forma en que debiera hacerse, sino dándole un uso distinto–.

Así, por ejemplo, el supuesto en que un director comercial, con acceso lícito a la información comercial de la empresa (datos sobre productos catalogados con todas sus referencias, fichas de clientes con las modalidades de pago de éstos, volumen y fechas de anteriores compras, listado de precios, listado de vendedores, etc.), se prevale de esa situación de fácil acceso y recopila, en soporte papel e informático, esa información con el fin de favorecer, posteriormente, la andadura profesional de su nueva empresa<sup>57</sup>.

Esto es, el sujeto con autorización para acceder a la información (situación lícita, por tanto) se garantiza un conocimiento seguro o duradero del secreto, pero mediante la sustracción (o realización) –ahora ya– no autorizada de una copia de la información o, como mínimo, no autorizada para los fines con que pretende utilizarla<sup>58</sup>.

---

56. En el control ilícito de señales de comunicación, ex art. 278.1, segundo párrafo y 197.1, segundo párrafo CP).

57. Así, vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, (Sección 2ª), de 2 de febrero de 2007.

58. Así, por ejemplo, éste sería el conocido caso de López de Arriortúa, Superlópez, al que se le han imputado en EE UU (Detroit, Michigan) los delitos de apoderamiento ilícito de documentos y revelación de secretos industriales. López de Arriortúa, vicepresidente desde principios de los noventa de General Motors, ...

Esta modalidad de ataque reconducible al abuso de funciones o a la extralimitación, no se halla prevista ni en el ámbito del apoderamiento ni en el de la interceptación. Y no se halla exento de problemas un posible encaje de estos actos en la modalidad básica de apoderamiento, tal como se halla configurada en el vigente código penal (art. 278.1, primer inciso CP). El problema básico que se suscita al intentar subsumir esta acción en esa modalidad, radica en que en ella el apoderamiento es siempre ilícito y, en estos supuestos, hay una previa situación lícita<sup>59</sup>.

En virtud de lo anterior, parece conveniente plantear la posibilidad de acometer una posible reforma de ese tipo penal, en el sentido de que la ilicitud de la conducta no descansase en el mero apoderamiento, sino en que tal conducta no resulte fruto del propio esfuerzo<sup>60</sup>.

Desde ese entendimiento de la ilicitud, no sólo se reputarían ilícitos los apoderamientos subrepticios o sin autorización, sino también los cometidos accediendo al

---

...

encargado de ventas, empezó a negociar en secreto con Volkswagen en 1992. Durante meses, según lo demostrado por el gran jurado de Detroit, estuvo acumulando documentos secretos que, en marzo de 1993, se llevó y entregó a Volkswagen. Estos documentos hacían referencia a nuevos modelos, a una nueva planta de montaje, denominada Planta X –que permitía producir coches a gran velocidad y bajo coste– y a los precios de los proveedores. Por tanto, probablemente, López de Arriortúa accedió a los documentos con autorización (no se puede abundar, en este momento, en si era o no el inventor, como Superlópez esgrime) y, en esa medida, se da en una situación de licitud. Ahora bien, se extralimitó en esa autorización y abusó de sus funciones, al acumular los documentos o sustraerlos con la finalidad de aprovecharse o de utilizarlos indebidamente, comportamientos para los que ya no estaba autorizado. Pues bien, a pesar de que, a nuestro juicio, se trata de una conducta asimilable al acceso, puesto que encarna un apoderamiento abusivo, no obstante, no parece que esta conducta sea susceptible de ser calificada como un supuesto de acceso o apoderamiento ilícito, a tenor de la configuración del artículo 278.1 CP. Por tanto, sólo la conducta posterior de revelación a Volkswagen tendría reproche penal por aplicación del art. 279.1 CP. Análogamente, en mayo de 2007, fue condenada por un tribunal de Atlanta a una pena privativa de libertad de 8 años, una ex secretaria de Coca-Cola por hechos análogos. En concreto, J.W. fue acusada de “robo” de secretos de fábrica de Coca-Cola y de conspiración para revelar tales datos a Pepsi. Repárese en que las conductas enjuiciadas son similares a las del caso Superlópez. J.W., secretaria de altos ejecutivos de Coca-Cola probablemente estaba autorizada para acceder a dichos datos (entre otros, muestras de nuevos productos que Coca-Cola todavía no había lanzado), de modo que la conducta de apropiación de esos secretos constituiría lo que, en este trabajo, se ha denominado “apoderamiento abusivo”.

59. Así, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª), de 2 de febrero de 2006, se inadmite a trámite la querrela interpuesta por el delito del art. 278.1 CP contra miembros del equipo comercial, por no tratarse de un apoderamiento de la información (cartera de clientes, modelo de presupuestos, datos del equipo comercializado), a la que no tuvieron ya acceso. Análogamente, en el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª), de 24 de mayo de 2005, se enjuició la conducta de quienes tenían en su poder correos electrónicos no dirigidos a ellos, con información confidencial (manuales de configuración), remitidos por y para el resto de socios trabajadores de la empresa querellante, cuando los querellados ya no eran socios trabajadores de la misma. No se prueba si dicha información la obtuvieron cuando todavía trabajaban en la empresa o, si por el contrario, la obtuvieron precisamente por no haberlos dado de baja en sus cuentas de correo. En cualquier caso, se sobresee puesto que se considera que la información se ha obtenido lícitamente.

60. Intentando cubrir la laguna denunciada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), de 4 de abril de 2003, aplica, forzosamente, el artículo 278.1 CP a un supuesto de “apoderamiento abusivo” o “reproducción” de los datos, conductas que no están previstas en el código. El acusado trabajaba para una empresa como administrador de sistemas. En razón de su cometido específico tenía acceso a datos confidenciales (claves de acceso de todos los clientes y empleados de la empresa), de modo que, aprovechando ese acceso lícito a la información, copió e instaló en un ordenador personal en su domicilio diversos códigos fuente creados por la empresa, una base de datos con información sobre cuentas de acceso a internet y correo electrónico de numerosos clientes.

secreto con autorización, pero no en la forma en que debiera hacerse, sino dándole un uso distinto y, por ello, con extralimitación o con abuso de funciones. En definitiva, el acceso ilícito se configuraría como aquella acción de procurarse o asegurarse los datos de forma indebida o abusiva.

A nuestro juicio, pues, estas dos modalidades ayunas de referencia legal (reproducción y “apoderamiento” abusivo)<sup>61</sup>, deberían ser asimiladas al apoderamiento, como modalidad de ataque básica, puesto que encarnan, asimismo, supuestos de accesos ilícitos o indebidos.

Por último, procede analizar la tercera modalidad de ataque desprovista de mención específica en estos delitos.

### **5.3.3. La destrucción, alteración o inutilización de los datos o sistemas informáticos de la empresa**

La destrucción, alteración o inutilización de los datos o sistemas informáticos de la empresa constituye la tercera de las modalidades de ataque, que no gozan de previsión específica en la regulación de los secretos.

Respecto de los incidentes que se ejecutan sobre los «datos» o «programas informáticos», la conducta de «destrucción» implica la supresión o borrado total de los datos, la «alteración» se integra por comportamientos de inserción de datos, modificación, supresión parcial y la «inutilización» puede llevarse a cabo mediante la ocultación o la encriptación<sup>62</sup>. La destrucción o modificación de datos o programas, puede ejecutarse mediante la introducción en el sistema de algún tipo de virus<sup>63</sup> y, además, pueden asumir especial lesividad si la información confidencial se cifra en un programa de ordenador (así, pongamos por caso, el *software* de control de producción o de gestión de clientes), ya que podrá verse amenazado por otros comportamientos que atentan contra su propio funcionamiento, por ejemplo, haciendo que la ejecución de tales programas sea mucho más lenta, lo que deviene en un perjuicio o daño en sí mismo.

En cuanto a los incidentes que se lanzan contra los «sistemas de información», suelen cifrarse en comportamientos dirigidos a ocasionar perturbaciones sobre los mismos, por ejemplo, mediante ataques masivos de denegación de servicio (DDoS)<sup>64</sup>. Estos

---

61. Según se ha expuesto, el posible encaje de dichas conductas («reproducción» y «apoderamiento abusivo») en el art. 278.1 CP plantea serios obstáculos.

62. Vid. CORCOY, M., “Protección penal del sabotaje...” en MIR PUIG, S. (Comp.), *Delincuencia informática*, op. cit., p. 166 y GONZÁLEZ RUS, J.J., “Protección penal de...”, en *Jornadas sobre delincuencia...*, op. cit., pp. 532-533.

63. Sobre los tipos de virus (bombas lógicas, gusanos, caballos de Troya, bacterias, virus puros, vid., exhaustivamente, CORCOY BIDASOLO, M., “Protección penal del sabotaje informático...”, op. cit., pp. 150 y ss., MORÓN LERMA, E., *Internet y derecho penal: hacking...*, op.cit., pp. 42 y 43 y FERRANDIS CIPRIÁN, D. “Glosario”, en ORTS BERENQUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001, pp. 182-183.

64. Vid. exhaustivamente, MORÓN LERMA, E. *Internet y derecho penal: hacking...*, op.cit., pp. 43 y ss. y RODRÍGUEZ MOURULLO/ALONSO GALLO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Derecho penal e Internet”, en *Régimen jurídico*, op.cit., pp. 278 y ss.

ataques persiguen sobrecargar o saturar, por medio de artificios informáticos (por ejemplo, creando redes de sistemas esclavos), algunos de los recursos limitados del sistema objeto del ataque hasta hacerlo inoperativo, logrando con ello el bloqueo o interrupción temporal de dicho sistema.

Constatado, pues, que estas acciones revisten idoneidad para poner en peligro la seguridad del secreto de empresa, en su reserva, integridad o disponibilidad, así como de los sistemas de información, debe examinarse cuáles son las vías instauradas en el código penal vigente para sancionar tales amenazas.

Las modalidades de acción analizadas (destrucción, alteración e inutilización) tampoco se hallan recogidas en los artículos 278 a 280 CP, destinados a regular la protección del secreto empresarial. Esa ausencia de previsión específica ha obligado a buscar un posible encaje en otros preceptos del código y, en especial, se ha recurrido al artículo 264.2 CP, regulador del denominado «sabotaje informático», como tipo de cobertura de la citada laguna<sup>65</sup>.

Sin embargo, las peculiaridades de este ilícito (ubicación sistemática en sede de delitos contra el patrimonio, concreción de la propiedad como bien jurídico protegido, regulación de la conducta en un precepto cuya penalidad se asigna por remisión a la del delito de daños materiales y exigencia de producción de un daño económico superior a 400 euros) generan múltiples escollos y problemas aplicativos, en los que, en este momento, no puede abundarse<sup>66</sup>.

Valga advertir que si bien los incidentes contra los datos pueden tener cabida en el art. 264.2 CP, aun con las restricciones que el mismo suscita, por el contrario, el castigo de las intromisiones en los sistemas suscita –en determinadas modalidades de ataques de denegación de servicio y perturbaciones en su funcionamiento–, mayores problemas de encaje por la limitación del objeto material y la demostración del daño evaluable económicamente en cuantía superior a 400 euros.

En conclusión, pues, a tenor de la laguna existente en los art. 278 a 280 CP para reprimir las fuentes de peligro que estos abusos técnicos suscitan sobre el bien jurídico y del encaje forzado e insatisfactorio que tales conductas tienen en el art. 264.2 CP, debería introducirse alguna reforma al respecto. Y, en la configuración de ese precepto, convendría tener en cuenta la circunstancia de que, según se ha advertido, en gran parte de los casos, estas conductas son ejecutadas por empleados de la propia empresa, que gozan de una situación especialmente privilegiada para saber dónde se halla la información y, por tanto, poder alterarla, destruirla o inutilizarla, así como incidir sobre los sistemas de información<sup>67</sup>.

---

65. El art. 264.2 CP establece que «La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos».

66. Acerca de los problemas que plantea dicho precepto, vid., extensamente, MORÓN LERMA, E., «Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos», en *Delito e informática: algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 4, Bilbao, 2007, pp. 117 y ss.

67. Así., vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo de 2006 (JUR 2006/227208), en la que una exempleada lleva a cabo una copia de los archivos relativos a ofertas estudiadas para nuevos concursos públicos, de interés para la competencia, destruyendo los archivos existentes en la empresa para la que había trabajado.

## VI. CONCLUSIONES

La informática y, en general, los avances tecnológicos aumentan vertiginosamente, de modo que los recursos de información y conocimientos se han convertido en fuente de progreso y de negocio a la par que foco de nuevos riesgos de seguridad.

Los informes consultados han puesto de manifiesto que el alcance de los incidentes relacionados con la seguridad de la información en la empresa es amplio y de dimensión generalizada. Se ha comprobado, también, una evolución en la dinámica en los mismos, de forma que, en la actualidad, se producen ataques dirigidos, especializados, de forma oculta y, por todo ello, más peligrosos. Asimismo, se ha constatado que, en su mayoría, estos incidentes tienen como autores a personas pertenecientes a la empresa, que, por lo general, actúan movidos por deseos de venganza o de obtención de provecho ilícito. Esos empleados se prevalecen de las facultades de las que gozan, al ostentar un puesto en la empresa que les permite acceder al sistema informático y ejecutar fácilmente la conducta ilícita. Además, el fácil acceso a programas y técnicas para emprender cualquier asalto informático ha potenciado la ampliación y generalización del sujeto activo de los mismos.

El aumento constante de ataques informáticos, junto con una política de seguridad todavía insuficientemente implantada en la empresa, ha determinado la situación de vulnerabilidad en la que ésta se halla frente a la seguridad de sus datos y sistemas. Consecuencia de lo anterior resulta el impacto económico realmente grave que la comisión de esos incidentes genera, en términos de perjuicios económicos, descenso de la productividad, repercusiones en la cartera de clientes, etc.

Sin embargo, la realidad jurisprudencial de nuestro derecho desvela una escasa persecución de estos delitos y, en aquellos casos en que se insta un proceso penal, éste concluye mayoritariamente con resoluciones absolutorias<sup>68</sup>. A ese índice tan escaso de sentencias condenatorias, contribuyen diversos factores. No conviene olvidar la elevada cifra negra que caracteriza este sector y que impide que llegue a noticia de los órganos jurisdiccionales la noticia del crimen ni tampoco los problemas probatorios inherentes a la criminalidad informática, en los que no ha sido posible abundar. Sin embargo, confluyen, además, otras deficiencias derivadas de la redacción e interpretación de los tipos penales reguladores de estos delitos.

En primer lugar, se han identificado diversos ámbitos de deficiencia legislativa y, a los efectos que interesan, fundamentalmente dos. De una parte, la configuración típica de algunas modalidades atentatorias y, en concreto, de la modalidad de apoderamiento, revela una concepción del peligro anclada en los delitos clásicos de apropiación. Ese entendimiento se demuestra inidóneo para aprehender conductas que resultan equiparables al «apoderamiento físico» en cuanto a gravedad y desvalor, como, por ejemplo, la «reproducción» o «aseguramiento» de los datos, pero que no implican apoderamiento ni traslado físico.

El otro desacierto legislativo se anuda a la omisión de ciertas conductas peligrosas para los datos y sistemas informáticos, como resultan la destrucción, alteración o inutilización de los mismos. En efecto, el legislador parece concebir como única fuente de

---

68. No se ignora la elevadísima cifra negra que reina en este sector de criminalidad.



riesgos el acceso ilícito a los datos y su posible revelación, obviando conductas que suponen similares si no más graves amenazas. Así, por ejemplo, la posible reproducción ilícita del mismo por parte de quien ya lo conoce pero quiere asegurarse su contenido de cara a un posterior uso ilícito (explotación propia o revelación a la competencia), su destrucción o su inutilización o posibles ataques dirigidos a los propios sistemas informáticos que almacenan los datos, conductas todas ellas ayunas de protección en los delitos reguladores de los secretos de empresa. Por último, aunque de menor relevancia, también deviene censurable la presencia en estos ilícitos de un perturbador elemento subjetivo (cifrado en el ánimo de descubrir el secreto) que restringe injustificadamente el ámbito típico y no contribuye a perfilar la tutela del bien jurídico.

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con esas deficiencias técnicas, surgen también controversias hermenéuticas respecto de algunos elementos típicos. Destaca, al respecto, la errónea interpretación jurisprudencial del elemento subjetivo del injusto relativo al ánimo de descubrir el secreto como sinónimo de intención de «revelar», cuestión que tampoco ayuda a una aplicación lógica, desde una perspectiva intrasistemática, de estos preceptos.

En suma, el marco normativo de estos delitos se desvela lastrado por una visión analógica de la información empresarial, en la que los soportes resultaban difíciles de copiar, de alterar y, en definitiva, de dañar. Sin embargo, deberían tenerse en cuenta las peculiaridades derivadas de los formatos digitales, copiados, modificados y suprimidos sin dificultad y difundidos sin fronteras gracias a Internet.

En virtud de lo anterior, y dado el imparable y vertiginoso avance de las TIC, conviene proponer medidas de reforma en el plano legislativo tendentes a subsanar las carencias subrayadas. Asimismo, debe insistirse en la necesidad de que, desde la empresa, se tome conciencia de la problemática existente y, por tanto, se implanten políticas de seguridad que prevengan y minimicen los daños ocasionados por los ataques en la red.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2001.

COLOBRÁN HUGUET, M., *Introducción a la seguridad informática*, Planeta UOC, Barcelona, 2004.

CORCOY, M., “Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños”, en MIR PUIG, S. (Comp.), *Delincuencia informática*, Barcelona, 1992.

FERRANDIS CIPRIÁN, D. “Glosario”, en ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001.

GALÁN MUÑOZ, A. “Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 15.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “Protección penal de sistemas, elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos”, en *Jornadas sobre delincuencia informática, Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, III, Madrid, 1997.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991.

- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la “información” como valor económico de empresa”, en ARROYO ZAPATERO, L. y TIEDEMANN, K. *Estudios de derecho penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.
- MARTÍN ÁVILA, A/DE QUINTO ZUMÁRRAGA, F., *Manual de seguridad en Internet. Soluciones técnicas y jurídicas*, A Coruña, 2003.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte especial*, Valencia, 1999.
- MORALES PRATS, F., “Comentario a los delitos contra la intimidad”, en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 4ª ed., 2005.
- MORÓN LERMA, E. *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Navarra, 2ª ed., 2002.
- MORÓN LERMA, E., *El secreto de empresa: protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Navarra, 2002.
- MORÓN LERMA, E., “Delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y sistemas informáticos”, en *Delito e informática: algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, nº 4, Bilbao, 2007.
- NOMEN, E. “Creaciones intelectuales y estrategia empresarial”, en *Harvard Deusto Business Review*, nº 84, 1998.
- NOMEN, E., “España frente al cambio de reglas contables en la UE para los intangibles”, editado por el *Instituto de Análisis de Intangibles y la Sociedad Estatal DDI*, diciembre 2005.
- RIBAGORDA GARNACHO, A., “Seguridad de las tecnologías de la información”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CDJ, CGPJ, 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO/ALONSO GALLO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Derecho penal e Internet”, en *Régimen jurídico de Internet* (CREMADES/FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ/ILLESCAS, Coord.), Madrid, 2002.
- ROMEO CASABONA, C.M., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, 1987.
- ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1987.
- ROMEO CASABONA, C.M., “Los delitos de daños en el ámbito informático”, en *CPC*, nº 43, 1991.
- ROMEO CASABONA, C.M., “Delitos informáticos de carácter patrimonial”, en *Informática y Derecho*, nº. 9-11.
- ROVIRA DEL CANTO, E. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada, 2002.
- SÁNCHEZ BRAVO, A., *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, Granada, 2002.
- SIMON HANSMAN, R.H., “A taxonomy of network and computer attacks”, en *Computers & Security* (2005), 24.
- TERCEIRO, J.B. *Sociedad digit@l*, Madrid, 1996.

# ESPECIALIDADES PROCESALES EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Prof<sup>a</sup>. Dra. Andrea PLANCHADELL GARGALLO

Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Jaime I de Castellón

**Resumen:** La protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual e industrial precisa no sólo de una adecuada regulación sustantiva, sino también de una correcta regulación procesal, ya que la inadecuada protección de estos derechos puede convertir en inútil cualquier previsión sustantiva, por excelente que sea. El presente trabajo se centra en el orden penal, destacando los problemas y especialidades procesales que en materia de legitimación, determinación del procedimiento adecuado, diligencias de instrucción y prejudicialidad civil, así como en materia de prueba, nos encontramos en la protección penal de la propiedad intelectual e industrial.

**Laburpena:** Jabetza intelektual eta industrialaren eskubideen babes juridikoak erregulazio nabarmena behar du, baita prozesuko erregulazioa ere, zeren eta eskubide hauen babes desgokiak edozein aurreikuspen hutsala bihurtzen du, bikaina izanik ere. Lan hau ordena penalean zentratzen da, legitimazio arloan arazoak eta espezialitate prozesalak nabarmenduz baita prozedura egokiak ere, instrukzio eginbideak eta zibil arloko aurrejudizialtasunak eta frogen eremuan, jabetza intelektual eta industrialaren babes penala.

**Résumé:** La protection juridique des droits de la propriété intellectuelle et industrielle requiert non seulement une régulation substantielle adéquate, mais aussi une régulation procédurale correcte, puisque la protection inadéquate de ces droits peut rendre inutile toute prévision substantielle, aussi excellente qu'elle soit. Le présent travail se centre sur le domaine pénal, en soulignant les problèmes et les particularités procédurales qu'on peut trouver, par rapport à la propriété intellectuelle et industrielle, en matière de légitimation, de détermination de la procédure adéquate, des diligences d'instruction et des questions préjudicielles dans le domaine civil, ainsi qu'en matière de preuve.

**Summary:** The legal protection of intellectual and industrial property rights needs not only a good substantive regulation but also a correct procedural regulation, because an inadequate protection of these rights can make useless any substantive measure, however good it may be. The present work focuses on the penal issues, emphasizing the procedural problems that arise in relation to the penal protection of intellectual property and regarding issues as legitimation, setting the appropriate procedure, proceedings and civil prejudicial questions, as well as concerning evidence.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre "Protección penal de la propiedad intelectual sobre derechos digitales", Leioa, 28 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

**Palabras clave:** Derecho penal, Derecho procesal, Derecho de propiedad intelectual e industrial, Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, zuzenbide prozesala, Jabetza intelektual eta industrialaren eskubidea, jabetza intelektual eta industrialaren babes penalean.

**Mots clef:** Droit pénal, Procédure, Droit de la propriété intellectuelle et industrielle, Délits contre la propriété intellectuelle et industrielle.

**Key words:** Penal Law, Procedural Law, Intellectual and Industrial Property Law, Offences against intellectual and industrial property.

## I. INTRODUCCIÓN

Una adecuada protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual e industrial no sólo depende de la existencia de una adecuada regulación sustantiva, en la que se contemple el contenido de cada uno de estos derechos y los actos que puede realizar el titular de los mismos; sino que es absolutamente necesario que estas normas se completen con una correcta regulación procesal, ya que la inadecuada protección procesal de estos derechos puede convertir en inútil cualquier previsión sustantiva, por excelente que sea.

Pues bien, la tutela procesal de estos derechos se puede llevar a cabo a través de distintos órdenes jurisdiccionales, el contencioso administrativo (principalmente para la tutela de la “fase de registro”), el civil (acciones civiles de nulidad, cesación, reintegración, etc.) y el penal. De entre ellos, nosotros vamos a centrarnos en el orden penal, destacando las especialidades procesales que nos encontramos en la protección penal de la propiedad intelectual e industrial, respecto de las que, pese a las diferencias puntuales, vamos a hacer un tratamiento conjunto.

## II. ESPECIALIDADES PROCESALES

Las particularidades que encontramos en la jurisdicción penal se refieren, básicamente, a la legitimación, al procedimiento adecuado, a las diligencias de instrucción (intervención y destrucción de efectos, medidas sobre la empresa) y a la prejudicialidad civil<sup>1</sup>.

### A) Legitimación

Con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se elimina la necesidad de que para la persecución de estos delitos fuera necesaria la denuncia previa, de forma que estos delitos pasan a ser perseguibles de oficio (art. 287.1 CP). Con la nueva regulación de este artículo, se ha dejado la denuncia como necesaria para los delitos contra el mercado y los consumidores, pero ya no para la investigación y castigo de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Podemos pensar que este cambio legislativo implica una modificación en la concepción del legislador acerca de la necesidad de protección de estos derechos, al

---

1. Ver, sobre varias de estas cuestiones, MARCO COS, J.M., *La instrucción de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, en “La Instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública”, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

otorgar a sus vulneraciones carácter público, mostrando una mayor sensibilidad respecto de la importancia de los derechos vulnerados. Lo cierto es que este tipo de delitos han adquirido hoy una gran importancia, presentando un componente económico muy importante; su comisión es, cuanto menos, muy frecuente y además se producen a la luz pública (piénsese en el top manta y en la venta callejera de ropa y complementos con el diseño y la etiqueta de conocidas marcas)<sup>2</sup>. Por otro lado, tampoco podemos desdeñar la presión que hayan podido ejercer diferentes grupos a los que estos delitos afectan especialmente (piénsese en todas las campañas a favor y compra del canon por la adquisición de cd, dvd, reproductores de mp3, etc.).

Por tanto, el proceso por delitos contra la propiedad intelectual e industrial podrá comenzar por cualquiera de las vías ordinarias (denuncia, atestado policial, querrela del perjudicado o del acusador popular, de oficio). Como indica CABAÑAS GARCIA “la prerrogativa de poder incoar procedimiento sin depender del agraviado, solventa de paso un problema de práctica forense no menor (y además común entre los delitos semipúblicos): el de los casos en que los órganos de instrucción, sobre todo los cuerpos de policía judicial, reciben noticia o practican actuaciones de averiguación preliminar sin cobertura formal, y la validez de esos actos en cuanto sanados o no por la posterior denuncia del sujeto. La postura de las Audiencias ha tendido a reputarlas... como una especie de “diligencias de prevención”, no afectadas de nulidad sino anulables, que se salvan a virtud de esa denuncia posterior...”<sup>3</sup>.

Simultáneamente, como se ha observado<sup>4</sup>, con la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 287.1 CP quedará sin contenido –aunque no derogado expresamente– el segundo párrafo del artículo 282 LECRIM., con arreglo al cual los funcionarios de la policía judicial, aunque no se haya formulado denuncia, deben llevar a cabo las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Al pasar a ser delitos perseguibles de oficio, serán de aplicación, como cuando se trata de cualquier delito público, las diligencias policiales comunes de averiguación del delito, descubrimiento del presunto delincuente y aseguramiento de las piezas de convicción.

Complementariamente, el art. 771.1 LECRIM establece expresamente que la información de derechos prevista en este artículo, concretamente en lo que nos interesa en este momento el ofrecimiento de acciones de los arts. 109 y 110, deberá hacerse también a “aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos”. Entre estas últimas, claramente, debe-

---

2. Lo cierto es que estas mismas consideraciones se podrían hacer respecto a los delitos contra el mercado y los consumidores, mientras que éstos no han sido modificados y sigue siendo necesaria la previa denuncia para su persecución.

3. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, pág. 89.

4. PONS VIVES, A., *Reforma del Código Penal. Protección penal de la marca en la LO 15/2003*, Revista IURIS, núm. 83, mayo 2004, pág. 49.

mos entender incluidas, además de a los terceros a quienes se haya cedido el derecho, a las entidades de gestión colectiva<sup>5</sup>.

## **B) Determinación del procedimiento adecuado**

Conforme a la modificación de la LECRIM por la Ley Orgánica 15/2003 los procesos penales por estos delitos se tramitarán conforme al procedimiento abreviado. No obstante, la Ley Orgánica 8/2002, reguladora del enjuiciamiento rápido de determinados delitos, permite que también puedan tramitarse, según los casos, como juicios rápidos. Asimismo han de tenerse en cuenta las disposiciones de los arts. 816 a 823 bis de la LECRIM en el caso de que la infracción a la propiedad intelectual se produjera a través de un medio de comunicación pública, como televisión, radio o Internet.

### **1) Procedimiento Abreviado**

Como es sabido, el art. 757 LECRIM establece la procedencia de este proceso para el enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o con otras de distinta naturaleza, conjuntas o alternativas, de cualquier cuantía o duración. Las penas señaladas en los artículos 270 al 277 del Código Penal para estos delitos se mantienen dentro de dichos límites.

### **2) Juicio Rápido**

La aplicación del juicio rápido se delimita en el art. 795 LECRIM, partiendo del ámbito objetivo del procedimiento abreviado, exigiéndose la concurrencia de los tres criterios siguientes:

**1º)** Gravedad de la pena, pues se prevé únicamente para delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años, o con cualquier otra pena, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía.

**2º)** Que el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial, de forma tal que al Juez de Guardia le llega la *notitia criminis* por esta vía. Con esta previsión se excluye la incoación por denuncia particular, querrela o por el Ministerio Fiscal, ya que lo que se pretende es que la actividad instructora se pueda concentrar ante el Juez de guardia, para lo que será necesario que éste, al incoar las diligencias urgentes propias de estos procesos, cuente ya con el material instructorio que la Policía habrá presentado con el atestado (acelerada instrucción concentrada), lo que no sería factible si el proceso se incoa por un particular al que no puede pedirse que haga estas actuaciones. Pero que además, la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o citado ante él, por tener la condición de denunciado en el atestado policial, es decir, tiene que darse una disponibilidad personal del presunto responsable. Respecto a esta exigencia, podemos encontrarnos con un problema en los casos en que haya una pluralidad de autores y sólo hayan sido detenidos o citados algunos de ellos, de forma que se puede entender que, salvo en los supuestos en que pueda darse el enjuiciamiento independiente de los mismos, no podrá acudirse a los juicios rápidos.

---

5. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, pág. 90.

Esta exigencia debe entenderse matizada por la previsión del art. 796.4, al permitir que cuando la Policía Judicial tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del art. 795, respecto del cual, no habiendo sido detenido o localizado el presunto responsable, fuera previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, que se remitirá al Juzgado de guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado de acuerdo con lo previsto para este proceso.

**3º)** Por último, es necesaria la concurrencia alternativa de alguna de las siguientes circunstancias, todas ellas referidas al tipo delictivo:

**a)** Que se trate de un delito flagrante.

**b)** Que se trate de alguno de los delitos a que se refiere el art. 795.1-2º, entre los cuales encontramos expresamente los delitos flagrantes contra la propiedad intelectual e industrial<sup>6</sup>.

**c)** Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea relativamente sencilla, aunque en ellos no se den las circunstancias anteriormente vistas. Con esta posibilidad se está permitiendo que cualquier delito castigado con menos de 5 años de pena privativa de libertad (10 si es de otra naturaleza), sea juzgado por este procedimiento.

La posibilidad de que estos delitos puedan enjuiciarse a través de los trámites de los juicios rápidos no deja de plantear algunos problemas que, sin ser ajenos a los demás delitos que se enjuician por esta vía, se deben en parte a las características propias de estos delitos.

En primer lugar, la flagrancia viene definida legalmente en el art. 795 LECRIM como inmediatez de la acción delictiva (entendida como el descubrimiento del delincuente en el momento mismo en que está ejecutando el delito o en un momento inmediatamente posterior a su comisión), inmediatez personal (de forma que el delincuente esté presente) y una necesidad urgente de intervención para evitar que siga cometiendo el delito, detener al delincuente y obtener pruebas que puedan desaparecer<sup>7</sup>.

---

6. Debemos señalar que el apartado h) de la regla 2ª del citado artículo 795.1 cuando indica los delitos que van a ser enjuiciados como juicio rápido e incluye los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, ya les añade el calificativo de flagrancia. Llama la atención esta reiteración ya que en la regulación de estos juicios la flagrancia es uno más de los requisitos establecidos en el art. 795.1-1º LECRIM para proceder al enjuiciamiento rápido.

7. Así se entiende también por la jurisprudencia, véase, las SS TC 341/1993, de 18 de noviembre; 94/1996, de 28 de mayo; y de las SS TS de 9 de julio de 1994 (RA 5702); 9 de febrero de 1995 (RA 801); 7 de junio de 2000 (RA 4161); 16 de marzo de 2001 (RA 1903); 15 de noviembre de 2002 (RA 10479), entre otras. Expresamente, el art. 795 establece que "... se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no solo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente '*in fraganti*' aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él".

CABAÑAS considera que tampoco existe razón de fondo alguna para no acudir al enjuiciamiento rápido el margen de la flagrancia, si concurren los demás presupuestos del art. 795.1 y 3<sup>a</sup>, en tanto que se considere que la investigación no presentara dificultades<sup>8</sup>, lo que parece no ocurrirá en los subtipos agravados de los arts. 271 y 276 CP.

No es fácil aventurar qué proporción de delitos contra la propiedad industrial o intelectual es susceptible de tramitación por el procedimiento rápido. En bastantes ocasiones la comisión del delito, especialmente los casos de delitos contra el diseño industrial, no resultará tan evidente para justificar este procedimiento, ya que la actividad instructora para determinar la tipicidad del hecho no siempre será sencilla y tampoco será evidente la prueba de comisión del hecho delictivo, sino que será necesaria actividad instructora complementaria de cierta importancia (por ejemplo, pueden ser necesarias pruebas periciales, en determinados casos, para determinar la identidad entre el diseño objeto del proceso y el que se intenta proteger). En cambio, de determinadas violaciones del derecho a la propiedad intelectual encontramos más ejemplos, ya que todos aquellos casos en que la policía procede a la detención de vendedores del *top manta* entran dentro de estas situaciones. En todos ellos se repite el mismo patrón: Observación por la policía de determinadas conductas sospechosas; dirigirse a las personas de las que se sospecha están cometiendo el delito; ante la inminencia de ser preguntados por la Policía en muchas ocasiones se produce la huida de los sospechosos, abandonando los productos cuya supuesta venta se pretendía.

En definitiva, si bien es cierto que, con arreglo al tenor de la ley procesal, la tramitación de los procesos por delitos contra la propiedad industrial puede seguirse tanto por los cauces del procedimiento abreviado, como por los de los juicios rápidos, la naturaleza de dichos delitos y los requisitos de los juicios rápidos hacen prever que no todos ellos serán enjuiciados por medio de los llamados juicios rápidos, más bien al contrario.

## C) Diligencias de instrucción

### 1) Intervención

Nos encontramos aquí con dos tipos de medidas cuya finalidad es completamente distinta, y no siempre cautelar: Las dirigidas a garantizar las responsabilidades pecuniaras derivadas del hecho punible y las tendentes a la conservación de las cosas relacionadas con el delito<sup>9</sup>.

Con las medidas que permiten conservar los objetos relacionados con el delito se pretende facilitar el esclarecimiento de los hechos y asegurar las fuentes de prueba, mediante la aprehensión y posterior depósito de las mismas. En ellas, la finalidad cautelar es secundaria, ya que en primer lugar se dirigen a evitar la pérdidas de los efectos e instrumentos del delitos y sólo cuando esto se ha conseguido servirán también, por sus características, para asegurar la responsabilidad pecuniaria.

8. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, págs. 91 y 92.

9. GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Ed. Colex, Madrid 2000, págs. 332 a 333.



Estas medidas pueden acordarse por el Juez Instructor durante la práctica de las primeras diligencias, entre las cuales incluye el art. 13 LECRIM las de “consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación”. El destino de los bienes aprehendidos depende de la naturaleza de los mismos. Si los objetos fueran perecederos o pudieran sufrir una depreciación notable por el transcurso del tiempo, “el Juez o Tribunal que conozca de la causa, oído el Ministerio Fiscal, podrá ordenar su venta en pública subasta, ingresándose su precio en la Caja General de Depósitos a resultas de lo que en definitiva se acordase en la sentencia”. Con carácter provisional el órgano judicial puede acordar que los bienes permanezcan en poder de su propietario, si fuere conocido.

## **2) Destrucción de efectos**

El artículo 338 LECRIM, tras referirse a la conservación de los instrumentos y efectos relacionados con el delito, permite su destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resulte necesaria o conveniente, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario o, en su caso, a la persona en cuyo poder fueron hallados, dejando la debida constancia en autos.

Si bien el tenor de la ley nos permite afirmar que cabe acordar esta destrucción respecto de los efectos de cualquier delito, lo cierto es que la práctica de los tribunales nos muestra una cierta reticencia al uso de la medida, salvo en los casos de armas y drogas tóxicas, por su propia peligrosidad (a los que expresamente sí se refiere la ley), ya que en esencia supone la desaparición de elementos que siendo efectos del delito son, al mismo tiempo, pruebas de su comisión y de ellos se pueden derivar datos importantes para la investigación.

El art. 338 LECRIM, redacto por Ley Orgánica 15/2003, de reforma del Código Penal, hace expresamente extensiva a los efectos e instrumentos relacionados con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la posibilidad de destrucción “una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente”. Por lo tanto, la norma indica expresamente la posibilidad legal de proceder a la destrucción de los efectos e instrumentos de estos delitos, una vez que “hayan sido examinados pericialmente”, lo que viene a ser equivalente a la prevención de los párrafos segundo y tercero del citado artículo 338 LECRIM sobre la necesidad de dejar “muestras suficientes” y “constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos”.

El documento en que se dejará constancia de estos particulares constituye prueba pericial preconstituida, por lo que para ser valorados por el tribunal será necesario que en su elaboración hayan participado las partes, con respeto al principio de contradicción. Como en cualquier otra situación idéntica a ésta, la necesidad de participación de las partes en la prueba puede plantear algún problema en los casos en que no hayan tenido intervención quienes en el momento procesal de la investigación en que se llevó a cabo no tenían la condición de imputados.

Esta diligencia, en los delitos que nos ocupan, puede constituir la principal prueba de cargo de la ilicitud del diseño objeto del proceso, de la falsedad del producto, etc. Y ha de advertirse también que la elaboración de la prueba puede presentar, según los casos, características técnicas complejas.

La posibilidad de destrucción de los efectos e instrumentos del delito debe compaginarse con lo previsto en el art. 127 CP, es decir, con la posibilidad de vender los bienes de lícito comercio intervenidos para aplicar el precio obtenido de dicha venta a cubrir la responsabilidad civil de los autores del delito. Por tanto, no será aconsejable la destrucción de todos los efectos relacionados con el delito, por cuanto los que puedan ser vendidos deberán conservarse para atender con el precio que se obtenga de la venta al pago de las responsabilidades civiles.

### 3) Medidas sobre la empresa

Con la redacción actual del art. 288 CP se han resuelto todas las dudas respecto a la posibilidad de que en los casos que nos ocupan puedan adoptarse cualquiera de las medidas previstas en el art. 129 CP. La adopción de estas medidas corresponde en principio al juez o tribunal sentenciador. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo prevé expresamente que la clausura temporal y la suspensión, nunca por más de cinco años, pueden ser acordadas por el juez instructor. La utilidad de estas medidas en el caso que nos ocupa parece evidente para facilitar la investigación, ya que impiden que se modifique el estado de cosas existente al tiempo de iniciarse la investigación y permite prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

Se ha planteado la cuestión de si cabe la adopción de las medidas cautelares previstas en los apartados 7 a 9 del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cese en la actividad o abstención de llevar a cabo determinada conducta, intervención y depósito de ingresos derivados de determinada actividad, depósito temporal de objetos que se consideren producidos con infracción de las normas sobre propiedad industrial), teniendo en cuenta el carácter supletorio de esta norma procesal<sup>10</sup>. Con base en este carácter supletorio podría decirse que nada obsta a la aplicación en el procedimiento penal que se siga para la investigación de un delito contra la propiedad intelectual o industrial de las medidas cautelares previstas en el artículo 727 LEC.

Pese a que se podrían dar argumentos en contra de la aplicación de estas medidas (basadas principalmente en la distinta naturaleza jurídica de las normas de la LEC y las del CP), lo cierto es que la adopción de medidas cautelares civiles en el proceso penal viene permitida por la propia legislación especial para la tutela de la propiedad intelectual e industrial. Así, por ejemplo, el art. 143 de la Ley de Propiedad Intelectual lo permite expresamente, sin perjuicio de las que puedan adoptarse al amparo de la legislación procesal penal, lo que supone una remisión al art. 727 LEC, que enumera una relación de medidas cautelares a decretar y permite la adopción de cualesquiera otras necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia principal (art. 727.11<sup>a</sup> LEC)<sup>11</sup>.

Cuestión distinta es que a la misma finalidad a que tiende alguna de estas medidas, por ejemplo la consistente en el depósito de ejemplares de las obras u objetos produ-

---

10. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, que admite la aplicación de tales medidas cautelares del proceso civil. El artículo 4 LEC dispone que la ley procesal civil tiene carácter supletorio "en defecto de disposiciones en las leyes que regulan" los demás tipos de procesos (penales, laborales, etc.).

11. ARMENGOT VILAPLANA, A., *La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial*, Diario La Ley nº 5670, de 5 de diciembre de 2002.

cidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial (art. 727.9 LEC), se llegue mediante las diligencias características de la instrucción penal consistentes en la intervención de los efectos e instrumentos del delito (arts. 13, 299 y 334 LECRIM), sin necesidad, por lo tanto, de acudir a la legislación procesal civil.

## **D) Prejudicialidad civil**

El principal problema que presenta la prejudicialidad civil es si su planteamiento provocará la suspensión del proceso penal hasta su resolución. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha zanjado esta cuestión, considerando que el art. 10 LOPJ resulta de aplicación preferente al régimen de las cuestiones prejudiciales contenido en la LECRIM<sup>12</sup>.

## **E) Algunas particularidades en materia de prueba**

Desde el punto de vista probatorio, el análisis de la jurisprudencia nos permite detectar una serie de problemas que se repiten sistemáticamente, en la mayoría de los casos derivados de la regulación penal de las figuras delictivas que nos ocupan, pero que obviamente tienen trascendencia procesal. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, nos encontramos con las siguientes cuestiones: La necesidad de acudir con “demasiada frecuencia” a la prueba pericial, ante la falta de prueba de cargo directa; los problemas de determinación de la titularidad del derecho y de las obras perjudicadas, siendo éste requisito inexcusable de la tipicidad penal; la necesaria determinación del perjuicio a terceros y la exactitud del informe pericial.

### **1) Prueba indiciaria**

En este sentido, encontramos un importante número de sentencias en que se analiza si existen o no indicios suficientes para condenar a los acusados en supuestos por estos delitos. En todas ellas, partiendo de la jurisprudencia comúnmente aceptada sobre la prueba por indicios, se plantea el problema de si, ante la ausencia de prueba de cargo directa, los indicios que se tienen cumplen los requisitos constitucionales que permiten condenar en base a ellos.

Interesante es en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de febrero de 2007 (RA 305), en la que se acude a la prueba indiciaria para analizar si se ha acreditado o no el elemento intencional integrante del tipo penal por el que eran acusados, si bien adelantamos que no lo consideran concurrente. A los acusados se les intervienen 297 patinetes eléctricos, provenientes de China con destino a un comercio de Madrid, de los que al averiguar los modelos de utilidad se comprueba que son titularidad de una entidad que no había autorizado su importación por los acusados. La condena de los acusados pasaba por acreditar que éstos conocían esa circunstancia, lo que no pudo hacerse (por el contrario, la acusación particular considera que los acusados conocían necesariamente la existencia y titularidad de sus modelos de utilidad 9702913 e industrial 141.441 por su condición de comerciantes profesionales, por haber presentado un escrito ante el juzgado de instrucción de Valencia aportando una

---

12. Véanse las SS TS de 24 de julio de 2001 (RA1490) y de 29 de octubre de 2001 (RA 2059).

copia del Boletín de la Propiedad Industrial que publica el modelo industrial del que es titular Taiwán Motorbikes, y por haber sido comercializados los patinetes por el Corte Inglés y también por Coca Cola como artículo promocional, debiendo presumirse la concurrencia del dolo en este tipo de delitos)<sup>13</sup>. Pues bien, la sentencia referida establece que:

*“... Igualmente debe destacarse que nos encontramos ante un elemento de carácter subjetivo que como tal no es perceptible por los sentidos ni puede ser acreditada su concurrencia a través de prueba directa. Al pertenecer a la esfera interna del sujeto debe evidenciarse por aquellos factores externos que lo revelan.*

*Conforme constante doctrina jurisprudencial (STS 21.3.00 [RJ 2000, 2673]), la inexistencia de prueba de cargo directa sobre el dato o hecho de que se trate no impide que la presunción de inocencia pueda desvirtuarse mediante la llamada prueba indirecta o indiciaria, por la cual a partir de determinados hechos o datos base cabe racionalmente deducir la realidad del hecho consecuencia. Para ello son precisos determinados requisitos:*

*A) Que los indicios estén plenamente acreditados; y que además sean plurales, o excepcionalmente sea único pero de una singular potencia acreditativa; sean concomitantes al hecho que se trate probar y estén interrelacionados, cuando sean varios, reforzándose entre sí (Sentencias de 12 [RJ 1996, 5688] y 16 de julio de 1996 [RJ 1996, 5915], entre otras).*

*B) Que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de demostración, existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (Sentencias de 18 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7530]; 19 de enero [RJ 1996, 2] y 13 de julio de 1996 [RJ 1996, 5930], etc.).*

*C) Que la Sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que apoya el juicio de inferencia, y que explicita el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.*

*Pues bien, en el supuesto de autos la juzgadora de instancia no ha alcanzado la necesaria convicción de que los acusados tuvieran conocimiento de la existencia de los registros a favor de Taiwan Motorbikes. No se trata efectivamente de registros notorios, la propiedad de la Acusación Particular recaía sobre unos modelos de utilidad e industrial muy concretos que no eran conocidos de modo patente en el mercado, como pueden serlo otras marcas o signos distintivos conocidos al menos por una generalidad de personas, como por ejemplo las marcas o signos distintivos utilizados por Chanel, Polo, Lacoste etc. El que los patinetes fueran comercializados por El Corte Inglés o hubieran sido utilizados en una campaña promocional por Coca Cola no les convierte en notorios. Y el hecho de que, una vez intervenida*

---

13. En sentido similar, puede consultarse las SS AP de Barcelona, de 2 de febrero de 2007 (RA 219038); AP de La Coruña de 13 de junio de 2006 (RA 205762). También, las SS AP de Bizkaia, de 20 de marzo de 2007 (RA 136944); AP de Pontevedra, de 13 de febrero de 2007 (RA 88222); AP de Barcelona de 31 de enero de 2007 (RA 133223); AP de Brugos, de 6 de octubre de 2006 (RA 286265); AP de Cádiz, de 27 de enero de 2004 (RA 62218).

*la mercancía en la Aduana, se presente un escrito ante el juzgado de Valencia acompañando copia del Boletín de Propiedad Industrial donde consta el modelo industrial de Taiwán Motorbikes lo único de evidencia es que los denunciados, una vez conocida la intervención de sus productos en la Aduana, trataron de rescatarlos intentado acreditar que no respondían al mismo modelo industrial que los distribuidos por aquélla. Y por último, la condición de comerciantes de los acusados no les convierte sin más en conocedores de las características de todos los productos que comercializan y de los modelos de utilidad e industriales que les corresponden, máxime cuando la actividad de éstos no es especializada dedicándose a la distribución en España de los más variados productos procedentes de China.*

*Es evidente pues que los datos aportados por la Acusación Particular y sobre los cuales pretende acreditar la concurrencia del elemento intencional de la infracción que se imputa a los acusados no reúnen las notas necesarias para integrar una verdadera prueba indiciaria, pues solo con ellos no puede alcanzarse una deducción razonable según las reglas de la lógica y de la experiencia que lleve a una única conclusión posible, esto es, que los denunciados conocieran la existencia de los registros.*

*Y no hay, según reiterada doctrina jurisprudencial, posibilidad de una comisión culposa porque es preciso el dolo genérico sobre la acción en el sentido de que el autor sea consciente de su significación y, además, es necesario el dolo específico de la intención o ánimo defraudatorio, lo que no concurre en el presente supuesto, tal como razonadamente expone la juzgadora de instancia, con argumentos que no han sido desvirtuados en el recurso.*

*Por lo expuesto, estimamos que no existe prueba de cargo suficiente para estimar acreditada la participación de los acusados en los hechos enjuiciados y, en concreto, de su conocimiento de la existencia de los registros. Y, tal y como se expresa en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S, 26-11-2001, a que más arriba se hacía referencia, la protección penal de la propiedad industrial es muy positiva en cuanto favorece la libertad de elección del consumidor y estimula el esfuerzo empresarial, pero no puede llevarse más allá de lo que el legislador ha fijado como presupuestos del delito – objetivos y subjetivos – de forma inequívoca. La acción dolosa, con el dolo específico ya definido, resulta imprescindible para afirmar la realidad de la infracción penal,*

*Procede en consecuencia, con desestimación del recurso formulado, la confirmación íntegra de la resolución recurrida.”*

Por su claridad, queremos destacar también lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 6 de octubre de 2006 (RA 286265):

*“...existen los siguientes indicios que prueban que la finalidad de los CDs y DVDs ocupados en la bolsa al acusado estaban destinados a su venta:*

*1) la ocupación en una bolsa de tan importante cantidad de DVDs y CDs falsos que no encuentra explicación distinta a la que su destino fuera la venta, máxime cuando el acusado entraba y salía de establecimientos públicos.*

*2) La ausencia de una justificación mínimamente creíble de su tenencia por el acusado, dadas las contradicciones en que ha incurrido el acusado.*

*3) El hecho de que al verse sorprendido por la policía emprendiera la huida.*

*Indicios que le llevan a la convicción de que el propósito del acusado era su venta a terceros.”*

## 2) Determinación de los titulares del derecho

Al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007 (RA 137096) establece, en su Fundamento Jurídico Tercero:

*“... , hemos de partir necesariamente del relato de hechos probados de la sentencia apelada, al que se remite el Ministerio Fiscal para comprobar si del mismo, surgen todos los requisitos de tipicidad que el apelante sostiene que concurren, necesarios para la condena penal que se solicita.”*

*Pues bien, de dicho relato fáctico lo primero que se deduce es que, no aparece acreditada la procedencia de las películas intervenidas, ni quienes sean exactamente los titulares de los derechos de propiedad intelectual en relación a las concretas copias intervenidas, ni que estas efectivamente pertenezcan a dichos posibles titulares. Las expresiones utilizadas en dicho relato fáctico, segundo párrafo, son tan genéricas o imprecisas que no permiten por sí solas saber de que títulos cinematográficos, supuestamente protegidos, estamos hablando en concreto y, por tanto, tampoco quienes pudieran ser los autores, productores o hipotéticos beneficiarios de los derechos de propiedad intelectual. Hubiera sido precisa la concreción de cada título y la mención específica del titular correspondiente, pero esto no se ha hecho.*

*Y ocurre que la adecuada concreción de los titulares específicos de los derechos de propiedad intelectual, así como de las obras perjudicadas, también concretas, que supuestamente les pertenecen es requisito inexcusable de la propia tipicidad penal. No cabe hablar en este delito del artículo 270 del Código Penal de titulares genéricos o ilegibles -como consta en instrucción- ni de obras o copias de las mismas, de las que no se conoce su título, autor o productor en particular.*

*En este sentido debemos traer a colación la STS de 2 de octubre de 2002, nº 1578/2002, rec. 451/2001, que absolvía a los acusados de un delito del artículo 270 del Código Penal, entre otras razones, porque no se habían concretado en el relato de hechos probados esos titulares de derechos. Al respecto nos dice dicha resolución que: «Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajenidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película «Lobo» o de las otras películas que se dicen «replicadas» halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgan o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo».*

*Y esto no se ha hecho en el caso que nos ocupa. No sólo es que el relato de hechos probados de la sentencia apelada no identifique debidamente a esos titulares concretos, o sus obras, sino que ni siquiera podía haberlos identificado por su cuenta, cuando la realidad es que ni el Ministerio Fiscal reseña en su conclusión 1ª de su escrito de acusación quién o quiénes sean los titulares de los derechos cuya protección penal invocan; tampoco de qué obras en particular estamos hablando. Todo son alusiones genéricas o vagas que no sirven a la debida identificación de titulares y obras en particular...”<sup>14</sup>*

En sentido similar, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de marzo de 2007 (RA 173654):

---

14. Igualmente, puede verse la S AP de Madrid, de 6 de marzo de 2007 (RA 173654).

*En los folios 12 a 14 de las actuaciones invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, integrados en el atestado nº 7302 de la Comisaría de Policía Nacional de Tetuán, simplemente recogen una relación de CD's y DVD's incautados el día 26 de abril de 2005, según se manifiesta en dicha fotocopia, pero en ningún momento se especifica en dichos folios designados por el Ministerio Fiscal quiénes son los titulares de la propiedad intelectual de dichas películas o DVD o los titulares de los derechos de explotación de las mismas.*

*Sin perjuicio de que los informes periciales no pueden ser valorados en esta segunda instancia, en tanto, es prueba de carácter personal que no ha sido practicada ante la inmediación de este tribunal de apelación, dichos informes periciales solamente se pronuncian sobre que 3 de los DVD «son falsos», pero no se pronuncia sobre la titularidad de la propiedad intelectual o de sus derechos de explotación de las obras contenidas en los DVD.*

*Ninguno de los testigos que declararon en el acto de juicio oral se pronunció sobre la identidad de los titulares de la propiedad intelectual de las obras contenidas en los DVD intervenidos. Sólo a preguntas del Magistrado del Juzgado de lo Penal, los funcionarios de Policía Municipal NUM000 y NUM001 manifestaron que habían hablado con el representante legal de EGEDA, quien les facilitó los perjuicios económicos de las entidades. Estos funcionarios manifestaron que «el 84% es el perjuicio de la representante legal de EGEDA».*

*Tales manifestaciones, sin perjuicio que como hemos dicho, en tanto prueba de carácter personal no la podemos valorar en esta segunda instancia, tampoco identifica a los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de su explotación de las obras contenidas en los DVD intervenidos.*

*De hecho, fue solicitada como medio de prueba por el Ministerio Fiscal la declaración del representante legal de la entidad EGEDA, supuesta entidad que según el Ministerio Fiscal representa a los titulares de la propiedad intelectual de las obras contenidas en los DVD o bien de los titulares de los derechos de explotación de dicha propiedad intelectual, pero este representante legal de EGEDA no compareció al acto del juicio oral a pesar de estar citado legalmente (folios 137 y 138), habiendo renunciado el Ministerio Fiscal a su testimonio.”*

### **3) Determinación de perjuicio**

Estamos ante otro problema práctico intrínsecamente relacionado con el anterior, de hecho es la misma Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007 (RA 137096) la que permite hacernos una idea de esta cuestión:

*“La falta de concreción de la identidad de los posibles titulares, debidamente individualizados, nos lleva también a otro requisito del tipo: el necesario perjuicio a tercero. La propia STS antes reseñada destaca que «sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del artículo 270 del CP» añadiendo en otro momento que «una sentencia condenatoria carece de toda justificación jurídica y lógica cuando un elemento esencial de la tipicidad debe ser demostrado en la fase de ejecución de la sentencia, dado que todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar sentencia».*

*Pues bien, tampoco de la conclusión 1ª del escrito de conclusiones provisionales, luego elevada a definitiva, o sea, el apartado que ha de concretar «los hechos» por los que se acusa, se deduce la existencia de ese perjuicio a tercero que exige, como requisito de tipicidad, el artículo 270 CP. El Ministerio Fiscal ni siquiera lo menciona, lo que tampoco sirve a la tipicidad penal. Como dice la STS, a la que nos*

*venimos refiriendo «todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar sentencia». Por ello tampoco es extraño que la sentencia de instancia no haya podido fijar perjuicio alguno para tercero, por lo que «sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del artículo 270 CP».*

Igualmente clarificadora es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 6 de octubre de 2006 (RA 286265):

*“...En segundo lugar alega la defensa del acusado la infracción del artículo 270.1 del Código Penal al entender que incluso la conducta de venta de los objetos ocupados no es constitutiva de infracción penal, al no existir perjuicio real ni a las entidades propietarias de los objetos protegidos por la normativa de la propiedad intelectual ni a los compradores.*

*La cuestión planteada ha sido ya resuelta por la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2004, cuyo criterio debe reiterarse en esta resolución por ser perfectamente aplicable al supuesto sometido a enjuiciamiento.*

*El referido artículo 270 del Código Penal en su párrafo primero, dispone: «será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de doce a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». Es decir, entre los elementos constitutivos del delito tipificado en el art. 270.1 Código Penal figura el «perjuicio de tercero», es decir, para que la venta de una obra musical en soporte CD y de una película en soporte de DVD resulte encuadrable en el antedicho tipo delictivo, es necesario, según se desprende del tenor literal del citado precepto, que con esa venta se perjudique a terceros; existen dos posibles grupos de «perjudicados», a saber:*

*a) Por un lado, los consumidores, los adquirentes finales de los CDs y DVDs; pero a la vista de las actuaciones resulta obvio que no existe perjuicio para los mismos, ya que, por una parte tenemos que, según se desprende del informe pericial emitido por el Servicio de Criminalística de la Comisaría Provincial de Burgos (folios 16 a 25 de las actuaciones), «ninguno de los 207 CDs cumple con los requisitos técnicos que presentan las copias originales, lo que se aprecia a simple vista, debido a que las grabaciones se han hecho sobre un soporte de disco DR-R (...) presentan carátulas, realizadas por reproducción fotomecánica, del álbum original, siendo de baja calidad, se encuentran en el interior de un estuche de plástico, con una deficiente presentación. Las características de los DVDs responden en términos generales a las de los CDs, y son copias de sus originales o de sus copias». Ello conduce a la afirmación de es más que evidente estar en presencia de una copia ilegítima y sin que, por otra parte, se oculte en momento alguno esta circunstancia a un potencial cliente. Estamos, por tanto, ante el típico compacto pirata de venta ambulante, el cual no ofrece duda alguna al comprador sobre su falsedad. En definitiva, de la lectura del informe pericial emitido se desprende, que las copias de CDs y DVDs intervenidas, tanto en lo que respecta a la carátula como al disco, son burdas imitaciones, con las que no se pretende, ni se puede engañar a nadie, no existiendo, por consiguiente, perjuicio para los consumidores.*

*b) En segundo lugar, y conforme manifestamos en el acto del juicio oral, cabe plantearse un segundo grupo de «perjudicados»: Las compañías discográficas o distribuidoras; y consideramos que tampoco existe tal «grupo de perjudicados» si*



*atendemos al mínimo o nulo impacto que puede ocasionar la venta de los DVDs y CDs cuya falsedad no ha sido ocultada en ningún momento que son ofrecidos a personas que se encuentran en establecimientos públicos, muchas de las cuales ni siquiera son usuarios de dichos productos.*

*Como expresa la SAP Las Palmas 07.02.01, en un caso similar al que nos ocupa, con la salvedad de que se refiere a unas cintas de vídeo, hemos de poner de manifiesto que al aplicar el art. 270 CP, «nos encontramos ante una norma sancionadora que, como tal, ha de ser interpretada estrictamente, por lo que el perjuicio a terceros en cuanto elemento del delito del art. 270 CP. ha de ser efectivo, real; y por supuesto, ha de consistir en un «perjuicio», un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no les ocasiona (refiriéndose a las grandes Distribuidoras), por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, a cualquiera de las referidas sociedades mercantiles. Pero tampoco a los compradores -aparte de que éste no es el bien jurídico protegido con la tipificación del delito objeto de atención-, pues al ser tan burda la grabación y tan patente que no proceden de las casas distribuidoras de las originales -las carátulas son fotocopias fácilmente identificables como tales- que quien las adquiere es consciente de que se trata de una copia «casera», sin garantías de precisión y, por supuesto, sin demérito para las casas distribuidoras o productoras...».*

*Por otro lado, no toda violación del derecho de propiedad intelectual es constitutiva de un delito relativo a dicha propiedad; sólo cuando el hecho resulte claramente comprendido en los preceptos del Código Penal que tipifican los distintos delitos sobre la materia que prevé dicho texto legal punitivo. La Ley de la Propiedad Intelectual al regular la protección de los derechos reconocidos en la misma (Libro III) concede al titular de estos derechos otras acciones tendentes a dicho fin (arts. 133 al 136), de tal manera que la penal únicamente es ejercitable con éxito cuando concurren los elementos integrantes del delito, lo cual no sucede en el supuesto enjuiciado, según hemos expuesto, pues no obstante constituir el hecho una violación del derecho de propiedad intelectual, dicha violación no reúne los requisitos necesarios para ser sancionada como delito del citado art. 270.1 del Código Penal. Para ello se requiere, un efectivo perjuicio a terceros, no apreciable en el presente caso, lo cual no significa que todo supuesto de reproducción o venta de cintas de vídeo sin autorización del titular de la propiedad intelectual quede fuera del campo jurídico-penal. Y es que no resulta equiparable una actuación aislada como la del acusado con aquéllos otros en que quien reproduce o vende los CDs y DVDs cuenta con una organización -lo que no consta suceda con el acusado- por poco amplia que sea, por medio de la cual lleva a cabo una «distribución» de las mismas, según las características de esta actividad en el campo económico; venta en masa. Y por otro lado que el titular de la propiedad intelectual tenga un potencial económico, un volumen de negocio que se ve afectado negativamente con la referida distribución ilegal.*

*Así lo entiende la jurisprudencia mayoritaria y las fuerzas de orden público en su actividad de represión de los típicos «manteros», limitándose a poner dificultades al ejercicio de su comercio y a requisarles, en su caso, la mercadería y abrirles el correspondiente expediente gubernativo por venta no autorizada, entendiéndolo, como entiende por otro lado esta Sala de Apelación, que no se puede atribuir el concepto de «distribuidor» o «almacenador» previsto en el Código Penal al último eslabón de la cadena comercial, el vendedor al por menor de la mercancía que de otros recibe y en los que concurren las definiciones del artículo 270.1 del Código Penal. El citado precepto está pensando en otro tipo de conducta ilícita al por mayor y que, ésta sí, causa perjuicio a las compañías discográficas.*

*Por todo lo indicado procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y ahora examinado, debiendo, en virtud del principio de mínima intervención del Derecho Penal, residenciar el debate de la cuestión planteada en otro ámbito, el administrativo o la jurisdicción civil ordinaria.”*

#### **4) Informe pericial**

Respecto a la importancia del informe pericial en estos casos, podemos ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de febrero de 2007 (RA 219038), donde el problema es la acreditación de que los CD's que se estaban presuntamente vendiendo eran falsos:

*“En efecto, de la prueba practicada en el plenario, ni resulta que los CD's incautados fueran falsos, ni resulta qué contenido concreto tenía cada uno, ni siquiera el de alguno de ellos. Sólo se puede llegar a la conclusión de que los CD's se hallaban grabados por ordenador. Todas estas conclusiones se extraen de la prueba pericial practicada, pues el perito en el plenario manifestó que los examinó externamente y de dicho examen concluyó que contenían grabaciones no estampadas, es decir que no se hallaban realizadas industrialmente, sino por ordenador, y examinó también el contenido de alguno de ellos de forma aleatoria, sin decir su número, aunque sin efectuar matización alguna a las preguntas de la defensa del acusado que mencionaba cinco como los analizados de dicha forma. En todo caso informó el perito el contenido concreto de lo grabado por ordenador en ellos.*

*Así pues, resulta obvio a nuestro juicio que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito por el que se condena al acusado por falta de la concurrencia de los requisitos exigidos por el tipo.*

*En los hechos probados no consta qué concreta obra artística se ha reproducido con infracción de los derechos de propiedad intelectual. Además cabe añadir que de tratarse efectivamente de tales obras, podían incluso hallarse exentas de autorización por tratarse de copias privadas en el sentido del artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, sin que, por el escaso bagaje probatorio existente sobre el contenido concreto de los CD's en cuestión, pueda de forma indiciaria llegarse a concluirse que precisaban de la referida autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, que por otra parte se desconocen quiénes eran.*

*Por todo lo expuesto, los hechos declarados probados no son constitutivos de la infracción penal por la que se ha seguido la causa contra el apelante y en consecuencia debe estimarse el recurso de apelación con revocación de la sentencia recurrida en el sentido de absolverlo de toda responsabilidad criminal, con declaración de las costas de la instancia de oficio.”*

Igualmente, puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 11 de julio de 2006 (RA 279742)<sup>15</sup>:

*“Si bien es cierto que de todo el conjunto de CD's y DVD's intervenidos al acusado (122) sólo se ha emitido informe pericial sobre dos de ellos, como muestra, concluyendo claramente el informe pericial, ratificado en el acto del juicio oral, que los CD's musicales y los DVD's son copias de obras musicales y película, efectuadas en discos compactos grabables, lo que sería suficiente para estimar acreditada la realización del requisito activo del delito, pues bastaría con que se distribuya un*

---

15. Véase también, la S AP de Madrid, de 9 de enero de 2007 (RA 160645).

*solo ejemplar de la obra musical o cinematográfica sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual para cometer el delito tipificado en el artículo 270.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), no es menos cierto que, además, al folio 8 de las diligencias obra otro informe emitido por el instructor del atestado en el que se especifican las características de los CD's y DVD's intervenidos al acusado, que difieren, según sus conocimientos policiales, de los soportes originales, concretando que los intervenidos son grabables, es decir, formatos CD-R y DVD-R, mientras que los originales no son grabables, observando a simple vista el círculo grabado, cosa que no aparece en los originales, que llevan la marca CD y DVD. Además, por el grado de coloración, mientras el original tiene siempre el color plata de la capa de protección, los intervenidos tiene cierta coloración, sin tener en cuenta las diferencias notables entre las carátulas de los originales y las que figuran en los CD's y DVD's intervenidos.*

*Por todo lo cual, es evidente que de la prueba pericial, ratificada en el acto del juicio, y de la prueba testifical, que ratifica el atestado no existe ninguna duda de que la totalidad de los CD's y DVD's intervenidos al acusado son copias musicales y de películas de originales”.*



## DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Luz María PUENTE ABA  
Universidad de A Coruña

**Resumen:** El desarrollo creciente de las nuevas tecnologías, la informática y destacadamente de Internet ha multiplicado las posibilidades de atentar contra la intimidad personal, principalmente en lo que se refiere a la interceptación de comunicaciones, a la captación y posterior difusión de la imagen, y a la afectación de datos personales recogidos en bases de datos informáticas. El presente trabajo analiza hasta qué punto se compromete la intimidad en cada supuesto concreto, si realmente el Código penal otorga protección frente a tales ataques contra este bien jurídico y, en caso de que no sea así, cuál es el tipo de respuesta que el ordenamiento jurídico puede ofrecer ante estas actuaciones.

**Laburpena:** Informatika, Internet bereziki eta teknologia berrien garapenak bakoitzaren intimitatearen kontra egiteko aukerak biderkatu ditu, batez ere komunikazio mozketan eta irudiak hartzen eta hedatzen eta informatika datu baseetan hartutako datu pertsonalen erabileran. Lan honek kasu bakoitzak intimitatean duen eragina aztertzen da, Zigor Kodeak ondasun juridikoa babesten baldin badu, eta horrela ez bada, zein den ordenamendu juridikoak eskeintzen duen erantzuna jardun hauen aurrean.

**Résumé:** Le développement croissant des nouvelles technologies, l'informatique et notamment l'Internet, a multiplié les possibilités d'atteintes contre l'intimité privée, principalement en ce qui concerne l'interception des communications, la captation et diffusion d'images, et l'affectation de données personnelles stockées dans des bases de données informatiques. Le présent travail analyse jusqu'à quel point on compromet l'intimité dans chaque hypothèse concrète, et si le Code pénal accorde une véritable protection face à des attaques contre le bien juridique protégé, et, le cas échéant, quelle est la réponse juridique que la loi peut offrir pour faire face à ces activités.

**Summary:** The gradual development of new technologies, computer sciences and, especially, Internet increases the possibilities of attempting against the personal privacy, mainly with regard to the communications interception, the reception and diffusion of images, and the use of personal data in computer databases. The present study analyzes the risk to privacy inherent to every particular case and the protection granted to privacy by the Penal code. It also examines the alternative juridical answers that the Law could offer to face those behaviours.

**Palabras clave:** Derecho penal, derecho a la intimidad, delitos contra la intimidad, nuevas tecnologías.

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, intimitaterako eskubidea, intimitatearen kontrako delituak, teknologia berriak.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre "Protección penal de la privacidad en entornos digitales", San Sebastián, 29 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

**Mots clef:** Droit pénal, Droit à l'intimité, Délits contre l'intimité, Nouvelles technologies.

**Key words:** Penal Law, Right to privacy, offences against privacy, new technologies.

## I. INTRODUCCIÓN

La previsión de los delitos contra la intimidad en nuestro Código penal cuenta ya con una larga tradición; la intimidad de la persona, como bien jurídico de carácter individual, es uno de los intereses que desde siempre ha sido objeto de protección por las normas penales. Así, con carácter general, los artículos 197 y siguientes del Texto punitivo castigan una serie de atentados contra la intimidad personal, y acudiendo a la figura básica de esta categoría delictiva (art. 197.1), se pueden agrupar con carácter genérico en tres bloques fundamentales: el apoderamiento de mensajes, documentos o efectos personales; la interceptación de las comunicaciones; y la utilización de artificios técnicos de captación del sonido o de la imagen.

El desarrollo creciente de las nuevas tecnologías, la informática y destacadamente de Internet ha multiplicado las posibilidades de atentar contra la intimidad personal, principalmente en lo que se refiere a la interceptación de comunicaciones, a la captación y posterior difusión de la imagen, y a la afectación de datos personales recogidos en bases de datos informáticas. De hecho, últimamente los medios de comunicación no dejan de ofrecer noticias relacionadas con la vulneración de la intimidad fundamentalmente en estos tres aspectos: por una parte, la mayor exposición y vulnerabilidad de la intimidad personal inherente a la utilización de Internet, puesto que es sencillo rastrear el uso que un individuo hace de este medio de comunicación; por otra parte, la progresiva extensión y facilidad del empleo de aparatos de filmación de la imagen (cámaras digitales y teléfonos móviles, destacadamente), unido a la posibilidad de que cualquier ciudadano aisladamente pueda difundir luego sin esfuerzo estas filmaciones en Internet (“colgándolas” en páginas web); y por último, la progresiva configuración, tanto por entes públicos como privados, de bases de datos informáticas con datos personales, que por la propia naturaleza de este soporte pueden ser vulnerables frente a intromisiones externas.

El objeto de este trabajo es centrarme en los tres ámbitos mencionados, analizando hasta qué punto se compromete la intimidad en cada supuesto concreto, si realmente el Código penal otorga protección frente a tales ataques contra este bien jurídico y, en caso de que no sea así, se examinará cuál es el tipo de respuesta que el ordenamiento jurídico puede ofrecer ante estas actuaciones.

## II. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES CONTENIDOS EN BASES DE DATOS INFORMÁTICAS

Una de las ventajas de la informática es que permite el almacenamiento y tratamiento automatizado de múltiples datos, que así pueden ser adecuadamente ordenados, conservados, modificados y utilizados para los fines que se deseen. Por este motivo, es cada vez más frecuente que tanto las entidades públicas como las privadas alberguen la información que necesitan en bases de datos informáticas, que almacenan una gran cantidad de datos de carácter personal. Las garantías del correcto tratamiento de estas bases de datos se recogen en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos personales, que regula los requisitos necesarios para archivar

los datos personales y, destacadamente, para garantizar que su recogida y tratamiento no suponga una vulneración de la intimidad personal.

La pregunta que cabría formularse es si cualquier atentado a los datos personales recogidos en bases de datos informáticas podría constituir un delito contra la intimidad. Obviamente el acceso a bases de datos personales no encajaba en ninguno de los tres grupos tradicionales de conductas delictivas contra la intimidad: apoderamiento de mensajes, documentos o efectos personales; interceptación de comunicaciones; y captación del sonido o la imagen. Por ello el Código penal de 1995, por primera vez, introdujo un tipo penal específico en esta materia, que castiga al que, “sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de fichero o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero” (art. 197.2 CP).

No obstante, la solución no pasa sin más por crear esta nueva figura típica, sino que realmente hay que comprobar si con tales conductas se está vulnerando el **bien jurídico protegido** en estos preceptos, la intimidad personal. De entrada, puede afirmarse que no resulta fácil el encaje de esta prohibición con el concepto tradicional del bien jurídico “intimidad”. Tradicionalmente, la *intimidad* ha venido designando el ámbito puro de privacidad personal del que se excluye a terceros, el espacio vital íntimo de una persona. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha otorgado a la intimidad un contenido ciertamente negativo, en el sentido de que este derecho fundamental otorga la facultad de exclusión de los demás de un ámbito cerrado, personal y propio (por ejemplo, STC 231/1988).

Sin embargo, con el paso del tiempo y precisamente en estrecha vinculación con el desarrollo de las nuevas tecnologías, el derecho a la intimidad ha ido adquiriendo también una vertiente positiva, como poder de control sobre la publicidad de la información personal; más aún, con el paso del tiempo llegan a configurarse derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos personales como dos derechos autónomos. Con la proliferación de las bases de datos, fomentadas por el desarrollo de la informática, cada vez un mayor número de datos personales pasan a manos ajenas y por lo tanto se vuelven más vulnerables frente a intromisiones no deseadas; por este motivo, se considera que la protección del derecho a la intimidad también debe abarcar el *derecho a controlar los propios datos personales* contenidos en bases automatizadas, de tal modo que el individuo pueda decidir y tener garantizado quién y para qué conoce y utiliza esos datos de carácter personal. Se configura por lo tanto un derecho a disponer de los datos personales en general, que ni siquiera tienen por qué estar referidos a aspectos particularmente íntimos, ni ser datos secretos de acceso restringido, e incluso tampoco tienen por qué estar incluidos necesariamente en bases de datos informáticas: se trata, con carácter general, de garantizar el derecho de controlar la propia información personal como forma de evitar que se produzcan intromisiones ajenas en la intimidad de cada uno (por ejemplo, SSTC 254/1993, 11/1998, 30/1999, 134/1999, 202/1999, 292/2000)<sup>1</sup>.

---

1. Vid. sobre la protección que el TC otorga a esta faceta de la intimidad, ROMEO CASABONA, C.M., “Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos”, en ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-...*

A la configuración de este bien jurídico responde precisamente la previsión del transcrito artículo 197.2 del Código penal: se castigan determinados atentados contra los datos recogidos en ficheros o bases de datos. Obviamente, los datos son protegidos independientemente del archivo o fichero en el que se encuentren, que no tiene por qué ser informático, tal y como dice expresamente el propio Código penal. Simplemente lo que determinó el castigo de estas conductas es la proliferación de ficheros de datos personales, que se produjo precisamente con el desarrollo de la informática.

Para proteger el bien jurídico tutelado, el derecho de control de la información personal, se sancionan con carácter general las **conductas de apoderamiento, utilización, modificación o acceso a los datos personales** archivados sin tener autorización para ello<sup>2</sup>. A pesar de la casuística empleada por el legislador, éstas son en esencia las actuaciones prohibidas, esto es, formas de intromisión no consentida en los datos ajenos de carácter personal, desde conductas menos lesivas como el mero acceso hasta comportamientos más graves como la modificación de los datos. No resulta difícil encontrar supuestos reales en los que se ha verificado este tipo delictivo: así, por ejemplo, cabe citar la STS 1571/2005, que castiga a un funcionario de Hacienda que, si bien dentro de sus funciones no estaba la de acceder o tratar las bases de datos de la Hacienda pública, consiguió acceder a ellas en su lugar de trabajo y apoderarse de datos allí almacenados.

A efectos de una clarificación de estas conductas delictivas, cabe hacer unas breves precisiones sobre la naturaleza de los datos protegidos y sobre el tipo de ficheros en los que se encuentran archivados.

En relación con los datos objeto de protección, el art. 197 del Código penal menciona expresamente los **“datos reservados de carácter personal o familiar”**. La polémica surge aquí en relación con la referencia a “reservados”, puesto que plantea la duda de si se protege cualquier dato archivado en un fichero, o si de entre los datos archivados sólo se van a proteger aquellos que tengan un carácter realmente reservado; esto conduciría, a continuación, a la difícil tarea de otorgar un significado al término “reservado”. No hay unanimidad sobre la interpretación de este término, y lo cierto es que posee una indudable relevancia, puesto que si se adopta esta última posición más restringida (protección no de cualquier dato contenido en un fichero, sino sólo de

---

...

*criminales*, Comares, Granada 2006, pp. 170 y ss; el mismo autor, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 31 y ss; ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pp. 17 y ss; MATA Y MARTÍN, R.M., “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías”, *Revista Penal*, 2006, nº 18, p. 220; HUERTA TOCILDO, S. / ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., “Intimidad e informática”, *Revista de Derecho penal*, 2002, nº 6, pp. 14 y ss; RUIZ MARCO, F., *Los delitos contra la intimidad*, Colex, Madrid 2001, pp. 45 y ss; GÓMEZ NAVAJAS, J., *La protección de los datos personales*, Aranzadi 2005, pp. 87 y ss.

2. Vid. con carácter general sobre la conducta típica del art. 197.2, GÓMEZ NAVAJAS, *La protección de los datos personales*, pp. 135 y ss; ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, pp. 115 y ss; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi 2007, pp. 422 y ss; ORTS / ROIG, *Delitos informáticos*, pp. 31 y ss; MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi 2002, pp.60 y ss; RUEDA MARTÍN, M.A., *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Atelier, Barcelona 2004, pp. 69 y ss; MATA, “La protección penal de datos”, pp. 232 y ss.



los que puedan calificarse como realmente reservados), quedarían desprotegidos los datos “no reservados” frente a estas conductas de acceso, apoderamiento, utilización o modificación.

Partiendo de esta interpretación restrictiva, de entrada ya quedarían fuera del ámbito del art. 197 CP los datos incluidos en ficheros accesibles al público. Según el art. 3 de la Ley de protección de datos personales, son ficheros accesibles al público aquellos cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona; según este mismo precepto, tienen la consideración de ficheros de acceso público exclusivamente el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos en su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de pertenencia al grupo; asimismo, tendrán también este carácter los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación. Los datos incluidos en tales ficheros, por ser de acceso público para cualquier persona, ya no podrían tener la calificación de reservados. Partiendo entonces de una equivalencia entre “reservado” y “no público”, se integrarían en el ámbito típico sólo los datos de acceso limitado para terceros ajenos al fichero donde se contienen<sup>3</sup>. Esta misma opinión es mantenida, por ejemplo, por la STS 1461/2001, que considera precisamente que el término “reservados” ha de entenderse equivalente a “secretos” o “no públicos”.

Por otra parte, aun centrándonos en los ficheros no accesibles al público, si partimos de una interpretación todavía más restrictiva del término “reservados”, habría que analizar caso por caso los datos contenidos en cada fichero para determinar cuáles merecen esta calificación y cuáles no, en función de la información que revelan sobre la persona: se trataría entonces de llegar a identificar “reservado” con “íntimo”; efectivamente, partiendo de esta interpretación restrictiva, quedarían excluidos de la protección penal aquellos datos que no puedan considerarse reflejo de la intimidad personal más estricta<sup>4</sup>. Parece que esta posición la defienden algunas resoluciones de nuestros Tribunales; así, cabe citar la SAP Zaragoza 399/2002 (confirmada por la STS 725/2004), que da a entender que la protección penal de los datos reservados abarca únicamente a aquellos que son reflejo de la intimidad más estricta, y la SAP Madrid 118/2005, manifestando que el tipo del art. 197 CP se refiere a datos que se pretende que no trasciendan de la esfera de la privacidad.

Por consiguiente, lo más adecuado sería partir de la primera interpretación más amplia y entender que todo dato personal incluido en cualquier fichero puede ser objeto del delito del art. 197.2 CP. Por una parte, esta opción resulta más coherente con la definición del bien jurídico aquí protegido: si está siendo tutelada la facultad de disponer de los propios datos personales con carácter general, como vía de garantizar el control sobre la propia información personal, no tiene sentido discriminar entre unos datos y

---

3. Así, entienden que son reservados aquellos datos de conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero, ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, pp. 110-111; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad*, p. 71, citando jurisprudencia al respecto; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*, CCC 2007, p. 136; MATA, “La protección penal de los datos”, p. 229. GÓMEZ NAVAJAS, *La protección de datos personales*, p. 195, considera que los datos protegidos en este precepto son aquellos “no destinados al público conocimiento”.

4. Vid. así ORTS / ROIG, *Delitos informáticos*, pp. 32-33.

otros en función de la concreta información que otorguen sobre una persona. Y por otra parte, efectuar una libre valoración sobre qué datos son reservados y cuáles no crea unas altas dosis de inseguridad jurídica, pues queda en la indeterminación qué clase de datos se protegen penalmente. Por lo tanto, lo más adecuado es entender que cabe la protección penal de cualquier dato recogido en un fichero, puesto que todos ellos son datos personales cuyo poder de control ha de quedar precisamente “reservado” para su titular<sup>5</sup>. Esta opinión es puesta de relieve también en alguna resolución judicial; así, la SAP Huelva 76/2006 (confirmada por la STS 358/2007) pone de manifiesto que para muchos autores la expresión “reservados” resulta redundante.

Por último, cabe hacer una breve referencia a la necesidad de que los datos personales han de estar recogidos en **“ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de fichero o registro público o privado”**. Como ya se ha dicho con anterioridad, lo esencial es que los datos se hallen registrados en un fichero, independientemente de su naturaleza. Esto puede llevar a plantearse dos interrogantes: en primer lugar, si cabe incluir en el tipo penal la creación ilegal de los ficheros, la recogida ilegal de datos; y en segundo lugar, si reciben protección los datos incluidos en ficheros de carácter ilegal.

En relación con el primer punto, la respuesta ha de ser obligatoriamente negativa. En el Código penal se castigan conductas que atentan contra los datos personales automatizados, es decir, que ya se encuentran archivados en cualquier tipo de fichero. Obviamente, también atentarían contra la facultad de controlar los propios datos comportamientos como los siguientes: recogida de datos de forma engañosa para crear un fichero, elaboración de ficheros sin seguir todas las formalidades legales, o creación de un fichero para una finalidad distinta de aquellas que constituyen el objeto legítimo de la entidad que lo pretende elaborar. No obstante, este tipo de actuaciones y otras semejantes supondrían en todo caso una vulneración de las previsiones de la Ley de protección de datos personales, de tal modo que en su caso nos encontraríamos ante una infracción administrativa de las previstas en esta Ley orgánica; la intervención penal, por lo tanto, se restringe a las conductas ya mencionadas que atentan contra los datos ya registrados<sup>6</sup>.

En segundo lugar, podríamos plantearnos qué ocurre si ya se ha creado ese fichero ilegal, que no respeta los requisitos normativos para su constitución, y posteriormente alguien atenta contra los datos contenidos en ese fichero: ¿se admite la tutela penal de los datos contenidos en ficheros ilegales, o sólo de los registrados con todas las formalidades legales? Lo cierto es que la redacción del art. 197 no aporta una respuesta a

---

5. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, pp. 422-423, considera que el empleo de este calificativo no tiene sentido y que “todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la conminación punitiva del artículo 197.2 CP”. Manifiestan HUERTA TOCILDO / ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “Intimidad e informática”, p. 59, que el objeto material de este precepto está constituido por “cualquier dato personal registrado”. GÓMEZ NAVAJAS, *La protección de los datos personales*, cit., pp. 194-195, tras plantear las diferentes posibilidades de interpretación de este término, y poniendo de manifiesto la dificultad de distinción práctica entre datos reservados y no reservados, propone la eliminación de tal calificativo.

6. Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 422; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad*, p. 76; MATA, “La protección penal de datos”, pp. 230-231; RUIZ MARCO, *Los delitos contra la intimidad*, p. 81.

este interrogante. De entrada, se verificarían aquí infracciones de carácter administrativo, no sólo por la creación ilegal del fichero, sino también por las posibles conductas posteriores de terceros que utilizan ilegítimamente estos datos: la Ley de protección de datos personales castiga con carácter general tratar o usar los datos personales con conculcación de las garantías establecidas en la propia Ley, y es evidente que en estos casos se está tratando de forma ilegal unos datos de carácter personal.

De todas formas, no cabría incluir tal conducta en el art. 197 CP, puesto que no podemos considerar que los datos estén realmente registrados, tal y como exige el tipo penal, si el fichero ha sido creado ilegalmente. Como se ha dicho, las conductas de configuración de ficheros al margen de las exigencias legales constituye una infracción de la Ley de protección de datos personales, y por lo tanto las actuaciones posteriores sobre los datos que contienen estos ficheros constituirá asimismo una infracción de esta naturaleza.

### III. LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN RELACIÓN CON EL USO DE INTERNET

De entrada, la aparición de Internet supone el surgimiento de un poderoso medio de comunicación, con múltiples potencialidades; esto también dará lugar, consecuentemente, al aumento de las posibilidades de afectar a la intimidad. En este apartado se analizarán algunas cuestiones básicas relacionadas con el uso de Internet como medio de comunicación: por una parte, se examinará si queda comprendida en el art. 197 la interceptación de las comunicaciones a través de Internet, y por otra parte, se hará referencia a dos situaciones concretas en las que la vulneración de la intimidad en este sentido podría verse justificada.

Como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 197 CP castiga **la interceptación de las telecomunicaciones y la captación de cualquier señal de comunicación**. Estas referencias tan genéricas permiten sin problema su aplicación a cualquier conducta que suponga una vulneración del secreto de las comunicaciones, es decir, cualquier intromisión en las comunicaciones ajenas. Por lo tanto, aquí también tendrá cabida la interceptación de las comunicaciones personales a través de Internet, ya sea a través de mensajes de correo electrónico, chats, telefonía por Internet, etc.<sup>7</sup>

Por otra parte, la intimidad de una persona también se puede ver afectada cuando se vigila el uso que hace de Internet como medio de búsqueda de información. De hecho, cada vez existen más modalidades de “spyware”, esto es, de programas informáticos que, clandestinamente, recopilan información de los usuarios de Internet sin su consentimiento: qué páginas visitan, qué transacciones comerciales hacen, con quién

---

7. De hecho, el propio legislador introdujo expresamente la mención de “mensajes de correo electrónico” al lado de las cartas, al sancionar las conductas de apoderamiento al inicio del art. 197. Vid. al respecto ORTS BERENGUER / ROIG TORRES, *Delitos informáticos*, pp. 25 y ss; MORÓN LERMA, *Internet y Derecho penal*, p. 60; FERNÁNDEZ TERUELO, *Cibercrimen*, pp. 123 y ss; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad*, pp. 41 y ss; ROMEO CASABONA, C.M., “La protección penal de la intimidad y de los datos personales: los mensajes de correo electrónico y otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet y problemas sobre la ley penal aplicable”, en AAVV, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, II – 2003, pp. 77 y ss; el mismo autor, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, p. 79, 88-91 y 93-95; MATA, “La protección penal de datos”, p. 223 y ss.

se comunican, etc. La realización de tales conductas de “rastreo” encaja asimismo en el tipo penal del art. 197 CP, puesto que supone sin duda una interceptación de señales de comunicación<sup>8</sup>.

De hecho, ya es frecuente ver en la jurisprudencia sentencias de condena en relación con estos comportamientos. Así, por ejemplo, la STS 237/2007, que condena a una persona que instaló un programa “spyware” en su ordenador privado para averiguar si lo utilizaba su esposa, y para detectar los chats en los que ella participaba; o también la SAP Málaga 60/2005, que condena a un sujeto por introducir un troyano en un ordenador ajeno para así acceder a su correo electrónico y a todo el contenido de su disco duro.

A pesar del carácter delictivo de estas intromisiones en el uso que una persona hace de Internet, cabe señalar dos supuestos específicos en los que, por diferentes razones, se permite un cierto control o vigilancia de estas actividades. El primer supuesto está referido a las posibilidades de control de los operadores que presten servicios de comunicaciones, y el segundo al control del uso de Internet en el lugar de trabajo.

Para fijar las posibilidades de **control del uso de Internet por parte de los operadores que presten servicios de comunicaciones** hay que acudir a la reciente Ley 25/2007, de 18 de octubre, sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Esta norma obliga a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas o redes públicas de comunicaciones a conservar, durante doce meses, los datos generados en el marco de la prestación de tales servicios, y a cederlos a los agentes facultados, previa autorización judicial, con el fin de detección de delitos graves. Se trata de obligaciones que afectan a las compañías suministradoras de servicios de telefonía fija y móvil y de Internet; los datos que deberán conservar son los relativos a origen y destino de la comunicación, fecha, duración, tipo de comunicación y equipo terminal utilizado. La ley prohíbe terminantemente controlar y conservar el contenido de las comunicaciones electrónicas y la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas; esto implica, por lo tanto, que no se puede acceder al contenido de las conversaciones telefónicas ni de otro tipo realizadas a través de Internet, y que tampoco se puede controlar qué información consulta el usuario de Internet. Se trata, simplemente, del deber de los operadores de conservar exclusivamente los datos antes mencionados, con el único fin de cederlos a las autoridades si éstas así lo requieren en el desarrollo de sus actividades de investigación delictiva.

La generalización del uso de ordenadores e Internet en todos los ámbitos de la vida diaria ha determinado también la presencia de estos instrumentos en los lugares de trabajo, y por consiguiente existe el **riesgo de que Internet destacadamente sea utilizado en este ámbito, por parte de los trabajadores, para fines privados o de ocio ajenos a la actividad laboral** (v.gr. enviar correos electrónicos privados, consultar información en Internet).

---

8. Vid. al respecto MORALES PRATS, F., “Internet: riesgos para la intimidad”, en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid 2001, pp. 72 y ss; MORÓN LERMA, *Internet y Derecho penal*, pp. 31 y ss.

Vid. en general sobre la necesidad de protección penal de las comunicaciones a través de redes telemáticas, ROMEO CASABONA, “La protección penal de la intimidad”, pp. 73 y ss.

Esta situación suscita la problemática de cuáles son las facultades de control del empresario sobre el trabajador: por un lado, el empleador tiene derecho a ejercer un cierto control de las actividades realizadas en el lugar de trabajo, con el fin de garantizar el adecuado desarrollo de la actividad laboral; pero por otro lado, estas facultades de vigilancia tienen como límite el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, como por ejemplo el derecho a la intimidad. Por ello, se plantea cuál es el punto hasta el que llegan estas posibilidades de control del uso que un trabajador hace de Internet, buscando el justo equilibrio entre las facultades de supervisión del empresario y el derecho a la intimidad de los trabajadores. Incluso se podría llegar a plantear si una extralimitación del empleador, vulnerando la intimidad de su subordinado, podría llegar a constituir en algún caso un delito contra la intimidad.

Ciertamente estas situaciones se han planteado con cierta frecuencia en la práctica y han dado lugar a numerosas resoluciones de los Tribunales de lo social. De un examen de la jurisprudencia laboral se puede extraer cuál es, con carácter general, la solución que se suele adoptar en estos casos. Básicamente, se reconoce el derecho de los empresarios a controlar la actividad de los trabajadores, como forma de comprobar que la actividad laboral se está desempeñando adecuadamente. No obstante, no cualquier medida de control es admisible: se podrán adoptar únicamente aquellas medidas que estén justificadas en el caso concreto porque existen sospechas que fundamenten la necesidad de control, y han de ser idóneas y proporcionadas, en el sentido de que no se pueda adoptar para ese fin una medida menos lesiva de los derechos del trabajador (así se ha manifestado el Tribunal Constitucional al respecto: STC 186/2000).

Si examinamos los casos extraídos de la jurisprudencia social, observamos que de todas formas no hay unanimidad en el tratamiento y resolución de estos casos. Existe una línea jurisprudencial que tiende a considerar que el control del uso que un trabajador hace de Internet no supone una vulneración de su derecho a la intimidad, puesto que encaja en las facultades legales de control del empresario, que lleva a cabo esta intromisión con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales. En este sentido, por ejemplo, se manifiestan las STSJ Cataluña 14-11-2000 y 5886/2000<sup>9</sup>.

Por otra parte, otra línea jurisprudencial propugna la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad, admitiendo el control del uso que el trabajador hace de Internet cuando existen razones fundadas para ello y cuando no existen otras medidas de control menos gravosas. Y en todo caso, una cuestión fundamental es que únicamente debe controlarse si el trabajador usa Internet con perjuicio para el desarrollo de la actividad laboral, pero no puede llegar a controlarse el contenido material de esa utilización, es decir, qué páginas web visita, o qué dicen los correos electrónicos que envía. Por ese motivo, en los casos en que el empresario ha llegado a acceder a estos contenidos, los Tribunales de lo social suelen considerar desproporcionada esa medida, puesto que realmente se trata de una invasión de la intimidad del trabajador no justificada por el fin perseguido: para mantener un adecuado control de los trabajadores podrá

---

9. Vid. al respecto, citando jurisprudencia, FERNÁNDEZ TERUELO, *Ciberdelitos*, p. 129.

ser necesario saber si hacen un uso abusivo de Internet, pero nunca será necesario averiguar para qué concretos fines privados lo están utilizando<sup>10</sup>.

Clarificadoras al respecto son, por ejemplo, las STSJ Cantabria 48/2007, STSJ Galicia 20-10-2006, STSJ Cataluña 5024/2002; estas sentencias se sitúan en la línea de la STC 186/2000, que estableció que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva del derecho a la intimidad del trabajador viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad, y que ha de configurarse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y adecuado desenvolvimiento de la actividad laboral; se trata de determinar si la concreta medida está justificada, es idónea para la finalidad pretendida, y es asimismo necesaria y equilibrada.

Por último, cabe citar destacadamente la reciente STS 26-9-2007 (Sala de lo Social), que establece dos principios básicos que han de regular el control del uso de Internet por parte del empresario: en primer lugar, “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios, con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales, e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones” (FJ 4º); en segundo lugar, el TS establece que el control empresarial sólo ha de referirse a la averiguación del posible uso personal de Internet, sin llegar a profundizar en conocer el contenido concreto de este uso: “la entrada inicial en el ordenador puede justificarse por la existencia de un virus, pero la actuación empresarial no se detiene en las tareas de detección y reparación, sino que, como dice con acierto la sentencia recurrida, en lugar de limitarse al control y eliminación del virus, «se siguió con el examen del ordenador» para entrar y apoderarse de un archivo cuyo examen o control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada” (FJ 5º).

Con carácter general, estos casos llegan a los Tribunales porque el empresario, tras controlar a su trabajador y descubrir el uso que realiza de Internet, lo despidió de la empresa; lo que se examina, por lo tanto, es la validez de dicho despido, y en los casos en que la jurisprudencia aplica estos principios y rechaza estas medidas de control por excesivas, suele declarar que tal despido es improcedente. Por consiguiente, esta es la vía por la que generalmente se solucionan estas intromisiones en la intimidad del trabajador, puesto que tales injerencias suelen ser la base de un despido y se acude a los Tribunales de lo social para hallar una solución en el ámbito laboral. Es improbable, por lo tanto, que un Tribunal penal tenga que tratar uno de estos casos, y principalmente porque, según el art. 201 CP, para perseguir los delitos contra la intimidad es necesario denuncia del agraviado; en estos supuestos, la persona afectada suele preferir solucionar esta problemática en el marco del Derecho laboral. En cualquier caso, puede afirmarse que estas conductas de intromisión en la intimidad ajena estarían justificadas

---

10. Vid. ROMEO CASABONA, “La protección penal de la intimidad”, pp. 97-98, y *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, pp. 136-137, poniendo de relieve precisamente que el ejercicio legítimo del derecho de control de los trabajadores, por parte del empresario, requiere la proporcionalidad entre la medida de control ejecutada y la afectación del derecho a la intimidad.

por el legítimo ejercicio del derecho de control de los trabajadores, únicamente cuando se respetase la normativa laboral y los principios enunciados por la jurisprudencia social y constitucional; cuando tal injerencia se realice fuera de tales límites, y realmente se verifique una interceptación de comunicaciones o, como expresamente dice el Código penal, un apoderamiento de mensajes de correo electrónico, podría ser posible la integración de esta conducta en el art. 197 CP, al no quedar amparada por el legítimo derecho de control de los trabajadores.

#### **IV. REVELACIÓN DE SECRETOS AJENOS A TRAVÉS DE INTERNET: ESPECIAL REFERENCIA A LA DIFUSIÓN DE IMÁGENES**

Como ya sabemos, la figura básica en el marco de los delitos contra la intimidad se refiere a tres grandes bloques de conductas: apoderamiento de mensajes, documentos o efectos personales; interceptación de comunicaciones; y captación del sonido o de la imagen. La realización de estos comportamientos reviste carácter delictivo, según el art. 197.1 CP, siempre que se realicen con intención de vulnerar la intimidad, sin que sea exigible a mayores la difusión de tal información<sup>11</sup>. Cuando se produce la revelación, difusión o cesión de estos datos obtenidos ilícitamente, se estarán realizando las conductas típicas recogidas en el art. 197.3 CP, que contiene dos figuras diferenciadas: en primer lugar, un tipo agravado, que sanciona a quien, después de haber realizado alguna de las conductas del art. 197.1, procede a difundir la información obtenida; en segundo lugar, existe un tipo atenuado, que sanciona a aquel sujeto que, sin haber participado en el descubrimiento ilícito de la información, la obtiene por otras vías (se la comunican, la encuentra por casualidad, etc.) y se limita a difundirla siendo consciente de que ha sido obtenida de forma ilícita.

La realización de estas conductas de difusión de datos atentatorios contra la intimidad cobra una especial significación desde la aparición de Internet. Con este nuevo medio de comunicación, resulta infinitamente más sencillo difundir y hacer pública una determinada información. Existen páginas web en las que cualquier persona sin ningún esfuerzo puede situar contenidos propios, desde textos a imágenes o vídeos; simplemente con tener acceso a un ordenador se puede hacer pública sin problemas una determinada información, lo cual contrasta con la mayor dificultad de acceso a tradicionales medios de comunicación como la televisión, la radio o la prensa escrita. A esto se añade el hecho de que cada vez son más populares y manejables diferentes instrumentos de captación de la imagen y el sonido: destacadamente, las cámaras digitales y los teléfonos móviles, que sin dificultad alguna permiten realizar grabaciones. De todo ello se deriva que cada vez con más frecuencia son noticia casos de difusión de imágenes o vídeos en Internet, que de alguna manera comprometen la intimidad personal; asimismo, a veces se pone de relieve que en estos casos nos encontramos ante la comisión de delitos contra la intimidad. Sin embargo, lo cierto es que no todos los supuestos son iguales, ni en todos ellos se está verificando una de estas conductas

---

11. Cfr. ORTS / ROIG, *Delitos informáticos*, p. 28; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad*, pp. 62-63; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 262; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, pp. 410-411; ANARTE BORRALLO, E., "Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código penal", *Jueces para la democracia*, 2002, nº 43, p. 54.

delictivas. Centrándonos en esta problemática de difusión de imágenes en Internet, a continuación se hará una agrupación de las diferentes tipologías de casos para intentar ofrecer una solución a todos ellos.

En primer lugar, pueden agruparse todos aquellos **casos en que la toma de las imágenes ha sido consentida por el sujeto afectado, o ha sido realizada de forma lícita, y en cambio no hay consentimiento para su posterior difusión.**

Un ejemplo paradigmático de este conjunto de casos sería el de las *grabaciones consentidas* de vídeos de carácter sexual, que posteriormente son difundidas sin consentimiento de todos o de alguno de los participantes. Ya en alguna ocasión la jurisprudencia penal se ha ocupado de este tema, por ejemplo cabe citar la SAP Lleida 90/2004, sobre difusión de un vídeo sexual cuya grabación fue consentida por ambas partes, y que posteriormente fue difundido por uno de los dos participantes en el vídeo sin consentimiento del otro. El Tribunal entendió que la difusión del vídeo no podía considerarse delictiva a pesar de la ausencia de consentimiento, puesto que su obtención había sido lícita, se trataba de una grabación consentida por ambos participantes; por lo tanto, cuando no hay una previa captación ilícita de las imágenes, no puede ser delictiva su posterior difusión, ya que *el art. 197.3 CP exige que la revelación ha de referirse a datos ilícitamente obtenidos en el sentido del art. 197.1*<sup>12</sup>.

Por lo tanto, este supuesto es similar a aquellos casos en que una persona difunde un vídeo sobre otro, cuando esa grabación ha sido consentida por el sujeto afectado. Cabe citar algún reciente caso que ha saltado a los medios de comunicación: la difusión en Internet de un vídeo sexual de una menor de edad, se supone que de forma no consentida, que había sido grabado en un parque con el consentimiento de la menor<sup>13</sup>. Al preguntarnos si en este supuesto se está cometiendo un delito contra la intimidad, la respuesta ha de ser negativa partiendo precisamente de lo dicho con respecto al caso anterior: dado que la obtención de la grabación no ha sido ilícita, sino que ha contado con el consentimiento del afectado, su posterior difusión no constituye delito contra la intimidad.

Cierto es que este caso tiene una particularidad: la persona afectada, consentidora de la filmación, era menor de edad, y aquí cabe plantearse hasta qué punto se considera válido el consentimiento de los menores de edad. Podemos acudir en primer lugar a la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en su art. 4 se reconoce el derecho a la intimidad del menor y se establece lo siguiente: “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. De esta disposición legal se deduce que la eficacia del consentimiento de un menor de edad se ve limitada en relación con las utilidades de la imagen de los menores en medios de comunicación que puedan afectar a su reputación o a sus intereses. No obstante, esta norma

---

12. Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 429; ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, p. 145; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad*, pp. 94-95; HIGUERA GUIMERÁ, J.F., “El descubrimiento y la revelación de secretos”, *Actualidad Penal*, 2002-3, m. 781.

13. Vid. *El País* 13-6-2007.



no nos sirve de gran ayuda en el caso señalado, puesto que se refiere a la ineficacia del consentimiento en relación con la difusión de la imagen en los medios de comunicación, no con respecto a la simple grabación de la imagen. Por lo tanto, el consentimiento del menor no sirve para autorizar la difusión de su imagen en los medios, pero nada se dice sobre su eficacia simplemente para permitir la filmación.

Cabría la posibilidad, entonces, de acudir a la regulación que el propio Código penal contiene sobre la eficacia del consentimiento, que está prevista en relación con los delitos de lesiones. Los arts. 155 y 156 CP determinan la atenuación de la pena en estos delitos cuando las lesiones son causadas con el consentimiento de la propia víctima; a tales efectos, el Código establece en qué casos se considera válida la prestación del consentimiento y por lo tanto puede dar lugar a este beneficio penológico. El art. 155 CP se manifiesta claramente: “no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o por un incapaz”.

No obstante, en relación con otras figuras delictivas en las que también puede resultar relevante el consentimiento se ha adoptado otra posición, en el sentido de llegar a admitir la capacidad de los menores de edad de prestar un consentimiento válido. Así ocurre en relación con los delitos relativos a la cooperación al suicidio, para cuya aplicación resulta necesario determinar si la muerte ha sido efectivamente un suicidio, es decir, que un sujeto ha consentido de forma voluntaria, con plena capacidad para ello, en provocarse su propia muerte. Al analizar si el suicida tiene efectivamente capacidad para consentir sobre la ejecución de la muerte, ante el silencio del Código penal al respecto se han propuesto diferentes teorías, y una de ellas es la que atiende a la capacidad natural de juicio, es decir, se trataría de examinar en el caso concreto si el sujeto tiene capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de su voluntad<sup>14</sup>. Esta tesis, por lo tanto, no excluye de raíz la validez del consentimiento de los menores de edad: sería admisible afirmar que un menor puede consentir válidamente en causarse su muerte, si tiene la madurez suficiente para conocer la trascendencia de esa decisión en relación con el bien jurídico afectado, que es su propia vida.

A efectos de los casos que estamos tratando, sería admisible adoptar también esta tesis de la capacidad natural de juicio, y examinar en cada caso si el menor de edad tenía la madurez suficiente como para comprender el significado y trascendencia de la grabación de determinadas imágenes<sup>15</sup>. Se tratará, por lo tanto, de determinar la validez del consentimiento prestado; de este modo, siempre que se constate que la obtención de las imágenes ha sido válidamente consentida, su posterior difusión no puede integrar el delito del art. 197.3 CP. Si se determina que el menor no ha alcanzado el nivel de comprensión suficiente para consentir válidamente sobre estas actuaciones, ha

---

14. Vid. sobre la determinación de la capacidad de consentir en el ámbito de estos delitos de cooperación con el suicidio, VALLE MUÑIZ, J.M., en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 76; TOMÁS – VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 41 y ss; Díez RIPOLLÉS, J.L., en Díez RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 186 y ss.

15. De hecho, HIGUERA GUIMERÁ, “El descubrimiento y la revelación de secretos”, m. 775, manifiesta que en el ámbito de los delitos contra la intimidad, el consentimiento del titular del bien jurídico exime de responsabilidad penal cuando precisamente acepta esa cesión de su intimidad; según este autor, debe entenderse que el consentimiento equivale a la capacidad natural de juicio.

de entenderse por consiguiente que la grabación fue in consentida. Así, estaríamos ante aquellos casos en que existe una grabación no consentida y que posteriormente se difunde también sin consentimiento, cuyo tratamiento será analizado con posterioridad.

A pesar de la aparente claridad del art. 197 CP, que exige que los datos difundidos deben haber sido obtenidos con infracción del art. 197.1 CP, lo cierto es que el análisis de los casos concretos puede resultar sumamente confuso, y ello se aprecia en las resoluciones de los propios Tribunales. Así, cabe citar el caso de la SAP Almería 242/2005, que castiga como autor de un delito contra la intimidad a un sujeto que tenía en su poder unas fotos que una compañera de trabajo le había dado para que las revelase, y después del revelado difundió algunas de las fotos (en ropa interior) por correo electrónico. Si examinamos este caso, lo cierto es que nos encontramos con una situación de base semejante a la del caso del vídeo sexual consentido: si bien la difusión no es querida por la persona afectada, el acceso a las fotografías no ha sido realmente ilícito, ya que habían sido cedidas voluntariamente por su dueña.

El Tribunal aquí se centra en que, obviamente, las fotografías no habían sido cedidas para su publicación, sino sólo para su revelado. Sin embargo, lo mismo podríamos decir del caso del vídeo sexual: fue grabado para un uso particular, no para su futura divulgación. Por lo tanto, realmente en uno y otro caso puede afirmarse que el acceso a las imágenes no fue delictivo en el sentido del art. 197.1, ya que su captación fue consentida por la persona afectada. Evidentemente el consentimiento estaba limitado a unos determinados usos de las imágenes, lo cual obviamente determina la ilicitud de la difusión, pero únicamente desde un punto de vista no penal, sino como vulneración de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sin embargo, si no se puede constatar que el apoderamiento o captación de los datos o imágenes ha sido no autorizada, no cabrá aplicar el art. 197.3 a los comportamientos consistentes en su posterior difusión.

Este tratamiento de la difusión de imágenes obtenidas con consentimiento se puede aplicar también a los casos *en que tales imágenes son tomadas sin consentimiento del afectado pero de forma lícita*, porque la ley permite en determinados casos la captación de la imagen de una persona aunque no haya prestado consentimiento al efecto. De hecho, el art. 8 de la citada LO 1/1982 establece las siguientes autorizaciones:

1. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.
2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:
  - a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
  - b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
  - c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.”

Por consiguiente, si una imagen tomada en el ejercicio de estas facultades que concede la Ley es posteriormente publicada, estaremos ante una conducta totalmente lícita, ya que incluso la ausencia de consentimiento en la propia captación de la imagen será irrelevante, puesto que la ley determina la licitud de estas filmaciones aun sin consentimiento del afectado.

Así, por ejemplo, podemos recordar el caso de una deportista estadounidense cuya imagen fue tomada en un acontecimiento deportivo y posteriormente publicada en Internet y, de forma absolutamente inopinada, la imagen alcanzó tal grado de éxito que empezó a circular por múltiples páginas y foros de Internet. Este hecho fue tan significativo que tuvo eco en los medios de comunicación, poniendo también de relieve el absoluto rechazo y disgusto de esta persona ante esa indeseada popularidad<sup>16</sup>. Sin embargo, tal difusión es totalmente lícita puesto que se trata de una imagen tomada en un acontecimiento de interés público y, por lo tanto, su captación y difusión están permitidas por la ley al margen del consentimiento del afectado<sup>17</sup>.

También podríamos preguntarnos, incluso, sobre un reciente caso de agresión a una menor ocurrido en el metro, y que fue grabado por las cámaras de vigilancia colocadas en el vagón<sup>18</sup>. Esa grabación fue difundida repetidas veces a través de los medios de comunicación, reflejando no sólo a agresor y agredida, sino también a otras personas allí presentes que observaron el suceso sin actuar al respecto. Creo que resulta evidente que la difusión de estas imágenes no resulta delictiva puesto que, si bien ninguno de los sujetos filmados manifestaron su consentimiento ni en la grabación ni en la difusión del vídeo, la captación de tales escenas es lícita, puesto que se encuentra amparada por la Ley orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad Ciudadana en lugares públicos: tal y como establece esta ley, si se cumplen determinados requisitos está permitida la instalación de videocámaras en lugares públicos, por parte de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de prevenir la comisión de infracciones relacionadas con la seguridad pública. Cuestión distinta es que la difusión de esta grabación constituya una infracción de la citada Ley orgánica, puesto que su art. 8 establece claramente un deber de confidencialidad sobre tales grabaciones por parte de las personas que tienen acceso a ellas en el ejercicio de sus funciones; como dice el art. 10 de la ley, la vulneración de este deber de sigilo puede determinar la exigencia de responsabilidad disciplinaria o también la comisión de una infracción en materia de protección de datos.

A continuación, pueden agruparse los **casos en que la captación de imágenes ni es consentida ni es lícita, y su posterior difusión tampoco cuenta con el consentimiento del afectado.**

---

16. Vid. El País 30-5-2007, Marca 31-5-2007.

17. Obviamente, se está tratando este caso con arreglo a la legislación española.

18. Vid. El País 25-10-2007.

Los ejemplos de este tipo de conductas son también numerosos, y pueden citarse algunos de ellos que frecuentemente acceden a los medios de comunicación: grabación de un vídeo sexual de una menor de edad en una habitación, sin su conocimiento, para posteriormente amenazarla con difundirlo por Internet<sup>19</sup>; grabación de un vídeo a un interno en un centro penitenciario, por parte de otros reclusos, para luego venderlo a algún medio de comunicación<sup>20</sup>; agresiones físicas o agresiones sexuales grabadas en teléfonos móviles y posteriormente difundidas en Internet<sup>21</sup>; grabación y difusión de vídeos de personas discapacitadas mientras alguien se está burlando de ellas<sup>22</sup>, o también cuando están siendo objeto de una agresión<sup>23</sup>.

En todos estos casos partimos de que ya la propia captación de las imágenes (no sólo su difusión) no es consentida; lo que se deberá hacer, por lo tanto, es comprobar que se verifican los requisitos del art. 197.3: se trata, fundamentalmente, de constatar que la actividad de obtención de los datos difundidos encaja en el art. 197.1 CP. *Sólo si se ha accedido a los datos o imágenes infringiendo este art. 197.1, se podrá considerar que su difusión es delictiva en el sentido del art. 197.3 CP.*

Recordemos entonces que la realización de la conducta típica del art. 197.1 requiere, ejemplificando con los casos que comentamos, que se haya producido una captación de imágenes ajenas, sin consentimiento del afectado y con intención de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. No cualquier captación incontestada de imágenes va a ser constitutiva de delito, sino que es necesario que sea realizada con el propósito de vulnerar la intimidad de la otra persona. Por este motivo, se excluiría del ámbito típico el apoderamiento de datos no conectados con la vida privada; en referencia concreta a la grabación de imágenes, precisamente por este motivo, y con el objetivo de restringir la intervención del Derecho penal a los supuestos más graves, *sólo se ha de considerar delictiva, por concurrencia de esta intención exigida en el tipo, la grabación de imágenes en lugares privados*<sup>24</sup>, quedando fuera del ámbito típico la captación incontestada de imágenes en lugares públicos, que constituirá en todo caso una vulneración de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

De este modo, los dos primeros ejemplos citados sí podrían dar lugar a la verificación del delito contra la intimidad recogido en el art. 197.3 CP, ya que los datos difundidos habían sido previamente obtenidos con infracción del art. 197.1. En el caso del vídeo sexual de la menor de edad, la captación de las imágenes había sido realizada sin su consentimiento y en lugar privado, con lo cual ya se estaría cometiendo el delito

---

19. Vid. El País 21-10-2007.

20. Vid. La Voz de Galicia 30-9-2006.

21. Vid. El País 24-11-2007, sobre la grabación de una agresión sexual y vid. también El País 30-6-2007 y La Voz de Galicia 2 y 3-11-2007, sobre grabación de agresiones físicas.

22. Vid. La Voz de Galicia 25-10-2007 y 25-11-2007.

23. Vid. La Voz de Galicia 16-12-2007.

24. Vid. así MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 416; ROMEO CASONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, p. 96; RUEDA MARTÍN, *Protección penal de la intimidad*, p. 47; RUIZ MARCO, *Los delitos contra la intimidad*, pp. 70-71.

del art. 197.1; si quienes habían grabado el vídeo decidieran difundirlo posteriormente, estarían cometiendo el tipo agravado del art. 197.3. En el supuesto de la grabación de un vídeo entre reclusos de un centro penitenciario, la clave de la solución de este caso reside en la posible consideración del centro como un lugar privado: admitiendo tal posibilidad, puesto que realmente se trata de un lugar donde se desarrolla la vida personal de los que allí residen, la captación de las imágenes supondría la verificación del art. 197.1, y su posterior difusión la comisión del delito del art. 197.3.

Cuestión distinta son los demás ejemplos propuestos, puesto que por lo general estas grabaciones de agresiones o de discapacitados son efectuadas en la vía pública. Partiendo de la interpretación expuesta, el lugar de la grabación impide integrar tales supuestos en el ámbito típico del art. 197.1 CP, y por consiguiente, su posterior difusión no podría ser constitutiva del delito del art. 197.3; se trataría, entonces, de una difusión de imágenes personales que vulneraría la LO 1/1982 de protección civil de la intimidad, pero que no daría lugar a la verificación de un delito contra la intimidad.

De entrada puede resultar sorprendente la declaración de atipicidad de estas conductas; en todo caso, recordemos que nos estamos limitando a analizar la posible comisión de un delito contra la intimidad, que en estos supuestos realmente no se verifica porque así lo impide el Código penal. El art. 197 es claro: sólo cuando la obtención de las imágenes sea delictiva, se puede considerar también delictiva su posterior difusión; por consiguiente, al restringirse la intervención penal a los supuestos de captación de imágenes en lugares privados, es evidente que la filmación en lugares públicos no constituye infracción penal, y por lo tanto su posterior difusión sólo podrá ser constitutiva de un ilícito civil.

De todas formas, esto no implica afirmar la absoluta impunidad de los ejemplos propuestos. Recordemos que en algunos casos estamos ante agresiones físicas o sexuales, y esto ya implica una responsabilidad penal por *delitos de lesiones o de agresiones sexuales*, en cuya ejecución participan, en ocasiones, los propios sujetos que realizan la filmación.

Incluso si quien está realizando la filmación no participa en absoluto en la agresión, sino que simplemente se limita a grabar esta actuación ajena, cabría la posibilidad de considerar que comete un *delito de omisión del deber de socorro o un delito de omisión del deber de impedir delitos*. La primera infracción mencionada (art. 195 CP)<sup>25</sup> podría verificarse puesto que el sujeto en cuestión se halla delante de una persona desamparada en peligro manifiesto y grave, y cometería el delito si pudiendo auxiliarla sin riesgo, permanece a su lado con el único fin de grabar el hecho delictivo. La segunda de las infracciones (art. 450 CP)<sup>26</sup> se podría verificar si el sujeto, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impide la comisión del

---

25. Vid. sobre este precepto GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, pp. 383 y ss; ARÁUZ ULLOA, M., *El delito de omisión del deber de socorro: aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 340 y ss.

26. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, pp. 1762 y ss; SOLÁ RECHE, E., *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada 1999, pp. 99 y ss.

delito. Los evidentes puntos de conexión entre ambas figuras delictivas determinan que, con carácter general, exista un concurso de leyes entre los dos preceptos, considerándose preferente el art. 450 CP: así, si bien la conducta que estamos analizando encajaría de entrada en los dos tipos penales, se aplicaría este último precepto citado ya que contempla una omisión de carácter más específico<sup>27</sup>. No obstante, también habría imaginar alguna situación en la que fuese posible aplicar ambos delitos: se trataría del caso en que el sujeto no impide la comisión del delito, y tras haber cesado esa concreta agresión, no socorre a la víctima desamparada<sup>28</sup>.

Al margen de esta responsabilidad penal por ausencia de ayuda a la víctima, también habría pensar si del propio comportamiento de grabación y difusión de imágenes se podría derivar otro tipo de responsabilidad fuera del marco de los delitos contra la intimidad. Ciertamente, tanto en estos casos de filmación de hechos delictivos, como en los supuestos de grabación de burlas a discapacitados, podría reconocerse una afectación al honor de las personas afectadas, derivada de la difusión de unas imágenes en las que están siendo víctimas de un delito o están siendo ridiculizadas. El *delito de injurias* (art. 208 CP)<sup>29</sup> abarca cualquier acción o expresión que lesiona la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Por consiguiente, en estos ejemplos que estamos analizando es admisible reconocer que la difusión de este tipo de imágenes supone un claro atentado contra la dignidad personal. De hecho, podemos recordar la ya citada SAP Lleida 90/2004, sobre difusión de un vídeo sexual que había sido grabado previamente con consentimiento: el Tribunal absolvió al acusado de un delito contra la intimidad, ya que la obtención de las imágenes difundidas no había sido efectuada con infracción del art. 197 CP; sin embargo, condenó por comisión de un delito de injurias graves.

Y por último, ahondando en este aspecto de afectación a la dignidad y a la propia estima, en los casos más graves podríamos analizar incluso si se está verificando un *delito contra la integridad moral*. Esta infracción (art. 173.1 CP)<sup>30</sup> consiste en infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. La clave de interpretación de este precepto se halla en el contenido del bien jurídico “integridad moral”, que podría definirse como el “derecho de toda persona a ser respetada en cuanto tal, no siendo sometida a procedimientos que, de modo vejatorio, degradante y humillante, la instrumentalicen, utilizándola como cosa y no como fin en sí misma considerada”<sup>31</sup>. Sería posible considerar, en algunos de estos casos, que se comete un

---

27. Cfr. SOLÁ RECHE, *La omisión*, p. 185.

28. Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid 1987, pp. 251-252; SOLÁ RECHE, *La omisión*, p. 185; GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 396.

29. Vid. QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, pp. 487 y ss; FERNÁNDEZ PALMA, R., *El delito de injuria*, Aranzadi 2001, pp. 131 y ss.

30. Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, pp. 261 y ss.

31. Vid. PÉREZ MACHÍO, A.I., *El delito contra la integridad del artículo 173.1 del vigente Código penal: aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco 2005, pp. 230 y ss. Vid. también BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona 2001, pp. 50 y ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 19 y ss.

delito contra la integridad moral cuando un individuo es objeto de graves burlas y vejaciones, lo cual además es grabado y difundido por Internet; o incluso cuando un sujeto está siendo víctima de un delito particularmente grave, como determinadas lesiones o agresiones sexuales, y se procede a grabarlo en esa situación con el objetivo de incluirlo en páginas web con fines lúdicos.

De todas formas, al margen de las opciones mencionadas, cabe también reflexionar sobre si el concepto de intimidad podría experimentar una ampliación teniendo en cuenta las mayores posibilidades de exposición de la vida personal surgidas con el desarrollo de las nuevas tecnologías e Internet. De hecho, recordemos que ya en su momento los contornos del derecho a la intimidad fueron ampliados a raíz de la proliferación de las bases de datos informáticas: como se ha dicho con anterioridad<sup>32</sup>, el Tribunal Constitucional configuró el “derecho al control de los datos personales” como parte del derecho a la intimidad, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de esta información cuando es integrada en múltiples bases de datos informáticas de entidades públicas o privadas. Esta nueva faceta del derecho a la intimidad no sólo encontró protección a través de una normativa específica, que se centra en la LO 15/1999 de protección de datos personales, sino que incluso el Código penal procedió a castigar determinados atentados a los datos recogidos en ficheros automatizados, acogiéndose de este modo la tutela de este aspecto del bien jurídico intimidad personal.

Lo cierto es que ya desde antiguo el Tribunal Constitucional reconoce, como parte del derecho a la intimidad, la posibilidad de decidir sobre la captación y difusión de la propia imagen. Consecuentemente, captar y difundir imágenes ajenas sin consentimiento del afectado supone una vulneración del derecho a la intimidad y así lo reconoce la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Como se ha dicho, se restringe la intervención del Derecho penal a los casos en que la captación in consentida de imágenes se realice en lugares privados.

No obstante, al igual que el legislador penal ofreció tutela al derecho de control de los datos personales, especialmente puesto en peligro por el desarrollo de las bases de datos informáticas, cabría pensar también en la posibilidad de proteger penalmente determinadas captaciones de imágenes, incluso en lugares públicos, teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad de la imagen personal ante el desarrollo de las nuevas tecnologías e Internet. Ante la enorme facilidad de difusión de imágenes, propiciada por el desarrollo de la técnica, cabría preguntarse si este aspecto del derecho a la intimidad también merece tutela penal cuando las imágenes captadas, aun siendo en lugares públicos, comprometen de modo significativo la vida personal del sujeto. De todas formas, al margen de este posible debate sobre el significado de la intimidad en la era del rápido desarrollo de las nuevas tecnologías, no olvidemos que en todo caso la dignidad, el honor y en ocasiones incluso la integridad moral de las personas resultan afectados por la realización de las conductas que se han descrito con anterioridad.

---

32. Vid. supra epígrafe II.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANARTE BORRALLO, E., “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código penal”, *Jueces para la democracia*, 2002, nº 43, p. 50.
- ARÁUZ ULLOA, M., *El delito de omisión del deber de socorro: aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona 2001.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Comentarios al Código penal. Parte especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.
- FERNÁNDEZ PALMA, R., *El delito de injuria*, Aranzadi 2001.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*, CCC 2007.
- GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi 2007.
- GÓMEZ NAVAJAS, J., *La protección de los datos personales*, Aranzadi 2005.
- HIGUERA GUIMERÁ, J.F., “El descubrimiento y la revelación de secretos”, *Actualidad Penal*, 2002-3, m. 767.
- HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid 1987.
- HUERTA TOCILDO, S. / ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., “Intimidad e informática”, *Revista de Derecho penal*, 2002, nº 6, p. 11.
- MATA Y MARTÍN, R.M., “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías”, *Revista Penal*, 2006, nº 18, p. 217.
- MORALES PRATS, F., “Internet: riesgos para la intimidad”, en AAVV, *Internet y Derecho penal*, CGPJ, Madrid 2001, p. 63.
- En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi 2007.
- MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi 2002.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.
- PÉREZ MACHÍO, A.I., *El delito contra la integridad del artículo 173.1 del vigente Código penal: aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco 2005.
- QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi 2007.
- ROMEO CASABONA, C.M., “La protección penal de la intimidad y de los datos personales: los mensajes de correo electrónico y otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet y problemas sobre la ley penal aplicable”, en AAVV, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, II – 2003, p. 73.



– “Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos”, en ROMEO CASABONA, C.M. (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico – penales, nuevas respuestas político – criminales*, Comares, Granada 2006, p. 167.

– *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

RUEDA MARTÍN, M.A., *Protección penal de la intimidad personal e informática*, Atelier, Barcelona 2004.

RUIZ MARCO, F., *Los delitos contra la intimidad*, Colex, Madrid 2001.

SOLÁ RECHE, E., *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada 1999.

TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi 2007.

TOMÁS – VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal (art. 143)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

VALLE MUÑIZ, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi 2007.



# EL SENTIDO DE LA PRIVACIDAD, LA INTIMIDAD Y LA SEGURIDAD EN EL MUNDO DIGITAL: ÁMBITOS Y LÍMITES

Enrique STERN

Fiscal del Tribunal Superior de  
Justicia de La Rioja

**Resumen:** La utilización de los servicios informáticos como medio de comunicación conlleva la exigencia del respeto de un margen de privacidad por parte del Estado: el derecho al uso pacífico de los sistemas informáticos, con la garantía de no ser perturbado por terceros no autorizados. Tras exponer la normativa internacional, se analiza la legislación interna en relación a estas cuestiones, haciendo especial hincapié en la protección penal de la intimidad y de los datos personales, al utilizar el correo electrónico u otras formas de comunicación de carácter personal al través de Internet.

**Laburpena:** Informatika zerbitzuak komunikazio modura erabiltzen baditugu, pribatutasun marjina exijitu diezaiokegu estatuari. Hau da, informatika zerbitzuen erabilera baketsua baimendugabeko hirugarrenen nahasmendurik gabe. Nazio mailako arautegia aurkeztu eta gero, barne legeria aztertzen da gai hauen inguruan, intimitatearen eta datu pertsonalen babes penala bereziki kontutan harturik, bai posta elektronikoa erabiltzerakoan edota internet bidez egindako beste komunikazio pertsonalekin.

**Résumé:** L'utilisation des services informatiques comme moyen de communication implique le respect par l'Etat d'une marge d'intimité: le droit à l'utilisation pacifique des systèmes informatiques, avec la garantie de ne pas être troublé par des tierces personnes non autorisés. Après avoir exposé la réglementation internationale, on analyse la législation interne par rapport à ces questions, en soulignant surtout la protection pénale de l'intimité et des données personnelles, lors de l'utilisation du courrier électronique ou d'autres formes de communication à caractère personnel à travers Internet.

**Summary:** The use of computer services, as a way of communication, requires the respect of a certain frame of privacy by the State: the right to the normal use of computer systems, with the guarantee of not being disturbed by unauthorized third parties. After explaining the international norms, the internal legislation regarding this matter is analyzed, with a special emphasis on the penal protection of privacy and personal data, when using the electronic mail or other personal communication modalities by Internet.

**Palabras clave:** Derecho a la intimidad, Servicios informáticos, Derecho penal, Delitos, Protección penal de la intimidad.

---

(Nota): Contribución a la Jornada sobre "Protección penal de la privacidad en entornos digitales", San Sebastián, 29 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

**Gako hitzak:** Intimitaterako eskubidea, informatika zerbitzuak, Zigor zuzenbidea, delituak, intimitatearen babes penala.

**Mots clef:** Droit à l'intimité, Services informatiques, Droit pénal, Délits, Protection pénale de l'intimité.

**Key words:** Right to privacy, Computer services, Penal Law, Crimes, Penal protection of privacy.

No es preciso ser un sujeto especialmente reflexivo para darse cuenta de que, cuando navegamos por la Red y pasamos de una página a otra radicada en extremos opuestos del mundo, y nos embarga una sensación de intimidad, de secreto y de absoluta soledad, en la seguridad de que nadie es testigo de las páginas que visitamos, nos encontramos en realidad ante una sensación totalmente falsa. Desde la inocente “cookie” hasta el peligroso troyano, el “bug” o el “spy”, estamos ofreciendo al mundo en general una cantidad sustancial de información sin que seamos muy conscientes de ello. Si en un mensaje de correo electrónico se incluyen, por ejemplo, fotografías de pornografía infantil, podemos tener la sospecha de que en algún centro de información alguien lo captará; si en el asunto de nuestro correo tecleamos, por ejemplo “Bin Laden”, sin duda serán varias las alarmas internacionales que se dispararán.

Sin embargo, es obvio que cuando utilizamos los servicios informáticos para comunicarnos, algún margen de privacidad tenemos derecho a exigir, al menos en un Estado democrático y de derecho. Esto es, el ciudadano tiene derecho al uso pacífico de los sistemas informáticos, utilizando sus posibilidades en la garantía de no ser perturbado por terceros no autorizados.

En el caso español, el derecho que nos protege viene dado tanto desde el ámbito interno como desde el que nos da la pertenencia a la Comunidad Europea. Así, es variada la normativa europea relativa a la protección de los sistemas de información, desde la Decisión Marco relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información, hecha en Bruselas el 19 de abril del 2002 (COM 2002, número 73 final 2002/0086 CNS) cuyo objeto es reforzar la cooperación entre autoridades judiciales y policiales mediante la aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros en materia de ataques contra los sistemas de información, hasta la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de Europa, de 24 de febrero, relativa a estos mismos ataques, en los que se unifican las definiciones de lo que debe entenderse por intromisión ilegal, circunstancias agravantes, responsabilidad de las personas jurídicas y competencia judicial para conocer sobre estas infracciones, pasando por infinidad de Decisiones, Convenios y Directrices que protegen el comercio entre personas físicas o jurídicas con independencia del lugar en el que se encuentren, la Directiva sobre Comercio electrónico de 8 de junio de 2000 (Directiva 2000/31/CE, la Directiva sobre Firma electrónica de 13 de diciembre de 2000 (Directiva 1999/93/CE) o la Directiva sobre protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, de 24 de octubre de 1995 (Directiva 95/46/CE).

Dentro del ámbito interno, las normas de garantía se encuentran en la protección que la Constitución Española otorga tanto a la intimidad personal como al secreto de las comunicaciones recogidos en el artículo 18<sup>1</sup> y que se ven desarrolladas tanto en

---

1. La Constitución Española hace referencia a las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, pero nadie pone en duda su extensión a todo tipo de comunicaciones privadas cualquiera que sea el medio utilizado (chats privados, correo electrónico, etc.).

el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal fundamentalmente, sin perjuicio de que también otras normas procuran su amparo, como por ejemplo, la Ley 32/03 de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones, la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que desarrolla la Directiva 2000/31/Ce o la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (modificada tanto por la Sentencia del Tribunal Constitucional –Pleno– número 292/2000 de 30 de noviembre, como por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social), el Reglamento de Medidas de Seguridad de 11 de junio de 1999 sobre ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

Dado que la intromisión en datos personales ajenos afecta a derechos fundamentales y conlleva consecuencias penales, es preciso definir previamente los conceptos que se van a utilizar, que en numerosas ocasiones vienen dados por la propia normativa internacional.

Así, por **correo electrónico** la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) entiende que es “todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”.

Por “**intromisión ilegal**”, la Propuesta de Decisión Marco dada en Bruselas el 19 de abril de 2002 (COM 2002, 173 final)<sup>2</sup> entiende cualquiera de las siguientes acciones:

- a) el hecho de obstaculizar o interrumpir de manera significativa sin autorización el funcionamiento de un sistema de información introduciendo, transmitiendo, perjudicando, borrando, deteriorando, alterando o suprimiendo datos informáticos.
- b) El hecho de borrar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los datos informáticos en un sistema de información cuando es cometido con la intención de causar un daño a una persona física o jurídica.

Por acceso “**sin autorización**”, la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero señala que será aquel “acceso o la intromisión no autorizados por el propietario o titular de otro tipo de derecho sobre el sistema o parte del mismo no permitidos por la legislación nacional”.

El término “**documento**” encuentra dentro del propio Código Penal una definición legal en el artículo 26, a tenor del cual se considera documento “*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”. Es ciertamente una definición amplia y abierta, determinada por la finalidad o la aptitud para soportar pruebas de cualquier clase. Sin embargo, la definición legal sigue exigiendo un soporte material, lo cual no siempre existe cuando se trata de documentos virtuales; el documento no se refiere a

---

2. [http://eur-lex.europa.eu/LexUriSeru/site/es/com/2002/com2002\\_0173es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriSeru/site/es/com/2002/com2002_0173es01.pdf)

ese soporte –el disco duro, disquette, servidor, etc.– sino al propio documento en sí sin precisión de soporte alguno, o en todo caso, la visualización de una pantalla del monitor. Es por ello que no se explica<sup>3</sup> que el legislador no haya recogido el criterio de documento que ya señalaba nada menos que en 1985, fecha en la que hablamos de la prehistoria de la informática, cuando la Ley de Patrimonio Histórico 13/1985 en su artículo 49, 1º señalaba que “*Se entiende por documento toda expresión en lengua natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos*”, mostrando entonces una clarividencia para las posibilidades de la cibemática que en aquel entonces apenas si se apuntaban con imaginación. Máxime cuando el propio Código Penal los incluye de forma expresa, como susceptibles de ser destruidos, en su artículo 264 dedicado al sabotaje informático. Igualmente, la L.O.P.J. en su artículo 230 amplía el concepto de elemento susceptible de ser utilizado como medio de prueba, cualquiera que fuera el soporte en el que se presente.

En otras ocasiones las definiciones de los términos pertenecen al acervo común, y así, por **secreto** entenderemos como todo aquello que haya querido ser excluido por su titular del conocimiento de terceros, teniendo tal consideración con independencia del contenido de ese mensaje pues la protección del derecho de las comunicaciones tiene una entidad propia, ya que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido, esto es, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género. De esta forma, el derecho al secreto de las comunicaciones adquiere un significado propio separado del derecho a la intimidad configurándose, pues, como un derecho autónomo, si bien debe tener un contenido que afecte a la intimidad de quien lo posee, pues en definitiva ése es el bien jurídico protegido en el Código Penal en su artículo 197. Además, ese secreto debe ser actual, no pudiendo ser objeto de protección aquel que ha sido abandonado<sup>4</sup>, por ejemplo si tras imprimirlo se tira a la basura, demostrando así su titular que la preservación de ese secreto ha dejado de tener interés para él, abandono que debe ser distinguido del descuido en su conservación, por ejemplo dejando el mensaje en el monitor y ausentándose momentáneamente del lugar donde se encuentra el ordenador.

Debe además, tenerse en cuenta que el correo electrónico ofrece información vestibular<sup>5</sup>, sin necesidad de acceder a su contenido: cualquiera que sea el programa utilizado para la remisión o recepción del correo, éste recoge datos del remitente y a quien se ha remitido; los datos de tráfico pueden referirse, entre otras cosas, al encaminamiento, la duración, la hora o el volumen de una comunicación, al protocolo utilizado, a la localización del equipo terminal del remitente o destinatario, a la red en que se origina o concluye la transmisión, al principio, fin o duración de una conexión. También pueden referirse al formato en que la red conduce la comunicación, la existencia de archivos

---

3. José Manuel Maza Martín, “La necesaria reforma del Código Penal en materia de delincuencia informática”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, II del 2003, pág. 305.

4. Carlos María Romeo Casabona, “La protección penal de la intimidad y de los datos personales: los mensajes de correo electrónico y otras formas de comunicaciones de carácter personal a través de internet y problemas sobre la ley penal aplicable”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, II del 2003 pág. 78.

5. Manuel Marchena, Dimensión jurídico penal del correo electrónico, XX premio LA LEY

adjuntos, etc. (campos de cabecera o propiedades del documento), pudiendo acceder incluso a la agenda –o libreta de direcciones– en la que cada usuario recoge las direcciones de correo más frecuentes. Estos datos, que no son garantizados por el secreto a las comunicaciones, sí se encuadran dentro del derecho a la intimidad de la forma en que lo protege el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, el Tribunal Europeo<sup>6</sup> ha entendido que los informes generados en el proceso de remisión de los datos se encuentran también protegidos como parte del derecho a la intimidad de las personas y la Directiva 2002/58/CE de 12 de Julio ya citada<sup>7</sup> garantiza el tratamiento confidencial de estos datos.

Sin embargo, el concepto de secreto debe tener una interpretación restringida desde el momento en que el legislador no ha pretendido sancionar al “usuario no autorizado”, sino a quien pretenda descubrir los secretos de otro, por lo que quedarán fuera del tipo penal aquellos “hackers” que se limiten al escaneado de los puertos de un ordenador desde otro con control remoto, si bien se planteará la duda de aquellos que, una vez accedido a la computadora, observan la estructura del disco duro contemplando sus archivos; se puede concluir que, el mero visionado de los directorios de un disco duro no conllevará descubrimiento de secreto alguno, pero sí que podrá incidir en el tipo penal el hecho de entrar en las ramas del disco abriendo las diferentes carpetas, conducta que, por lo demás, tiene una difícil justificación en aras a evitar la ilicitud de la finalidad de la intromisión. Parece que la “sustracción” de las contraseñas o passwords empleados no deben ser considerados como secretos por sí mismos<sup>8</sup>, sin perjuicio de considerarlos como actos preparatorios de otro tipo de actividad delictiva.

Siguiendo con el problema de las definiciones de los términos empleados, nos encontramos con la palabra “**interceptar**”<sup>9</sup>, que según el Diccionario de la Lengua Española significa “*apoderarse de una cosa antes de que llegue al lugar o a la persona a la que se destina, obstruir una vía de comunicación o acceder a la comunicación de otros sin obstruir o interrumpir esa comunicación*”. El sentido de interceptación que sugiere el artículo 197 del Código Penal hace referencia a aquellos accesos a la comunicación entre otras personas que no la interrumpen ni impiden que llegue a su destinatario, si bien conociendo su contenido u observando la relación entre remitente y remitido; las comunicaciones bien pueden ser escritas, telegráficas, telefónicas o por medios técnicos del correo electrónico, ya sea cuando el mensaje se halle en el servidor, ya cuando haya accedido al ordenador del destinatario, con independencia de que

---

6. STEDH de 2 de agosto de 1984 –caso Malone– y de 30 de julio de 1998 –caso Valenzuela Contreras–.

7. Artículo 5 Confidencialidad de las comunicaciones 1. Los Estados miembros garantizarán, a través de la legislación nacional, la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. En particular, prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de los usuarios interesados, salvo cuando dichas personas estén autorizadas legalmente a hacerlo de conformidad con el apartado 1 del artículo 15. El presente apartado no impedirá el almacenamiento técnico necesario para la conducción de una comunicación, sin perjuicio del principio de confidencialidad.

8. Jose Manuel Maza Martín, “La necesaria reforma del Código Penal en materia de delincuencia informática”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, II del 2003, pág. 301.

9. Carlos María Romeo Casabona, op. Cit. Pág. 85

éste lo haya ya abierto o no. Por tanto, no concurre dicha interceptación cuando es uno de los comunicantes<sup>10</sup>, ya sea el emisor o el receptor, quien guarda, graba o copia el mensaje, y su difusión no vulnerará el derecho al secreto de comunicaciones salvo cuando expresamente se encuentre sancionado<sup>11</sup>, como son los supuestos de secretos profesionales o laborales del artículo 199 del Código Penal.

A diferencia de lo que ocurre con la interceptación de las conversaciones telefónicas, en las que la actividad se produce mientras dicha conversación se está llevando a cabo, la del mensaje o del correo electrónico puede llevarse a cabo tanto antes de que llegue a su destino, mientras se halla en la “bandeja de salida” del remitente, como cuando éste se encuentre en el servidor, al igual que también puede darse cuando el destinatario ya lo haya recibido y conservado en su poder o incluso enviado a la bandeja de elementos eliminados, en la creencia de que con ello destruía el documento.

De la misma manera, el término “interceptación” impide que la mera escucha de una conversación telefónica por hallarse en las inmediaciones sin utilizar ningún medio técnico o electrónico pueda considerarse vulneración de secreto<sup>12</sup>.

Para que exista difusión ilícita, ésta tendrá que haber sido realizada “**sin autorización**” de su titular. Ya la propuesta de decisión marco del consejo de Europa de 19 de abril del 2002 en su artículo 2º g) señalaba que el término “sin autorización” es amplio y deja libertad a los Estados miembros para definir de manera concreta el delito, que ha pasado al artículo 2 d) de la Decisión marco 2005/222/JAI de 24 de febrero al entender que será sin autorización “el acceso o la intromisión no autorizados por el propietario o titular de otro tipo de derecho sobre el sistema o parte del mismo o no permitidos por la legislación nacional”. Por tanto, para valorar el consentimiento de su titular, ya explícito o ya tácito, es válida la doctrina civilista acerca del mismo, si bien se deja claro que existen intervenciones legítimas por parte del Estado en las comunicaciones a través de la red, como son los supuestos de prevención para la comisión de determinados delitos (por ejemplo, pornografía infantil, incitación a la xenofobia, terrorismo, etc.), así como la obligación que se impone a los prestadores de servicios de interrumpir la prestación en cuanto detecten que vulneran determinados principios singularmente protegidos (el orden público, la defensa nacional, la salud pública, etc.). El hecho de acceder a información con conocimiento de su titular será no una causa de justificación, sino un supuesto de atipicidad de la acción, al exigirlo así el tipo penal del artículo 197.

En el reino del derecho penal, las acciones objeto de sanción vienen determinadas siempre por el verbo rector que define la conducta como delito. Por lo que respecta a la ofensa a la intimidad, el Código Penal se refiere “*al que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles,*

---

10. El levantamiento del secreto por uno de los intervinientes no se consideraría violación del artículo 18.3 CE, sino, en su caso, vulneración del derecho a la intimidad (art. 18. 1 CE) o, según lo expresaba la STC 114/1984, sobre los comunicantes pesa, en todo caso, “un posible ‘deber de reserva’ que –de existir– tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado”.

11. Carlos María Romeo Casabona, op. Cit. Pág. 90.

12. Sentencia de la AP de Guipúzcoa de 17 de febrero de 2000, no existe interceptación al escuchar una conversación a través de una cabina telefónica situada en un lugar público.



*cartas...*”, etc. Lo cierto es que la redacción del Código Penal actual en su artículo 197 tiene como único elemento original el haber incluido expresamente los mensajes de correo electrónico entre los documentos susceptibles de poseer secretos; sin embargo, el resto de su articulado es semejante al artículo 497 del anterior Código Penal de 1944 (Texto Refundido de 1.973), incluido el verbo “apoderarse”<sup>13</sup>, y ello pese a que han sido varias las críticas vertidas por la doctrina. Con mayor razón actualmente, este verbo debe ser interpretado de una forma más espiritualizada que antes dado que el apoderamiento de los mensajes de correo electrónico puede efectuarse sin que el mensaje en sí sufra la más mínima intromisión, pudiendo realizarse, por ejemplo, librando una copia desde el servidor hasta un tercero no autorizado, o recuperarse una vez destruido por el destinatario.

Este verbo ha sido especialmente desarrollado por la doctrina cuando ha tratado los delitos contra el patrimonio. Así, el Código Penal emplea este mismo verbo en el delito de robo, para distinguirlo precisamente del hurto, en el que el verbo “tomar” hace referencia a una sustracción astuta y no percibida por la víctima, a diferencia del robo, en el que la conducta del apoderamiento ha sido entendida como el vencimiento de un impedimento colocado por el titular del objeto, ya con violencia o intimidación, ya venciendo los sistemas de protección existentes en el exterior continente para obtener el objeto apetecido (contenido). Ciertamente es que ya el Código de 1995 imponía una interpretación integradora de la fuerza del apoderamiento al incluir el descubrimiento de las claves (238,3º) o la inutilización de sistemas de alarma o guarda (238,5º) aunque fueran formas inteligentes y no violentas sobre los objetos, pero cuando nos enfrentamos al apoderamiento de secretos viene a ser necesaria una vuelta de tuerca más para su interpretación correcta.

Está claro que el apoderamiento de secretos no exige ni fuerza material ni violencia de ningún género; que puede realizarse incluso sin tener dominio de ningún tipo sobre el mensaje, por ejemplo remitiendo copias desde el servidor mismo, y que la fuerza empleada es únicamente de forma técnica, por ejemplo abriendo el correo en un ordenador encendido, en el que el correo aparece sin ningún sistema de cifrado ni de clave, y tampoco precisa de ningún desplazamiento o traslación del mismo ni siquiera efectuado de forma electrónica.

Sin embargo, la espiritualización del verbo apoderarse no puede llevarse a extremos absolutos, siendo imprescindible que se venza de cualquier modo la oposición del titular, por insignificante que sea su gesto de discreción, por ejemplo, cuando el titular minimiza la pantalla con el mensaje abierto, o cuando, una vez impreso, lo guarda o le da la vuelta con el inequívoco afán de impedir nuestra visión: en estos casos, restaurar la pantalla o voltear la hoja impresa para conocer el contenido del mensaje constituyen verdaderos actos de apoderamiento, tal como lo constituye el acto de quien extrae una carta que no le pertenece de un sobre aun cuando esté previamente abierto. No lo serán, tal y como se señaló anteriormente, la recogida de las hojas arrojadas a la basura cuando el titular ha hecho un efectivo abandono a su suerte del secreto, si no ha tomado las medidas imprescindibles para su destrucción. No es equiparable al abandono implícito, el hecho de

---

13. Carlos María Romeo Casabona, “La protección penal de la intimidad y de los datos personales: los mensajes de correo electrónico y otras formas de comunicaciones de carácter personal a través de internet y problemas sobre la ley penal aplicable”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, II del 2003 pág. 79.

que el destinatario haya remitido los mensajes a la “bandeja de elementos eliminados” o a la “papelera de reciclaje”, que, si bien informáticamente sólo son archivos distintos en el disco duro de un ordenador, perfectamente recuperables mediante simples movimientos de ratón, sin embargo muestran la voluntad inequívoca del sujeto de evitar que dichos documentos puedan ser contemplados por otro sujeto distinto.

No es necesario el uso de sistemas de descriptación del mensaje ni de descubrimiento de las claves de acceso que, en caso de ser utilizados, redundan claramente en el concepto de uso de apoderamiento forzado. El mensaje goza de protección legal aun cuando se haya remitido sin hacer uso de ningún sistema de cifrado de sus datos. Es igualmente indiferente para la comisión del delito el terminal desde el cual se obtiene la información, pudiendo ser tanto el propio sistema informático del destinatario como la interceptación del mismo desde un tercer sistema ajeno y lejano para la comisión del tipo.

Cuestión distinta sería la apertura del correo recibido por error, ya porque se envió a varios sistemas informáticos, ya porque el mensaje fue posteriormente reenviado a otras personas, alguna de ellas no autorizadas. Dado que el sentido del verbo apoderarse requiere de una conducta positiva, una conducta de hacer, no lo cometerá quien recibe el mensaje y lo abre en un sistema para cuyo acceso está autorizado.

De la misma forma, si el apoderamiento precisa la remoción de un obstáculo<sup>14</sup>, por mínima que sea la conducta desplegada por el agente, el hecho de visualizar pasivamente el contenido del mensaje que aparece en la pantalla, por ejemplo leyendo por encima del hombro de quien resulta ser su destinatario, tampoco puede entenderse como constitutivo de infracción al secreto de comunicaciones.

Desde luego no son aplicables las teorías sobre la consumación del apoderamiento existentes para el delito de robo: éstas varían desde las posiciones extremas, bien siendo suficiente para la consumación el mero contacto con el objeto o bien precisando que sea extraído del poder de su dueño para la consumación, hasta las intermedias en las que bastaría la individualización del objeto o la mera disponibilidad, aun cuando fuera de manera ideal, del objeto para su consumación, entendiendo que el delito quedaría en tentativa en los demás supuestos. Al ser el delito de descubrimiento de secretos un delito intencional y de resultado cortado, será bastante para su consumación el hecho de copiar o de reenviar el mensaje aun sin ser preciso en ningún caso que el sujeto activo haya llegado a conocer su contenido.

En conclusión, todo parece indicar que el término utilizado de “apoderarse” no es el idóneo para englobar la totalidad de las conductas que el Código Penal pretende sancionar en materia de revelación de secretos, hallándonos ante una alarmante interpretación amplia –espiritualizada– de dicho verbo, y por ello el informe que sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la L.O. 10/95 de 23 de noviembre, del Código Penal emitió el Consejo Fiscal acerca de la redacción del Título X del Libro II propuso incorporar un nuevo tipo penal que tuviese como finalidad el proteger la intimidad a través del castigo expreso de la conducta de quien acceda a datos o programas contenidos en sistemas informáticos, tratando además, de dar respuesta a las normas armonizadoras de la U.E. y concretamente cumpliendo la obligación exigida en la De-

---

14. Carlos María Romeo Casabona, op. Cit. pág. 82.

cisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, ya citada, interesando la creación de un nuevo párrafo tercero con el siguiente contenido: “3. *El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años*”.<sup>15</sup>

La revelación de secretos es un delito doloso, no solamente porque no existe un paralelo culposo en su redacción (artículo 12 del Código Penal), sino también porque exige un elemento subjetivo de injusto, consistente en ese afán de descubrir los secretos ajenos o vulnerar su intimidad, finalidad que debe regir la conducta del agente.

Habiendo dejado sentado que el uso de un ordenador personal constituye un acto que se halla dentro de la intimidad de las personas, que en su interior se guardan datos que pertenecen al arcano secreto de sus poseedores y que un ataque al mismo constituye una infracción penal, será también preciso señalar que ese secreto que garantiza puede ser utilizado para la comisión de ilícitos penales o guardar datos relevantes para su descubrimiento o evitación, y en ocasiones será preciso el acceso a sus datos con o sin el consentimiento de su titular. Aquí el problema que se presenta es la deficiente regulación legal. Así, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (cuyo texto provisional data de 1882), obviamente nada recoge que haga referencia al trato que merecen las computadoras. El problema es que, pese a las reiteradas reformas acaecidas incluso por motivos de menor entidad, sigue sin señalar con claridad la forma en que la aprehensión y el acceso a un ordenador o la interceptación de los mensajes que se transmiten efectuado por los agentes de policía pueda servir de prueba en un juicio penal sin el riesgo de ser declarada nula por aplicación de artículo 11 de la L.O.P.J., y no sólo esa diligencia probatoria sino además todas aquellas que de ella traigan consecuencia (teoría de los frutos del árbol envenenado, que de ascendencia anglosajona, ha venido al derecho continental en todo su esplendor).

Para ello nos veremos obligados a servirnos de las reglas de la analogía sin que ni aun así queden suficientemente aclarados los requisitos obligados: así, si en el concepto “correo electrónico” incidimos en la primera de estas palabras<sup>16</sup>, el término “correo” hará inclinarnos por aplicar las normas que la Ley rituaría establece para la “apertura de la correspondencia escrita y telegráfica” ubicada en el Título VIII del Libro II (Del

---

15. “La Decisión Marco arriba mencionada y que inspira el nuevo precepto, permite a los Estados, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de su artículo 2, la libertad de opción entre sancionar de una forma general y amplia toda conducta de acceso a los datos contenidos en un sistema de información o bien tipificar únicamente la conducta de acceso cuando se realice con vulneración de medidas de seguridad.

Entre estas dos posibilidades, castigar cualquier conducta de acceso sin autorización o sólo la más grave acción de quien para llegar a los datos requiere una actividad más clara y directa de vulneración de la intimidad en cuanto que para obtener la información debe realizar actuaciones dirigidas a superar la barrera de seguridad impuesta por los titulares o gestores de los datos, el prelegislador español opta por imponer sólo la sanción penal a quien para obtener los datos debe superar alguna medida de seguridad.

Es ésta una opción que el Consejo de la Unión deja al legislador, por lo que tratándose de una decisión de política criminal no merece comentario técnico-jurídico, si bien de cara a la evaluación y respuesta ante la UE convendría justificar las razones de la opción en la Exposición de Motivos”.

16. Manuel Marchena Gómez, *op. cit.*

Sumario), artículo 579, 1<sup>o</sup><sup>17</sup> así como los siguientes hasta el artículo 588, mientras que si hacemos hincapié en el término “electrónico”, más parece que la normativa aplicable sería la propia para las interceptaciones telefónicas.

Sin embargo, ninguna de las dos puede ser aplicada en bloque: la apertura de correspondencia exige, además de lo reglamentado en los artículos 563 y 564 (artículo 580) relativos a la entrada en lugar cerrado, en primer lugar, que los mensajes sean enviados inmediatamente al Juez de Instrucción de la causa (artículo 581), así como a la citación del interesado, el cual podrá presenciar por sí mismo la apertura de su correspondencia, o designar a otra persona que actúe en su lugar (artículo 584), debiendo el Juez abrir por sí mismo la correspondencia para que, después de leerla para sí, aparte la que haga referencia a los hechos de la causa para conservarla, devolviendo la restante (artículo 586 y 587), haciendo constar por diligencia cuanto haya ocurrido, diligencia de la que levantará Acta el Secretario firmando todos los asistentes (artículo 588). Obviamente la normativa plena relativa a la apertura de correspondencia no puede ser aplicable en bloque bajo pena de hacerla artificiosamente complicada.

Otro tanto puede decirse por lo que respecta a la interceptación de las conversaciones telefónicas, recogido en el artículo 579 párrafos 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup><sup>18</sup>. Téngase en cuenta el hecho de que en muchas ocasiones la comunicación no se ha producido, pudiendo haber sido simplemente enviada y todavía no recibida por el destinatario, por ejemplo localizándola en el servidor, o por el contrario, será más frecuente que dicha comunicación haya cesado hace ya tiempo, y se encuentre en el disco duro del ordenador como elemento recibido, ya haya sido leído o todavía no haya logrado abrirlo, o incluso lo haya ya eliminado de la bandeja de entrada, por lo que carece de sentido la aplicación de los postulados que jurisprudencialmente han venido a ser exigidos para las interceptaciones telefónicas (totalidad, indemnidad de las grabaciones, cintas originales, transcripción bajo fe del Secretario judicial, etc). De hecho, la legislación comunitaria más parece inclinarse por proteger la intimidad (artículo 1<sup>o</sup> de la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002<sup>19</sup>, señalando incluso en su Considerando 27 la conveniencia de destruir y eliminar los datos del tráfico en el momento exacto en el que termina una comunicación salvo a efectos de facturación, y no para garantizar el secreto de las comunicaciones, que no tiene sentido cuando éstas ya han terminado.

---

17. “1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

18. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. “De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

19. Artículo 1 **Ámbito de aplicación y objetivo** 1. “La presente Directiva armoniza las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, **del derecho a la intimidad**, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”.

De todas formas, la aplicación de las más elementales normas de garantía constitucional<sup>20</sup> imponen la obligada observancia de los principios generales aplicables a toda intromisión en un derecho fundamental<sup>21</sup>: en primer lugar, que sea absolutamente necesario para la investigación dentro de un procedimiento penal ya incoado, dando preferencia a otros medios menos invasivos de la intimidad cuando fuera posible, precisando de una causa grave que justifique el acto de injerencia. En segundo lugar, que la prueba del hecho se derive de la intervención como causa a efecto, esto es, que de la intervención se pretenda obtener pruebas sobre el hecho investigado. En tercer lugar, que se trate de investigar un hecho grave, no siendo suficiente la intervención por infracciones administrativas ni tampoco por infracciones veniales. La gravedad puede venir determinada por varias circunstancias, siendo de entre ellas una fundamental la pena que el Código Penal imponga al delito que se pretende descubrir. Por último, debe aplicarse el principio de transparencia, de modo que la intervención, el “volcado” de los datos y el examen de su contenido no queden bajo secreto sino a la luz de la garantía judicial y con la fe del Secretario judicial.

Siempre será preciso una Resolución judicial que deberá revestir forma de Auto, suficientemente motivada y que individualice lo mejor posible el sujeto a investigar de manera que no deje duda sobre su identidad, la sede o domicilio donde se encuentre el equipo informático, los sistemas y soportes de todo tipo que deberán ser requisados y cuantas circunstancias sirvan para dirigir a los agentes de policía a la mayor concreción de los objetos apetecidos y no otros.

El examen de un disco duro, más que una apertura de correspondencia debe ser considerado como un acto pericial<sup>22</sup>, por lo que le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 336<sup>23</sup>, permitiéndose al imputado no sólo su presencia sino también su participación activa en el sentido de poder designar a otro perito a su costa para que presencie el examen y en su caso, confeccione su propio informe que pueda contradecir al oficial en el desarrollo de juicio oral.

Para ello, el examen se realizará en dependencias generalmente ajenas al Juzgado, por lo que será preciso proceder a un volcado del disco duro en otro aportado para la ocasión, sobre el que se efectuarán los análisis correspondientes, permaneciendo el disco original en la sede judicial y bajo la salvaguarda de la tutela del Secretario judicial, quien garantizará la indemnidad del mismo, otorgando la fe pública judicial en la exactitud e integridad de las copias efectuadas y entregadas a la policía y a las partes para su trabajo.

---

20. Francisco Alexis Bañuls Gómez, “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en *Noticias jurídicas*, febrero 2007.

21. Manuel Marchena Gómez, *op. cit.*

22. Manuel Marchena Gómez, *op. cit.*

23. **Artículo 336:** “En los casos de los dos artículos anteriores ordenará también el Juez el reconocimiento por peritos, siempre que esté indicado para apreciar mejor la relación con el delito, de los lugares, armas, instrumentos y efectos a que dichos Artículos se refieren, haciéndose constar por diligencia el reconocimiento y el informe pericial.

A esta diligencia podrán asistir también el procesado y su defensor en los términos expresados en el artículo 333”.

Una vez sentada la exigencia de resolución judicial motivada, es preciso concretar cuál de entre todos será el Juez competente para ordenar el examen de los ordenadores. La competencia funcional corresponderá a la de un órgano que actúe en una primera instancia, sin perjuicio de que sus resoluciones puedan ser susceptibles de recurso de apelación ante un órgano superior, que será la Audiencia Provincial. Tampoco arroja dudas la competencia objetiva pues, tratándose de la investigación de las causas por delito la competencia recae sobre los Juzgados de Instrucción (artículo 14, 2º LECrim.), ya lo sea el del lugar donde el delito se hubiere cometido o ya el Central de instrucción de la Audiencia Nacional para la Instrucción de los delitos cuyo conocimiento y fallo correspondan por ley a la Audiencia Nacional.

Sin embargo, la atribución territorial sí que puede plantear problemas, dada la simpleza empleada por este artículo para la aplicación de su competencia por razón del territorio, y así, la competencia del Juzgado “del lugar donde el delito se hubiere cometido” del artículo 14, se ve completada por el artículo 15 de la LECrim<sup>24</sup>., en el que se establecen fueros subsidiarios correlativamente de atribución de la competencia en los casos de dificultad para localizar el lugar de comisión del ilícito. Es precisamente en los delitos cometidos por medios cibernéticos donde mayor complejidad puede plantear la identificación del Juzgado competente.

Una primera aproximación indica que el lugar de comisión del delito será aquel donde radica el sujeto que da la orden a su sistema (el hacker) para interceptar o penetrar en el ordenador vulnerado, propio de la teoría de la actividad, tan habitualmente utilizada en el derecho penal. Normalmente, este ordenador víctima se encontrará en cualquier otro punto del planeta, sin añadir incluso que puede ser utilizado un servidor en un tercer país tan alejado del primero como del segundo, por lo que no nos servirá como indicativo la distancia a la que se encuentre, máxime teniendo en cuenta que la agresión puede dirigirse de manera idéntica a una pluralidad de sistemas situados en los emplazamientos geográficos más dispares. En estos casos, el problema ya ni siquiera es de competencia sino que puede alcanzar una pluralidad de jurisdicciones diversas, por lo que el primero de los problemas a dilucidar será precisamente si corresponde o no a los Tribunales Españoles la investigación. Téngase en cuenta que las posibilidades de conocimiento de la jurisdicción española por delitos cometidos fuera de las fronteras

---

#### 24. Artículo 15

*Cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio:*

*1º) El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito.*

*2º) El del término municipal, partido o circunscripción, en que el presunto reo haya sido aprehendido.*

*3º) El de la residencia del reo presunto.*

*4º) Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.*

*Si se suscitase competencia entre estos Jueces o Tribunales, se decidirá dando la preferencia por el orden con que están expresados en los números que preceden.*

*Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, se remitirán las diligencias al Juez o Tribunal a cuya demarcación corresponda, poniendo a su disposición a los detenidos y efectos ocupados.*

de España se halla recogido en el artículo 23 de la L.O.P.J<sup>25</sup>., y entre el elenco de los graves delitos allí enumerados, no hallaremos los atentados contra la intimidad que estamos tratando, por lo que si el fuero exclusivo de competencia fuera el del lugar donde se encuentre localizado el sistema agresor, habría que concluir que sólo sería competente la justicia española cuando dicho sistema se encuentre localizado en el interior de nuestras fronteras, dando lugar en caso contrario, no a una falta de competencia sino a una verdadera ausencia de jurisdicción para conocer del asunto aun cuando uno, varios o incluso la totalidad de los perjudicados se encontraran en su interior.

Para resolver esta cuestión, no siendo bastante explícito el fuero subsidiario del artículo 15, 4º de la LECrim, y para evitar la zona de impunidad que algunos supuestos fácilmente imaginables ocasionan, la Sala Segunda del Tribunal Supremo llegó al Acuerdo no jurisdiccional en Pleno –y por tanto obligatorio– de fecha 3 de febrero de 2005<sup>26</sup> en el que el Alto Tribunal se inclina por la teoría de la ubicuidad en materia de represión penal, fijando incluso en dicho Acuerdo el término “jurisdicciones”, con lo que facilita la interpretación que permite asumir la competencia española en el caso de uno solo de los actos criminales haya producido un resultado en España al poder reputarlo cometido en nuestro país. Sin embargo, la mera ubicación del servidor en España no parece que pueda ser considerado como suficiente para entender cometido

---

25. Y ello pese a que por L.O. 13/2007 de 19 de noviembre de 2007 (B.O.E. 278 de 20 de noviembre), acaba de ser reformado en materia de persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas en el sentido de incluir otros delitos en el sentido siguiente:

Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que quedará redactado como sigue:

4. *Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

- a. *Genocidio.*
- b. *Terrorismo.*
- c. *Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d. *Falsificación de moneda extranjera.*
- e. *Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.*
- f. *Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*
- g. *Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.*
- h. *Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*
- i. *Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.*

26. Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del T.S. de fecha 3 de febrero de 2005: “*El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa*”.

en España alguno de los elementos del tipo al ser el nodo un mero cajón desde donde se va a distribuir el programa invasor.

Por último, es preciso señalar que en ocasiones se plantean supuestos en los que la previa intervención judicial puede ser puesta en tela de juicio; estos son los supuestos en los que el ordenador, o incluso la totalidad del sistema informático pertenece a un tercero que autoriza a otro para utilizarlo bajo determinadas condiciones: son los casos en los que el empresario cede su material para que el operario en su tiempo de trabajo utilice el ordenador para desempeñar su trabajo.

De una parte, debe partirse del hecho de que la intimidad de una persona se ejerce no sólo cuando se encuentra en su domicilio, y que el lugar de trabajo también deja el reducto necesario para el desarrollo de esa intimidad a la que toda persona tiene su parcela de derecho, así como que el artículo 197 no hace distinción alguna a este respecto.

De otra parte, también es preciso señalar que el empresario tiene derecho al acceso de los datos relativos a la empresa que se encuentren en sus ordenadores, y que para que constituya infracción penal dicho acceso debe ser ilegítimo; que tiene igualmente derecho a la inspección sobre los instrumentos y herramientas de trabajo de su propiedad cedidos a los empleados para el desempeño de su labor, que el trabajador en general actuará dentro de la empresa y en sus relaciones frente a terceros como mandatario de empresario, quedando reflejados en el ordenador los mensajes relativos a los pedidos, las facturas, las conversaciones referentes a los pagos, recepción de materiales, etc. que son propios de la empresa y cuyo conocimiento no puede ser restringido al empresario.

Sin embargo, el acceso al correo electrónico propio del trabajador<sup>27</sup>, así como al historial mismo de las páginas que ha visitado desde ese terminal de ordenador para controlar el posible abuso en el ejercicio de su trabajo, o la utilización de programas ajenos a la empresa, no puede efectuarla aquél por su propia autoridad para utilizarla en contra del trabajador, por ejemplo, para presentar una denuncia ante la Inspección de trabajo o para fundamentar un despido o el inicio de un expediente disciplinario. Desde el momento en que las comunicaciones son secretas, no cabe que so pretexto de interés empresarial, el empresario acceda a la totalidad de la información del sistema pues daría como consecuencia un abuso desproporcionado de su poder, debiendo recabar en todo caso la autorización judicial para el acceso.

En cualquier caso, es precipitado el dar una solución única a este problema, que deberá resolverse caso por caso y teniendo siempre presente el pacto existente entre el empresario y el trabajador, la naturaleza del trabajo y el tipo de contrato que les una. Así, será difícil impedir el acceso del empresario al ordenador del empleado contable para controlar la contabilidad de la empresa, o el correo electrónico propio de la empresa con el que ésta se comunica habitualmente con su clientela, recibe sus pedidos y contesta a los requerimientos de los clientes, al menos en lo que se refiere al uso del correo en la dirección oficial de la empresa, la que utiliza en el mundo del tráfico mercantil. No así cuando se trata del correo particular del trabajador, aun cuando utilice el mismo sistema informático.

---

27. Carlos María Romeo Casabona, *op. cit.*, Pág. 97



## BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS POU, MARIA, “El consentimiento en la contratación electrónica a través de internet”, *Diario LA LEY* número 6540.
- BAÑULS GÓMEZ, FRANCISCO ALEXIS, “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en *Noticias jurídicas*, febrero 2007.
- ELVIRA PERALES, ASCENSIÓN, “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *IUSTEL*, 2007.
- MARCHENA GOMEZ, MANUEL, “Dimensión jurídico penal del correo electrónico”, XX premio LA LEY.
- MAZA MARTIN, JOSE MANUEL, “La necesaria reforma del Código Penal en materia de delincuencia informática”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal II-2003*, págs. 285 a 318.
- ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA, “La protección penal de la intimidad y de los datos personales en sistemas informáticos y en redes telemáticas”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, III-2001 págs. 273 a 311.
- SÁNCHEZ ALMEIDA, CARLOS, “La investigación policial de los delitos relacionados con nuevas tecnologías”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, III-2001 págs. 585 a 612.
- DECISIÓN MARCO 2005/222/JAI del Consejo de Europa de 24 de febrero de 2005.
- PROPUESTA DE DECISIÓN MARCO del Consejo de Europa relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información hecho en Bruselas el 19 de abril del 2002.
- DIRECTIVA 2002/58/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA.



**JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE  
“TRATAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL  
DE LA MUJER INMIGRANTE VÍCTIMA”**



# TRATAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA MUJER INMIGRANTE VÍCTIMA: MODELO ESPAÑOL

María ACALE SÁNCHEZ

Profa. Titular de Derecho Penal  
Universidad de Cádiz

**Resumen:** Las cifras relativas a mujeres muertas en España víctimas de violencia de género reflejan una hiper representación de las mujeres de nacionalidad extranjera. En este trabajo se analizan los factores que condicionan semejante tasa de victimización y la respuesta del ordenamiento jurídico frente al mismo. El hecho de que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género, no haya llevado a cabo ni una sola modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social pone de manifiesto la insuficiencia de la actual respuesta jurídica, en la que se otorga más importancia a la situación administrativa en que se encuentran esas mujeres, que al hecho de estar sufriendo esta clase de violencia.

**Laburpena:** Genero indarkeriagatik hildako emakumeen zifrak Espainian, emakume kanpotarren portzentaje nabaria azaltzen dute. Lan honetan, biktimizazio tasa hori baldintzatzen duten faktoreak aztertzen dira eta antolamendu juridikoaren erantzuna gai honen inguruan. Abenduaren 28ko 1/2004 Lege Organikoak, genero indarkeriaren kontrako erabateko babesari buruz, urtarrileko 11ko Lege Organikoan, Espainiako atzerriarren eskubide eta askatasunei eta gizarte integrazioari buruzkoan, aldaketarik burutu ez duenez, honek azaltzen digu erantzun partziala izan dela, eta garantzi handiagoa eman zaio emakume hauen egoera administratiboari eta ez biolentzia mota hau pairatzeari.

**Résumé:** Les chiffres concernant les femmes décédées victimes de la violence de genre en Espagne reflètent une hyperreprésentation de celles qui sont de nationalité étrangère. Dans cette étude, on cherche les facteurs qui conditionnent un tel nombre de victimes et on analyse la réponse de l'ordre juridique. La Loi Organique 1/2004, du 28 décembre, de protection intégrale contre la violence de genre, n'a pas introduit une seule modification de la Loi Organique 4/2000, de 11 janvier, sur les droits et les libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale. Ceci constitue une nouvelle preuve de l'insuffisante réponse du système juridique, où l'on donne plus d'importance à la situation administrative dans laquelle ces femmes se trouvent, qu'au fait de souffrir ce type de violence.

**Summary:** A huge representation of dead women in Spain, victims of "Gender Violence", is the one represented by foreign women. In this study, the main factors of this high appraisal are being looked for, as well as the response given by the legal order. The Organic Law 1/2004, 28th December, on the complete protection towards Gender Violence, has introduced no modification of the Organic Law 4/2000, 11th January, on rights and licences of foreign people in Spain, and its social integration. This is considered as a

---

(Nota): Contribución a las Jornadas sobre "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima", San Sebastián, 14-15 diciembre 2007 (con la colaboración de la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco).

new evidence of the insufficiency of the present answer, where the administrative situation, in which these women are found, is considered much more important than the fact that they are really suffering from this kind of violence.

**Palabras clave:** Victimología, Violencia, Mujer inmigrante víctima, Violencia de género, Victimización.

**Gako hitzak:** Biktimologia, biolentzia, emakume etorkin kaltetuna, genero-indarkeria, biktimizazioa.

**Mots clef:** Victimologie, Violence, Femme immigrante victime, Violence de genre, Victimization.

**Key words:** Victimology, Violence, women immigrant victims, gender violence, Victimization.

## I. INTRODUCCIÓN

Según datos del Instituto Nacional de Estadística, la cifra de mujeres que migran solas o acompañadas a España va en aumento<sup>1</sup>, lo que determina que correlativamente aumente también su protagonismo en el seno de la sociedad española en sectores tan concretos como los de la cultura, el trabajo o la educación. No es de extrañar por ello que aumente también su protagonismo en otros ámbitos, en particular, en el de la delincuencia y, más en particular aún, en el de las mujeres víctimas de la violencia de género, tanto en su ámbito familiar, como fuera del mismo. Ahora bien, lo que sí ha de alarmar es que tengan una presencia tan elevada y, por ende, desproporcionada, en estos ámbitos, pues, en efecto, según constata AMNISTÍA INTERNACIONAL –en relación al año 2007– “la tasa por millón de mujeres extranjeras asesinadas por sus parejas o ex parejas es casi seis veces mayor que la tasa en el caso de las españolas”<sup>2</sup>. Ya en 2004, el 30% de mujeres muertas en España a manos de sus maridos o compañeros sentimentales era de nacionalidad extranjera<sup>3</sup>. El dato se repite si se examina el “Avance de conclusiones alcanzadas del análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del jurado en el periodo 2001-2005 en materia de violencia de género y doméstica”, relativas a homicidios o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja: el 30% de mujeres muertas en España a manos de su marido o compañero sentimental era de nacionalidad extranjera<sup>4</sup>.

Si el centro de atención se traslada ahora del número de mujeres muertas, al de víctimas de lesiones, amenazas, mal trato o coacciones, las cifras son más difíciles de conocer, en la medida en que, como es sabido, uno de los mayores problemas que

---

1. <http://www.ine.es> Véase en particular dentro de los datos relativos a la “Revisión del padrón municipal 2007”, los que analizan la “población extranjera por sexo, país de nacimiento y edad”.

2. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Más riesgos y menos protección. Mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género”, en <http://www.es.amnesty.org>, noviembre 2007, p. 8.

3. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Inmigrantes indocumentadas ¿Hasta cuándo sin protección ante la violencia de género”, en <http://www.es.amnesty.org>, 24 de noviembre de 2005, p. 11. Al margen de lo anterior, sobre la situación de las mujeres inmigrantes que han cometido delito y que se encuentran en cárceles españolas BODELÓN GONZÁLEZ (“Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en R. BERGALLI (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 454 y ss) pone de manifiesto también su especial vulnerabilidad. Véase: M. NAREDO MOLERO, “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2004/1, p. 192–193.

4. El Informe puede encontrarse en <http://www.observatorioviolencia.org>.

plantea la lucha contra esta clase de delincuencia es que existe un cúmulo de factores que hacen que la víctima no denuncie la primera vez los hechos delictivos que soporta; al contrario, aguanta la situación durante un periodo de tiempo, corriendo un gravísimo riesgo para su integridad física y psíquica pues, como es sabido, se trata de una clase de violencia que no sólo se reitera en el tiempo, sino que, además, va creciendo en gravedad a medida que se reiteran los episodios violentos<sup>5</sup>.

Si se parte, pues, de que con carácter general la cifra negra de criminalidad es tan elevada en estos ámbitos, cuando se trata de mujeres de nacionalidad extranjera, muchas de las cuales se encuentran en España en situación administrativa irregular, *a priori*, existen argumentos para que la cifra sea aún mayor, en la medida en que si bien por un lado, padecen el mismo miedo que el resto de mujeres maltratadas, por otro, soportan otro específico, derivado de su situación en un país que no es el suyo y en el que en muchas ocasiones o están en situación administrativa irregular, o sus agresores así se lo hacen saber para forzar y mantener la situación de dependencia. Se suman pues, en este caso, los problemas de las mujeres maltratadas (el miedo a denunciar, la confianza en que el maltratador cambiará y abandonará su actual agresividad), con los derivados de los fenómenos migratorios (los provocados por la soledad no deseada), lo que indica que la respuesta del ordenamiento jurídico debería tener en consideración ambas cuestiones. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 419/2005, de 31 de marzo de 2005 [RJ 2005/4389] describe bien la situación en la que se encontraba una mujer extranjera a manos de la violencia doméstica a la que la sometía su marido: “*esta situación se prolongó hasta el año 1999, sin que A.M. se atreviese a denunciar, por el miedo a su marido, su desconocimiento del idioma, la incertidumbre que le causaba el no tener permiso de residencia, y porque confiaba que finalmente la situación se arreglaría*”.

La gravedad de los datos ha hecho que, finalmente, la violencia que sufren estas mujeres tenga un reflejo específico dentro de la Memoria de la Fiscalía General del Estado para 2006; entre otras cuestiones, se subraya que “*se han detectado también con frecuencia supuestos de malos tratos a mujeres inmigrantes por parte de sus parejas, concurriendo en muchos casos una especial situación de desvalimiento*”. En particular se destacan los datos relativos a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de los que se deduce la especial situación en la que se encuentran las mujeres de nacionalidad ecuatoriana, boliviana y marroquí. Por su parte, en relación a Cantabria se detecta “*en el colectivo de inmigrantes iberoamericanos un alto porcentaje, difícil de determinar, de los imputados por delitos de violencia doméstica, en especial de personas procedentes de países latinoamericanos con situación legal en España*”. Y de los datos relativos a la nacionalidad de los autores se pone de manifiesto que “*el tipo delictivo más cometido por extranjeros en la provincia de Segovia es el de malos tratos familiares. En Pontevedra es el segundo de más frecuente comisión entre extranjeros*”<sup>6</sup>. Por su parte, en el País Vasco, según datos hechos públicos el pasado 22 de noviembre por el Consejero de Justicia del Gobierno Vasco, el porcentaje de mujeres extranjeras agredi-

---

5. LARRAURI, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2003/12, p. 300.

6. La Memoria de la Fiscalía General del Estado puede encontrarse en <http://www.fiscal.es>.

das por sus parejas es del 27.3%, cuando su representación en la sociedad vasca es del 4.9%<sup>7</sup>.

En este trabajo, se someterán a examen los factores que condicionan la especial victimización de estas mujeres, y la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico español a estas concretas víctimas para que salgan del callejón en el que se encuentran.

Antes de pasar a analizar las cuestiones señaladas, es preciso resaltar que el ordenamiento jurídico español ha diseñado un concreto modelo para luchar contra la violencia que sufre la mujer que está o estuvo casada o unida sentimentalmente a su agresor –con o sin convivencia– a través de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género*<sup>8</sup>. No obstante, por lo que se verá, parece que las víctimas inmigrantes no terminan por encontrar su sitio dentro del mismo.

## II. FACTORES CONDICIONANTES DE LA ESPECIAL VICTIMIZACIÓN DE LAS MUJERES DE NACIONALIDAD EXTRANJERA EN ESPAÑA

La cuestión es pues analizar cuáles son los motivos por los que estas mujeres son con tantísima frecuencia víctimas de esta clase de violencia: existen una serie de factores diferenciales de otras situaciones de maltrato que pueden estar condicionando lo elevado de las cifras.

**A) El aislamiento migratorio:** como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 419/2005, de 31 de marzo [RJ 2005/4389], la situación en la que se encuentran cada una de estas mujeres víctimas de maltrato –en sentido amplio– a manos del hombre del que dependen emocionalmente –o del que han dependido en el pasado– viene marcada por una serie de factores que acompañan al propio fenómeno migratorio: el idioma –desconocido en muchos casos–, la inseguridad personal, laboral y social, la falta de gran parte de su familia y de sus amigos..., todos estos son factores que conducen a estas mujeres a la soledad, a relacionarse exclusivamente con los miembros de su familia que les acompañan así como, cuando trabajan, con las personas para las que lo hacen, únicos referentes sociales con los que cuentan, de ahí su especial vulnerabilidad cuando son estas mismas personas las que las someten a actos constitutivos de delito<sup>9</sup>. La suma de todos esos factores provoca el “*aislamiento migratorio*”<sup>10</sup>, apartándose de la sociedad a la que llegaron precisamente para integrarse. Y como es sabido, la lucha contra la violencia que sufren estas mujeres cuando son de nacionalidad española ha empezado por la

7. Véase la noticia que publica el periódico Noticias de Álava en [http:// www.noticiasdealava.com](http://www.noticiasdealava.com) de 27 de enero de 2008.

8. En adelante, LOPIVG.

9. M. ACALE SÁNCHEZ, *Discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006, p. 373.

10. M. MOYA ESCUDERO, y M. RUIZ SUTIL, “La mujer extranjera como víctima de malos tratos”, en VVAA, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores jurídicos*, ed. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, p. 256.



sensibilización de familiares, vecinos y amigos, esto es, del mundo que rodea a la víctima, que son quienes ofrecen el apoyo psicológico necesario, resortes de los que en muchos casos va a carecer la inmigrante.

**B) El camino migratorio emprendido:** en efecto, no es posible analizar de forma conjunta la violencia que sufren las mujeres migrantes, ignorando aspectos básicos del momento en el que se produce la llegada a España.

Así, existe un primer grupo formado por las mujeres inmigrantes que provienen de América latina. En este caso, por la situación del mercado de trabajo español, es más sencillo que sean ellas las que den el paso de llegar en primer lugar a España y, una vez que normalizan su situación, proceden a reagrupar a los miembros de su familia –en particular, a marido e hijos–. Este dato incide considerablemente en las cifras de victimización, en la medida en que el tiempo que esa mujer ha pasado en España sola, ha llevado adelante a su familia con su trabajo y con su esfuerzo, en definitiva, en muchos casos, ha ocupado el papel que en sus países de origen desempeñaba su marido. Cuando él llegue a España intentará recuperar su sitio, su poder a toda costa<sup>11</sup>, lo que es germen de situaciones familiares conflictivas.

El segundo grupo, formado por las mujeres provenientes de países africanos, se caracteriza por que se trata de mujeres que, en primer lugar, han soportado el hecho de que fueran sus maridos, sus padres o sus hijos, los que emprendieran viaje a España, para una vez aquí, proceder ellas a migrar para reunirse con ellos, ya sea a través de un expediente de reagrupación familiar realizado por los miembros de su familia que se encuentran en España –fundamentalmente, sus maridos–, o ya sea de forma clandestina, a través de lugares no destinados al efecto o sin portar la documentación necesaria. Antes de este momento, han permanecido en sus países de origen corriendo con el mantenimiento de sus familias allí, enviando ayuda económica a los desplazados y con la incertidumbre en otros numerosos casos de no saber si su familiar migrante ha conseguido su objetivo: alcanzar las costas españolas<sup>12</sup>. La subordinación de estas mujeres a los hombres que las reagrupan es mayor que en el grupo de inmigrantes procedentes de Latinoamérica, pues su único referente al llegar a España, un país y un idioma desconocidos, va a ser su agresor, del que va a depender para todo. En muchos casos, el choque de culturas es tal que impide a estas mujeres conocer que determinadas situaciones que han venido tradicionalmente soportando en sus países de origen, en España, son constitutivas de delito, por lo que difícilmente, hasta que salgan de dicho estado de aislamiento, podrán estar en situación de dar el paso de denunciar los hechos –algo que, de por sí, no es fácil ni para las mujeres españolas, ni para las inmigrantes residentes legalmente en España–. Ejemplo claro de este cruce de cultura es la permisión legal de malos tratos físicos o psíquicos por parte del marido hacia su mujer en los países musulmanes en los que rige la *Sharia* o “ley de Dios” –recuérdese el caso del Imán de Fuengirola que, aferrándose a su lectura del Corán, recomendaba a

---

11. G. LORA-TAMAYO, “La inmigración de Iberoamérica en la España actual. El ejemplo de Madrid”, en A. EIRAS ROEL, D. GONZÁLEZ LOPO, *La inmigración en España*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 195.

12. E. GASCÓN SORRIBAS, J. GRACIA IBÁÑEZ, “La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género”, en [http://www.unizar.es/sociologia\\_juridica/jornadas/comunic/viogeneroinmi.pdf](http://www.unizar.es/sociologia_juridica/jornadas/comunic/viogeneroinmi.pdf), sin fechar, sin paginar.

los maridos maltratar a sus mujeres en determinados lugares del cuerpo con la finalidad de evitar las marcas, hechos que dieron lugar a que la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, de 12 de enero de 2004 [ARP 2004/1], le condenara como autor de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo-. Lo mismo podría decirse de los supuestos de ablación del clítoris, a los que desde la reforma del Código penal a través de la Ley Orgánica 11/2003, se refiere de forma expresa el art. 149, como un subtipo agravado de las lesiones constitutivas de delito del art. 147<sup>13</sup>.

El tercer grupo de mujeres migrantes se caracteriza por que emprende el camino con su familia, de forma que la llegada a España no está preparada por ninguno de ellos, si bien se mueven en torno a otros grupos de migrantes de sus mismas nacionalidades con los que están en constante contacto; en muchos casos, son esas mismas personas las que las someten a conductas constitutivas de delito<sup>14</sup>; puede verse en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1289/2004, de 8 de noviembre [RJ 2005/1420] en la que según los hechos probados *“en fecha no determinada, localizable en torno a los primeros días de febrero de 2000, las ciudadanas lituanas..., que unos días antes habían llegado a Almería conducidas por unos compatriotas suyos a fin de encontrar trabajo, fueron llevadas por éstos últimos a una casa sita en la zona..., donde permanecieron retenidas por el acusado... y por otras personas, de tal manera que, con el propósito de obligarlas a ejercer la prostitución, les retuvieron los pasaportes, les prohibieron abandonar la vivienda y, para asegurar su permanencia en ella, les vigilaban de modo continuado, les amenazaban y les propinaron varios golpes”*.

Junto a todos los supuestos anteriores, existe un cuarto, formado por mujeres extranjeras que emigran solas a España y que al llegar aquí establecen relaciones sentimentales con españoles, a manos de los cuales terminan siendo victimizadas, si bien, en tanto en cuanto se contraiga matrimonio o se consolide una situación estable de convivencia, los problemas legales en materia de extranjería van a disminuir considerablemente en relación con los grupos de mujeres inmigrantes analizados con anterioridad. Puede decirse pues que, en este caso, su victimización va a basarse en su doble condición de mujer e inmigrante, pero a los efectos de su particular relación de pareja, no frente al ordenamiento jurídico. En tanto en cuanto estos problemas legales disminuyen, este grupo de mujeres no presentarían especialidad alguna frente a las mujeres españolas maltratadas. Por ello se va a dejar fuera de este estudio a este grupo.

**C) Los concretos sectores laborales en los que se integran:** según el Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 2003/46, de la Comisión de Derechos humanos sobre *“La situación de los inmigrantes en España”* es el sector doméstico el que absorbe a la mayoría de las inmigrantes –regulares o irregulares-. En dicho Informe se destacaba que en muchos casos, se discrimina a la mujer trabajadora inmigrante, pues *“muchas trabajan irregularmente, sin seguridad social que les cubra y con vulnerabilidad constante a ser explotadas. Aquellas otras que sí trabajan regularmente, se encuentran en una situación menos vulnerable, pero no por ello exentas de posible explotación y siempre dependientes de la renovación de su*

---

13. M. ACALE SÁNCHEZ, *Discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., p. 378.

14. <http://www.periodistas-teayuda.com/policia-2.htm>.

*contrato para poder renovar su permiso de residencia... Durante algunas entrevistas, la Relatora Especial fue informada de que las mujeres son discriminadas en materia de salarios y condiciones de empleo según la nacionalidad, de forma que las mujeres marroquíes se encontrarían en una situación especialmente vulnerable”.*

También destaca en el Informe el apartado dedicado a la situación en la que se encuentran las mujeres que se dedican al ejercicio de la prostitución (según *Europa Press*, 98% de mujeres que ejercieron la prostitución en España durante 2004 eran inmigrantes<sup>15</sup>), de las que se abusa en muchos casos desde el momento en el que salen de sus respectivos países y llegan a España con la promesa falsa de un contrato de trabajo, siendo así que son obligadas a ejercer la prostitución, o una vez llegadas aquí para ejercer libremente la prostitución, cuando se abusa de su situación por parte de personas que se lucran económicamente de su trabajo: *“la Relatora Especial conoció cómo los casos de tráfico y trata se agravan en el caso de las mujeres que son obligadas a prostituirse. Si bien, algunas aceptan el trabajo como medio de subsistencia y para conseguir el dinero para pagar la deuda en el país de origen, otras, según informaron, se ven explotadas y en situación casi de esclavitud. Estas mujeres están privadas de documentación y de libertad de movimientos, bajo amenazas contra su persona o familiares en el país de origen, como le relataron algunas mujeres rumanas que habían trabajado en un club en Valencia, donde se vieron privadas de documentación y sin ser visitadas por un médico”.*

La inclusión de los supuestos de explotación sexual de las mujeres dentro de la violencia hacia la mujer por razón de género, agravada por la condición de inmigrante en situación administrativa irregular se pone de manifiesto cuando se comprueba que se repiten las técnicas comisivas, al sustraerles la documentación personal, por lo que quedan completamente desprotegidas y a la suerte de sus propios captores<sup>16</sup>, que se lucran de su explotación sexual, así como al amenazarlas con causar un mal a la familia que dejaron en sus países de origen, lejos de la protección que ellas mismas les pudieran ofrecer, si no adecuan su comportamiento a las exigencias de la organización criminal, abusando pues de su papel de esposas, madres o hijas<sup>17</sup>. No obstante, porque así lo define el art. 1 de la LOPIVG, esta clase de violencia ha de quedar fuera de este estudio, porque aunque lo es de género, no es doméstica, única clase de violencia de género a la que se refiere la LOPIVG, en el que se establece: *“1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de*

---

15. Europa press, 27 de junio de 2005.

16. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 438/2004, de 29 de marzo [RJ 2004/3424] en la que se castiga a una pluralidad de personas –uno de ellos Guardia Civil de profesión– por un delito relativo a determinar empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella; conducta que se repite en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1755/2003, de 19 de diciembre [RJ 2003/9316], núm. 1289/2004, de 8 de noviembre [RJ 2005/1420], núm. 994/2005, de 30 de mayo [RJ 2005/6708], núm. 1305/2004, de 3 de diciembre [RJ 2005/580].

17. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1367/2004, de 29 de noviembre [RJ 2005/23].

*quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*

2. *Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.*

3. *La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”<sup>18</sup>.*

Como se puede observar, sólo da lugar a la incoación de la protección de las víctimas que establece la LOPIVG cuando se trate de violencia contra la mujer por parte de quien es o ha sido su esposo o compañero sentimental –con o sin convivencia–, dejando fuera a otras víctimas de la violencia de género, entre otras, a las que sufren persecución en razón de su sexo –que entra dentro de la violencia de género– en el ámbito público.

No obstante, como se comprobará posteriormente, en estos casos existe un instrumento legal para fomentar la denuncia de las situaciones de explotación que sufren, de mayor eficacia que el existente con carácter general para luchar contra la violencia de género definida en el mencionado art. 1 de la LOPIVG.

### III. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

#### III.1. El marco normativo

El conjunto de factores analizados con anterioridad pone de manifiesto que la mujer inmigrante maltratada es doblemente victimizada: por ser mujer y por ser inmigrante. Si a lo anterior se añade en muchos casos el hecho de encontrarse en España en situación administrativa irregular, podrá todavía identificarse el grupo de mujeres con mayores dificultades para todo, excepto para convertirse en víctima particular de un concreto agresor. Esto es, como señala AMNISTÍA INTERNACIONAL “*su triple condición de ‘mujeres’, ‘migrantes’ e ‘indocumentadas’, hace que para ellas sea aún más difícil que para el resto de mujeres, escapar a las espirales de violencia de género en la familia. Su condición de ‘irregularidad’, a la vez, las hace objeto de medidas restrictivas con impacto sobre sus decisiones. Ciertas regulaciones en la materia de extranjería podrían propiciar incluso una condición de absoluta dependencia respecto de sus agresores para la obtención de una residencia legal, con graves riesgos para sus vidas y su integridad personal*”<sup>19</sup>.

A continuación se va a someter a análisis la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico español frente a este particular problema. Se adelanta ya que se echa en falta una visión global del problema que presenta la mujer extranjera sin residencia legal en España víctima de violencia a manos de sus maridos; algo aún más llamativo en un or-

---

18. M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 63 y ss.

19. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Mujeres invisibles, abusos impunes. Mujeres inmigrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar”, en <http://www.es.amnesty.org>, julio 2003, p. 10.

denamiento jurídico, como el español, que cuenta con una ley, la LOPIVG, que abarca, como su propio nombre indica, de forma “integral” esta clase de violencia. Todo ello nos llevará a concluir que si bien existe un “modelo”, del mismo se expulsa a un elevado número de víctimas, lo que hace que pierda fuerza como tal “modelo”.

Como es sabido, la LOPIVG ha articulado los mecanismos necesarios para ayudar a las mujeres que sufren la clase de violencia que define en su art. 1 a salir de la situación en la que se encuentran. Para ello, ha dispuesto un conjunto de derechos de los que sólo van a ser beneficiarias esas concretas personas: en particular, les ha reconocido derechos de contenido económico (ayudas sociales, acceso privilegiado a la vivienda de protección oficial), laborales (suspensión de empleo con reserva de puesto de trabajo, cursos de formación profesional), etc.

Junto a los que reconoce expresamente como derechos de las mujeres víctimas de esta clase de violencias, la LOPIVG introduce reformas en el ámbito educativo (como forma de prevención de conflictos de forma pacífica –art. 4–), de la publicidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad, considerándose ilícita la publicidad “que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio” (art. 10<sup>20</sup>), así como en el campo de la sanidad, estableciendo medidas de sensibilización e intervención para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas (art. 15). Con este objetivo de remover las dificultades para luchar contra tan particular clase de violencia, la LOPIVG lleva a cabo las modificaciones legales necesarias, afectando a un número elevado de leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico<sup>21</sup>. Así, modifica la *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, la *Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial*, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, la *Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal*, la *Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación*, la *Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo*, la *Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación*, la *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*, el *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, regulador del Estatuto de los Trabajadores*, el *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, regulador de la Ley General de la Seguridad Social*, la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*, la *Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil*, así como la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita*. Y sin embargo, no lleva a cabo ni una sola modificación de la *Ley*

---

20. Véanse las modificaciones que introduce la Disposición adicional sexta en la Ley General de Publicidad.

21. También las Comunidades Autónomas están procediendo paulatinamente a aprobar sus leyes en materia de discriminación hacia la mujer por razón de su género; en esta línea puede verse la *Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid*. Hay que señalar que las Comunidades de Canarias y de Cantabria se adelantaron a la propia LOPIVG con la aprobación de sus *Leyes 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género de Canarias*; y *1/2004, de 1 de abril, Integral para la prevención de la Violencia contra las mujeres y la Protección de sus Víctimas de Cantabria*. Recientemente, han visto la luz la *Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y tratamiento integral de la violencia de género*, así como la *Ley andaluza de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género*, de 20 de noviembre de 2007.

*Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>22</sup>, por lo que se está desconociendo la singularidad de las mujeres migrantes víctimas de esta clase de violencia, a pesar de que los datos estadísticos pongan de manifiesto un número resultante muy elevado<sup>23</sup>.

Por otro lado, el Reglamento que desarrolla dicha ley, el *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, publicado en el BOE el 7 de enero de 2005, sólo unos días después de que se publicara la LOPIVG (28 de diciembre de 2004), no coordina en ningún momento su articulado con los principios establecidos en ella: es más, la desconoce, provocando una grave descoordinación y confusión dentro del ordenamiento jurídico español. Entre otras cosas, no prevé coordinación alguna entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer –ni en materias penales, ni en las civiles– con las autoridades administrativas encargadas de la expulsión. En este punto, caso de que colidan, ha de primar la regulación establecida en aquella y no la de ésta, lo que crea confusión dentro de este colectivo.

Todo ello es consecuencia, entre otros motivos, del hecho de que existan dos definiciones de discriminación: una tiene en consideración el hecho de que la víctima sea mujer, y la otra que sea inmigrante, dándose la espalda mutuamente la una a la otra. En efecto, la definición de discriminación contenida en el art. 23.2 de la LEX no hace referencia a la discriminación por razón de género, sino a la raza, religión, etnia o nacionalidad. Tampoco la definición de discriminación hacia la mujer por razón de género contenida en el art. 1 de la LOPIVG se refiere a la nacionalidad. Ello da lugar en nuestro ordenamiento jurídico a un tratamiento inconexo del problema que plantea la discriminación por la doble condición de ser mujer y ser inmigrante, pues el desprecio mutuo genera situaciones llamativas, de difícil solución, si no es acudiendo a principios genéricos como el de “humanidad”, que en definitiva, desconocen la especial dimensión y las especiales características de la violencia de género que sufren estas mujeres en tan elevado número.

Basta con examinar los tiempos verbales empleados por la LOPIVG y por la LEX para comprobar como en un caso, la titularidad de dichos derechos es indiscutible, por el hecho de ser mujer víctima de la violencia de género castigada, mientras que en el otro, se trata de meras posibilidades, que se harán o no realidad, en atención a las necesidades del momento y en particular, al control de los flujos migratorios. Así, cuando la primera quiere reconocer un derecho a una mujer víctima afirma que “*tienen derecho a...*”; por el contrario, cuando la legislación de extranjería regula alguno de los institutos que serán analizados a continuación, se limita a establecer que los inmigrantes “*podrán tener derecho a...*”.

Como es sabido, recientemente el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007/236] ha declarado la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LEX. A continuación se hará referencia a aquellos aspectos de la sentencia que tengan relevancia para el análisis que aquí se está llevando

---

22. En adelante, LEX.

23. Y ello aunque durante la tramitación parlamentaria de la LOPIVG se recordó dicha necesidad; véase: M.A. CARO HERNÁNDEZ, “El desamparo de las mujeres inmigrantes maltratadas”, en *Artículo 14*, noviembre 2003, p. 8.

a cabo sobre las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género a manos de quien es o ha sido su marido o compañero sentimental, con o sin convivencia.

Con independencia ya de ello, se quisiera resaltar que el Tribunal concluye afirmando que *“de ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática, el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España”*. La llamada al legislador para que modifique la legislación en materia de extranjería es clara. Sólo hay que esperar a que una vez se retome el debate parlamentario en esta materia, se aproveche la ocasión para modificar el texto de la LEX en las cuestiones que van a ser sometidas a crítica a continuación, claros ejemplos de victimización secundaria, vistas las dificultades existentes para que se modifique el texto de la LOPIVG, aprobado por unanimidad en el Parlamento.

### III.2 La mujer maltratada “inmigrante” en la LOPIVG

Al dato de que la LOPIVG no haya modificado la LEX debe añadirse otro, y es que la presencia que tienen las mujeres inmigrantes en el conjunto de su articulado es mínima, en la medida en que sólo incluye una única referencia expresa a ellas: es en el art. 32, cuando regula los planes de colaboración que deben elaborar los poderes públicos para garantizar la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género; en el número 4 establece que *“en las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad”*.

Ello significa que a pesar de que no se lleve a cabo ninguna reforma de la LEX, se encomienda a los poderes públicos que en su actuación tengan en consideración la circunstancia que este grupo tan específico presenta: como se verá, sin ley, los poderes públicos no pueden en muchos casos más que dar palos de ciego, y crear situaciones ampliamente discriminatorias que causan una grave inseguridad jurídica: basta con atender a la letra de la *Instrucción 14/2005, de 29 de julio de 2005 de la Secretaría de estado de seguridad del Ministerio del Interior sobre actuación en dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular*<sup>24</sup>.

En efecto, el art. 17 garantiza los derechos que se reconocen a lo largo del articulado a *“todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Nadie dudaría pues de que cualquier mujer –“todas”, en definitiva– es portadora de los derechos reconocidos en la misma. Sin embargo, el hecho de que no se haga ninguna referencia expresa a

24. Vid. *Infra*.

estas mujeres, pone de manifiesto que determinados colectivos, son sólo titulares formales de tales derechos y que por su condición, no podrán disfrutar de ellos, pues se quedan vacíos de contenido. En particular, como se verá, la mujer inmigrante sin residencia legal en España no va poder beneficiarse de aquellos derechos previstos en la LOPIVG cuyo disfrute dependa de requisitos formales, tales como el estar empadronado en determinado municipio o el estar inscrito en la Oficina de empleo como demandante de empleo.

Como se comprobará a continuación, la LOPIVG llega a sostener “*un trato discriminatorio, basado en la situación administrativa de la mujer víctima de la violencia de género, en relación al acceso a medios en materia de protección, asistencia y rehabilitación establecidos, o exponer a las inmigrantes indocumentadas a procedimientos que pueden afectar a su decisión de buscar protección, con el consiguiente menoscabo de su derecho a acceder a la justicia, reparación y a los mecanismos que garanticen su vida y su seguridad personal, no son compatibles con el principio de no discriminación en la protección de los derechos de las mujeres ante la violencia de género*”<sup>25</sup>.

**A) Derecho a la información:** el art. 18.3 establece que “*se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho*”; entre ellas, y según establece el art. 32.4, se encuentran las inmigrantes. El problema surge con las mujeres inmigrantes que carecen de situación legal en España: por sus características, están abocadas a guardar silencio, no ya sobre el hecho de estar siendo víctimas de esta clase de violencias, sino sobre el hecho de estar en España en estas condiciones, por lo que es muy probable que no puedan ejercer su derecho a estar informadas. Son mujeres que, por lo demás, en el mejor de los casos, están alejadas de los circuitos tradicionales por los que circula la información. Se trata pues del primero de los derechos reconocidos en la LOPIVG de los que las mujeres inmigrantes con situación irregular se ven privadas.

**B) Medidas de asistencia sanitaria:** la LOPIVG establece medidas de sensibilización e intervención en este ámbito para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas; no obstante, la LEX reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren en España, si bien, su situación administrativa va a determinar la extensión de tal derecho. Así, distingue dentro del colectivo de extranjeros, los que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, a los que les reconoce la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles, frente a los extranjeros que se encuentren en España en otras circunstancias, esto es, los que están en situación administrativa irregular, a los que exclusivamente les reconoce “*asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*”: con semejante disposición, difícilmente se van a poder detectar “precozmente” las

---

25. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Inmigrantes indocumentadas ¿Hasta cuándo sin protección ante la violencia de género”, cit., p. 11.



situaciones de violencia que sufran las mujeres pues, sencillamente, muchas de ellas, al no estar en situación administrativa regular, carecen del derecho a recibir asistencia sanitaria preventiva (“precoz”), reconociéndoles exclusivamente el derecho a la asistencia sanitaria en caso de urgencia o lo que es lo mismo, una vez producida la agresión<sup>26</sup>.

**C)** En relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el art. 20.1 LOPIVG señala que las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita*, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador “*en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida*”. Sin embargo, la LEX es más estricta en el reconocimiento de tal derecho, pues a tenor de lo dispuesto en su art. 22.1 todos los extranjeros que se encuentren en España con independencia de su estado, y que carezcan de recursos económicos suficientes, según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a ésta “*en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo*”. Para tener derecho a la asistencia jurídica gratuita en igualdad de condiciones que los españoles en los procesos en los que sea parte es necesario que se trate, según el art. 22.2 de “*extranjeros residentes*”: “*los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan*”.

Recientemente, la STC núm. 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007/236] ha venido precisamente a declarar la inconstitucionalidad del apartado 2 del art. 22 por ser contrario al art. 24 de la Constitución, con el argumento de que “*supone de facto impedir el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos extranjeros no residentes que carezcan de recursos para litigar*”. Con ello, nótese cómo parece que se van a diluir las dificultades para que las mujeres maltratadas inmigrantes en situación administrativa irregular disfruten del derecho a la asistencia jurídica gratuita, pero a través de una declaración parcial de inconstitucionalidad de la LEX, y no por reforma alguna de la LOPIVG.

**D) Otros de los derechos de los que a priori son titulares todas las víctimas de la violencia de género es el recogido en el art. 28 LOPIVG:** acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores como colectivos prioritarios “*en los términos que determine la legislación aplicable*”; así, por ejemplo, si la “*legislación aplicable*” exige que se trate de personas que estén empadronadas en el municipio en el que se sitúen las viviendas, de nuevo, las mujeres inmigrantes en situación irregular víctimas de esta clase de violencia se van a ver excluidas del beneficio, en tanto en cuanto, según dispone el art. 16.2 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*, la inscripción en el padrón municipal contendrá como

---

26. Como es sabido, distintas Comunidades Autónomas han ido reconociendo derechos sanitarios a los extranjeros, con independencia de la situación administrativa en que se encuentren.

obligatorio entre otros datos, el “*número de la tarjeta de residencia en vigor*”. Esto es lo que establece precisamente la LEX: en su art. 13 señala que los extranjeros “residentes” tiene derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles; de nuevo, los que se encuentren en situación administrativa irregular, quedarán fuera del beneficio.

**E) Mención conjunta se merecen otras medidas contenidas en la LO-PIVG:** la participación en programas específicos de empleo y el derecho a percibir ayudas sociales.

Así, en cuanto a los programas específicos de empleo regulados en el art. 22 LO-PIVG, *a priori*, no existe más inconveniente legal para que las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular se puedan beneficiar de los mismos que el hecho de que puedan acreditar la situación de violencia de género ejercida sobre la trabajadora a través de una orden de protección a favor de la víctima y, excepcionalmente, a través de un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante de empleo es víctima de esta clase de violencia hasta que se dicte aquélla. Por parte de las Comunidades Autónomas que han ido aprobando sus leyes de protección integral frente a la violencia de género, se ha venido a coincidir en el dato de que, en la medida en que no siempre se adopta una orden de protección, se admitan otros medios para acreditar la situación de violencia.

Y es que, en efecto, condicionar el disfrute del beneficio examinado al hecho de que se adopte la orden de protección puede dejar a muchas mujeres privadas de su titularidad, en la medida en que no siempre y en todo caso que una mujer solicite una orden de protección, el juez va a adoptarla. En efecto, la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica*, modificó el art. 544 ter de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, que a partir de entonces establece que “*el juez de instrucción dictará orden de protección... en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153 CP resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo*”. Ello determina que, aunque haya indicios fundados de la comisión de uno de los delitos a los que se refiere, si el agresor ha sido expulsado administrativamente del país por su situación administrativa irregular, o si fallece una vez interpuesta la denuncia, o si el juez no aprecia dicha peligrosidad objetiva (por mucho que la aprecie subjetivamente la mujer) los presupuestos para adoptar la orden de protección desaparecen, y, con ellos, la posibilidad de disfrutar de los programas específicos de empleo.

En este sentido, como se decía, algunas Comunidades Autónomas permiten que se acredite la situación de violencia para participar en estos programas a través de otros medios<sup>27</sup>. Entre otras, la *Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y*

---

27. Véase el art. 31 de la *Ley 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid*: “1. Las situaciones que dan lugar al ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley para las cuales se requiera título habilitante, se acreditarán con resolución judicial otorgando la

...

el tratamiento integral de la violencia de género (art. 5<sup>28</sup>) permite que se acrediten estas situaciones a través –entre otros medios– de la “certificación de los servicios de acogida de la Administración pública autonómica o local”, por lo que no es requisito la interposición de la denuncia; en similares términos, la *Ley andaluza de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de 20 de noviembre de 2007*, en su art. 30 admite que las situaciones de violencia puedan acreditarse por parte de las víctimas a través de “certificado acreditativo de atención especializada, por un organismo público competente en materia de violencia de género”<sup>29</sup>.

...

orden de protección a favor de la víctima, sentencia condenatoria, medida cautelar a favor de la víctima o cualquier otra en que el órgano judicial estime, aún indiciariamente, la existencia de cualquiera de los delitos o faltas que constituye el objeto de esta ley, así como mediante resolución administrativa correspondiente, en el caso de acoso sexual.

2. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección o resolución judicial equivalente.

3. Igualmente, con carácter excepcional, podrá reconocerse el ejercicio de estos derechos a las mujeres que, aún sin título habilitante de los mencionados en los apartados anteriores, se encuentren en una situación notoria de necesidad por causa de violencia de género, siempre previa la denuncia correspondiente y en tanto recaer resolución judicial. En el caso de los dispositivos de acogimiento temporal recogidos en el art. 16.1.a) y b) de esta ley, se accederá a los mismos conforme a lo establecido en dicho precepto”.

28. El art. 5 de la *Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género* establece que “a los efectos de la presente ley, la situación de violencia se acreditará por cualquiera de las siguientes formas:

a) certificación de la orden de protección o de la medida cautelar, o testimonio o copia autenticada por la secretaria o el secretario judicial de la propia orden de protección o de la medida cautelar.

b) sentencia de cualquier orden jurisdiccional que declare que la mujer sufrió violencia en cualquiera de las modalidades definidas en la presente ley.

c) certificación y/o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración pública autonómica o local.

d) certificación de los servicios de acogida de la Administración pública autonómica o local.

e) informe del ministerio fiscal que indique la existencia de indicios de violencia.

f) informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad social.

g) cualesquiera otra que se establezcan reglamentariamente”.

29. La *Ley andaluza de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, de 20 de noviembre de 2007* establece en su art. 30: “1. En los supuestos en los que se exija la acreditación de la situación de violencia de género para el reconocimiento de los derechos regulados en la presente ley y de aquellos que se deriven de su desarrollo reglamentario, esta acreditación se realizará, según lo establecido para cada caso, a través de los siguientes medios:

a) resoluciones judiciales por violencia de género: documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares, o sentencia condenatoria por violencia de género, cuando las medidas que establezca se hallen vigentes.

b) excepcionalmente, y hasta tanto se dicte resolución judicial en el sentido indicado en el apartado 1 letra a del presente art., podrá utilizarse como documento acreditativo alguno de los siguientes:

– informe del ministerio fiscal de cuyo contenido se desprenda que existen indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género.

...

Ahora bien, el verdadero problema que aquí se plantea es que para poder beneficiarse de los programas específicos de empleo, las víctimas deben estar inscritas en la oficina de empleo, algo que no podrán hacer si no están en situación legal en España. Nótese de esta forma cómo la LOPIVG no ha facilitado en forma alguna el trámite a este colectivo. Para que una mujer migrante pueda disfrutar de estos beneficios en virtud de los cuales se facilita el derecho al empleo, antes tendrá que tener derecho al mismo, es decir, debe haber reunido todos los requisitos que exige la LEX para todos los inmigrantes, sean hombres o mujeres, por lo que en este punto, el beneficio que predica la LOPIVG está subordinado al requisito general, sin que se haya previsto especialidad alguna en relación con este colectivo.

Por lo mismo, aunque también *a priori* podrán recibir las ayudas sociales a las que se refiere el art. 27 LOPIVG: “*siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional*”<sup>30</sup>, tienen que tener derecho al empleo, derecho del que están privadas las mujeres que se encuentran en situación administrativa irregular.

**F) Derecho a una asistencia social integral, dentro de la que se incluye la posibilidad de ingresar en una casa de acogida.** La LOPIVG guarda silencio en torno a la regulación de las casas de acogida para mujeres víctimas de violencia de género, de forma que se ha de recurrir a la normativa de las Comunidades Autónomas y de los Municipios para averiguar cuáles son los requisitos que en cada una de ellas se exigen. Este hecho provoca mucha inseguridad jurídica, pues dependiendo del concreto lugar en el que geográficamente esté ubicado el centro y de su titular, serán mayores o menores las dificultades para el acceso. Pues bien, parece que a la vista de los datos que se comentarán a continuación, alguna mujer maltratada inmigrante ha visto cómo no se le permitía el acceso a una casa de acogida en atención a su estado administrativo irregular<sup>31</sup>.

GASCÓN SORRIBAS y GRACIA IBÁÑEZ destacan la situación en la que se encuentra la Comunidad Autónoma de Aragón, en la que se han constatado casos de inmigrantes maltratadas que recurren a una casa de acogida, si bien se ha rechazado su estancia allí por estar en condiciones ilegales, así como en la Comunidad de Murcia, en la que se ha dado el caso de mujeres inmigrantes irregulares que han recurrido a una

---

...  
– certificado acreditativo de atención especializada, por un organismo público competente en materia de violencia de género.

2. Con el mismo carácter de excepcionalidad, y en tanto se dicte resolución judicial en el sentido indicado en el apartado 1 letra a) del presente artículo, podrán ejercitarse, temporalmente, determinados derechos sin acreditación en los términos que reglamentariamente se establezca”.

30. Disposición que ha sido desarrollada por el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el art. 27 de la LOPIVG.

31. Así, por ejemplo, el Plan Integral para la inmigración en Andalucía 2001-2004 –Decreto 1/2002, de 9 de enero, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 17, de 9 de febrero de 2002 hace referencia por primera vez a las mujeres inmigrantes maltratadas en esta Comunidad Autónoma.

casa de acogida, siendo denunciadas por las propias casas de acogida a la policía por estar en situación irregular. Sin embargo ha de destacarse que en este caso el problema lo presenta la LOPIVG por su omisión, lo que obliga a examinar cada una de las normas de régimen interno de dichos centros. En opinión de las autoras citadas, esta situación se basa en la “discriminación legal” que se lleva a cabo a la hora de reconocerles unos derechos u otros a los inmigrantes, según se trate de extranjeros con residencia legal o no. Así, afirman que entran dentro de los específicos “servicios destinados a determinados colectivos: tercera edad, toxicómanos, infancia y adolescencia, minorías étnicas, mujeres, eliminación de la discriminación por razón de sexo,... servicios que proporcionan prestaciones técnicas o se gestionan en centros especializados”<sup>32</sup>. Así por ejemplo, el art. 6 del Reglamento de la Casa de Acogida de Mujeres Maltratadas de Zaragoza, aprobado por el Ayuntamiento Pleno el 26.07.1996<sup>33</sup> establece: “A efectos del presente Reglamento se considera mujer acogida a toda aquella mujer, mayor de edad, sola y/o acompañada de sus hijos/as que estando en situación de indefensión por violencia física o moral resida en la ciudad de Zaragoza. Para mujeres residentes fuera de Zaragoza puede haber acogida mediante la oportuna coordinación entre las Administraciones y otro tipo de entidades”. Por su parte, la disposición final 2ª prevé que “en virtud del convenio de colaboración por el que se promueve la puesta en marcha y financiación de la Casa de Acogida, y en consonancia con lo que en él se estipula, el ámbito de atención de la Casa de Acogida podrá extenderse a las mujeres maltratadas que lo demanden de la Comunidad de Aragón. En este caso, las solicitudes se canalizarán a través de los Servicios Sociales de Base, siguiendo idéntico procedimiento al señalado en el capítulo II”. Parece pues que se está pensando en una mujer muy concreta, sin que el problema de la inmigrante irregular esté previsto.

Mención especial merece, por la sensibilidad demostrada en la comprensión del fenómeno de la violencia de género que sufren las mujeres inmigrantes, la *Ley andaluza de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género*, de 20 de noviembre de 2007 que ha previsto como colectivo específicamente vulnerable y al que se le facilitará el ingreso preferente en la red pública de centros existentes a las mujeres que, además de sufrir violencia de género, tengan otras problemáticas específicas o situaciones añadidas, en particular, la enfermedad mental, prostitución, “mujeres inmigrantes”, discapacidad, mayores sin recursos, y mujeres con problemas de adicción.

Como se observa, el tratamiento dispar de esta cuestión tan básica según la concreta ubicación geográfica de la casa de acogida para romper los ciclos de la violencia no puede provocar más que inseguridad en la víctima que, se recuerda, es inmigrante y desconoce el sistema de distribución de competencias entre el Estado central y las distintas Comunidades Autónomas.

A la vista de esta situación, resulta necesaria una reforma de la LOPIVG que incluya en su interior un conjunto de requisitos mínimos de acceso: de lo contrario, la

---

32. E. GASCÓN SORRIBAS, J. GRACIA IBÁÑEZ, “La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género”, cit., sin paginar.

33. Publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia* núm. 211 de 12.09.1996.

situación de inseguridad en la que se van a encontrar estas mujeres inmigrantes maltratadas puede llegar a inhibirlas y a no intentar –siquiera– salir del ámbito familiar violento en el que se encuentran. Hasta entonces, se seguirá corriendo el riesgo de que se sigan derivando mujeres maltratadas inmigrantes sin permiso de residencia a los servicios sociales generales, no especializados en materia de violencia de género, como denuncia AMNISTÍA INTERNACIONAL<sup>34</sup>.

### III.3 La mujer inmigrante “maltratada” en la LEX y en el Reglamento que la desarrolla

Las referencias contenidas en el texto de la LEX a las mujeres inmigrantes son casi inexistentes, a pesar de las características tan definidas del grupo que conforman. Sólo se refiere a ellas en función de su sexo, como mujer extranjera embarazada que se encuentre en España, a la que se le reconoce el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4), con independencia de su situación administrativa y siempre que no se proceda a su expulsión o devolución, pues como establecen los artículos 57.6 y 58.3, también ellas podrán ser expulsadas o devueltas, a no ser que “*la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre*”. Semejante disposición tan amplia y ambigua deja en manos de la Autoridad administrativa la concreción del dato esencial, esto es, cuándo un embarazo constituye un riesgo, pues en sí mismo considerado no se considera tal, sino en virtud de otros factores añadidos como pueden ser el avanzado estado de gestación o el padecimiento de alguna enfermedad por parte de la gestante o del feto, así como el hecho de haber sufrido alguna lesión durante la fase de entrada irregular en España. Esta disposición además tiene el efecto perverso de que “*la extranjera embarazada, que a sabiendas de que tendrá derecho a asistencia sanitaria y no podrá ser retornada al menos hasta después del postparto, se arriesga a viajar en patera a través del Estrecho hasta llegar, aunque no en todos los casos, a nuestro territorio*”<sup>35</sup>, con el peligro para su vida y para la del feto que lleva en su seno<sup>36</sup>.

Por otro lado, también hace mención a la mujer de forma indirecta cuando en el art. 17 reconoce otras modalidades de matrimonio –la poligamia– al establecer que “*en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad*”. De esta forma, las familias polígamas reconocidas en distintos ordenamientos jurídicos, quedan al margen de la reagrupación, algo que sólo puede ser interpretado teniendo en consideración que, como afirma DE LUCAS, lejos de buscar la integración del inmigrante en la sociedad española, lo que se busca es imponerle el código de cultura español, en el que el matrimonio por definición legal es monógamo<sup>37</sup>.

---

34. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Inmigrantes indocumentadas ¿Hasta cuándo sin protección ante la violencia de género?”, cit., p. 11.

35. M. MOYA ESCUDERO, M. RUIZ SUTIL, “La mujer extranjera como víctima de malos tratos”, cit., p. 259.

36. M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 388.

37. J. DE LUCAS, “Para construir la gestión democrática de la multiculturalidad que resulta de la inmigración”, en M.J. RODRÍGUEZ MESA, L.R. RUIZ RODRÍGUEZ (coords.), *Inmigración y sistema penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 20.

El Reglamento de la LEX de 2005 ha introducido sustanciales modificaciones en algunas cuestiones relativas a la violencia que sufren las mujeres. Si bien, si se tiene en consideración que por su fecha de publicación (7 de enero de 2005) es tan cercano en el tiempo a la publicación en Boletín Oficial del Estado de la LOPIVG (28 de diciembre de 2004), y en tanto esta última, como se ha visto, no contiene ninguna previsión específica en torno a la legislación en materia de extranjería, se podía haber remitido a ella, o por lo menos, haber coordinado su letra con las disposiciones en materia de protección en razón de género: como se verá a continuación, el Reglamento de la LEX confunde por dos veces “violencia de género” y “violencia doméstica”.

La ausencia de previsiones específicas y eficaces para luchar contra la violencia de género que sufren las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular, aunque no se compagina con un ordenamiento jurídico que cuenta con una ley específica para luchar contra la violencia de género, sí lo hace con el espíritu de la LEX que, como es sabido, gira en torno al principio básico del “control de los flujos migratorios”, y por eso, todo lo más, sólo es capaz de ofrecer respuesta específica por “motivos humanitarios”, y no por razón de género.

**A) Autorización de entrada:** el art. 25 LEX –art. 4.2 del Reglamento– regula los supuestos de autorización de la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos exigidos con carácter general por “razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España”. En el mismo sentido, el art. 30 LEX –art. 31 del Reglamento– establece que “excepcionalmente” el Ministro del Interior o el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales podrán prolongar la entrada más allá de seis meses en circunstancias excepcionales por “motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales”. Desde esta perspectiva, nada impediría la entrada a una mujer que alegue al llegar a la frontera que sufre violencia por parte de su cónyuge, pues con independencia de los compromisos adquiridos por España, existen razones de índole humanitaria así como interés público en luchar contra esta clase de violencia, según establece la LOPIVG.

Téngase en consideración que la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en su Disposición adicional vigésima novena ha establecido que se añade una nueva disposición adicional tercera a la *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, en los siguientes términos: “lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género”. El apartado 1 del art. 3 es el que dispone las causas que justifican la concesión de asilo y su denegación<sup>38</sup>.

Ello significa que a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación ha de entenderse que las mujeres víctimas de violencia de género que lleguen a las fronteras españolas alegando que sufren esta clase de violencia serán sometidas a lo dispuesto en la normativa de asilo, acogéndose pues al estatuto de refugiada y, por tanto, con la garantía de

---

38. “Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos Internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967”.

no ser expulsadas, ni devueltas, sin necesidad de disfrazar la situación a través del recurso a motivos “humanitarios”, “de interés público”, sino “por razón de género”.

La inclusión en el ordenamiento jurídico español de semejante disposición ha de ser bien recibida. No obstante, resulta sorprendente que haya tenido que ser la Ley de Igualdad y no la LOPIVG, la que haya modificado la Ley de Asilo para conceder a la discriminación por razón de género carta de naturaleza propia entre los motivos que justifican la petición y posterior concesión del asilo. No obstante, ello ha de tener sus consecuencias. En efecto, el hecho de que se desvincule la inclusión de los motivos de género en la legislación de asilo de lo previsto en la LOPIVG, hace que se amplíen los supuestos contenidos en su interior: con la previsión “por motivos de género” se hace ya referencia no sólo a la violencia que sufren las mujeres a manos de quienes son o han sido sus maridos o compañeros sentimentales con o sin convivencia –art. 1 LOPIVG– sino también a aquellas otras clases de violencia de género que se producen tanto en el ámbito familiar (mujer que llega a las fronteras españolas alegando ser perseguida por su padre, o por su hermano, por razón de género), como fuera del mismo (mujer que, en caso de conflicto armado, recurra a las fronteras españolas alegando haber sido agredida sexualmente, con el propósito por parte de los agresores de destruir total o parcialmente al grupo étnico al que pertenece)<sup>39</sup>.

**B) Expediente de reagrupación familiar en circunstancias especiales:** el art. 19 LEX regula la reagrupación familiar y dispone que “en caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”, única referencia expresa a las víctimas de la violencia doméstica dentro de la que se incluye la de género<sup>40</sup>. En opinión de MOYA ESCUDERO y RUIZ SUTIL “la dimensión familiar parece ser la clave para el análisis del papel de género en la legislación española de extranjería y es, precisamente, mediante el

---

39. Sobre las limitaciones de la definición de violencia de género de la LOPIVG puede verse: M. ACALÉ SÁNCHEZ, *Discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 63 y ss. Allí también puede encontrarse otro concepto mucho más amplio de violencia de género, contenido en la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre las Mujeres celebrada en Pekín en 1995, en la que se incluía en su interior “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual, psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres, ya se produzca en la vida pública o privada”, sobrepasando en mucho los escuetos márgenes de la definición española, lo que pone de relieve que existen otras formas de violencia de género contra la mujer que la LOPIVG no considera como tales.

40. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007/236] ha analizado si las remisiones al Reglamento regulador de la LEX en los artículos 17.2 y 18 respetan el principio de legalidad o si lo violan, al relegarse al ámbito reglamentario cuestiones que deberían estar reguladas en la Ley, concluyendo que “los preceptos impugnados... al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar, no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica (art 81.1) ni a la reserva de ley establecida para los ‘derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II’... En consecuencia, las remisiones reglamentarias contenidas en los artículos recurridos no han infringido aquellas disposiciones constitucionales, por lo que debe desestimarse este motivo de inconstitucionalidad”. Se separa pues del derecho a la “intimidad” y se lleva al ámbito del derecho a la “familia”, que no es un derecho fundamental y por tanto no requiere de Ley Orgánica su regulación.



*proceso legal de la reagrupación familiar por el que se obtiene la autorización de entrada y residencia en condiciones ‘más favorables’*<sup>41</sup>.

Además, nótese cómo la LEX guarda silencio en torno al efecto que pueda tener dicha separación de los expedientes de residencia de ambos cónyuges sobre los hijos comunes. Entienden GASCÓN SORRIBAS y GRACIA IBÁÑEZ que “*si han iniciado un proceso de reagrupación de sus hijos mientras la pareja permanecía conviviendo, surgen las dudas de si al decretarse una orden de protección que suponga el alejamiento y el uso del domicilio de la agredida, que tendrá como consecuencia el tener los padres dos domicilios diferentes, puede suponer una desestimación de su petición de reagrupación familiar, con respecto a sus hijos*”<sup>42</sup>. En este sentido, el art. 41.3 del Reglamento aclara que “*en los casos previstos en el apartado anterior, cuando, además del cónyuge, se haya reagrupado a otros familiares, éstos conservarán la autorización de residencia concedida y dependerán, a efectos de la renovación regulada en el art. 44, del miembro de la familia con el que convivan*”. Pero nada dice de los hijos que se encuentren en proceso de ser reagrupados: es probable que ante el riesgo de obtener una resolución negativa de la reagrupación de los hijos comunes, la mujer inmigrante ya reagrupada –en atención a su papel de madre y protectora de sus hijos– decida guardar silencio sobre la situación del maltrato que sufre y, por tanto, que no denuncie los hechos, por lo que no habrá lugar a disponer una orden de protección y, por ende, a obtener el permiso de residencia independiente, impidiendo que salgan a la luz pública esos hechos constitutivos de violencia de género contra los que lucha la LOPIVG<sup>43</sup>.

Al margen de los problemas que presenta el propio expediente de reagrupación familiar (por ejemplo, en lo que toca al hecho de que no se asimila al cónyuge, las situaciones análogas en afectividad<sup>44</sup>), lo que en este punto interesa resaltar es que el art. 19 LEX reconoce el derecho a un permiso de residencia temporal independiente de la víctima del maltratador con la finalidad de romper los vínculos que atan legalmente a ambos sujetos en los supuestos de “violencia doméstica”, en los casos en los que denunciados los hechos, se haya dispuesto una orden de protección, en atención a lo establecido en la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección*. De esta forma, se vuelven a plantear en este caso todos los problemas derivados de la no adopción de dicha orden de protección por parte del Juzgado de violencia sobre la mujer. Con la circunstancia agravante de que en la medida en que la política en materia de inmigración es competencia estatal, las Comunidades Autónomas no pueden intervenir rebajando los requisitos en forma alguna como se ha hecho en relación con las ayudas de carácter económicas previstas en la LOPIVG. Ello determina que si no se concede el permiso de residencia independiente del maltratador, porque no se haya

41. M. MOYA ESCUDERO, M. RUIZ SUTIL, “La mujer extranjera como víctima de malos tratos”, cit., p. 259.

42. E. GASCÓN SORRIBAS, J. GRACIA IBÁÑEZ, “La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género”, cit., sin paginar.

43. M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., p. 391.

44. Críticamente M. MOYA ESCUDERO, M. RUIZ SUTIL, “La mujer extranjera como víctima de malos tratos”, cit., p. 259.

adoptado la orden de protección, se perpetúa la situación de violencia que sufren estas mujeres.

Y aquí acaban los requisitos exigidos: como se observa, para la obtención del permiso temporal de residencia independiente en casos de expediente de reagrupación familiar, basta –lo que no es poco– con la interposición de la denuncia y con la adopción de la orden de protección por parte del juez. Si finalmente la sentencia es absolutoria (por falta de pruebas, por muerte del agresor, o por prescripción de los hechos, por ejemplo), nada impide que los beneficiarios puedan seguir disfrutando del mismo.

El nuevo Reglamento de la LEX introduce modificaciones en relación con el expediente de reagrupación. Así, en su art. 41 establece que el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente «*cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección*». De esta forma, se limita y mucho las personas que pueden obtener esta clase de permiso de residencia independiente, pues al referirse a «*violencia de género*» y no a «*violencia doméstica*», tal como hace la LEX, la norma ha de ser llenada con lo dispuesto en el art. 1 LOPIVG, única vez que en nuestro ordenamiento jurídico se define esta clase de violencia. Si se tiene en consideración el rango «ley orgánica» de la LEX y del Reglamento que la desarrolla, en caso de violencia doméstica que no entre dentro de los supuestos de violencia de género tal como han sido definidos por la LOPIVG, será preferente lo dispuesto en la primera porque su rango normativo así lo justifica. También, pues, un hombre inmigrante maltratado a manos de su mujer, o el hijo o la hija inmigrante maltratada por su padre/madre podrá obtener este permiso de residencia independiente cuando concurren el resto de requisitos exigidos legalmente. Podía pensarse que el Reglamento, en este caso, lo que hace es unificar sus términos con los de la LOPIVG; sin embargo, cuando se comprueba que en el art. 45.5 a) vuelve a referirse a la violencia doméstica, parece que se pone de manifiesto que no es más que otra prueba de la confusión reinante entre los conceptos de «violencia de género» y «violencia doméstica».

Tanto el art. 19 LEX, como el 41 de su Reglamento, establecen que en estos supuestos se «*podrá obtener*» dicha autorización de residencia independiente, lo que significa que, *a priori*, no se le reconoce como un derecho propio por el hecho de sufrir tal clase de violencia; tiene que ser concedida por las autoridades administrativas competentes que adoptarán una u otra decisión atendiendo a los criterios que inspiran la legislación de extranjería: esto es, el control de los flujos migratorios.

Sin embargo, ni la LEX ni el Reglamento solventan el siguiente problema: el extranjero hombre que haya sido regularizado por su esposa a través de un expediente de reagrupación familiar y que al llegar a España la someta a actos de violencia, no podrá ser expulsado como consecuencia administrativa, porque está en situación legal; pero tampoco como consecuencia penal, aunque sea declarado culpable en sentencia del correspondiente delito cometido, pues está en situación administrativa regular. El art. 16 LEX establece que el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, por lo que parece que a pesar de haber sido víctima del delito a manos de su marido, ambos seguirán ligados administrativamente a través del mismo expediente de reagrupación familiar.

La concesión de un permiso de residencia independiente en caso de reagrupación familiar en los supuestos en los que exista violencia de género –o en sentido estrictamente legal, “doméstica”– puede ser sin duda alguna un medio idóneo para evitar que se reiteren las agresiones. Ahora bien, como destaca AMNISTÍA INTERNACIONAL, la eficacia de este instituto es relativa “*al no llevar aparejada una autorización para trabajar, su incidencia en el fomento de la autonomía económica de las víctimas se anunciaba escasa*”<sup>45</sup>. En efecto, por mucho que se conceda un permiso de residencia independiente, si éste no va acompañado de autorización para trabajar, difícilmente va a poder salir adelante la víctima de esta clase de violencia sin posibilidad de buscar trabajo. Cosa distinta hubiera sido si la LOPIVG hubiera previsto que dentro de los colectivos con derecho a disfrutar de ayudas económicas, tendrían prioridad las mujeres inmigrantes que hubieran conseguido un permiso de residencia temporal por motivos extraordinarios tras un expediente de ruptura de la reagrupación familiar: ésta sí que hubiera sido una respuesta transversal idónea para hacer frente a esta clase de violencia de género.

Ahora bien, esta solución sólo es válida para la mujer extranjera que se encuentre en España en situación de residencia legal –aun temporal– al haber sido reagrupada por su maltratador: el resto de mujeres quedan fuera del ámbito de protección de la norma. CARO HERNÁNDEZ denuncia que “*sin embargo, las mujeres indocumentadas o las que no tienen los papeles en regla no tienen derecho a nada*” y ahí está el colectivo más castigado: el que no tiene derecho a nada. Ciertamente, en este punto, el legislador sólo ha tenido en consideración a las familias “legales”<sup>46</sup>. Sin embargo, es posible encontrar una salida para estas mujeres que se encuentran en situación irregular en España en la LEX, y de forma expresa en el Reglamento que la desarrolla.

C) Permiso de residencia temporal: el art. 31 LEX establece que la Administración “*podrá conceder*” un permiso de residencia temporal por “*situación de arraigo, por razones humanitarias y otras excepcionales que se determinen reglamentariamente*”.

Ha sido el art. 45.4.a) del Reglamento de la LEX el que ha venido a desarrollar semejante disposición; en este sentido establece que se “*podrá conceder*” una autorización por “*razones humanitarias*”, en los siguientes supuestos: “*a los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4º, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos*”. El art. 46.3 del Reglamento, al regular el procedimiento para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, establece que “*en los supuestos de solicitudes presentadas por las víctimas de los delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, los interesados podrán presentar la solicitud cuando se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección, y podrá concederse la autorización*

---

45. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Más riesgos y menos protección. Mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género”, cit., p. 8.

46. M.A. CARO HERNÁNDEZ, “El desamparo de las mujeres inmigrantes maltratadas”, cit., p. 8.

*de residencia una vez que haya recaído sentencia por los delitos de que se trate*". Ello no impide que, mientras tanto, el expediente administrativo sancionador por la estancia irregular en España siga adelante, pues, como se verá, no está prevista su suspensión.

Ahora bien, el problema está en que para que se obtenga dicho permiso de residencia temporal por estos motivos es preciso no ya sólo que se haya dictado una orden de protección –previa denuncia–, sino que haya recaído sentencia que, aunque no lo dice el precepto, se supone que ha de ser condenatoria –a diferencia de los requisitos que se exigen en materia de concesión de permiso de residencia independiente en caso de reagrupación familiar, que sólo exige el primero de éstos–.

Todo ello puede estar determinando que la mujer inmigrante sin residencia regular en España, por miedo del marido, de la policía, de la situación y de la soledad en la que se encuentra en un país que no es el suyo, prefiera no denunciar, pues no tiene una respuesta legal acorde con sus necesidades y, por tanto, no podrá beneficiarse con el permiso extraordinario por razones humanitarias; tampoco podrá beneficiarse la mujer que se decida a denunciar si no se dicta por parte del juez una orden de protección; incluso en los casos en los que dicha orden se dicte, nada asegura todavía que el procedimiento vaya a acabar por sentencia; ni, en todo caso, cuando así sea, que ésta sea condenatoria. A los casos en los que no se va a dictar la orden de protección, únase ahora aquellos otros en los que dictada aquélla, se sobresea la causa posteriormente, o se dicte sentencia absolutoria, por falta de pruebas o por prescripción de los hechos: en ninguno de estos casos se van a poder acoger las víctimas de esta clase de violencia al permiso de residencia examinado.

En todos estos casos, la mujer se enfrenta a la expulsión, tras serle aplicada la LEX pues es el "*control de los flujos migratorios*" lo que va a determinar la decisión de la administración. Se echa en falta, pues, algún mecanismo que fomente la denuncia de estas mujeres, por ejemplo, afirmando en todo caso la suspensión de la orden de expulsión, o el compromiso de no iniciarla cuando hasta ese momento dicha mujer haya pasado desapercibida para las autoridades españolas. En opinión de GASCÓN SORRIBAS y GRACIA IBÁÑEZ "*ello supone que en aquellos supuestos en que el juez no considere que exista riesgo objetivo o en los que la protección otorgada no se realice mediante orden de protección, circunscribiéndose sólo una medida cautelar penal, sea de alejamiento o prisión provisional, sin hacer uso de la institución jurídica de la orden de protección, no sería de aplicación este artículo, salvo que se forzara el contenido textual con una interpretación analógica*"<sup>47</sup>.

El hecho, finalmente, de que se exijan más requisitos a las mujeres que se encuentran en situación administrativa irregular para alcanzar el permiso de residencia temporal, que a las mujeres que se encuentran reagrupadas por parte de su maltratador, pone en evidencia que existen demasiadas cautelas por parte de un ordenamiento jurídico que cuenta con una ley orgánica destinada en particular a proteger a todas las víctimas de la violencia de género. Por todo ello, podrá comprenderse que este grupo de mujeres sea más vulnerable que el que conforman el resto de víctimas y que la inter-

---

47. E. GASCÓN SORRIBAS, J. GRACIA IBÁÑEZ "La problemática específica de las mujeres inmigrantes en procesos de violencia familiar de género", cit., sin paginar.

posición de la denuncia sobre la situación de violencia que padece, puede provocar la expulsión del territorio nacional si tras aquélla el juez no decreta la orden de protección y posteriormente no se dicta sentencia condenatoria. Los riesgos que corren de ser expulsadas, sin duda alguna, estarán sirviendo para inhibir a las mujeres que se atreven a emprender la “aventura” de intentar salir de la situación en que se encuentran.

Todo ello lleva a concluir, como se decía, que la respuesta de la LEX no tiene en consideración motivo de género alguno, sino mera política en materia de flujos migratorios, y por eso no se conmueve más que ante situaciones “particulares”, por “motivos humanitarios”, y no “por razón de género”.

d) La colaboración con la Administración de Justicia: cuando se trate de inmigrantes en situación administrativa irregular que hayan sido víctimas o testigos de un acto de “*tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución, abusando de su situación de necesidad*”, el art. 59.1 de la LEX premia su colaboración o cooperación proporcionando datos esenciales o testificando en el proceso, al establecer que “*podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado*”. El fundamento de esta disposición se encuentra en la naturaleza del delito del que han sido víctimas las personas denunciadas, en tanto en cuanto –además– cada uno de ellos menoscaba los objetivos esenciales perseguidos por la legislación en materia de extranjería: el control de los flujos migratorios y el acceso legal a España. En estos casos, la concurrencia de estos datos produce además de la extinción de la responsabilidad administrativa por el ilícito cometido, que se les ofrezca la posibilidad de retornar a su país de procedencia, o de permanecer en España facilitándoles además un permiso de trabajo y su integración social. El compromiso de suspender la expulsión, sin duda alguna, favorecerá la interposición de la denuncia de los hechos delictivos señalados<sup>48</sup>.

En los casos de mujeres que sufran violencia a manos de su marido o de su compañero sentimental (definida en el art. 1 de la LOPIVG), la única posibilidad de que se suspenda la orden de expulsión antes de que dicho estatus sea declarado por sentencia es el recurso al art. 59.4, según el cual, “*cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*”. Nótese que lo único que se prevé es que el Ministerio Fiscal proponga a la autoridad gubernativa competente la inejecución de la orden de expulsión o a la autorización de regreso temporal para la práctica de las diligencias mencionadas: esa persona no obtiene más que eso; por lo que disminuyen –y mucho– las garantías de

---

48. Por todos: J.L. RODRÍGUEZ CANDELA, “Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos”, en P. LAURENZO COPELLO (coorda.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 273 y ss.

que no va a ser expulsado. Sobre todo si se tiene en consideración que el expediente administrativo sigue adelante.

Si se comparan estos efectos con los que produce la denuncia en caso de haber sido víctima de delitos de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución, se observarán las diferencias existentes entre ambas situaciones: la mera denuncia de un delito relacionado con la violencia sufrida en su ámbito familiar no supone el archivo del expediente en el que se liquide la responsabilidad administrativa por su estancia ilegal, por lo que será objeto de sanción administrativa, que, caso de que *a posteriori* se obtenga el permiso de residencia temporal extraordinario por razones humanitarias, será de multa pues poco sentido tendría conceder dicha autorización excepcional de residencia temporal y expulsarle por hechos acaecidos con anterioridad; si, por el contrario éste no se obtiene, procederá a llevarse a cabo la expulsión administrativa.

Nótese finalmente la situación tan paradójica que se produce: a pesar de que la angostura de la definición de violencia de género del art. 1 de la LOPIVG, limitado a la violencia que sufre la mujer en su ámbito familiar a manos de quien es o ha sido su marido o compañero sentimental –con o sin convivencia–, impida que disfruten del conjunto de derechos sociales, económicos, laborales, etc., que allí se contienen las víctimas de otras formas de violencia de género, como pueden ser las mujeres explotadas sexualmente por organizaciones criminales, la LEX reconoce a estas últimas permisos de residencia y de trabajo por su eficaz colaboración, mientras que la víctima de la violencia de género consagrada en el art. 1 LOPIVG, todo lo más va a ver cómo se retrasa su expulsión si el Fiscal considera que es relevante que la víctima preste el testimonio. Se trata pues de un supuesto en el que las víctimas de la violencia de género definida en el art. 1 LOPIVG reciben “peor” tratamiento que otras víctimas de otras clases de violencia de género, en un ordenamiento jurídico que cuando lo ha creído oportuno, ha recurrido sin problema alguno a las medidas de acción positiva, como técnicas de distribución de bienes<sup>49</sup>.

En el fondo, parece que no se previó la concesión de este permiso extraordinario a estas mujeres víctimas de esta clase de violencia de género por el miedo a que se incrementara el número de denuncias falsas; sin embargo, dicho riesgo no debió ser entendido como tal, en la medida en que, como es sabido, el art. 458 castiga el delito de falso testimonio, que está castigado con pena de prisión, que deberá ser sustituida por la expulsión de la extranjera a los efectos del art. 89. Entre otras cosas, además porque se ha constatado que el hecho de que se haya concedido dicho permiso de residencia y trabajo a las víctimas de los traficantes de personas, no ha supuesto el aumento temido de denuncias falsas.

### **III.4 El cruce de la LOPIVG con la LEX: la quiebra del principio de transversalidad**

Del análisis realizado se deduce el estado de la cuestión en la LOPIVG y en la LEX en torno a la protección de la mujer inmigrante en situación irregular en España que además es víctima de los delitos incluidos dentro de la etiqueta de violencia de género, definida en el art. 1 de la LOPIVG.

---

49. Sobre las técnicas de acción positiva empleadas por el legislador en la LOPIVG, puede verse: M. ACALÉ SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 89 y ss.

Así, por lo que toca a la primera de las leyes citadas, puede decirse que allí se ofrece una protección “integral” para las mujeres víctimas de violencia de género a manos de quien sea o haya sido su marido o compañero sentimental con o sin convivencia, si además es mujer de nacionalidad española, o extranjera con estancia o con residencia legal en España –temporal o definitiva–. Si se trata de mujeres inmigrantes sin tal clase de residencia, la protección ya no es integral, sino que es preciso acudir a la LEX y al Reglamento que la desarrolla y examinar si sus disposiciones generales son aplicables en estos casos. Desconoce en este punto la LOPIVG que la violencia de género a la que quiere hacer frente, no conoce fronteras, ni tampoco se restringe por nacionalidades y por tanto, deja de ser una respuesta integral: distinta sería la situación si se hubiera previsto la concesión de un permiso de residencia temporal a estas mujeres víctimas de esta clase de violencia, junto con la cancelación del expediente administrativo por violación de la LEX por la estancia ilegal previa, o “*el acceso a un trabajo, la realización de cursos de idioma gratuitos y los servicios de guardería para sus hijos/as*”<sup>50</sup>.

La cuestión es la siguiente: no “*todas las mujeres víctimas de la violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley*”, esto es, la LOPIVG antepone su nacionalidad y su situación administrativa sobre su condición de mujer víctima de esta clase de violencia, contraviniéndose lo establecido en su art. 17. Por todo ello, hay que afirmar la quiebra del principio rector recogido en la letra k del art. 2 de la LOPIVG: “*garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género*”, y con él, el carácter integral de la propia LOPIVG.

Pues bien, aprobada la LOPIVG así como el nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería, se solicitó al Gobierno información sobre el número de mujeres inmigrantes que hubieran denunciado ser víctimas de violencia a manos de sus maridos o compañeros sentimentales. La respuesta fue la siguiente: las mujeres inmigrantes habían presentado “*un total de 14.340 denuncias por malos tratos por parte de su cónyuge o pareja sentimental durante el año 2004. A lo largo del primer trimestre de 2005 se presentaron un total de 3.504 denuncias por mujeres inmigrantes víctimas de violencia por su cónyuge o análogo*”. Por otra parte, según la misma respuesta parlamentaria, entre abril y diciembre de 2004, fueron repatriadas un total de 1994 mujeres; y desde enero al 6 de mayo un total de 1.307, concluyendo el informe con el siguiente dato: “*el gobierno no posee información sobre las mujeres repatriadas que habían presentado denuncia por malos tratos en este periodo*”<sup>51</sup>. Con ello se puso de manifiesto que se desconocía el dato de mujeres inmigrantes maltratadas en situación irregular que habían sido expulsadas y, por tanto, no se sabía tampoco el número de las que lo habían sido después de interponer la denuncia por ser víctima de un delito relacionado con la violencia de género<sup>52</sup>.

---

50. M. MOYA ESCUDERO, M. RUIZ SUTIL, “La mujer extranjera como víctima de malos tratos”, cit., p. 259.

51. [www.senado.es/legis8/publicaciones/html/textos/CM\\_030](http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/textos/CM_030).

52. M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., p. 404.

Y es que desde el momento en el que una mujer inmigrante sin residencia legal en España acude a presentar una denuncia por ser víctima de violencia de género, inmediatamente entra por dos veces bajo las redes del ordenamiento jurídico español (puede darse el caso de que hasta este momento haya pasado completamente desapercibida para las autoridades españolas). Así, como maltratada, se le debe aplicar la LOPIVG. Pero como inmigrante en situación irregular, la LEX. Esto es, por un lado se le otorga protección, pero por el otro, en tanto en cuanto la mujer maltratada interponga denuncia por los malos tratos en el ámbito familiar, paralelamente la LEX prevé bien la expulsión, bien la –mera– “*posibilidad*” de obtener la concesión de un permiso de residencia temporal extraordinario por razones humanitarias para esta mujer, supuesto éste en el que el expediente sancionador por la anterior situación de residencia irregular seguirá adelante.

Los efectos que se pueden llegar a producir son alarmantes: el autor del maltrato hacia su mujer será expulsado según lo dispuesto en el art. 89 del Código penal, mientras que la víctima también puede correr el riesgo de ser expulsada por violación de la LEX a un país en el que por otro lado, puede que no estén prohibidas dichas prácticas: así las cosas, es comprensible que no se denuncie y que se prefiera aguantar la situación de maltrato, pues lo más que van a hacer las autoridades españolas para ayudarle es trasladar geográficamente su problema de un país a otro, no a solucionarlo.

A ello ha de añadirse el papel de los cuerpos y fuerzas de seguridad, cuya participación reclama el art. 31 LOPIVG y de cuya actuación en muchos casos va a depender el futuro de la propia mujer maltratada; por un lado, tienen que desempeñar el papel protector de la mujer en cuanto maltratada, por otro, el de órgano agente de la autoridad que va a incoar el expediente de expulsión: es obvio que no pueden ser vistos a la vez como guardianes de la integridad física de la mujer y como guardianes de la seguridad interior y exterior del Estado; es muy posible que la víctima del maltrato entienda que se trata de un cuerpo policial que más que protegerlas, no hace más que fiscalizar su situación administrativa. No es de extrañar que en el Informe de Amnistía Internacional sobre la aplicación de la LOPIVG se haga referencia a que durante este primer año de vigencia de la misma haya habido casos de “*mujeres sin papeles que expusieron sus temores de acudir ante las autoridades y narraron experiencias especialmente adversas a la hora de buscar la protección ante los funcionarios y agentes*”<sup>53</sup>.

Lo cierto es que, ante semejante panorama, en uno y en otro caso, la mujer inmigrante en situación irregular en España no cuenta con un apoyo claro y preciso para animarle a interponer la denuncia por ser víctima de violencia doméstica, sobre todo si se tiene en consideración que, consiga o no el permiso de residencia temporal por motivos humanitarios, va a ser sancionada –con multa o expulsión, según la LEX–: como consecuencia, la víctima maltratada se inhibe y no presenta la denuncia.

#### IV. LA SUPUESTA SOLUCIÓN: LA INSTRUCCIÓN 14/2005

Este doble rasero de medir, en vez de dar lugar a la reforma de la LEX o de la LOPIVG, previendo la posibilidad de que las mujeres en situación de irregularidad ad-

---

53. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Inmigrantes indocumentadas ¿Hasta cuándo sin protección ante la violencia de género”, cit., p. 8.



ministrativa no sean expulsadas de España por haber sido víctimas de delito por razón de género, dio lugar a que la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior dictara *la Instrucción 14/2005, de 29 de julio de 2005, sobre actuación en dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular*. En su virtud cuando una mujer inmigrante acuda a denunciar que ha sido víctima de hechos considerados por la LOPIVG como violencia de género, habrá que disponer la protección prevista para todas las mujeres víctimas de esta clase de violencia, sin hacer distinción alguno en torno a su nacionalidad; ahora bien, automáticamente se averiguará la situación administrativa en la que se encuentra y si se trata de una situación irregular, se iniciarán las actuaciones previstas en la LEX, de forma que se puede acabar con la sanción de la mujer, ya sea la expulsión o la multa. Reprocha Amnistía Internacional que “*no existe ninguna indicación similar, que ordene a los agentes a averiguar y a perseguir otras infracciones administrativas en las que puedan haber incurrido las víctimas de la violencia de género españolas o extranjeras con documentación (infracciones de tráfico o de índole fiscal)*”<sup>54</sup>.

La policía informará a la mujer denunciante que tiene derecho a obtener un permiso de residencia temporal por motivos excepcionales; ahora bien, si lo obtiene, ello no significa que no vaya a ser sancionada administrativamente por haber estado hasta entonces en situación irregular. Además, no basta con presentar la denuncia, pues la LEX exige que se haya dictado una orden de protección y que recaiga sentencia condenatoria. Eso significará que en aquellos supuestos en los que se denuncien, pero no se acuerde la orden de protección por los motivos reseñados anteriormente, aunque recaiga sentencia condenatoria posteriormente, no se va a poder acoger la mujer a esta residencia temporal excepcional.

Piénsese sólo en la complejidad de trámites que deben seguirse: denuncia de los hechos constitutivos de delito ante la policía; solicitud ante el juez de la orden de protección; solicitud ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno, en su caso, del permiso de residencia temporal por razones humanitarias: ¿No se trataba de un colectivo especialmente vulnerable que, entre otros, cuenta con el inconveniente añadido del desconocimiento del idioma y de proceder de otras culturas? ¿No existe alguna manera de unificar los trámites?

El hecho de que se haya denunciado, obtenido una orden de protección y una sentencia condenatoria no significa que –en todo caso– de forma automática se vaya a conceder la residencia temporal excepcional pues, como se ha visto, no es un derecho del que sea portadora la mujer, sino una concesión –“*podrá obtener*”– que se dará o no por motivos de control de flujos migratorios. Si se concede, todavía podrá ser sancionada por haber estado ilegalmente en España, eso sí, según prevé la Instrucción, la sanción será de multa “*cuya cuantía será la inferior de las señaladas como posibles por la ley para la infracción cometida*”: ésta es la única solución que aporta para hacer frente a la violencia de género. Si la Administración no concede el permiso de residencia, no quedará más remedio que resolver el expediente

---

54. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Sección española, Informe “Inmigrantes indocumentadas ¿Hasta cuándo sin protección ante la violencia de género”, cit., p. 8.

administrativo sancionando con expulsión o con multa, pero sancionando en todo caso.

Resulta por lo menos sorprendente acompañar a una mujer maltratada inmigrante en situación irregular en su periplo en la búsqueda de protección en un ordenamiento jurídico, el único de toda Europa, que cuenta con una ley como la LOPIVG, cuando al final, por una u otra vía, la mujer inmigrante que consiga el permiso de residencia temporal por razones humanitarias por ser víctima de violencia de género va a ser sancionada por su estancia irregular, con multa, si se quiere, pero sancionada y después de sufrir un calvario de trámites durante el cual su vida o su integridad física pueden haber sido puestos en peligro por la pura burocracia, subordinando su protección a su mera situación administrativa.

La situación que ha provocado la Instrucción 14/2005 es preocupante, en la medida en que según el lugar donde se llevara a cabo la presentación de la denuncia por ser víctima de la violencia de género, la policía ha actuado con más o con menos diligencia: en este sentido, como destaca AMNISTÍA INTERNACIONAL, en algunas Comunidades Autónomas –Euskadi– no se aplica por parte de las policías autonómicas la mencionada Instrucción, mientras que en otras –Castilla León– se ha llegado a afirmar por parte de los representantes policiales que está derogada, poniéndose con ello de manifiesto la situación de verdadero desconocimiento sobre los instrumentos legales y policiales en vigor<sup>55</sup>. Simultáneamente, las mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular han seguido sufriendo agresiones.

Toda esta situación ha determinado que, finalmente, se haya aprobado por parte de la Secretaría de Estado de Seguridad el *Protocolo de actuación y coordinación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y abogados, ante la violencia de género* en julio de 2007, en el que se parte de que –ante todo– la mujer maltratada inmigrante es “maltratada”, por lo que han de ponerse en marcha las previsiones contenidas en la LOPIVG. Así establece que “cuando se trate de una extranjera en situación irregular, se debe poner especial cuidado en informarle de que su situación administrativa no incide en sus derechos a la asistencia integral que la ley le reconoce y que tiene derecho a regularizar su situación por razones humanitarias”. Sin embargo, no se ha procedido formalmente a retirar la Instrucción 14/2005.

Semejante situación no es más que consecuencia derivada de la falta de previsión en la LOPIVG de la situación en la que se encuentran las mujeres inmigrantes, en la línea establecida por su art. 32, en el que, como se decía, se encomendaba a los poderes públicos que tuvieran en consideración en sus políticas públicas la situación en que se encuentran las mujeres inmigrantes, pero sin llevar a cabo ni una sola modificación legal.

Como conclusión, la mujer inmigrante en situación administrativa irregular tiene que sopesar si le merece la pena denunciar el maltrato, con el riesgo de ser sancionada con expulsión o con multa (todo lo más que se le ofrece es la posibilidad de conseguir un permiso de residencia temporal por motivos humanitarios, no de género y en aten-

---

55. AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe “Más riesgos y menos protección. Mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género”, cit., p. 39.

ción al control de los flujos migratorios), o si prefiere aguantar la situación de maltrato que sufre, pues así por lo menos se asegura que mientras siga siendo invisible a las autoridades españolas, no va a ser expulsada administrativamente por su situación irregular, caldo de cultivo para la reiteración de los actos de violencia. Es decir, tendrá que decidir si le tiene más miedo a su marido o al Estado español, y en atención a ello optar o no por denunciar los malos tratos.

Como ponen de manifiesto distintas fuentes consultadas, el 30% de las víctimas de la violencia de género en España es de nacionalidad extranjera. Incorporar al ordenamiento jurídico español instrumentos que permitan a estas mujeres de forma efectiva la denuncia serviría no sólo para disminuir las cifras de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, sino para reducir drásticamente la cifra anual de mujeres muertas.

La regulación actual incide en la especial vulnerabilidad de estas mujeres y perpetúa la situación de maltrato en la que se encuentran.



## ASPECTOS GENERALES SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA INMIGRANTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

Ana Teresa CARAZO JOHANNING

Subdirectora

Centro para la Administración de Justicia  
Universidad Internacional de la Florida

**Resumen:** Tras explicar los antecedentes históricos de la violencia doméstica en Estados Unidos, se analiza el tratamiento jurídico de las víctimas de este tipo de delitos. De esta forma, se examinan las medidas de protección a la víctima, con especial referencia a la mediación judicial y las órdenes de alejamiento, así como los aspectos procesales de las medidas cautelares. Igualmente se realiza una reflexión sobre la Ley de Violencia contra las Mujeres (Violence Against Women Act – VAWA), centrándose en la situación de las mujeres inmigrantes, e indicando los obstáculos a los que éstas se enfrentan.

**Laburpena:** Estatu Batuetako etxeko indarkeriaren aurrekari historikoak azaldu eta gero, delitu mota honekako kalteedunen trataera juridikoa aztertzen da. Horrela, kalteedunen babes neurrien azterketa egiten da, bitartekaritza judiziala eta aldentze aginduei erreparatuz, baita kautelazko neurrien alderdi prozesalari ere. Era berean, Emakumearen Aurkako Indarkeria Legeari (Violence Against Women Act- VAWA) buruzko hausnarketa burutzen da, emakume etorkinen egoerari erreparatuz eta aurrez-aurre topatzen dituzten oztopoak azalduz.

**Résumé:** Après avoir expliqué les antécédents historiques de la violence domestique aux Etats-Unis, on analyse le traitement juridique des victimes de ces infractions. De cette manière, on examine les mesures de protection de la victime, en faisant plus spécialement référence à la médiation judiciaire et aux ordres d'éloignement, ainsi qu'aux aspects de procédure des mesures préventives. On effectue également une réflexion sur la Loi contre la violence envers les femmes (Violence Against Women Act - VAWA), en se bornant à la situation des femmes immigrantes, et en indiquant les obstacles auxquels celles-ci doivent faire face.

**Summary:** After explaining the history of domestic violence in the United States, the legal treatment of these crimes victims is analyzed. In this way, the victims' protection measures are examined, with a special reference to the judicial mediation and the protective orders, as well as the procedural aspects of the provisional remedies. Also, a reflection on the Violence Against Women Act (VAWA) is made, focusing on the immigrant women's situation, and pointing out the obstacles they face.

**Palabras clave:** Criminología, Victimología, violencia doméstica, violencia de género, mujeres inmigrantes.

---

(Nota): Contribución a las Jornadas sobre “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima”, San Sebastián, 14-15 diciembre 2007 (con la colaboración de la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco).

**Gako hitzak:** Kriminologia, Biktimologia, etxeko indarkeria, genero indarkeria, emakume etorkinak.

**Mots clef:** Criminologie, Victimologie, violence domestique, violence de genre, femmes immigrantes.

**Key words:** Criminology, Victimology, domestic Violence, gender Violence, immigrant women.

## I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA O VIOLENCIA DE GÉNERO

En sus inicios, la historia norteamericana refleja una ausencia de reconocimiento de la Violencia Doméstica como un problema. La violencia doméstica no sólo no constituía delito ni tenía repercusiones civiles para el agresor, sino que era vista como una práctica generalmente aceptada, cuya base legal se remontaba a la legislación feudal inglesa y a las Leyes del Castigo romanas que reconocían el derecho absoluto del marido de disciplinar a la esposa. De acuerdo a estas leyes, el hombre estaba investido de estas facultades por ser el jefe de familia mientras que la mujer era considerada propiedad inseparable del marido. Ambos esposos eran considerados una única persona jurídica, debiendo el marido responder legalmente por los daños que pudiera causar la conducta de la esposa<sup>1</sup>.

El proceso de evolución ha sido lento y paulatino. Para 1824 se empiezan a encontrar los primeros razonamientos utilizados por los tribunales estadounidenses tendentes a establecer límites en el castigo a la mujer cuando se entraron a analizar aspectos subjetivos de la víctima, como si ésta “merecía” el castigo más allá del medio empleado por el agresor, para el caso, el marido<sup>2</sup>. A partir del siglo diecinueve, con la inclusión de las mujeres a la fuerza laboral y con la adquisición de un cierto grado de poder económico y luego político, se empieza a manifestar la tendencia al reconocimiento de la violencia en el seno familiar como problema y a limitar los derechos de castigo del marido.

Alabama marca el proceso de cambio cuando en 1871, con el caso “*Fulgham vs. State*”, se convierte en el primer Estado de la Unión Americana en revocar el derecho del marido a castigar a su esposa. En su decisión los tribunales establecieron que “ningún hombre tiene derecho a golpear a su esposa, ya que golpear con una vara, empujar, escupir y patear a su cónyuge no está reconocido en la ley, pues la esposa tiene derecho a la misma protección como ciudadana con derechos civiles y políticos en igualdad con su cónyuge”<sup>3</sup>. Para finales del siglo, continuando con el proceso de cambio, Maryland, Delaware y Oregón adoptan leyes explícitas contra el abuso familiar<sup>4</sup>.

El siglo veinte es una época de cambios importantes en relación a la atención prestada al tema de la violencia doméstica, con variaciones en diferentes épocas, influenciadas, en parte, por las inquietudes hacia el estatus de la mujer y el control legal de los

1. Véase Cheryl Ward Smith, “The Rule of Thumb, a historic perspective”, Focus, vol 1, No. 7 (Los Angeles domestic Violence Council), Abril 1988, citado por LEMON, N., en *Domestic Violence Law*, American Casebook Series, WestGroup, p.2.

2. “Bradley v. State” Corte Suprema de Mississippi, 1824 citado por Buzada y Buzada, ob.cit. p. 62.

3. Véase “Fulgham contra Estado de Alabama”, citado por FAGAN, J., en “The Criminalization of Domestic Violence: Promises and Limits”, en *NIJ Research Report*, enero de 1996, cit., p.6. y José Augusto de la Vega, *Las Agresiones Familiares en la Violencia Doméstica*, Editorial Aranzadi, p. 24.

4. Véase Buzada y Buzada, ob. cit., p. 64.

problemas sociales. En la década de los años sesenta, la sociedad presta mayor atención a la violencia intrafamiliar y lo que históricamente era un asunto familiar privado pasa a convertirse en un problema que es objeto de intervención por parte del Estado.

Como resultado de las acciones del movimiento feminista, ya para 1976 el Departamento de Justicia apoya la creación de programas de servicio a la comunidad y a las entidades policiales en temas de violencia doméstica<sup>5</sup>, algunos de ellos con componentes de formación y entrenamiento a las policías en el tema.

Cabe mencionar que, en realidad, la efectividad de esos programas y la actuación policial en materia de prevención y sanción de la violencia doméstica o violencia de género presentaban, en esa época, importantes limitaciones. Con anterioridad a 1977, ninguno de los Estados de la Unión Americana contaba con leyes que autorizaran la detención policial en casos de violencia doméstica sin la existencia de una orden judicial, a menos que la agresión tuviera lugar en presencia de las mismas autoridades<sup>6</sup>.

Cabe resaltar que las principales reformas legales en materia de violencia doméstica ocurrieron durante el último cuarto del siglo veinte. A nivel estatal, en 1977, el Estado de Pennsylvania dictó una serie de regulaciones para la Protección contra los Actos de Abuso, que operaron como punto de partida para el resto de los Estados de la Unión Americana que, poco después, sancionaron normas dirigidas a castigar el abuso intrafamiliar. Para la década de los 80 los Estados incorporaron amplias reformas legislativas y se operaron otras reformas a nivel federal en donde, paulatinamente, el problema de la violencia doméstica comenzó a visualizarse desde la óptica del derecho penal. A nivel federal, no es sino hasta fines de los años setenta y principios de los ochenta, cuando se llevaron a cabo una serie de audiencias dirigidas a provocar cambios en la legislación federal. Se escucharon testimonios de víctimas y de expertos que describieron ampliamente la naturaleza del problema y pusieron públicamente en evidencia la incapacidad del Sistema de Justicia para darle solución. Esto llevó a que en el año 1982, la Comisión de Derechos Civiles elaborara un informe en el cual se describió la violencia doméstica como un problema de “enormes proporciones” en los Estados Unidos<sup>7</sup>.

Fundamentalmente se legislaron temas vinculados con la responsabilidad de los funcionarios policiales, los efectos de la violencia familiar en los procesos de custodia de los menores y en las medidas de protección de los hijos, los procesos para la concesión del divorcio cuando media abuso por parte de uno de los cónyuges, y otros.

Posiblemente uno de los temas más controvertidos que ha surgido producto de esos cambios ha sido el tratamiento de la violencia doméstica como una forma de defensa, lo que sirvió de base para mitigar la responsabilidad en los casos de homicidios cometidos contra los cónyuges cuando la autora había sido víctima de este tipo de

---

5. Según FAGAN, entre los años 1976 y 1981, se crearon 23 programas para servicios vinculados a la violencia doméstica, entre ellos, refugios, unidades especializadas para las Fiscalías, programas de asistencia para mujeres, unidades de mediación e intervenciones legales de tipo civil. Véase FAGAN, J., ob. cit. p.6.

6. Véase ADLER, J. R., “Strengthening Victims’ Rights In Domestic Violence Cases: An Argument For 30-Day Mandatory Restraining Orders In Massachusetts”, en *The Boston Public Interest Law Journal Winter*, núm. 8 B.U. Pub. Int. L.J., 1999, cit. p. 303.

7. Citado por Buzawa y Buzawa, ob. Cit. p. 120.

violencia<sup>8</sup>. Sin embargo, éste no es tema que nos ocupe en este momento y que podría ser objeto de discusión o análisis en otra oportunidad.

Cabe sí resaltar las reformas más importantes que operaron a nivel estatal a fin de proteger a las víctimas de la violencia doméstica o de la violencia de género, dentro de las cuales se encuentran: a) la adopción de políticas policiales que requieren la detención inmediata de presuntos abusadores; b) la formación de Unidades de Violencia Doméstica en las Fiscalías; c) la creación de programas de tratamiento para maridos abusadores en los departamentos de libertad condicional o “*probation*”; d) la aplicación de las órdenes de restricción y de protección en casos de emergencia; e) la extensión de la protección legal y el consecuente otorgamiento de órdenes de restricción o de protección a mujeres que mantienen una unión de hecho o se encuentran divorciadas del abusador; f) la creación de tribunales especializados en la materia; g) la creación de un tipo penal especial para la violencia doméstica o familiar (hasta entonces, la violencia doméstica había sido tratada como una conducta sancionada en la categoría genérica de agresión y lesiones)<sup>9</sup>; h) la adopción de políticas por parte de los órganos policiales y de los fiscales estatales para la protección a víctimas con *estado migratorio indefinido* o permanencia ilegal en el país.

A partir de la *Ley de Violencia contra las Mujeres (Violence Against Women Act–VAWA)*, también llamada *Ley de Violencia contra la Mujer* y en combinación con la *Ley de Víctimas de Tráfico y Protección contra la Violencia (Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000)* se amplía la protección a víctimas de violencia doméstica con estado migratorio indefinido o inmigrantes ilegales mediante la posibilidad de regulación de su estado migratorio (auto petición o solicitud por cuenta propia, la visa U –para víctimas de violencia doméstica cuyos agresores no son ni ciudadanos estadounidenses ni residentes permanentes– y la visa T –para víctimas de violencia doméstica que son víctimas de tráfico ilegal–).

Un aspecto no menos importante sobre el que operaron estas reformas tiene que ver con el concepto mismo de la violencia doméstica y los sujetos (activo – pasivo) que intervienen en su comisión. Actualmente, en los Estados Unidos, treinta Estados han sancionado leyes aludiendo neutralmente al género, incluyendo a miembros del grupo familiar y parejas sin cohabitar; catorce Estados aluden neutralmente al género pero se limitan al grupo familiar; y, los seis Estados restantes sancionaron leyes por las cuales se impide que la violencia doméstica se aplique a personas del mismo sexo<sup>10</sup>.

No obstante los esfuerzos realizados, debido a la fuerte oposición de los sectores conservadores, debieron pasar más de diez años para que, en 1994, finalmente se sancione la *Ley de Violencia contra las Mujeres (Violence Against Women Act–VAWA)*.

---

8. Véase Buzawa y Buzawa, ob. cit., p. 110.

9. Buzawa y Buzawa señalan las ventajas de tratar el delito de violencia doméstica como un delito especial, argumentando que esto permite incorporar elementos específicos del delito lo que facilita la persecución de actos como acoso, amenazas, etc., que generalmente son muy difíciles de probar cuando se trata de enmarcar la conducta dentro de la categoría genérica de agresión y lesiones. En segundo lugar, la especialización de la figura permite arrestos por delitos menores y facilita la recopilación de antecedentes por parte de las respectivas agencias, ob. cit., p. 111

10. Véase Task-Force, La Violencia Doméstica en los EEUU al 24 de febrero de 2005, publicado en [www.thetaskforce.org](http://www.thetaskforce.org)



VAWA determina que, para que se configure la violencia doméstica, el sujeto activo debe ser el esposo (a), ex-esposo (a), la persona que tiene un hijo en común con la víctima o la persona que cohabita o ha cohabitado con la víctima<sup>11</sup>. Esta legislación modificó drásticamente el rol del gobierno federal en materia de violencia doméstica. En primer lugar, se concedieron 120 millones de dólares para que, en el transcurso de los años 1996 a 1998, se implementaran políticas a favor del arresto obligatorio de los agresores y 350 millones de dólares para apoyar a los organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes en los diferentes estados y tribus indígenas que operan a nivel de las comunidades en el enfrentamiento de este problema; se creó la Línea Nacional de Violencia Doméstica (NDVH) y su sitio en Internet ([www.ndvh.org](http://www.ndvh.org)) que actualmente recibe más de 13.000 consultas por mes; se establecieron sanciones penales para aquellos que se trasladen de un Estado a otro con el fin de lesionar o intimidar a su cónyuge o para violar los términos de una orden de protección o de restricción; se autorizó a las víctimas a que comparezcan en los procedimientos federales para dar cuenta del peligro que representa la liberación del imputado; se dispuso la intervención de ciertas entidades oficiales en la protección de las víctimas y de los servicios que a ellas se les presta, por ejemplo, la oficina nacional de correos fue obligada a proteger la confidencialidad de los refugios y de las direcciones de personas abusadas; la posibilidad de calificar para la “auto petición” o presentar una solicitud por cuenta propia, la posibilidad de aplicar la residencia permanente (para el caso de quienes son víctimas de violencia doméstica cuyos agresores son ciudadanos estadounidenses o no son residentes permanentes) amparada en la ley VAWA; y, finalmente la posibilidad de tramitar una visa U o una visa T, amparándose en la ley VAWA y en la Ley de Víctimas de Tráfico y Protección contra la Violencia y regularizar su condición migratoria para el caso de las víctimas de violencia doméstica cuyos agresores no son ciudadanos estadounidenses ni residentes permanentes.

Dos años después de promulgada la ley VAWA, en 1996, el Congreso promulgó la Ley de Control del Crimen (Crime Control and Law Enforcement Act), dirigida a responder ante la “epidemia de la violencia doméstica” que afecta todos los aspectos de la vida de las mujeres<sup>12</sup>. En 1998, el Congreso aprobó una serie de enmiendas a la Ley de Control del Crimen introduciendo la orden de restricción obligatoria por 30 días y, en 1999, el Estado de Massachussetts promulgó leyes dirigidas a la política de respuesta llamada “arresto preferible” que obliga al arresto de presuntos agresores y requiere la emisión de una orden de restricción (alejamiento) en casos de violencia doméstica.

En el año 2000 se extendieron las ayudas contenidas en la legislación VAWA autorizando la concesión de 3 billones de dólares durante los siguientes 5 años. Uno de sus programas más importantes es el denominado STOP (Services-Training-Officers-Prosecutors) que concede 925 millones de dólares para programas dirigidos a la Policía, Fiscalías, Cortes y agencias de servicio a las víctimas; y 200 millones de dólares para otorgar asistencia legal a la víctimas para la obtención de órdenes de protección y para solventar la transición que implica el cambio a un hogar seguro.

El 5 de Septiembre de 2007, USCIS publica una nueva regla para personas no inmigrantes víctimas de actividades criminales.

---

11. Cfr. VAWA, Sección 922 (g).

12. Véase la Resolución del Congreso núm. 66, (S. Con. Res. 66, 104th Cong.), 1996.

Si bien la ley VAWA es fundamental para el reconocimiento y tratamiento de los derechos de las víctimas inmigrantes, el proceso de reglamentación de los derechos establecidos por VAWA ha sido muy lento y ha estado sujeto a gran diversidad de presiones.

Antes de que en septiembre de 2007 se publicaran por parte de USCIS las reglas para personas no inmigrantes víctimas de actividades criminales, en los Estados Unidos ha habido una ola de ordenanzas anti-inmigrantes que se inició cuando en abril del 2006, por una iniciativa de ley en San Bernardino, California, se busca denegar permisos, contratos y becas de la ciudad a negocios que emplearan a inmigrantes indocumentados, y prohibir el alquiler de viviendas a los mismos. Esta iniciativa legal californiana también autorizaba a la policía a embargar los vehículos que se utilizaran para trasladar a los trabajadores. Paralelamente a esto, la iniciativa legal buscaba establecer el requisito de que todo asunto oficial de la ciudad se tramitara en idioma inglés (en Estados Unidos no hay norma constitucional federal ni estatal que establezca la obligatoriedad del idioma inglés). La propuesta normativa generó fuerte oposición entre grupos protectores de derechos civiles y no logró reunir los votos necesarios para su promulgación, pero sí marcó un hito importante en el tratamiento del tema migratorio en los Estados Unidos.

Algo similar a lo ocurrido en San Bernardino, California, se planteó en la ciudad de Hazleton, en el estado de Pensilvania<sup>13</sup>, cuando en julio de 2006 se trató de promulgar una ordenanza municipal que contenía una definición amplia y vaga del término *inmigrante ilegal* y que establecía sanciones a los arrendatarios, patronos o empleadores y otras personas que entraran en negociaciones comerciales con inmigrantes. El tema de la exclusividad del uso de la lengua inglesa era objeto de la propuesta normativa también.

En veintinueve Estados, aproximadamente unas cien municipalidades han propuesto ordenanzas que en uno u otro sentido son similares a la de Hazleton, pero con redacciones y alcances diferentes. Todas estas propuestas se han enfocado dentro del marco de las sanciones a los inmigrantes ilegales y a quienes realicen negociaciones o contrataciones con los mismos. De éstas, 40 han sido aprobadas por las comunidades.

Fundamental ha sido la labor de organizaciones como la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU), para promover la protección de los derechos civiles y oponerse a estos intentos de imponer y aplicar políticas de inmigración a nivel local que imponen sanciones que tienden a que los empleadores, dueños de negocios y comerciantes discriminen a quienes sospechan que son extranjeros, para no arriesgarse a ser sancionados o multados por haber incumplido la norma. Además de Hazleton, la ACLU ha impugnado 29 ordenanzas incluyendo los condados de Cherokee, Georgia; Escondido, California; Valley Park, Missouri; Riverside, Nueva Jersey; y Farmer's Branch, Texas.

Las demandas planteadas por la ACLU se fundamentan en que las ordenanzas son inconstitucionales por ser violatorias de preceptos constitucionales federales y estatales en materia de protección contra la discriminación y la creación de ambientes hostiles y por pretender sobreponerse a las leyes federales de inmigración. Se ha argumentado también que estas propuestas normativas impiden el acceso a la justicia ordinaria y a procedimientos judiciales justos, pues autorizan la rescisión unilateral de contratos

---

13. Para más detalles sobre la propuesta Hazleton, véanse al efecto los informes de la Unión Americana de Libertades Civiles, en inglés ACLU (*American Civil Liberties Union*), en <http://staging.18.aclu.org/inmigrants>

(laborales y de alquiler de viviendas) sin que los afectados tengan el derecho a audiencia o recurso alguno. Se ha planteado el argumento de que aquellas personas que sean miembros de comunidades de inmigrantes o que hablen con un acento determinado se verían obligados a comprobar su condición migratoria de manera inevitable, y serían las personas a quienes se les denegaría vivienda, empleo, y servicios injustamente en razón de un ambiente hostil.

Según informes de la ACLU, ninguna de las ordenanzas impugnadas ha entrado en vigencia aún, pero la tendencia a su promulgación y la tendencia a la polarización en contra de los inmigrantes en ciertas comunidades es tema constante en las noticias, particularmente en este año de campaña electoral.

## II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: ÉNFASIS EN EL CASO DE LA FLORIDA

Actualmente existen dos modelos que, operando dentro del sistema de justicia estadounidense, representan una alternativa al proceso penal en el tratamiento del problema de la violencia doméstica y que, para el caso de la víctima y su protección, son fundamentales. Uno es la mediación judicial y el otro es la orden judicial para que el agresor se abstenga de continuar con la agresión y se someta a un tratamiento. El estado de la Florida no es la excepción al funcionamiento de estos dos modelos de manera paralela y complementaria en aras de buscar solución al problema de las víctimas de la violencia doméstica.

Al efecto, en la Florida existen una serie de medidas para la protección a la víctima de violencia doméstica, independientemente de su condición migratoria o estatus migratorio, las cuales se describen a continuación:

### 1. Órdenes de protección y de alejamiento

Generalmente, la conducta que conforma la violencia doméstica es descrita como “*cualquier asalto, asalto agravado, agresión, agresión agravada, asalto sexual, agresión sexual, acoso, acoso sexual, secuestro, privación ilegítima de la libertad, amenazas o cualquier ofensa de tipo penal que resulte en un daño emocional, físico o muerte de una persona*”. Las diferencias entre las legislaciones estatales radican no tanto en los hechos que caracterizan la figura sino en la determinación y la relación de los sujetos activo-pasivo que intervienen en la comisión del delito.

La mayoría de los Estados requieren que las personas involucradas en la comisión del delito sean miembros del grupo familiar o parejas sin cohabitar, aludiendo neutralmente al género, por lo que bien puede aplicarse a los actos cometidos por personas del mismo sexo. Otros se limitan al núcleo familiar, quedando fuera las parejas que no cohabitan y, los menos, excluyen los actos cometidos por personas del mismo sexo.

A nivel federal, la ley VAWA determina que, para que se configure la violencia doméstica, el sujeto activo debe ser el esposo (a), ex-esposo (a), la persona que tiene un hijo en común con la víctima o la persona que cohabita o ha cohabitado con la víctima<sup>14</sup>.

---

14. Cfr. VAWA, Sección 922 (g).

Con estas salvedades, cualquier persona que haya sido víctima de un hecho de violencia doméstica o demuestre causa razonable de encontrarse en peligro inminente de serlo, puede iniciar un proceso rápido y expedito tendente a la obtención de una orden de protección, sin que sea necesario el pago de tasas ni la representación de un abogado.

Este tipo de órdenes judiciales, llamadas en inglés “injunction” o “restraining order” (traducidas comúnmente como órdenes de restricción) son medidas cautelares que se manifiestan a través de mandatos específicos dirigidos a: a) prohibir que el agresor mantenga cualquier tipo de contacto con la víctima (orden de alejamiento); b) que el agresor desaloje la vivienda (si la comparte con la víctima); c) impedir o restringir que acceda a la vivienda; d) impedir o restringir que acceda a escuelas, negocios o empleos de la víctima (también orden de alejamiento); e) que el agresor participe en programas de tratamiento para el control de la agresividad o en programas de intervención para agresores.

Mediante este mecanismo de las medidas cautelares también puede otorgarse de manera temporal la guarda y custodia de los menores a la víctima, establecer montos temporales en relación a pensiones de alimentos y ordenar al agresor que participe en programas de tratamiento o consejería para el control de la agresividad o la ira.

Estas medidas pueden tener un carácter temporal o definitivo. La Orden Temporal de Protección, también llamada “*ex-parte*” es emitida por la autoridad judicial cuando, en audiencia breve, luego de analizar la solicitud de la víctima, valorar los alegatos y las pruebas presentadas hasta ese momento, considera necesario garantizar una protección inmediata. Normalmente el agresor no está presente en este tipo de audiencias. Estas órdenes entran en vigencia a partir del momento en que le son notificadas al agresor y se mantienen en vigor por un período que normalmente no excede los 15 días, en el transcurso del cual, se lleva a cabo una audiencia con la participación de todas las partes para determinar el mérito y/o la necesidad de que se emita una orden definitiva. En todo caso, las órdenes temporales permanecen vigentes hasta tanto no se lleve a cabo la segunda audiencia o “*audiencia completa*” (full hearing)

La Orden Definitiva es emitida como consecuencia de haber realizado la audiencia respectiva y luego de haber escuchado a ambas partes y la evidencia por ellas presentada. Los efectos de ésta son los mismos que los de la anterior, únicamente que por un período prolongado y, en algunos casos sin fecha de expiración, quedando a criterio del Juez la imposición de las condiciones y el período de vigencia. Normalmente, si la orden no tiene fecha de expiración, permanece vigente hasta tanto no se emita otra que específicamente la modifique.

Generalmente no se requiere de pago de tasa alguna para acceder a estos procedimientos. Tampoco existen requisitos de residencia mínima para poder tener derecho a presentar solicitudes de emisión de órdenes de alejamiento o de protección en los casos de violencia doméstica.

A partir de la sanción de la ley VAWA, se determinó que las órdenes de protección dictadas como consecuencia de un proceso civil, o penal, o por las tribus indígenas, debían ser plenamente reconocidas en otras jurisdicciones. A partir de entonces, 47 Estados han incorporado regulaciones específicas para hacer efectivas en su territorio las órdenes dictadas por otros Estados.

La violación de una orden de protección implica lo que se conoce como “Contempt” que es un desacato a los tribunales o una desobediencia de una orden judicial. En

muchos estados esto acarrea el arresto o la detención inmediata del agresor, pudiendo ser juzgado por la comisión de un delito menor o, incluso, grave (felony).

## 2. Otras medidas de protección

Además de las órdenes de restricción (alejamiento), existen otras medidas cautelares que pueden ser aplicadas cuando no se acreditan todos los extremos que la ley requiere para que se configure el tipo de la violencia doméstica, o por ejemplo, una vez que una Orden de Protección Temporal es rechazada y antes de proceder a reiniciar el proceso. En esas circunstancias, las víctimas pueden acceder a los siguientes mecanismos y obtener una respuesta del sistema de manera más rápida.

- i. *Solicitud de Protección en contra de Violencia Repetida/Solicitud de Medida Cautelar para la Protección en contra de Violencia Repetitiva (Petition for Injunction Against Repeat Violence)*. Procede cuando el agresor ha cometido al menos dos actos de agresión (incluyendo amenazas) en contra de la persona o algún miembro de la familia de la persona que solicita la protección (hijo, padres, hermanos o hermanas) y al menos uno de esos actos violentos ha ocurrido durante los últimos seis meses previos a la presentación de la solicitud.
- ii. *Solicitud de Protección contra la Violencia en una relación de noviazgo / Solicitud de Medida Cautelar para la protección contra la violencia en una relación de noviazgo*. Es posible la obtención de una orden de protección y la imposición de una medida cautelar de este tipo si durante los últimos seis meses previos a la presentación de la solicitud el agresor ha tenido o continúa teniendo una relación de tipo romántico o íntima con la víctima.
- iii. *Solicitud de Protección Contra la violencia Sexual / Solicitud de Medida Cautelar para la protección contra la violencia sexual*. Es posible la obtención de este tipo de medida cautelar de protección en aquellos casos donde la agresión a las víctimas de agresiones es de tipo sexual. Para tener opción a esta protección, es requisito el haber reportado el incidente a la policía o a la fiscalía y cooperar en los procedimientos penales incoados en contra del agresor.

Cualquiera de estas tres solicitudes para la imposición de medidas cautelares y las correspondientes órdenes de protección puede ser presentada por un adulto en representación de cualquier menor de dieciocho años que se encuentre viviendo en el hogar y que haya sido víctima del tipo de delitos por los cuales se pide protección. El procedimiento para la obtención de estas órdenes es muy similar al anteriormente descrito para el caso de la obtención de las Ordenes Temporales y/o Finales o Definitivas<sup>15</sup>.

## 3. Aspectos procesales de las medidas cautelares

En general, las regulaciones estatales en materia de protección de la víctima de violencia doméstica establecen una serie de preceptos comunes, no siendo el Estado

---

15. Al efecto puede verse "What are the steps for obtaining an Injunction for Protection against Domestic Violence?". Florida Statute 784.046, que describe el proceso para la obtención de este tipo de órdenes de protección. Puede verse además la página Web de los Estatutos de la Florida: Florida Statutes para mayor detalle respecto a su contenido.

de la Florida una excepción a esta regla. Estos preceptos comunes indican que: a) cualquier persona que haya sido víctima o demuestre causa razonable para la existencia de un temor a encontrarse en peligro inminente de convertirse en víctima de un hecho de violencia doméstica, puede interponer una acción tendente a la obtención de una orden de protección<sup>16</sup>; b) no es necesario que la persona sea asistida por un abogado<sup>17</sup> en el proceso de obtención de una orden de protección, pues es un proceso *Pro se*; c) no hay pago de tasa por interposición de la acción<sup>18</sup>; d) los Secretarios de los Tribunales están en la obligación legal de prestar asistencia a fin de simplificar procesos, completar formularios, modificar órdenes o hacer efectivas las mismas<sup>19</sup>.

El proceso relativo a las medidas cautelares es simple y expedito y se inicia con la presentación de la solicitud para la emisión de una orden de protección o alejamiento ante el secretario de los tribunales de la Corte de Circuito correspondiente, conforme a las siguientes opciones:

- a. Del condado donde la víctima estaba viviendo en el momento de ocurrir los hechos;
- b. Del condado donde la víctima reside, si se encuentra viviendo de manera definitiva o temporal en un condado diferente de donde ocurrieron los hechos;
- c. Del condado donde reside el agresor, si reside en un condado diferente al de la residencia de la víctima.

El proceso puede ser incoado en cualquiera de estos tres condados pero no puede iniciarse más de un proceso al mismo tiempo y se lleva a cabo en 5 etapas<sup>20</sup>: Primero, se comparece ante los Tribunales de Justicia para **obtener los formularios requeridos**, o se obtienen a través de la página Web, y para recibir instrucciones y asesoría por parte del Secretario de los Tribunales para completarlos adecuadamente. Posteriormente, se procede a **llenar los formularios y hacer su presentación formal ante el Secretario**<sup>21</sup>. Ha de tenerse cuidado en seguir las instrucciones pues es el documento básico que tendrá el Juez disponible para basar su decisión de otorgar o no otorgar una orden temporal. No se reciben solicitudes en otro tipo de formato y sin el formulario las solicitudes no son procesadas<sup>22</sup>. El mismo contiene espacios a fin de proveer información necesaria para la correcta identificación del agresor (nombre, dirección, números de teléfono, sitio donde trabaja –si fuere conocido–) y a fin de poder notificarle la resolución, la determinación de la relación entre la víctima y el agresor (si están o estuvieron

---

16. Ver al efecto los Estatutos de la Florida, Sección 741.30 (1) (a). 2002.

17. Ver al efecto los Estatutos de la Florida, Sección 741.30 (1) (f). 2002.

18. Ver al efecto los Estatutos de la Florida, Sección 741.30 (2) (a). 2002.

19. Ver al efecto los Estatutos de la Florida, Sección 741.30 (2) (c). 2002.

20. Ver al efecto “What are the steps for obtaining an Injunction for Protection against Domestic Violence?”, en los Estatutos de la Florida 784.046.

21. Cabe hacer notar que existen Organizaciones No Gubernamentales, tales como LUCHA en el Estado de la Florida y Ayuda en Washington D.C. que prestan asistencia a las víctimas de violencia doméstica tanto legal como desde el punto de vista social y de tratamiento físico y psicológico.

22. El formulario en cuestión es el llamado “Florida Family Law form 12.980(b)”.

casados, divorciados o separados), copias de los documentos en donde se haga constar la existencia de un proceso (judicial o no) relacionado con la persona que ha cometido el abuso o la agresión (informes policiales, denuncias ante Fiscalía, interposición de demanda, etc.), copias de informes policiales o médicos que acrediten la existencia de un incidente reciente de violencia doméstica, la determinación de los hechos constitutivos de violencia doméstica y las circunstancias en que ocurrieron, y las razones por las cuales la víctima está solicitando protección. Los formularios deben ser firmados frente a un Juez o bien frente a Notario Público y normalmente ambos se encuentran disponibles para estos efectos en los mismos tribunales de justicia.

Posteriormente, el **Juez revisa la solicitud y procede a emitir una Orden Temporal** si así lo considera pertinente. Esta orden normalmente tiene una validez de 15 días, período dentro del cual se procederá a fijar fecha y hora para una Audiencia con la comparecencia de todas las partes involucradas, como se mencionara anteriormente.

Seguidamente se procede a la **Notificación de la Orden Temporal**. La orden no entra en vigencia hasta tanto no sea notificada formalmente. En términos generales estas órdenes son notificadas por el Sheriff o la policía pues en muchos casos conlleva una orden para desalojar la vivienda y la imposición de restricciones a la comunicación con la víctima como se dijera con anterioridad. Al mismo tiempo que se notifica esta Orden Temporal, normalmente, se notifica también la fecha y hora de la Audiencia en que serán escuchadas todas las partes.

Por último, **la Audiencia**. La presencia de la víctima es necesaria para la realización de la audiencia, si ésta no puede asistir debe solicitar una posposición y la fijación de un nuevo señalamiento. Si el agresor no se presenta, o no solicita un nuevo señalamiento, los Tribunales emiten un pronunciamiento automático en su contra (“default judgment”). La extensión de la orden de protección temporal no es automática, por lo que la víctima debe solicitarla en el momento de pedir que se fije nueva fecha y hora para la audiencia. Durante el transcurso de ésta, se produce la prueba (testimonial y documental) y son escuchadas las partes a fin de hacer la determinación final del caso.

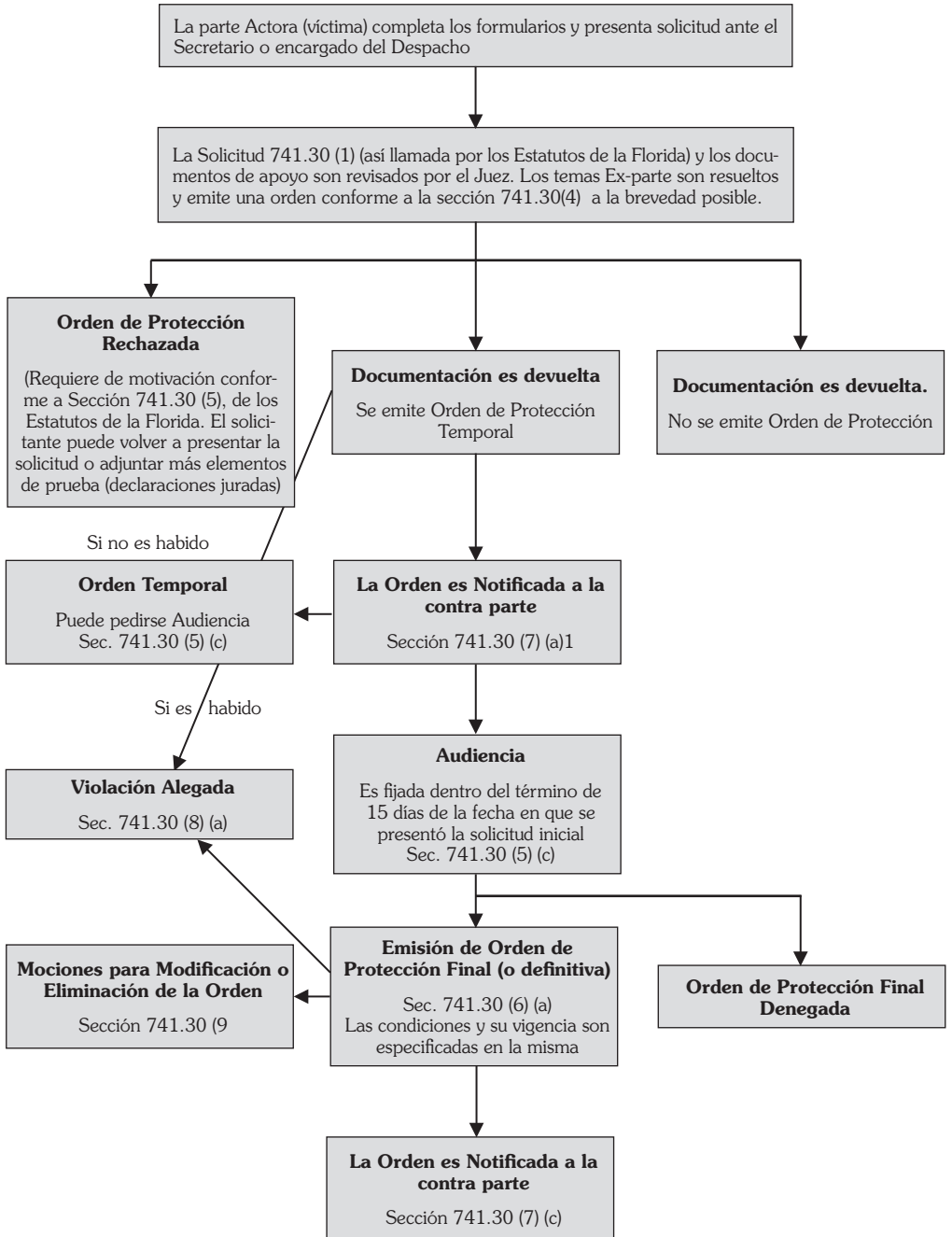
En la Audiencia todos los testigos rendirán juramento y procederá a evacuarse la prueba testimonial primero y luego la documental y pericial. La víctima presenta su caso primero, declarando bajo juramento de primero, luego sus testigos y con posterioridad lo hace de igual forma el agresor. Ambas partes pueden interrogar a los testigos al momento de sus respectivas declaraciones. Inmediatamente finalizada la recepción de la prueba el juez la valora y emite su resolución, la cual es notificada a las partes en el acto y copias de las Órdenes de Protección son entregadas a las partes, la una para poder demostrar la existencia de la orden de protección en su favor (caso de requerir asistencia para hacerla efectiva) y la otra para su acatamiento obligatorio.

En términos generales, el flujo del proceso, en lo que a las actividades realizadas ante los tribunales especializados en violencia doméstica y en cuanto a órdenes de protección a la víctima se refiere, puede resumirse de la siguiente manera<sup>23</sup>:

---

23. Se hacen referencias a los Estatutos del Estado de la Florida para efectos del ejemplo, aunque, como se indicara, los procedimientos son igualmente simples y similares en los Estados Unidos.

### Cuadro Número 1





Para el caso de la Florida, las órdenes de protección son válidas en todo el Estado y, de conformidad con la legislación federal que establece el principio llamado Fe y Crédito Completo (Full Faith and Credit) las órdenes de protección emitidas en sede civil o penal siguen a la persona independientemente del sitio en donde resida, de manera que tienen vigencia en todo el territorio de los Estados Unidos y las llamadas “tierras tribales” (reservas indígenas).

Pese a que los procedimientos para la obtención de las órdenes de protección son similares en los diversos Estados, es necesario indicar que cada Estado de la Unión Americana tiene regulaciones específicas para hacer efectivas y propias las órdenes de protección emitidas fuera de sus jurisdicciones<sup>24</sup>.

En caso de que la víctima desee cambiar o modificar la Orden Permanente, debe presentar su solicitud formal, en los formularios respectivos, junto con los documentos de apoyo respectivos ante el Tribunal de Circuito correspondiente, el cual fijará la fecha y hora de la respectiva audiencia.

Si el agresor no acata o incumple la orden emitida, la víctima puede acudir de manera inmediata a la Policía, la cual procederá a arrestar al agresor, permaneciendo privado de libertad hasta que se fije su fianza de excarcelación (si procediere).

Ahora bien, cabe preguntarse si éste es el único procedimiento disponible a las víctimas de violencia doméstica o si, por el contrario, tienen otros remedios y procesos disponibles para hacer valer sus derechos. La respuesta a esta interrogante es positiva: independientemente del proceso antes descrito en sede civil y ante Tribunales especializados en la materia, de manera paralela, previa, posterior, conjunta o separada, la víctima siempre tiene abiertas las puertas del proceso penal ordinario para hacer valer sus derechos. De esta manera puede, en cualquier momento, presentar denuncia formal ante la policía o ante la fiscalía y solicitar que sean formalizados los cargos penales contra su agresor.

Vale hacer notar que si la víctima presenta cargos penales ante la Fiscalía o ante la policía y se formalizan los cargos en contra del agresor, el proceso penal continúa, por ser delito de acción pública, aun y cuando con posterioridad la víctima decida que prefiere desistir del proceso. La víctima se constituye en un testigo de la Fiscalía en el proceso penal y a fin de garantizar su participación en el proceso y garantizar una sanción de la conducta delictiva, puede, como se indicará en la sección subsiguiente, hacer uso del recurso relativo a las solicitudes de visa U o T (según corresponda y le convenga) para garantizar la permanencia en el país de la víctima con estado migratorio indefinido (inmigrante ilegal).

---

24. Es de aclarar que las Órdenes de Protección puede que no sean aplicables (enforceable) en las bases militares, al efecto véase las siguientes páginas Web: Military Info; A Considerable Service: An Advocate's Introduction to Domestic Violence and the Military.

### III. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MUJER INMIGRANTE VÍCTIMA

A efecto de analizar el tratamiento jurídico de la mujer inmigrante víctima en los Estados Unidos, es necesario recordar que, como mencionáramos brevemente con anterioridad, la ley VAWA y la Ley de Víctimas de Tráfico y Protección contra la Violencia que se promulgara en el año 2000 y le sirve de complemento, establecen varios modos o formas, cada una diferente, de protección para víctimas de violencia doméstica con estado migratorio indefinido o inmigrantes ilegales. Son éstos: a) la posibilidad de regulación de su estado migratorio mediante auto petición, o solicitud por cuenta propia, para el caso de que las víctimas sean cónyuges de ciudadanos estadounidenses o residentes permanentes; b) la cancelación de un proceso de expulsión; c) la visa U, para víctimas de violencia doméstica cuyos agresores no son ni ciudadanos estadounidenses ni residentes permanentes; d) la visa T, para víctimas de violencia doméstica que son víctimas de tráfico ilegal de personas.

Existe además la llamada “*exoneración para un cónyuge agredido*” que es una protección para las víctimas de la violencia doméstica que hayan obtenido la residencia condicional en virtud de matrimonio con un ciudadano estadounidense o con un residente legal permanente de los Estados Unidos. En estos casos, la persona que haya sido maltratada o haya sufrido crueldad extrema durante el matrimonio puede, llenando los requisitos para obtener la excepción del cónyuge golpeado, solicitar el ajuste de estado migratorio de residencia condicional a residente legal permanente sin que haya necesidad de que exista consentimiento del cónyuge injurioso.

Pasamos entonces a analizar cada una de las formas de protección a la víctima inmigrante contempladas por la ley VAWA, a saber, la auto-petición o solicitud por cuenta propia (*self-petition*) y la cancelación de un proceso de expulsión, también llamada anulación de traslado (*cancellation of removal*).

#### **a) ¿Qué es o en qué consiste la posibilidad de regulación de estado migratorio mediante auto petición (self-petition) o solicitud por cuenta propia?**

La *Ley de Violencia contra las Mujeres (Violence Against Women Act – VAWA)*, hace reservas de derecho para beneficios migratorios para víctimas maltratadas. La intención de la ley VAWA en materia de creación de beneficios migratorios para las víctimas inmigrantes es la de reducir o eliminar el temor a la deportación del ánimo de las víctimas y con ello combatir de manera más efectiva la violencia de género, ya que sustrae de manos del agresor el elemento de control y presión psicológica que está ligado a la regulación de estado migratorio.

De conformidad con la ley VAWA, pueden acogerse a los beneficios de esta ley quienes se encuentren en las siguientes condiciones:

- La víctima casada con un ciudadano estadounidense o residente legal permanente, y sus hijos como beneficiarios derivativos, sin importar que éstos hayan sufrido abuso directo, o sean o no hijos del abusador.
- El cónyuge no-abusado de un ciudadano estadounidense o residente legal permanente cuyo hijo haya sido abusado por éste. El solicitante puede incluir a sus otros hijos sin importar que éstos sean o no hijos de su cónyuge causante de abuso.

- La víctima que creía estar casada con un ciudadano estadounidense o residente legal permanente debido a una situación de bigamia, y sus hijos como beneficiarios derivativos, sin importar que éstos hayan sufrido abuso o sean hijos de su cónyuge causante del abuso.
- El hijo abusado por un padre que es ciudadano estadounidense o residente legal permanente, y los hijos no abusados de éste como beneficiarios derivativos.

Fundamentalmente debe establecerse que quien presenta la solicitud por cuenta propia está, en el momento de la solicitud, casada con un ciudadano estadounidense o con un residente legal permanente, que estuvo casada con un ciudadano estadounidense o con un residente legal permanente, o ha estado divorciada de un ciudadano estadounidense o de un residente legal permanente por menos de dos años y puede demostrar que el matrimonio terminó en divorcio debido a la violencia doméstica o a crueldad extrema.

Para poder acogerse a los beneficios establecidos por la ley VAWA, mediante la auto-petición o solicitud por cuenta propia, la solicitante debe ser mayor de 21 años; aunque para el caso de que las víctimas hijas de agresores ciudadanos estadounidenses o residentes legales permanentes sean las que presentan la solicitud, éstas deben ser menores de 21 años de edad en el momento de iniciar el proceso de auto-petición ante el CIS. Existe, sin embargo, la excepción de que ésta sea presentada hasta los 25 años de edad, siempre y cuando el abuso a que ha estado sujeta la víctima solicitante haya sido una de las razones centrales por las cuales se está presentando la solicitud tardíamente.

¿Qué es lo que debe demostrar una víctima de violencia doméstica inmigrante ante el servicio de inmigración estadounidense (USCIS) para obtener la residencia legal con base en la auto-petición o solicitud por cuenta propia que establece la ley VAWA?

Es fundamental que la víctima inmigrante demuestre cinco cosas fundamentales: a) su relación con un ciudadano estadounidense o residente legal permanente; b) la existencia de asalto o maltrato cruel (crueldad extrema); c) la existencia de matrimonio de buena fe; d) la tenencia de un buen carácter moral; e) la residencia en los Estados Unidos.

En lo que compete demostrar en cuanto a la relación que debe existir entre la víctima inmigrante y un ciudadano estadounidense o residente legal permanente, necesariamente, la víctima tiene que acreditar al menos una de las siguientes condiciones:

- ser esposa o hijo o hija de un ciudadano estadounidense o residente legal permanente;
- ser esposa o hijo o hija de un ciudadano estadounidense o residente legal permanente quien perdió su estatus en los dos últimos años debido a violencia doméstica;
- ser la ex-esposa de un ciudadano estadounidense o residente legal permanente, con menos de dos años de divorciada. El divorcio debe haber tenido lugar en los últimos dos años y la violencia doméstica debe haber sido un factor determinante para el divorcio;

- ser esposa, o hijo o hija de un ciudadano estadounidense o residente legal permanente quien es un bigamo y la víctima solicitante contrajo matrimonio de buena fe y con la intención de casarse legalmente;
- ser esposa de un ciudadano estadounidense quien falleció en los últimos dos años;
- tratarse de una esposa que no fue abusada, pero que tiene hijos abusados por el cónyuge quien es ciudadano estadounidense o residente legal permanente, aun si no existen lazos sanguíneos entre el menor y el agresor (usted también podría pedir por estos niños);
- ser una futura esposa (prometida) abusada por un ciudadano estadounidense o residente legal permanente legal;
- ser un hijo o hija maltratado o maltratada por un ciudadano estadounidense o residente legal permanente. La ley contempla la posibilidad de que la víctima de violencia doméstica, de tener hijos propios, éstos sean amparados por su solicitud también;
- ser progenitor que ha sido abusado, maltratado, o sujeto a extrema crueldad a manos de su hijo o hija ciudadano/a estadounidense mayor de edad.

En lo que compete a la existencia del maltrato, abuso o crueldad extrema, debe demostrar que durante su matrimonio es o fue víctima de abuso físico o crueldad extrema en manos de su cónyuge. Es decir, que el agresor sometió a la persona solicitante a “asalto o maltrato cruel”. Este abuso tuvo que haber ocurrido dentro de los Estados Unidos.

Asimismo, en lo que se refiere a la existencia de un matrimonio de buena fe, debe acreditar que el matrimonio es o fue legítimo y no para propósitos de fraude de inmigración, ni que se realizó con la intención de obtener un estatus legal migratorio. La convivencia de unión libre también es válida, en el caso de que fuera válida donde residía la pareja. La ley establece que en el caso de bigamia, se debe demostrar que el matrimonio fue de buena fe y con la intención de casarse legalmente y legítimamente.

Los requisitos legales son claros al establecer que debe haber existido convivencia con el cónyuge o padre abusivo en algún momento, aunque no se necesita haber convivido en los Estados Unidos y no hay un requisito mínimo de convivencia. Sin embargo, si la víctima reside en el extranjero en el momento de presentar su solicitud, debe demostrar que el agresor trabaja para el gobierno de los Estados Unidos, que es un miembro del ejército estadounidense, o que fue objeto de violencia doméstica en los Estados Unidos. Esta última situación es la única excepción a la regla que establece que el abuso debe haber ocurrido en los Estados Unidos.

Por último, en lo que respecta al carácter moral exigido, por ejemplo, se debe demostrar no poseer un historial criminal, (crímenes cometidos a causa directa del abuso no descalifican al solicitante).

Cabe resaltar que para presentar una auto petición o solicitud por cuenta propia, no se requiere en ningún momento del consentimiento del cónyuge ciudadano estadounidense o residente legal permanente y que cualquier persona soltera menor de veintiún años que sea víctima de maltrato o extrema crueldad a manos de un padre

que es ciudadano estadounidense o residente legal permanente también tiene derecho a solicitar, conforme a la ley VAWA, una auto petición o a presentar una solicitud por cuenta propia. También, aun no siendo ella misma la persona agredida directamente, el progenitor de un menor agredido o maltratado o víctima de crueldad extrema puede tener derecho a ampararse a los beneficios que otorga la ley VAWA.

El proceso para acogerse a la ley VAWA comienza cuando la víctima presenta una solicitud formal al Servicio de Inmigración, el cual determinará si reúne o no las condiciones requeridas antes de entrar a analizar la solicitud minuciosamente y valorar las razones de fondo o el mérito de la misma. Este proceso se llama establecimiento de *Prima Facie*.

¿Cuáles son los efectos de esta primera etapa llamada *Prima Facie* y en qué se beneficia la víctima inmigrante? Puede resumirse la respuesta a esta pregunta indicando que:

- se detiene cualquier proceso de remoción en contra de la víctima en la corte de inmigración,
- se detiene cualquier orden final de deportación en contra de la víctima (debe presentarse una solicitud a la corte para reabrir el caso),
- hace a la víctima inmigrante elegible para un Permiso de Empleo,
- hace a la víctima elegible para recibir ayuda y otros servicios del gobierno,
- hace que los hijos menores de la víctima inmigrante presentes en el país reciban beneficios derivativos. (Para este propósito, se considera menor de edad a un hijo menor de 21 años).

Finalizada la primera etapa y habiendo definición de *Prima Facie*, se inicia una segunda etapa en la que el Servicio de Inmigración de los Estados Unidos procederá a considerar los méritos de la solicitud planteada por la víctima a efecto de decidir si cumple con las condiciones para el otorgamiento de la *Acción Diferida*, que en sí consiste en el otorgamiento de los beneficios conforme a la ley VAWA y que incluyen el derecho de la víctima a no ser deportada y, si más adelante es elegible y existe un número de visa disponible, solicitar la residencia permanente e incluso, eventualmente y cumpliendo con los requisitos de ley, poder acceder a la ciudadanía estadounidense.

## **b) La cancelación de un proceso de expulsión**

La cancelación del proceso de expulsión amparándose en la ley VAWA es otra forma en la que las inmigrantes víctimas de violencia doméstica pueden obtener la residencia legal en los Estados Unidos. En este sentido, las inmigrantes esposas de ciudadanos estadounidenses o residentes legales permanentes pueden presentar las condiciones y reunir los requisitos para obtener una cancelación del proceso de expulsión que se haya iniciado en su contra, sin el consentimiento del cónyuge, cuando se reúnen las siguientes condiciones:

- que la víctima inmigrante es o ha sido agredida o maltratada o ha sufrido extrema crueldad;
- han vivido de manera continua en los Estados Unidos por un periodo de por lo menos tres años antes de haber presentado la solicitud;

- es posible demostrar que la expulsión causara una extrema dificultad en la víctima inmigrante o sus hijos.

¿Qué es lo que debe demostrar una víctima de violencia doméstica inmigrante ante el servicio de inmigración estadounidense (USCIS) para conseguir una cancelación de expulsión con base en la auto-petición o solicitud por cuenta propia que establece la ley VAWA?

Conforme a lo establecido por la legislación, no hay diferencia en cuanto a lo que la víctima inmigrante debe demostrar para el caso de la auto-petición o solicitud por cuenta propia y los requisitos a ser comprobados en materia de cancelación de expulsión.

**c) La visa U para víctimas inmigrantes de violencia doméstica cuyos agresores no son ni ciudadanos estadounidenses ni residentes permanentes y la visa T para víctimas inmigrantes que son víctimas de tráfico ilegal de personas;**

La ley de Víctimas de Tráfico y Protección contra la Violencia del año 2000<sup>25</sup>, publicación referida como VAWA II o VTVPA, creó dos categorías de visa no inmigrante una tipo U y la otra tipo T para víctimas inmigrantes. Estas dos visas fueron creadas con la intención de brindar la posibilidad de obtener un estatus migratorio legal a inmigrantes que están ayudando o desean colaborar con las autoridades que se encuentran investigando y/o persiguiendo judicialmente un crimen o delito.

Pese a que estas visas fueron creadas en el año 2000, no es sino hasta el 17 de septiembre de 2007 cuando el Servicio de Inmigración de los Estados Unidos emite las regulaciones de la visa U, las cuales entraron en vigencia el pasado 17 de octubre. Desde la promulgación de la ley en 2000 a la emisión de las regulaciones en 2007, las visas tipo U concedidas por el USCIS han tenido un carácter provisional.

La visa tipo U se encuentra designada para las víctimas inmigrantes de delitos o crímenes que se encuentran en las siguientes condiciones: a) han sufrido abuso físico o mental considerable debido a una actividad criminal; b) poseen información en relación con la actividad criminal; c) se encuentran en disposición o están de acuerdo en cooperar con las autoridades u oficiales de gobierno que investigan o persiguen judicialmente un crimen; d) la actividad criminal de la cual han sido víctimas ha ocurrido dentro del territorio estadounidense o ha violado las leyes estadounidenses.

A diferencia de los requisitos establecidos por la ley VAWA en relación con la auto petición o solicitud por cuenta propia y con la cancelación de un proceso de expulsión, el agresor no tiene que ser un ciudadano estadounidense o un residente legal permanente, ni hay requisito matrimonial alguno. Tampoco existe el requisito de permanencia física en los Estados Unidos para poder presentar la solicitud de visa U y la solicitud puede ser presentada desde fuera del país siempre y cuando la actividad criminal haya sucedido en los mismos Estados Unidos o bien haya violado leyes estadounidenses.

---

25. Ver al efecto la Ley de Víctimas de Violencia y Protección contra la Violencia, VTVPA. Publicación L. No. 106-386 de 2000. Entró en vigencia el 28 de octubre de 2000.

Para poder acceder a la misma, la persona debe haber sufrido *un sustancial abuso mental o físico* como consecuencia de haber sido víctima de una serie de delitos descritos en la misma normativa y que incluyen la violencia doméstica y la reducción a servidumbre y el USCIS sólo otorga un total de 10.000 visas tipo U al año (se cuentan únicamente los solicitantes principales, no se incluyen dentro de este número los esposos, hijos o padres) y los beneficiados reciben un permiso de trabajo de manera automática. Estas visas pueden ser otorgadas por un periodo de cuatro años (con posibilidad de extensión en algunos casos). Sin embargo después del tercer año, los poseedores de visa tipo U pueden presentar su solicitud para residencia legal permanente.

De manera que otra avenida con la que cuentan las víctimas inmigrantes para la regularización de su condición migratoria y obtención de la residencia legal en los Estados Unidos lo constituyen las visas U y T. Si bien los requisitos fundamentales para obtener la visa U incluyen el haber ayudado, estar ayudando o tener la intención de ayudar a las agencias de orden público bien en el procesamiento o en la investigación de ciertos delitos en los que la solicitante haya sido víctima, no hay requerimiento de estar casada con el agresor, ni el agresor tiene que ser ciudadano estadounidense ni residente legal permanente y su obtención le concede a la víctima inmigrante el estatus legal temporal y, como se indicara anteriormente, permiso de trabajo.

¿Qué es lo que debe demostrar una víctima inmigrante de violencia doméstica a efectos de poder beneficiarse del tipo de visa U?

Debe ser capaz de sustentar lo siguiente:

- que ha sufrido abuso mental o físico considerable como resultado de uno de los siguientes delitos o actividad criminal semejante que haya tenido lugar en los Estados Unidos: violación; tortura; tráfico; incesto; violencia doméstica; agresión sexual; acoso sexual; prostitución; explotación sexual; mutilación genital de mujeres; haber sido tomada como rehén; subyugación; servidumbre involuntaria; comercio de esclavos; secuestro; raptó; restricción criminal ilegal; encarcelamiento falso; chantaje; extorsión; homicidio involuntario; homicidio; delito grave por agresión; manipulación de testigos; obstrucción de la justicia; perjurio; o intento, conspiración, o solicitud para cometer algunos de los crímenes mencionados;
- que posee información relacionada con la actividad criminal;
- que puede proveer un certificado que declare que ayudó, está ayudando o que probablemente va a ayudar con la investigación o en el proceso judicial de una actividad criminal. Se ha establecido que este tipo de certificado debe provenir de una autoridad federal, estatal o local, de un fiscal, juez o autoridad que investiga la actividad delictiva en cuestión;
- que la actividad criminal violó las leyes estadounidenses o bien ocurrió dentro del territorio estadounidense;
- demostrar buen carácter moral (para la determinación del buen carácter moral se toman en cuenta, primordialmente, los tres años anteriores a la solicitud de la visa, pero las investigaciones en cuanto al carácter moral pueden retrotraerse más si existen elementos para creer que no ha sido una persona de buen carácter).

ter moral en un periodo anterior y las declaraciones de buen carácter moral son evaluadas caso por caso<sup>26</sup>).

Además de la víctima inmigrante de manera directa, cuando ésta tiene 21 años o más, se pueden beneficiar con la visa U el cónyuge y los hijos solteros menores de 21 años; cuando la víctima inmigrante tiene 20 años o menos a la fecha de solicitud, se pueden beneficiar los siguientes miembros de la familia a efecto de recibir la visa U al mismo tiempo: el cónyuge, los hijos solteros menores de 21 años, los hermanos solteros menores de 21 años y los padres.

En los casos de visa U, la víctima inmigrante que la está solicitando está obligada a cooperar con las autoridades. Aunque si es menor de 16 años, se encuentra incapacitada o es considerada incapaz, los padres, el guardián, o un amigo cercano pueden cumplir con ese requisito, siempre y cuando la evidencia entregada a nombre del solicitante sea suficiente y se demuestre la condición y relación para que opere la sustitución.

El otorgamiento de las visas U y T le permite a la víctima inmigrante permanecer legalmente en los Estados Unidos, básicamente por el interés que representa para las investigaciones oficiales y para el enjuiciamiento de los autores de los delitos contemplados en la ley. Es decir el fundamento que existe detrás de estas visas es el de combatir la impunidad en los casos de los delitos o de las actividades criminales descritas en la misma ley. La creación de las visas U y T recoge las inquietudes de las autoridades y organizaciones de la sociedad, lo mismo que de los defensores de las víctimas inmigrantes que constantemente manifiestan que muchos inmigrantes víctimas de crímenes temen buscar la ayuda de los organismos policiales en razón de su condición migratoria.

Las víctimas inmigrantes de violencia doméstica que son víctimas de tráfico ilegal de personas pueden asegurar su estatus migratorio por medio de la visa T. Visa que se utiliza para otorgar un estatus migratorio legal a inmigrantes víctimas de duras formas de tráfico.

¿Qué es lo que debe demostrar una víctima inmigrante de violencia doméstica a efectos de poder beneficiarse con el tipo de visa T?

A los efectos, como lo establece la ley VTPVA, debe ser capaz de sustentar lo siguiente:

- las víctimas inmigrantes de las formas severas de tráfico mencionadas con anterioridad, sin que se tenga en cuenta la condición migratoria de la víctima misma;
- las víctimas inmigrantes de formas severas de tráfico que tengan 18 años o más deben ser certificadas por el Departamento de Salud Pública de los Estados Unidos y de los Servicios Humanos (HHS) una vez que el HHS consulta con el Ministerio de Justicia estadounidense;

---

26. Ver al efecto la Ley de Víctimas de Violencia y Protección contra la Violencia, VTPVA. Publicación L. No. 106-386 de 28 de Octubre de 2000. Sección 101(f).



- el HHC debe certificar que la víctima inmigrante quiere participar de manera razonable en la investigación y enjuiciamiento de las formas severas de tráfico de personas, que ha completado una solicitud de manera veraz para la obtención de la visa T ante el servicio de inmigración, o ha sido certificado por el Fiscal del Estado que es una persona cuya presencia ha sido continua en los Estados Unidos, a fin de efectuar el procesamiento de traficantes de personas;
- las víctimas inmigrantes menores de 18 años y/o mayores de edad pueden beneficiarse de algunas de las ventajas de los refugiados, sin la necesidad de que sean certificados.

Las víctimas inmigrantes de formas severas de tráfico pueden ser elegibles para beneficiarse de servicios y programas disponibles para las víctimas de delitos federales tales como protección de testigos, asistencia social y médica, opciones de refugio, y otras formas de asistencia a víctimas.

#### **IV. OBSTÁCULOS A LOS QUE SE ENFRENTAN LAS VÍCTIMAS INMIGRANTES**

Si bien la necesidad de una respuesta integral al problema de la violencia doméstica fue reconocida por la legislación VAWA, en la cual se enfatiza la necesidad de la “participación conjunta de varios profesionales y perspectivas para fortalecer la alianza en respuesta a la violencia contra las mujeres en todas sus formas”<sup>27</sup>, pese a que, en el tratamiento del problema de la violencia doméstica a nivel interno, estudios realizados por el Instituto Urbano observan que la labor coordinada entre diferentes organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes y las agencias de servicio especializadas en la materia para ayudar a víctimas de violencia doméstica resulta en un mayor éxito en casos penales e incrementa también su efectividad en el trato a la víctima<sup>28</sup>, los conflictos ideológicos y de contenido político en torno al tratamiento del tema migratorio general y al tratamiento del inmigrante ilegal hacen muy precaria y débil la situación de la víctima inmigrante en los Estados Unidos.

Legalmente existen disposiciones que amparan a las víctimas inmigrantes, pero los datos que permitirían determinar la efectividad real de las normas y la eficiencia del sistema reflejan serias carencias. Sobre todo si se toma en cuenta que la Ley de Víctimas de Violencia y Protección contra la Violencia, VTPVA que estableciera las visas tipo U y T se promulgó a finales del año 2000, que pasaron casi 7 años para que el servicio de inmigración emitiera las regulaciones permanentes para su implementación, que a marzo de 2007 se reportaban 5800 víctimas inmigrantes en espera de que se les regularizara su condición a fin de obtener los beneficios establecidos por ley y que en la actualidad existen movimientos anti-inmigrantes que están cobrando fuerza.

A lo anterior es de unir el hecho de que los beneficios que ofrece la normativa federal mencionada y que el servicio de inmigración estadounidense está llamado a otorgar cuando sea procedente, Servicio de Inmigración bajo VAWA, no son de un

---

27. VAWA – sección agregar disposición

28. Véase The Violence Against Women Act of 1994. Evaluation of the STOP formula grants to combat violence Against Woman, The Urban Institute, Washington, D.C., 2001

otorgamiento automático de la residencia legal permanente para la víctima inmigrante. La ley VAWA concede a la víctima inmigrante un estado suspendido de inmigración. En otras palabras, por medio de la aplicación de los beneficios que conforme a esta normativa es posible otorgar a la víctima inmigrante, las autoridades dan permiso para que ésta permanezca en los Estados Unidos. Es decir, se concede un permiso de permanencia en el país, pero para obtener la residencia legal permanente, comúnmente llamada tarjeta verde, la víctima inmigrante tiene que solicitar el Ajuste de Estatus Migratorio al servicio de inmigración (USCIS), esto, como indicáramos con anterioridad luego de haber establecido que se es merecedor de los beneficios de la ley VAWA y/o de la ley VTVP.

Ciertamente, la víctima inmigrante debe no sólo superar las barreras relacionadas con la agresión de que es víctima propiamente (las amenazas continuas con ser reportada a inmigración para que la deporten, las amenazas con retirarles la solicitud para legalizar su estado migratorio, intimidación, destrucción de documentos personales importantes, agresiones psicológicas y físicas, etc.) sino que además debe superar las barreras impuestas por un sistema que se está definiendo en un marco de conflicto interno y que, dependiendo del condado y del estado, será aplicado de una manera u otra. Pues en algunos sitios los cuerpos policiales locales tienen como política el no cuestionamiento de las condiciones migratorias de las víctimas de un delito, en particular de las víctimas de violencia doméstica, como lo es el caso de los condados de Orange y Miami-Dade en la Florida, mientras que en otros sitios, como el ya mencionado San Bernardino en California, se han dictado ordenanzas tendientes a que sean las policías locales las que apliquen las leyes de migración.

Programas como la Línea Abierta Nacional de Violencia Doméstica, Caridades Católicas, el Proyecto Nacional de Inmigración del Consejo Nacional de Abogados, el Centro Nacional de Leyes sobre Inmigración, ASISTA en línea (ASISTA on line), Momento Legal, AYUDA Clínica Latina Legal (AYUDA, Clinical Legal Latina), el Fondo para la Prevención de la Violencia de Género, la Asociación de Abogados Americanos de Inmigración, la Unión Americana de Libertades Civiles son algunos de los recursos con los que cuentan las víctimas inmigrantes en los Estados Unidos, pero los procesos son complicados, lentos y sujetos a las voluntades de las autoridades policiales y de las Fiscalías encargadas de investigar y llevar a juicio los delitos que darían fundamento a convertir en realidad la posibilidad de regularizar las condiciones migratorias de las inmigrantes.

# TRATAMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL DE LA MUJER INMIGRANTE VÍCTIMA

## REFLEXIONES SOBRE EL MODELO FRANCÉS

Jocelyne CASTAIGNÈDE

Profesora de Derecho penal y Criminología  
Facultad de Bayona – Universidad de Pau  
(Francia)

**Resumen:** El examen de las grandes líneas del tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima en Francia pone de manifiesto que la toma en consideración de la presente temática incide en mayor medida en la condición de inmigrante que en la de mujer. Así, encontramos especificidades muy limitadas respecto al contexto jurídico: los cambios legislativos relativos al derecho de los extranjeros que endurecen las condiciones de su estancia en Francia y esta situación vuelve vulnerable a las mujeres, aunque exista una voluntad de luchar contra la violencia conyugal. Respeto al contexto social, en cambio, se notan particularidades a favor de las mujeres víctimas, por ejemplo, en lo que se refiere al papel de las asociaciones, aunque la ayuda que se debe aportar aún puede ser mejorada.

**Laburpena:** Frantzian emakume etorkin kaltetuen tratamendu juridiko eta sozialaren azterketa nagusiak onorioztatzen du garrantzitsuagoa dela gai honen inguruan etorkin izaera, emakume izaera baino. Horrela, espezifikotasun mugatuak aurkitzen ditugu testuinguru juridikoan. Frantzian bizitzeko baldintzak gogortzen dituen atzeritarren eskubideei buruzko legeingintza aldaketak emakumeak biktima bihurtzen ditu, nahiz eta ezkontza biolentziaren kontra egiteko borondatea eduki. Gizarte testuinguruan aldiz, emakume kaltetuen aldeko berezitasunak atzematzen dira, adibidez, elkarteek burutzen duten paperean, nahiz eta laguntza ekarpenak hobetu beharra dagoen.

**Résumé:** L'examen des grandes lignes du traitement juridique et social de la femme immigrée victime en France montre que la condition d'immigrante prime sur celle de femme, malgré quelques nuances s'agissant de la prise en charge. Ainsi, les spécificités sont très limitées au regard du contexte juridique: les changements législatifs relatifs au droit des étrangers durcissent les conditions de leur séjour en France et les femmes deviennent encore plus vulnérables, même si une volonté de lutter contre les violences conjugales existe de plus en plus. Au regard du contexte social, en revanche, des particularités jouent en faveur des femmes victimes, notamment s'agissant de la prise en charge par les associations; toutefois l'aide à apporter mérite d'être encore améliorée.

**Summary:** Examining the main points of the juridical and social treatment of the immigrated victim women in France shows that the status of immigrant prevails over the status of being a woman, despite some nuances concerning the assistance and care. Thus, the specificities are very limited in the juridical context: the legislative changes concerning the foreigner's law toughen the conditions of staying in France and the women become more and more vulnerable, even if the will of fighting against domestic violence increases. On the contrary, regarding the social context, particularities play in favour of victim women, especially regarding the assistance and care by associations; nevertheless, in this field there is still a broad frame for improvement.

**Palabras clave:** Victimología, Violencia, Mujer inmigrante víctima, Violencia de género, Victimización,

**Gako hitzak:** Biktimologia, biolentzia, emakume etorkin kaltetuna, genero-indarkeria, biktimizazioa.

**Mots clef:** Victimologie, Violence, Femme immigrante victime, Violence de genre, Victimization.

**Key words:** Victimology, Violence, women immigrant victims, gender violence, Victimization.

Hablar de la mujer inmigrante víctima resulta un tema difícil de tratar pues las mujeres inmigrantes no constituyen un grupo homogéneo: países de origen diferentes, situaciones sociales diversas, desigual conocimiento de la lengua francesa, etc., otros tantos parámetros que pueden influir sobre la victimización y sus consecuencias. Consideraré aquí la situación de las mujeres procedentes de países de fuera de Europa que llegaron al territorio francés para reunirse con un cónyuge que había dejado el país natal por razones económicas o políticas, pero también de las mujeres que llegan a Francia en el marco de tráfico de explotación sexual o económica. La violencia, física o psicológica, o ambas muy a menudo, en numerosas ocasiones, se vincula al sexo y la violencia doméstica se traduce, fundamentalmente, en una relación de imperio de los hombres sobre las mujeres, relación muy clara cuando se trata de mujeres inmigrantes.

¿Cuáles son, entonces, las grandes líneas del tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima en mi país? Al considerar su estatuto, se puede decir que en Francia el derecho nacional presenta pocas especificidades respecto a la condición de inmigrante que adquiere más relevancia que el hecho mismo de ser mujer; en cambio, desde la perspectiva de la toma de conciencia, las acciones están encaminadas en favor de las mujeres. Así, se puede hablar de especificidades muy limitadas respecto al contexto jurídico y de particularidades bastante acentuadas respecto al contexto social. Tales serán los dos ejes de mi ponencia.

## 1. ESPECIFICIDADES MUY LIMITADAS RESPECTO AL CONTEXTO JURÍDICO

La mujer inmigrante no constituye una categoría jurídica. La diferencia hecha por el derecho no compete al sexo sino a la nacionalidad. Como extranjera, sufrirá los efectos del endurecimiento legislativo con motivo de la inmigración que conoció Francia en el transcurso de los años pasados. Pero, como mujer, podrá ser favorecida por textos cuyos ciertos aspectos muestran la voluntad, el deseo de combatir la violencia conyugal.

### A) Las implicaciones de los cambios legislativos tratándose del derecho de los extranjeros

Durante los últimos años, dos leyes importantes endurecieron las reglas relativas al control de la inmigración, específicamente en lo que corresponde al derecho de los

extranjeros reagrupados, ubicado actualmente en el código de entrada y estancia de los extranjeros y del derecho de asilo (CESEDA): la ley de 26 de noviembre de 2003 sobre el control de la inmigración y la estancia de los extranjeros en Francia y la ley de 24 de julio de 2006 sobre la inmigración y la integración.

Los requisitos para la reagrupación familiar se vuelven cada vez más estrictos y son las mujeres las que sufrirán de rebote los efectos de este endurecimiento al ser la reagrupación familiar la fuente principal de entrada al territorio francés de mujeres inmigrantes. El documento de estancia (« carte de séjour ») temporal, concedido a la cónyuge mencionada « vida privada y familiar », cuya duración es de un año, podrá, por supuesto, ser objeto de renovación, pero podrá suprimirse por ruptura de la vida en común, durante un plazo de tres años y no dos como anteriormente se venía exigiendo (artículo L. 313-12 CESEDA). La expedición del documento de residente (« carte de résident »), válido por diez años, está ahora supeditada a una estancia de tres años y no dos como antes (artículo L. 314-9-3° CESEDA). Desde esta perspectiva, si la ruptura de la convivencia es consecuencia de violencia conyugal, la regulación, como veremos más adelante, se posiciona a favor del cónyuge víctima.

Sin embargo, esta ampliación del plazo hasta tres años puede volver muy vulnerables a estas mujeres que, en ocasiones, debido a la situación de chantaje en la que se ven inmersas, como consecuencia de la necesidad de renovar los documentos, se verán obligadas a silenciar la situación de violencia sufrida, que puede llegar a generar graves consecuencias dentro de las relaciones de pareja.

A diferencia de las mujeres víctimas de violencia de pareja, las inmigrantes víctimas de tráfico, de trata de seres humanos y de proxenetismo, disfrutan de un estatuto de protección mayor y más amplio, gracias a la ley del 24 de julio de 2006 (artículo L. 316-1 CESEDA), completada por el decreto del 13 de septiembre de 2007. La autoridad administrativa (prefecto del Departamento) concederá un documento de estancia temporal, de una duración de 6 meses, siempre que la víctima se haya desvinculado de los presuntos autores de los hechos mencionados. Este documento será renovado durante todo el transcurso del proceso penal sobre los hechos delictivos. El extranjero podrá gozar también del beneficio de una protección social, de un subsidio temporal y de ayuda social; gozará del beneficio del acceso a los centros de alojamiento y de inserción social.

Así, aunque los cambios producidos en el derecho positivo francés no se refieren ni directamente, ni exclusivamente a las mujeres en cuanto víctimas de esta clase de conductas, lo cierto es que de las reformas aludidas parece que se puedan deducir algunas especificidades cuando la víctima sea mujer. Por ejemplo, recientemente, un juez de las libertades puso en libertad a una mujer internada en un centro de retención por tener a su cargo un niño pequeño; de igual forma, en los casos de expulsión, la aplicación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos puede motivar la paralización de dicha expulsión, cuando la persona objeto de la misma es una mujer y existe riesgo de sufrir en su país de origen malos tratos o cualquier clase de mutilación.

## **B) La voluntad de luchar en contra de la violencia conyugal**

Aquí encontramos un deseo del legislador francés, ilustrado recientemente por la ley de 4 de abril de 2006 de prevención y represión de la violencia dentro de la pareja.

Las penas resultan más severas cuando la violencia sea cometida por el cónyuge o el conviviente, pero también por el ex cónyuge o el ex conviviente. El deber de respeto fue añadido dentro de los deberes mutuos de los esposos (artículo 212 del código civil) y el artículo 144 del código civil fue modificado a fin de que la edad mínima para contraer matrimonio fuera 18 años para las mujeres, es decir la misma edad que para los hombres (antes era 15 años). Desde esta perspectiva el legislador pretende disminuir el número de matrimonios impuestos, cuyas víctimas pueden ser jóvenes inmigrantes. Sin embargo, no se debe olvidar el hecho de que, en Francia, conforme al artículo 3 del código civil, las leyes relativas a la situación y a la capacidad de las personas sólo se aplican a los ciudadanos franceses; consecuentemente, las mujeres extranjeras se someten al código del estatuto personal definido por su nacionalidad; códigos éstos que regulan los asuntos familiares y resultan la mayoría de las veces desfavorables para las mujeres. Se trata de una situación deplorable puesto que Francia concluyó acuerdos con varios países, por ejemplo de África, que permiten su aplicación dentro del territorio francés.

La ley de 4 de abril de 2006, que también modificó el Código Penal, merece especial atención en lo concerniente a las mujeres inmigrantes. En el derecho francés, el sistema de las inmunidades familiares exime a ciertas personas de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, desde esta perspectiva no se tipifica el robo en la pareja (art. 311.12 CP). Para luchar contra esta genérica eximente, la Ley de 4 de abril de 2006 indica que dicha circunstancia no será objeto de aplicación cuando el autor del hecho robe “objetos o documentos imprescindibles para la vida de la víctima, tales como los documentos de identidad, los relativos al Título de estancia o de residencia de un extranjero”. Esta disposición permite la protección de la mujer extranjera frente a los supuestos de chantaje de documentos, anteriormente mencionados, siempre que la víctima tenga la posibilidad material y psicológica de denunciar los hechos.

La violencia en la pareja tampoco fue ignorada por el legislador en las leyes relativas a la inmigración ya mencionadas, la ley de 24 de julio de 2006 que mantiene las disposiciones de la ley de 26 de noviembre de 2003. En efecto, la violencia conyugal puede propiciar la ruptura de la vida en común, sin que dicha circunstancia implique la suspensión del documento de estancia (art. L.313-12 CESEDA) o la suspensión del documento de residencia (art. L. 314-5-1 CESEDA). En el primer caso, la ley dice que, a pesar de la ruptura de la vida en común, la autoridad administrativa puede prorrogar la validez del documento; en el segundo caso, la ley dice que la autoridad administrativa no puede proceder a la suspensión. Así se nota que el primer caso da más libertad de juicio al prefecto. Es probable que las mujeres con documento de estancia temporal no se atreven a denunciar por miedo a que el permiso de estancia sea rechazado. Además, las soluciones cambian de una autoridad prefectoral a otra, siendo, por lo que a la prueba de la violencia corresponde, más exigentes en algunos supuestos que en otros. Ahora bien, si realmente se quiere dotar a la mujer víctima de una protección integral, los casos de duda deberían equilibrar la balanza hacia el lado de la víctima.

En este orden de cosas, en el año 2002, el que fuera Ministro de Interior (Nicolás Sarkozy) dispuso a través de una circular de 19 de diciembre –posteriormente completada por otras– lo siguiente: «diferentes situaciones merecen, respecto al poder de apreciación de los prefectos, un examen específico, particularmente las mujeres víctimas de violencia, de matrimonio impuesto o de repudio».

Como se puede observar, el discurso dominante en materia de política migratoria es firme, pero a la vez humano. Dicha firmeza tiene un claro reflejo a través de las distintas disposiciones aprobadas por el legislador. Por lo que respecta al aspecto de humanidad, ésta tiene su reflejo desde la perspectiva de la toma en consideración de estas mujeres en cuanto inmigrante víctima de violencia.

## **2. PARTICULARIDADES BASTANTE ACENTUADAS RESPECTO AL CONTEXTO SOCIAL**

La mujer inmigrante víctima de violencia es objeto de una doble discriminación: está confrontada a violencia como mujer, particularmente violencia conyugal, y el hecho de ser extranjera le dará fragilidad en sus relaciones con las instituciones. El vínculo entre inmigración y violencia doméstica es cierto. Por lo tanto, parece interesante, por una parte, estudiar cómo se realiza la toma en consideración de las mujeres extranjeras víctimas de violencia conyugal y, por otra parte, indicar algunos elementos a fin de mejorar su situación.

### **A) El ejemplo de las mujeres extranjeras víctimas de violencia conyugal**

Se puede percibir la realidad de la violencia conyugal relacionada con las situaciones de inmigración a través del trabajo realizado desde el sector asociativo. En efecto, muchas asociaciones acogen a mujeres víctimas de violencia conyugal que, en su mayoría, tal y como reflejan las estadísticas, son mujeres extranjeras o inmigrantes de nacionalidad u origen no europeo. No hay que olvidar que este colectivo de mujeres carece de los apoyos mínimos familiares y sociales, viéndose, consecuentemente, abocadas a depender de las asociaciones. Más numerosas que las francesas, estas mujeres inmigrantes presentan problemas específicos en la medida en que su dependencia administrativa refuerza el poder de su cónyuge. En todas las situaciones encontradas, hay interferencia entre la vida de pareja y el derecho a la estancia. Y a veces, a la vista de situaciones descritas por los responsables asociativos, se podría decir que el Estado, con leyes cada vez más duras tratándose de inmigración, se vuelve cómplice de los hombres violentos: les da ayuda y asistencia como se dice en derecho penal para caracterizar la complicidad. El miedo a perder el documento de estancia incita a estas mujeres a aceptar durante mucho tiempo la violencia.

Así, las asociaciones intentarán luchar en contra de la doble violencia padecida por las mujeres inmigrantes: la violencia sufrida directamente por parte de su maltratador, dándoles todo el consuelo que se puede dar a una víctima de violencia física o psicológica, y la violencia institucional, es decir la violencia que procede de las autoridades administrativas que tienen a cargo la aplicación de las leyes. Las asociaciones ayudarán a estas mujeres para evitar que se las culpabilice cuando presentan una denuncia; las ayudarán también en el momento de constituir un informe completo para la administración: certificados médicos, atestados redactados por trabajadores sociales y centros de alojamiento, a fin de conseguir nuevo documento de estancia y a veces incluso un primer documento.

Para facilitar el acceso a esta ayuda, están instituidas permanencias a fin de informar a estas mujeres sobre sus derechos. El marco de la acogida debe favorecer una escucha confidencial, realizada por personas con formación específica. Después, debe existir una

red de personas u organismos: en efecto, estas mujeres deben gozar de un acompañamiento global, habida cuenta de todas las dificultades que puedan encontrar. El papel de las asociaciones resulta muy importante en Francia y los poderes públicos deberían sostener todavía más el trabajo realizado, frente al carácter intolerable de esta victimización.

## **B) Las perspectivas a desarrollar**

Las mujeres inmigrantes conocen dificultades que se desprenden de su condición de mujer y de su estatuto de extranjera, pero también para ciertas mujeres estas dificultades se ven, a veces, aumentadas por el hecho de no conocer suficientemente el idioma francés. Por todo eso, se debe desarrollar primero una prevención más adecuada. A su llegada a Francia, las mujeres deberían estar mejor informadas en cuanto a las estructuras de ayuda; una mujer que conoce la ayuda que puede recibir será menos vulnerable. Se podría también elaborar una guía de buenas prácticas en lo relativo a las gestiones administrativas y judiciales que se deben realizar con este colectivo de mujeres; guía que debería redactarse en varios idiomas y ponerse a su disposición.

Se debería mejorar también la información de las personas cuya misión consiste en encontrar a las mujeres inmigrantes víctimas de violencia: información acerca de la violencia en sí misma, pero también acerca de las consecuencias específicas que pueda inducir la violencia. Los actores administrativos deberían así mostrar más simpatía cuando se trata de apreciar las pruebas de la violencia. Por lo que se refiere a las asociaciones, su trabajo y la implicación de los voluntarios merecerían ser todavía más reconocidos y apoyados por las instituciones, por ejemplo para desarrollar permanencias de escucha.

Los poderes públicos deberían tomar más en cuenta la problemática de género en lo que se refiere a las reglas relativas a la inmigración; la mujer inmigrante, cuando es víctima de violencia, no es un inmigrante ordinario; es en primer lugar una mujer, con todo lo que eso implica.

Quizá la voluntad del legislador francés de reforzar la prevención y la represión contra la violencia conyugal por la ley de 4 de abril de 2006 permitirá disminuir el número y las consecuencias de la violencia sufrida por las mujeres extranjeras, particularmente por medio de un mejor conocimiento de este fenómeno. En efecto, esta ley prevé la disposición siguiente: cada dos años, el Gobierno debe entregar a los miembros del Parlamento un informe sobre la política nacional de lucha en contra de la violencia conyugal. Y muy recientemente, durante el mes de noviembre de 2007, fue presentado un proyecto de ley cuyo objetivo es adoptar una ley integral (« loi-cadre ») reagrupando el conjunto de las medidas y elementos que permiten luchar en contra de la violencia cuyas víctimas son las mujeres. La finalidad consiste en luchar contra el fenómeno desde todos sus aspectos y en dotar a los diferentes ministerios que se ocupan de él de medios de intervención coordinados. No se puede ignorar el alcance simbólico de tal ley.

A modo de conclusión, me atreveré a hacer una comparación entre la mujer inmigrante y el menor inmigrante. El derecho francés considera el estatuto de menor antes que el estatuto de extranjero, y eso está muy bien. La condición de menor protege al menor a diferencia de lo que ocurre con la mujer: la condición de mujer aumenta su vulnerabilidad. Por eso, la movilización debe ser importante y jornadas como ésta presentan sumo interés.



# PROBLEMÁTICA SOCIOLÓGICA DE LAS MUJERES INMIGRANTES VÍCTIMAS DE DELITOS EN LA CAE

Natalia GARCÍA MUÑECAS  
M<sup>a</sup> Carmen RASERO ROMERO

Dirección de Inmigración  
Gobierno Vasco  
Vitoria Gasteiz

**Resumen:** La inmigración femenina es también significativa en nuestro territorio: mujeres de nacionalidades, religiones y culturas diversas son protagonistas de su propio proyecto migratorio. Son mujeres emprendedoras pero también vulnerables, víctimas no sólo de los estereotipos y prejuicios de la sociedad de acogida y de una ley de extranjería que las hace aún más vulnerables, sino también de delitos que atentan contra sus derechos y libertades fundamentales, doblemente discriminadas, subordinadas y sometidas a diferentes formas de violencia. Ante esta realidad, es imprescindible una respuesta eficaz e integral de todas las instituciones y agentes sociales para promover la igualdad de género y garantizar el respeto a los derechos de todas las mujeres.

**Laburpena:** Emakume inmigrazioa esanguratsua da gure lurraldean. Kultura, erlijio eta naziotasun ezberdineko emakumeak, beren proiektu migratzailearen protagonista dira. Ekintzaileak dira baina baita kalteberak ere, biktima, ez soilik harrera egiten dien gizartearen eta atzeritarrei buruzko legearen estereotipo eta aurreritziakin, baizik eta beraien oinarritzko eskubide eta askatasunen kontrako delituekin, era bikoitzean baztertuak, menpekotuak, eta biolentzia mota ezberdinetara oinperatuak. Errealitate honen aurrean, emakume guztien eskubideak errespetatzeko eta genero berdintasuna sustatzeko, beharrezkoa da erakunde eta gizarte eragile guztien erantzun bateratua eta eraginkorra.

**Résumé:** L'immigration féminine est aussi significative dans notre territoire: des femmes de nationalités, religions et cultures différentes sont les protagonistes de leur propre projet migratoire. Ce sont des femmes entreprenantes mais aussi vulnérables, victimes non seulement des stéréotypes, des préjugés de la société d'accueil et d'une loi sur les étrangers qui les rend plus vulnérables, mais aussi d'infractions qui violent leurs droits et libertés fondamentaux, doublement discriminés, subordonnés et soumis à différentes formes de violence. Face à cette réalité, une réponse efficace et intégrale est indispensable de la part des institutions et des agents sociaux pour promouvoir l'égalité de genre et garantir le respect des droits de toutes les femmes.

**Summary:** Women's immigration is a significant phenomenon in our country: women of diverse nationalities, religions and cultures are the protagonists of their own migratory project. They are entrepreneur but also vulnerable women, victims of social stereotypes and prejudices, victims of a foreigners' Law that makes

them more vulnerable, and also victims of crimes against their fundamental rights and liberties, doubly discriminated, subordinate and subjected to different forms of violence. Faced with this reality, we need an effective and overall response from social institutions and agents, in order to promote gender equality and to guarantee the respect to women's rights.

**Palabras clave:** Victimología, Violencia, Inmigración femenina, Mujer inmigrante víctima, Violencia de género, Victimización,

**Gako hitzak:** Biktimologia, biolentzia, emakume inmigrazioa, emakume etorkin kaltetuna, genero-indarkeria, biktimizazioa.

**Mots clef:** Victimologie, Violence, Immigration des femmes, Femme immigrante victime, Violence de genre, Victimization.

**Key words:** Victimology, Violence, Women's immigration, women immigrant victims, gender violence, Victimization.

## I. INTRODUCCIÓN

La sociedad vasca, durante gran parte de su historia moderna, ha sido tanto emisora de personas emigrantes como receptora de una relevante inmigración fundamentalmente intra-estatal, por lo que el hecho migratorio no es nuevo para la sociedad vasca.

Si bien la inmigración de personas procedentes de otros países comienza a ser significativa en la Comunidad Autónoma de Euskadi desde hace diez años. Esta inmigración reciente se ha asentado en la Comunidad Autónoma de Euskadi con cierto retraso con respecto al resto del Estado español y con cifras menores, tanto en términos absolutos como relativos.

Según el volumen de personas extranjeras y teniendo en cuenta su evolución, nos agruparíamos dentro de las comunidades autónomas de crecimiento bajo dentro del Estado español, en lo que los sociólogos caracterizan como una *pauta cantábrica*, en la que se sitúa la CAE, junto con Asturias y Galicia.

A lo largo de las últimas décadas ha aumentado claramente el número de mujeres inmigrantes en nuestra comunidad. Se sabe, sin embargo, que los motivos del proyecto migratorio femenino ya no se basan exclusivamente en la complementariedad de la emigración masculina. Cada vez un mayor número de mujeres inicia por su cuenta el proyecto migratorio como cabeza de familia o con el fin de lograr una mayor independencia o escapar de las normas a las que se ven sometidas en algunos de sus países de origen: matrimonios convenidos, repudio, violencia de género, o simplemente normas morales y religiosas que las cohiben en su proyecto de vida.

### Evolución de la inmigración femenina.

Mujeres	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Álava	1.197	1.349	1.814	2.512	3.636	4.662	5.438	6.769	7.496	8.861
Gipuzkoa	2.653	3.214	3.986	4.479	5.753	7.207	8.853	10.443	11.864	14.044
Bizkaia	3.665	3.806	4.798	6.751	9.478	12.048	14.496	18.238	21.717	25.603
País Vasco	7.515	8.369	10.598	13.742	18.867	23.917	28.787	35.450	41.077	48.508

Fuente Ikuspegi.

Hay que tener en cuenta que muchas estadísticas no recogen el total de personas extranjeras que se encuentran en la CAE. Suelen quedar fuera aquellas personas en situación irregular que no se encuentran empadronadas.

Pero los datos estimativos elaborados a partir del padrón nos dicen que la presencia de las mujeres en los flujos migratorios es significativa y que dependiendo fundamentalmente de cuál sea su nacionalidad llegan a igualar e incluso superar su presencia frente a los hombres.

Según datos del padrón a fecha 1 de enero de 2007 había 48.508 mujeres empadronadas en la CAE, el 49,44% de las personas extranjeras; la mitad de las cuales proceden de países de Latinoamérica, en segundo lugar de Europa y en tercer lugar, en un grupo comparativamente reducido, mujeres africanas y asiáticas.

### La inmigración de las mujeres por territorios históricos.

#### La inmigración por territorios históricos y sexo. Año 2007

Territorios	Hombre		Mujer		Total N
	N	%	N	%	
Álava	10.448	54,11	8.861	45,89	19.309
Gipuzkoa	14.839	51,38	14.044	48,62	28.883
Bizkaia	24.313	48,71	25.603	51,29	49.916
<b>Total</b>	49.600	50,56	48.508	49,44	98.108

Fuente Ikuspegi

La distribución geográfica de la inmigración femenina según Territorio Histórico Y como muestra la tabla quedaría de la siguiente manera: habría una mayor presencia de mujeres en Bizkaia, seguida de Gipuzkoa y Alava.

### Mujeres extranjeras con autorización de residencia en vigor, según sexo y territorio histórico. 31/12/2006.

Territorios	Total		Hombre		Mujer	
	N	%	N	%	N	%
España	3.021.808	100	1.636.913	54,17	1.384.895	45,83
CAE	64.228	100	33.707	52,48	30.521	47,52
Álava	14.934	100	8.318	55,7	6.616	44,3
Gipuzkoa	17.107	100	8.793	51,4	8.314	48,6
Bizkaia	32.187	100	16.596	51,56	15.591	48,44

Fuente Ikuspegi

Entre las mujeres inmigrantes con permiso de residencia el principal colectivo lo constituyen las marroquíes, seguido de las ecuatorianas y colombianas.

El nivel académico de las mujeres extranjeras es algo inferior al de la población autóctona pero muy similar al de sus compatriotas varones y lejos de los estereotipos que presentan a las personas inmigrantes como personas incultas o analfabetas.

Sin embargo los trabajos que ocupan siguen siendo trabajos precarios, temporales y de bajos salarios.

## II. MUJERES INMIGRANTES VÍCTIMAS DE DELITOS EN LA CAE

Por tanto hablamos de mujeres procedentes de todos los continentes, de nacionalidades, edades, culturas, religiones y niveles formativos distintos, algunas con permisos de residencia, otras no, algunas reagrupadas, otras reagrupantes, trabajando en el mercado regular o en el sumergido. Hablamos de mujeres.

Hablamos de mujeres que emprenden acompañadas o solas un proyecto migratorio.

Pero para la ponencia de hoy le añadimos la carga de ser víctimas, mujeres inmigrantes víctimas.

Y víctimas no sólo de los estereotipos, de la discriminación, de la ley de extranjería, sino víctimas de delitos.

Las deficiencias legales obligan a muchas personas inmigrantes a mantenerse en una situación de irregularidad. La irregularidad las hace más vulnerables al acoso o a la violencia, ya que el temor a ser expulsadas hace que estas situaciones no sean denunciadas.

Esto refuerza la idea de que las mujeres inmigrantes sufren un doble proceso de discriminación, por el hecho de ser mujer y por el hecho de ser inmigrante. Doble exclusión que se entrecruza y se refuerza en uno y otro sentido, porque muchas veces se abusa escandalosamente de las mujeres inmigrantes aprovechando la situación de indefensión que conlleva su condición de inmigrantes (mucho más si no tienen papeles). Y otras tantas se abusa de las mujeres inmigrantes por su propia condición de mujer previamente excluida.

La violencia contra la mujer<sup>1</sup> ha recibido una creciente atención en las Naciones Unidas, entendiéndola como una forma de discriminación y una violación de los derechos humanos. En diciembre de 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó que se elaborase un informe de todas las formas y manifestaciones de violencia contra la mujer a través de la Resolución 58/185. Fruto de dicho mandato surgió el documento "Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer" (6 de julio de 2006). Teniendo este documento como referente, se va a comentar algunas de las problemáticas que afectan a este colectivo, especialmente la violencia de género como lacra social que sacude nuestra sociedad y que es, en estos días más que nun-

---

1. Artículo 1 de la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*: "Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada." (Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993).

ca, tema de un profundo debate social. Asimismo, enumeraré algunas de las medidas propuestas en el II Plan Vasco de Inmigración destinadas a la atención de las mujeres inmigrantes víctimas de delitos en la CAE.

### III. MUJER INMIGRANTE Y VIOLENCIA DE GÉNERO

El problema de la violencia de género es al mismo tiempo un problema marcado tanto por su invisibilidad como por su continua y constante presencia a lo largo de la historia. La razón que explica este hecho aparentemente contradictorio no es otra que la existencia de unos valores culturales que han actuado sobre cada uno de los géneros y que han hecho de ellos un elemento de desigualdad sobre el que construir una posición de poder.

#### La violencia de género, fenómeno universal

La violencia de género, la violencia machista, la violencia que viven las mujeres por el hecho de ser mujeres, a manos de hombres, está presente, por tanto, en todos los lugares del mundo, atravesando religiones, leyes y culturas. Es un problema grave, universal, que no conoce fronteras porque la violencia se ejerce como mecanismo de control, de reafirmación y de mantenimiento de los privilegios de poder, un mecanismo transversal y común a todas las sociedades. Las posibles diferencias las podemos encontrar, principalmente, en tres elementos de su desarrollo: las conductas de violencia, las percepciones sobre estas conductas y los discursos que las legitiman.

a) *Las conductas de violencia*: Si nos referimos a los modos en que se ejerce la violencia encontramos por parte del varón tres elementos, habitualmente en el siguiente orden: primero las palabras, luego el control y finalmente los golpes.

b) *mecanismos de legitimación de la violencia*: en todas las sociedades, las prácticas de sometimiento a las mujeres se legitiman culturalmente y en algunos países, además, se legitiman con las leyes en vigor. Así, algunas normas culturales se mencionan desde hace tiempo como factores causales, en particular las creencias vinculadas con las “prácticas tradicionales nocivas” (como la ablación o mutilación genital femenina, el matrimonio de niños y la preferencia por los hijos varones), los crímenes cometidos en nombre del “honor”, las penas discriminatorias impuestas en virtud de leyes de inspiración religiosa, y las limitaciones a los derechos de la mujer en el matrimonio.

c) *La percepción de la violencia*: la violencia se sostiene no sólo por la existencia de conductas violentas, sino por la percepción que se tiene sobre esas prácticas.

#### Actuación desde las Instituciones Vascas

Millones de mujeres en el mundo sufren violencia de género y Euskadi no es ajeno a este cruel fenómeno. Según los datos aportados por el Departamento Vasco de Interior, las agresiones han causado este año en nuestra comunidad la muerte de dos mujeres y heridas a otras 934. Han sido detenidos 783 hombres y se han interpuesto un total de 2.357 denuncias en los diez primeros meses de 2007. Un 24% de las agredidas son extracomunitarias y destacan especialmente las procedentes de América (ocho de cada diez).

Este último dato, aunque alarmante, es quizá ficticio pues Amnistía Internacional muestra que hay una enorme bolsa de maltrato invisible que afecta a las mujeres inmi-

grantes: las estadísticas de los últimos ocho años indican que ellas tienen seis veces más probabilidades de morir a manos de sus parejas que las nacidas en España.

Aunque las sucesivas reformas legales han permitido incluir a las inmigrantes en el paraguas protector de los “colectivos especialmente vulnerables”, las condiciones de dependencia y sumisión en que habitualmente viven, la falta de una red social que las ampare, los problemas lingüísticos y de comunicación y la total ausencia de independencia económica impiden que los malos tratos afloren.

Con todo, en el informe *extraordinario “Respuesta institucional ante la violencia de género en la CAPV”* presentado por el Ararteko en diciembre de 2003 –por el que se valora la adecuación de las estructuras administrativas y de los recursos específicos que existen en nuestra comunidad para la atención a situaciones de violencia de género– se concluye que prácticamente la totalidad de los recursos de acogida admiten mujeres extranjeras, aunque no tengan regularizada su situación administrativa.

Interesa aquí destacar el apartado final de propuestas, que incluye algunas sugerencias para el trabajo con el colectivo de inmigrantes, a quienes hay que apoyar para que logren las competencias necesarias que permitan y faciliten su proceso de integración. En este sentido se propone:

- I. Apoyar y potenciar el trabajo que las organizaciones no gubernamentales están realizando en nuestra comunidad con los colectivos de inmigrantes.
- II. Dotar a los servicios sociales de base de las herramientas que permitan establecer una comunicación adecuada que reduzca el distanciamiento con estas mujeres (desde servicios de traducción, hasta formación para el conocimiento de otras culturas, sus relaciones interpersonales, hábitos y costumbres, etc.).
- III. Eliminar las trabas de empadronamiento que dificultan el acceso a los distintos programas y recursos.

## **Medidas del II Plan Vasco de Inmigración**

Acorde con estas propuestas del Ararteko, el *II Plan Vasco de Inmigración (2007-2009)* busca erradicar las desigualdades y promover la igualdad en todas las políticas y acciones que se lleven a cabo en materia de inmigración. De ahí que uno de los principios que lo rigen es el de *no discriminación por razones de género*. En este marco se considera fundamental el análisis y el cuestionamiento continuo que permitan denunciar y corregir las discriminaciones que sufren las mujeres inmigrantes estableciendo los mecanismos operativos necesarios para hacerles frente, siendo respetuosos así con la *Ley de Igualdad de Hombres y Mujeres de la Comunidad Autónoma Vasca*.

Este principio general se traduce en directrices y propuestas que abarcan varias de las áreas del Plan, especialmente la de *Inserción y Servicios Sociales* y el área de *Intervención Complementaria*.

El área de *Inserción y Servicios Sociales* se configura para que pueda garantizarse el libre y pleno acceso de las personas inmigrantes al conjunto de los recursos de cobertura social de la CAV. Dentro de ella, y en relación con la temática de esta ponencia, cabe destacar:

- **Directriz 3ª. Propuesta de acción 3:**

“Incorporación de las eventuales especificidades en la intervención con mujeres inmigrantes en los materiales que se elaboren en materia de maltrato y agresiones sexuales”.

- **Directriz 3ª. Propuesta de acción 4:**

“Incorporación de contenidos relativos a la intervención con mujeres inmigrantes en las actividades formativas que sobre violencia contra las mujeres organice o promueva Emakunde”.

El área de *Intervención Complementaria* contiene directrices dirigidas a proporcionar la atención pública complementaria o compensatoria para asegurar la integración de determinados colectivos en situación de especial riesgo, como el de las mujeres sometidas a redes de explotación sexual y a situaciones de violencia doméstica. Dentro de este área, es preciso mencionar las directrices 4ª y 5ª y sus propuestas:

- **Directriz 4ª** “Promover el acceso pleno y normalizado de las mujeres inmigrantes a los servicios existentes de atención y ayuda urgente para mujeres víctimas de explotación sexual o violencia doméstica”.

- **Propuesta 1:** Desarrollo de un programa de intervención específico en el ámbito de prostitución e inmigración, en colaboración con entidades sociales significativas en este ámbito.

- **Propuesta 2:** Proposición de propuestas para garantizar el acceso de las mujeres extranjeras en situación documental irregular que sufran maltrato doméstico a los recursos de acogida y vivienda existentes, en el marco del trabajo de coordinación que Emakunde realiza con las instituciones implicadas en esta materia.

- **Propuesta 3:** Elaborar y actualizar periódicamente una Guía de Recursos como herramienta para mejorar el nivel de información sobre los recursos y servicios existentes, tanto dentro como fuera de la CAE, acercando la información de forma continua a los lugares de ejercicio de la prostitución, a través de las entidades y agentes sociales.

- **Propuesta 4:** Inclusión en los decretos reguladores de subvenciones que concede el Instituto Vasco de la Mujer de un criterio de valoración referente a la consideración de las necesidades específicas de las mujeres que sufren múltiple discriminación, entre ellas las mujeres inmigrantes.

- **Directriz 5ª** “Divulgar los servicios de atención psicológica, social y jurídica a las mujeres extranjeras víctimas de la explotación sexual o de violencia doméstica”.

- **Propuesta 1:** Apoyo al desarrollo de proyectos de asociaciones que trabajan con el colectivo de mujeres inmigrantes que ejercen la prostitución para facilitar su acceso a los recursos existentes para la integración social de las personas extranjeras.

- **Propuesta 2:** Potenciar la figura de los y las Agentes de Salud como medio por el que acceder a los lugares de ejercicio de la prostitución, con el doble objetivo de informar de los recursos y servicios existentes y aumentar el conocimiento institucional de esta actividad.
- **Propuesta 3:** Establecimiento de mecanismos de coordinación entre los turnos de oficio de extranjería y violencia doméstica, de cara a facilitar la atención a mujeres inmigrantes maltratadas.
- **Propuesta 4:** Desarrollo y difusión entre personas inmigrantes prostituidas o víctimas de violencia doméstica de los programas y servicios de prevención, atención psicológica y socio-jurídica.

En otras áreas del II Plan también se han tomado medidas de interés para la atención de la mujer inmigrante:

- **Directriz 1<sup>a</sup>. Propuesta de acción 11 del área de Organización Institucional:** “Inclusión en el IV Plan para la igualdad de mujeres y hombres de objetivos y propuestas dirigidos a mejorar la situación de las mujeres inmigrantes”.
- **Directriz 2<sup>a</sup>. Propuesta de acción 3 del área de Información:** “Realización de un estudio sobre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres inmigrantes en Euskadi”.
- **Directriz 3<sup>a</sup>. Propuesta de acción 3 del área de Participación:** “Establecimiento y aplicación de una línea de ayudas para el apoyo a iniciativas sociales impulsadas por mujeres inmigrantes y/o dirigidas a éstas”.
- **Directriz 1<sup>a</sup> del área Sanidad:** “Incorporar a la formación del personal del SVS aspectos relativos a la atención sanitaria a población inmigrante, con especial atención a necesidades y demandas específicas de las mujeres inmigrantes”.

Existe un teléfono, 900 840 111, del Servicio de atención telefónica a mujeres víctimas de maltrato doméstico y/o agresión sexual que atiende en varios idiomas.

La sensibilización social y los esfuerzos que institucionalmente se están llevando a cabo en la CAPV frente a la violencia de género no impiden que algunas mujeres inmigrantes encuentren serias dificultades de acceso a la Administración cuando se encuentran en situación irregular.

La Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular, no ayuda precisamente a que las mujeres inmigrantes víctimas en situación irregular denuncien su situación ya que a pesar de decir que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben, según la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, tener en cuenta en su actuación los planes de colaboración de los poderes públicos y que los protocolos de actuación que los desarrollen deben con-



templar la situación de las mujeres que puedan tener mayor riesgo de sufrir violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios sociales previstos en esta Ley, entre las cuales se cita a las mujeres inmigrantes, esta instrucción dice también que la obligación del funcionario policial es dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en la propia normativa de extranjería debiendo por tanto abrir un expediente sancionador en los supuestos de estancia irregular, que quedará en suspenso en espera de la resolución judicial sobre la orden de protección y la resolución administrativa sobre la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, respectivamente.

Es también el momento de empezar a hacer visibles las diferentes formas de violencia que afectan a las mujeres, más allá de la de la pareja, y en consecuencia articular mecanismos para dar una respuesta rápida, eficaz, integral y consensuada. Seguidamente, se hará un comentario sobre la prostitución y la situación laboral de las mujeres, y un apartado final de consecuencias y conclusión.

#### **IV. MUJER INMIGRANTE Y PROSTITUCIÓN**

Somos testigos de un aumento de las redes de prostitución: miles de mujeres son condenadas a trabajar como prostitutas por extorsiones, deudas contraídas o como única forma de supervivencia. Este tráfico ilegal de personas no sólo es una de las formas más crueles de violencia contra la mujer sino también un moderno fenómeno de esclavitud.

Según datos de Naciones Unidas, las personas víctimas de la trata proceden de un total de 127 países y son llevadas a otros 137 países de destino, entre los que figura España como uno de los diez primeros, para su explotación.

A pesar de las cifras que se acrecientan día a día, de que en las dos últimas décadas se ha avanzado en la concienciación del problema y de que existe normativa internacional que lo considera como delito, no se están tomando las medidas oportunas. Muchos gobiernos no actúan diligentemente para luchar contra la trata de personas y, de hecho, numerosos países carecen de leyes sobre ello, o tienen leyes inadecuadas. Incluso donde hay leyes vigentes, pocos tratantes son enjuiciados con éxito.

Quizá por todo ello, las mujeres objeto de la trata rara vez denuncian su situación a las autoridades, y en caso de que sean descubiertas y rescatadas no suelen estar dispuestas a cooperar con los agentes de la ley.

En los casos en que sí lo hacen y son consideradas como testigos protegidos, se las documentará con una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La realidad nos sitúa en un bajo número de estas autorizaciones y muchas dificultades en sus renovaciones.

#### **V. MUJER INMIGRANTE TRABAJADORA**

La fuerte tendencia a la polarización del mercado de trabajo sitúa a las personas inmigrantes en sectores específicos de empleo y repercute más duramente en las mujeres que, debido a su doble discriminación, son sumamente vulnerables a la explotación laboral.

Es conocido por todos que las mujeres de origen inmigrante encuentran trabajos peor remunerados o no regulados, con condiciones laborales inhumanas (largos horarios de trabajo, no pago del salario y reclusión forzada...).

Las mujeres inmigrantes en situación de irregularidad, generalmente dedicadas al trabajo doméstico, se ven sometidas a tipos de violencia distintos y más graves que las otras mujeres. Su misma condición de trabajadora irregular les hace depender exclusivamente de sus empleadores y la imposibilidad de acceder a convenios laborales les obliga a menudo a aceptar situaciones denigrantes.

En resumen, esta discriminación contra la mujer en el empleo –que se traduce en bajos ingresos, imposibilidad de acceso a otros recursos y falta de independencia económica– reduce la capacidad de las mujeres para actuar y tomar decisiones, e incrementa su vulnerabilidad a la violencia.

## **VI. CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER**

La violencia contra la mujer tiene vastas consecuencias para su salud y bienestar pues impide que goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales, como los derechos a la vida y la seguridad personal y al más alto nivel posible de salud física y mental. Pero también restringe su participación en la vida pública y limita el acceso a la formación y a un trabajo digno.

Además de los profundos costos humanos existen también costos que van más allá: disminución de la producción económica y la reducción de la formación de capital humano, inestabilidad política y social mediante la transmisión intergeneracional de la violencia, prolongación de la subordinación y la distribución desigual del poder entre hombres y mujeres, desplazamientos, etc.

## **VII. CONCLUSIÓN**

En numerosos países, las mujeres migrantes, especialmente las que se encuentran en situación irregular, se enfrentan a la limitación de acceso a los servicios sociales y corren un riesgo aún mayor de sufrir todo tipo de violencia.

Por ello, las instituciones públicas requieren, además de una especialización en cuestiones de género, una formación amplia orientada hacia la especificidad multicultural propia del colectivo de mujeres inmigrantes y la eliminación de actitudes socio-culturales discriminatorias que refuerzan el lugar subordinado que ocupan las mujeres en la sociedad. Y es que es necesario que todos aquellos organismos, agentes sociales, servicios o entidades de intervención y asistencia a este colectivo respondan de manera eficaz para poner fin a todas las formas de discriminación, promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. En definitiva crear un mundo en el que todas sin diferencias tengamos y disfrutemos de todos nuestros derechos.

# LA PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN DELICTIVA EN EL TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS: COLABORACIÓN EN SU DESMANTELAMIENTO COMO ALTERNATIVA A LA EXPULSIÓN

Virginia MAYORDOMO RODRIGO

Profesora de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco  
San Sebastián

**Resumen:** El tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno que corre parejo al incremento de la inmigración ilegal, conformándose como una variante de un fenómeno más amplio que se define como tráfico de seres humanos. Tras el examen de los instrumentos para la erradicación de la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes, se analiza el fenómeno del tráfico de personas por parte de grupos organizados, así como la incidencia en España de la delincuencia organizada. Igualmente se reflexiona sobre la posibilidad de considerar la colaboración contra las redes organizadas como una alternativa a la expulsión.

**Laburpena:** Sexualki ustiatzeko helburuarekin burutzen den emakumeen trafikoak, legez kanpoko inmigrazioaren gehikuntzarekin erlazioa duen fenomenoa da, eta gizabanakoen trafiko bezala definitzen den egoera zabal batean, sahisbide moduan konformatzen da. Gizakien salerosketa eta migratzaileen legez kanpoko trafikoa erazteko behar diren tresnak aztertu eta gero, pertsonen trafikoan dauden talde antolatuen hausnarketa burutzen da eta delinkuentzia antolatua Espainian duen intzidentzia ere. Era berean sare antolatuekin lankidetzan aritzeko aukera kontutan hartzen da, kanporatzearen alternatiba bezala.

**Résumé:** La traite de femmes à des fins d'exploitation sexuelle est un phénomène qui va de pair avec l'augmentation de l'immigration irrégulière, comme une variante du phénomène plus large de la traite des êtres humains. Après l'examen des instruments adoptés en vue de l'éradication de la traite des personnes et des migrants, on analyse le phénomène de la traite des personnes par des groupes criminels organisés, ainsi que l'incidence en Espagne de la délinquance organisée. On opère également une réflexion sur la possibilité de considérer la collaboration contre ces réseaux criminels comme une alternative à l'expulsion.

**Summary:** The traffic of women for sexual exploitation is a phenomenon that runs jointly with the increase of illegal immigration, constituting a variant of a larger phenomenon defined as trade of human beings. After examining the instruments for the eradication of the trade of human beings and traffic of migrants, the phenomenon of the trade of human beings by organized groups is analyzed, as well as the effect in Spain of organized delinquency. The possibility of considering an alternative to the expulsion the collaboration against the organized crime networks is also examined.

---

(Nota): Contribución a las Jornadas sobre "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima", San Sebastián, 14-15 diciembre 2007 (con la colaboración de la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco).

**Palabras clave:** Criminología, migración irregular, tráfico de personas, delincuencia organizada Ley de extranjería.

**Gako hitzak:** Kriminologia, migrazio irregularra, pertsonen trafikoa, delinkuentzia antolatua, atzerritarrei buruzko legea.

**Mots clef:** Criminologie, migration irrégulière, traite des personnes, délinquance organisée, Loi sur les étrangers.

**Key words:** Criminology, Irregular migration, Trade of human beings, Organized delinquency, Foreigners Law.

## I. MIGRACIÓN IRREGULAR Y TRÁFICO DE PERSONAS

El aumento de los flujos de migración irregular se debe en buena medida a la tendencia de los países desarrollados a cerrar sus fronteras a la llegada de inmigrantes por miedo a que éstos puedan desequilibrar la balanza de su desarrollo económico. De este modo se genera un efecto criminalizador de fenómenos considerados en otra época normales<sup>1</sup>. Pero el más importante factor que explica la actual relevancia de las migraciones ilegales y del tráfico de personas es la delincuencia organizada, convertida en uno de los grandes retos del Derecho Penal de hoy<sup>2</sup>.

El tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno que corre parejo al incremento de la inmigración ilegal. Es también una variante de un fenómeno más amplio que se define como tráfico de seres humanos.

Desde que la *Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949* entró en vigor<sup>3</sup>, los criminales han organizado nuevas formas de tráfico, como el tráfico de mujeres y niños a través de la industria de la compra de novias por correspondencia y el turismo sexual. La explotación sexual infantil ha crecido de forma alarmante en muchos países, pero especialmente en Asia y en América Latina.

Todos los países del mundo, prácticamente sin excepciones, son tocados de algún modo por el tráfico de seres humanos. Así lo revela un informe de las Naciones Unidas presentado en Viena en 2005<sup>4</sup>.

Una de las mayores dificultades para el estudio del problema reside en la falta de datos sobre su entidad. Resulta extremadamente difícil determinar la cantidad de personas afectadas por la trata humana en el mundo.

España, desde los años 80, ha dejado de ser generador de emigración, pasando a convertirse en un importantísimo punto de entrada de inmigrantes en la Unión Europea.

---

1. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007. El estado de los derechos humanos en el mundo*, p. 17. <http://thereport.amnesty.org/document/172>.

2. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona., 2002, p. 23.

3. El 25 de julio de 1951.

4. Vid. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUG AND CRIME (UNODC), *Trafficking in Persons. Global Patterns*, Viena, 2005.

El fenómeno migratorio comienza a constituir una preocupación acuciante también para el Derecho Penal. Las causas pueden hallarse en el número cada día mayor de inmigrantes ilegales que tratan de entrar en nuestro país, las condiciones infrahumanas en que se producen dichos intentos, el número de muertos<sup>5</sup> que jalonan la continuidad de esta actividad<sup>6</sup>, y las cantidades que se manejan como precio para acceder a la entrada ilegal en España, sea como destino definitivo de las personas sometidas a tráfico, sea como lugar de tránsito hacia otros países de la Unión Europea.

Los inmigrantes “sin papeles” se convierten en sujetos pasivos especialmente idóneos de numerosos delitos, y el primer ámbito de riesgo penalmente relevante para ellos se produce precisamente en el propio acto de la inmigración, donde a menudo existen redes más o menos organizadas y personas individuales dedicadas al tráfico ilegal de personas. Por su parte, las mafias organizadas obtienen enormes beneficios económicos aprovechando la situación de necesidad de estas personas y en condiciones de alto riesgo para su vida, su integridad y su dignidad<sup>7</sup>.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las situaciones de marginación y clandestinidad favorecen determinadas formas de delincuencia<sup>8</sup>.

## II. INSTRUMENTOS PARA LA ERRADICACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES

### 1. De ámbito universal

Las diversas organizaciones internacionales son conscientes de la vulnerabilidad de la que son objeto las personas migrantes, especialmente las mujeres y los niños.

En su *Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000*, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la *Convención contra la Delincuencia Transnacional*

---

5. En 2007, con apenas 10 días de diferencia se produjeron dos tragedias en aguas del Atlántico. El miércoles 24 de octubre, un pesquero español encontró en el límite de la zona económica exclusiva de Cabo Verde, un cayuco con un único superviviente, tras haber muerto de sed 56 inmigrantes. Llevaban 20 días sin agua, sin alimentos y perdidos en el mar. Nada más partir, el patrón de la embarcación –único superviviente– descartó poner rumbo norte, directo a las islas Canarias para evitar ser detectado por las patrulleras hispano-mauritanas que vigilan las costas africanas dentro del programa *Frontex* de la Unión europea contra la inmigración ilegal.

Y el lunes 5 de noviembre, un destacamento del Ejército de Tierra mauritano localizó un cayuco a escasos metros de la costa norte de Cabo Blanco (en la frontera entre el Sáhara Occidental y Mauritania) con 102 supervivientes a bordo. Sin agua dulce ni alimentos suficientes, bajo un terrible frío nocturno y un sol casi ecuatorial, los inmigrantes fueron muriendo durante los 14 días que estuvieron a la deriva. Fallecieron 50 personas. DIARIO VASCO, 26 de octubre de 2007, p. 13 y 7 de noviembre de 2007, p. 13.

6. En 2006, murieron ahogadas o desaparecieron en el mar 6.000 personas africanas en su intento de alcanzar Europa. Otras 31.000 –cifra seis veces mayor que en 2005– llegaron a las Islas Canarias.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007*, op. cit., p. 17.

7. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, *La Ley*, nº 5261, pp. 1736-1737.

8. ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho Penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *Inmigración y Derecho Penal: bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 56.

*Organizada*<sup>9</sup> (*Convención de Palermo*), y tres Protocolos que la complementan. Dos de ellos nos interesan: el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños* y el *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*.

La *Convención* constituye el primer tratado internacional contra el crimen organizado y representa además un gran avance para que los Estados puedan responder y combatir el crimen organizado transnacional. Tiene por finalidad promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

El *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*<sup>10</sup> ofrece herramientas para agentes del orden público, control fronterizo y poder judicial, obligando a los Estados a penalizar la trata, apoya la responsabilidad de los Estados de investigar, sancionar y juzgar a tratantes y establecer sanciones apropiadas para acusados de trata de personas. Establece una definición de trata de personas que está claramente vinculada con la explotación y esclavitud, enfatizando la vulnerabilidad de las mujeres y los niños.

En cuanto al *Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*<sup>11</sup>, su objetivo es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, y promover la cooperación entre los Estados parte, protegiendo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico.

## 2. De ámbito regional

El 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo<sup>12</sup> celebró una sesión especial en Tampere (Finlandia), sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, con el objetivo de lograr una Unión Europea abierta y segura, plenamente comprometida con las obligaciones que emanan de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y otros instrumentos pertinentes en materia de derechos humanos, y capaz de responder de forma solidaria a necesidades de tipo humanitario.

---

9. En diciembre de 2000, 148 países se reunieron en Palermo (Italia) para asistir a una conferencia para la firma por parte de los Estados de la nueva Convención. De los 148 países presentes, 121 firmaron la Convención. Ratificada por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.

10. Nueva York, 15 de noviembre de 2003. Ratificada por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. A partir de mayo de 2004, 117 Estados son signatarios y 50 han ratificado este Protocolo.

11. Ratificado por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 28 de enero de 2004.

12. Se llama Consejo Europeo a las reuniones regulares de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea. Su objetivo es dar a la Unión Europea los impulsos necesarios para su desarrollo y definir las orientaciones y prioridades políticas generales. No ejerce función legislativa alguna.

El Consejo Europeo se reúne al menos dos veces al año y el Presidente de la Comisión Europea es miembro de derecho. Está presidido por el Estado miembro que ejerce la Presidencia de la Unión Europea según un orden preestablecido.

Proclamó la decisión del Consejo Europeo a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes. Instó a que se adoptara una legislación que previera sanciones rigurosas para este grave delito. Se invitó al Consejo<sup>13</sup> a adoptar, basándose en una propuesta de la Comisión, legislación a tal efecto antes de finales de 2000, debiendo salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños.

Exhortó a sacar el máximo provecho de la cooperación entre las autoridades al investigar la delincuencia transfronteriza en cualquier Estado miembro, haciendo un llamamiento para crear sin demora equipos conjuntos de investigación, tal como se contempla en el Tratado, como primer paso para luchar contra la trata de seres humanos, entre otros delitos.

Tras la adopción por el Consejo de la *Acción Común*<sup>14</sup> 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños<sup>15</sup>, se incrementaron las iniciativas a nivel nacional y regional.

Con la *Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)*, la Comisión ha querido completar los instrumentos destinados a la lucha contra la trata de seres humanos.

La *Directiva*<sup>16</sup> 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares tiene por tarea definir la ayuda a la inmigración clandestina y hacer más eficaz la aplicación de la *Decisión marco 2002/946/JAI* con el fin de impedir dicha infracción, precisando los supuestos eximentes. Complementa otros instrumentos adoptados para combatir la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

La *Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI)* surge con la finalidad de erradicar la ayuda a la inmigración clandestina y complementa otros instrumentos adoptados con el fin de

---

13. El Consejo de la Unión Europea («Consejo de Ministros» o «Consejo») es la principal instancia decisoria de la Unión Europea. Está formado por los ministros de los Estados miembros y es, por tanto, la institución de la Unión en la que están representados los Gobiernos de los Estados miembros. El Consejo ejerce, junto con el Parlamento, las funciones legislativas y presupuestarias. Cada país de la Unión Europea ejerce la Presidencia, por rotación, por un período de tiempo de seis meses.

14. La Acción Común es un instrumento jurídico del antiguo título VI del Tratado de la Unión Europea y se utilizó entre 1993 y 1999. Este término designaba una acción coordinada de los Estados miembros, en nombre o en el marco de la Unión, cuando los objetivos de la Unión podían salir más beneficiados mediante una acción conjunta que mediante la actuación de los Estados miembros de forma aislada, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción prevista. El Tratado de Amsterdam suprimió la acción común, sustituyéndola por «decisiones» y «decisiones marco».

15. La Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, en su Considerando (10) deja sin aplicación la Acción común.

16. La Directiva obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que deba obtenerse, exige una transposición al ordenamiento jurídico nacional y deja cierta libertad en cuanto a la forma y los medios de su aplicación.

combatir tanto ésta como la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños<sup>17</sup>. Pretende aproximar las disposiciones jurídicas existentes, estableciendo para ello normas mínimas para las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia.

### 3. En España

#### 3.1. Organismos policiales contra el tráfico de personas y la delincuencia organizada

En lo que se refiere a los organismos administrativo-policiales en España con competencias en materias relacionadas con la delincuencia organizada, recordemos que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, y su mantenimiento corresponde al Gobierno. Sólo limitadamente participan de esa función las Comunidades autónomas y las Corporaciones locales. A la Secretaría de Estado de Seguridad le corresponde el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Policía Nacional y Guardia Civil)<sup>18</sup>.

Dentro de la Dirección General de la Policía, la Comisaría General de Policía Judicial tiene encomendada la investigación y persecución de las infracciones supraterritoriales, especialmente la delincuencia organizada.

En el seno de la Dirección General de la Guardia Civil, las competencias para la organización y gestión de la investigación y persecución de los delitos y faltas, en general, pertenecen a la Jefatura de Información y Policía Judicial.

Dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado existen unidades especializadas en la investigación y persecución de las complejas actividades del crimen organizado, tanto en el seno del Cuerpo Nacional de Policía como de la Guardia Civil.

Las Unidades de Droga y Crimen Organizado (UDYCO) dedicadas a la investigación del tráfico de drogas y el crimen organizado en general, se crean en el seno del Cuerpo Nacional de Policía en enero de 1997. En colaboración con la UDYCO la UDEV (Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta) se crea por el Ministerio del Interior el 18 de enero de 2005 el Grupo de Respuesta Especial contra el Crimen Organizado (GRECO).

Dentro de la Guardia Civil, en 2001 se crea la Unidad Central Operativa (UCO) dependiente de la Jefatura de Información y Policía Judicial, con la misión de investigar y perseguir asuntos relacionados con la delincuencia organizada internacional<sup>19</sup>.

En materia de tráfico ilegal de personas, a la Dirección General de la Policía le corresponde dirigir, organizar y controlar el cumplimiento de lo dispuesto en materia de

---

17. Considerando (5).

18. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005, pp. 299-300.

19. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, pp. 299-300.



extranjería<sup>20</sup>, y dentro de ella, a la Comisaría General de Extranjería y Documentación, dependiente de la Subdirección General Operativa, la prevención, persecución e investigación de las redes de inmigración ilegal. A partir de 2001, dentro de esta Comisaría se sitúa la Unidad contra las Redes de Inmigración y Falsedad Documentales, quien llevará la investigación de las actividades delictivas relacionadas con el tráfico de personas, la inmigración ilegal y las falsedades documentales en esta materia.

Asimismo, dentro de la Dirección General de la Guardia Civil, la Jefatura Fiscal y de Fronteras, dependiente de la Subdirección General de Operaciones, se ocupa de las actuaciones concernientes a evitar y perseguir todo tipo de tráfico ilícitos, lo que incluye el de personas, así como a controlar la inmigración irregular, ya que le corresponde en general la custodia y vigilancia de las costas, fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial<sup>21</sup>.

Desde 2004 a 2007 se ha reforzado el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dedicado específicamente al control fronterizo y la lucha contra la inmigración ilegal, que ha pasado de 10.239 policías y guardias civiles a finales de 2003 a 12.771 a finales de 2007 (un incremento del 24,7%).

En lo que se refiere a la vigilancia del litoral, hasta el año 2004, el Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE)<sup>22</sup> se había instalado en Algeciras, Fuerteventura, Cádiz (parcial), Málaga, Ceuta y Granada. Desde el año 2005 se ha desplegado en Almería, Lanzarote, Huelva, Gran Canaria, y se ha producido una ampliación en Cádiz. Se encuentra en fase de ejecución el despliegue del SIVE iniciado en 2007 –para su finalización en 2008– en: Tenerife, La Gomera y El Hierro. También iniciado en 2007 para su finalización en 2009, se encuentra en fase de ejecución el despliegue en Valencia, Alicante, Murcia e Ibiza. Cuenta con estaciones sensoras y unidades móviles de vigilancia<sup>23</sup>.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado identificaron a 295 delincuentes cuando pretendían entrar en España a través de algún vuelo con origen fuera del espacio Schengen. Estas identificaciones, y la posterior actuación policial, ha sido posible gracias a la progresiva puesta en funcionamiento el 19 de marzo de 2007 del sistema de Información Avanzada de Pasajeros (sistema API, por sus iniciales en inglés: *Advanced Passenger Information*), que obliga a las compañías de transportes a facilitar

---

20. Conforme a lo dispuesto en la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, en su art. 12.1.A). b) y c).

21. Conforme a lo dispuesto en el art. 4.7.d) del *Real Decreto 1599/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior*. B.O.E. núm. 160, de 3 de julio de 2004. Véase acerca de los organismos administrativo-policiales con competencias en materia de crimen organizado y tráfico ilegal de personas SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *op. cit.*, pp. 296-298 y 301.

22. Tiene la misión de detectar a larga distancia las embarcaciones que se aproximen al litoral español, identificar el tipo de embarcación y a sus tripulantes con el fin de comprobar la posible actuación ilegal de los mismos, coordinar el seguimiento de la embarcación, utilizando para ello los medios marítimos, aéreos y terrestres con que cuenta la Guardia Civil, e interceptar a los presuntos delincuentes o auxiliar a los inmigrantes irregulares. [www.guardiacivil.org/prensa.actividades](http://www.guardiacivil.org/prensa.actividades)

23. *Balance del Ministerio de Interior sobre inmigración ilegal en 2007*. [www.mir.es/DGRIS/Notas\\_Prensa/Ultimo](http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ultimo).

al Ministerio del Interior los datos de todos aquellos pasajeros que utilicen rutas cuyo origen se encuentra fuera del espacio Schengen<sup>24</sup>. Desde entonces, 94 compañías aéreas y cinco navieras ya aportan al Ministerio del Interior los datos de los pasajeros que utilizan sus rutas internacionales. Los transportistas remiten esos datos a través de un sistema informático desarrollado específicamente para este fin y lo hacen una vez que finaliza el embarque de los pasajeros y antes de la salida del medio de transporte.

Entre marzo y finales de octubre, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado analizaron la información de 59.035 vuelos y 2.377 transportes marítimos y comprobaron los datos de 9.378.280 pasajeros. De este modo se ha detectado e impedido la entrada en España de 295 personas contra las que constaba algún tipo de requisitoria o señalamiento vigente. Igualmente, la información analizada ha permitido poner en marcha investigaciones relacionadas con el terrorismo y con la delincuencia organizada<sup>25</sup>.

### 3.2. La Ley de Extranjería

En España, hasta la entrada en vigor de la llamada *Ley de Extranjería (LO 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social)*<sup>26</sup>, regía la muy exigua *LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, que aparecía como un texto orientado de forma prioritaria a la mera ordenación administrativa de los requisitos de entrada y estancia en nuestro país. A través de la Disposición final segunda de la *Ley 4/2000*, se introdujo en el Código Penal el nuevo Título XV bis referido a los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, con un único artículo: el 318 bis.

Antes de haber transcurrido un año, la *Ley de Extranjería* es reformada por la *Ley 8/2000, de 22 de diciembre*<sup>27</sup>, al haberse detectado “durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”<sup>28</sup>. En la actualidad, su normativa está desarrollada por el Reglamento, aprobado por *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*.

El actual texto es producto de las modificaciones operadas en la *Ley* también por las *Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre*, y la *14/2003, de 20 de noviembre*.

La llamada *Ley de Extranjería*, lejos de configurarse estrictamente como una ley administrativa, incide prácticamente en todas las ramas del Derecho, especialmente en el ordenamiento penal.

24. El Acuerdo de Schengen tiene como objetivo finalizar con los controles fronterizos dentro del Espacio Schengen –formado por la mayoría de Estados miembros de la Unión– y armonizar los controles fronterizos externos. A partir del 21 de diciembre de 2007, el llamado Espacio Schengen, la zona donde se ha establecido la libre circulación absoluta de los ciudadanos y viajeros “de buena fe” llega desde Algeciras hasta la frontera entre Estonia y Rusia, sin pasaporte ni controles, salvo los ordinarios de identidad que se apliquen a todos los ciudadanos. Los nueve países que han abierto sus fronteras desde esta fecha son: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Malta. El 1 de enero de 2007 Bulgaria y Rumanía habían entrado a formar parte de la Unión Europea.

25. *Balance del Ministerio de Interior sobre inmigración ilegal en 2007*. [www.mir.es/DGRIS/Notas\\_Prensa/Ultimo](http://www.mir.es/DGRIS/Notas_Prensa/Ultimo)

26. BOE de 12 de enero de 2000.

27. BOE de 23 de diciembre de 2000.

28. Vid. Exposición de Motivos de la *Ley 8/2004*.

### 3.3. El art. 318 bis del Código Penal

En el art. 318 bis del Código Penal se opera una modificación a través de la *Ley Orgánica 11/2003*. Destaca su Exposición de Motivos la necesidad de reformar la respuesta penal frente “a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos”. Recuerda cómo la “Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina”.

El nuevo texto introduce el término *inmigración clandestina* como forma de conducta típica, admite el favorecimiento, promoción o facilitación *directa* o *indirecta* y la pena pasa a ser de prisión de seis meses a tres años más multa de seis a doce meses, a prisión de cuatro a ocho años. Representa un salto cuantitativo considerable, suscitándose la duda acerca de si respeta el principio de proporcionalidad<sup>29</sup>.

Nuevamente se introduce una novedad en el texto del precepto, a través de la *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*<sup>30</sup>. Como señala en su Exposición de Motivos se trata de que la descripción del tipo penal no quede restringida a los supuestos en que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina se lleve a cabo desde, en tránsito o con destino a España; serán también delictivos si se realizan *con destino a otro país de la Unión Europea*<sup>31</sup>. Esta reforma afecta también a otros dos preceptos con los que está relacionado: el art. 313.1 del Código Penal<sup>32</sup> y el art. 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*<sup>33</sup>.

---

29. Hay que admitir que las reformas en este sentido cuentan con gran respaldo social y resulta preocupante que respondan a una dinámica que no es exclusiva de quien entonces gobernaba. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N., “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, P. (dir.), *Política Criminal y reformas penales*, Valencia, 2007, p. 22.

30. B.O.E. núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. Los orígenes de esta ley se encuentran en la *Proposición de Ley Orgánica de medidas para la lucha contra la inmigración clandestina*, presentada por el grupo parlamentario de Coalición Canaria-Nueva Canarias. Su pretensión fue –a través de una ley específica que contemplara la inmigración desde todas sus vertientes– la creación de Juzgados especializados en materia de extranjería, modificando para ello la *Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial*, y la persecución del tráfico ilegal de personas en virtud del principio de universalidad, introduciendo en el art. 23.4 de dicha ley un apartado j) conforme al que se pudieran juzgar “los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP)». Véase BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, VIII Legislatura, Serie B, núm. 269-1, 15 de diciembre de 2006.

31. Art. 2.2.

32. Ésta es su actual redacción: “1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o por otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.”

33. Declarando que también será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal

Dice así el art. 318 bis.

*1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

*2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.*

*3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.*

*4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

*5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.*

*Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.*

*En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.*

### **III. ESPECIAL REFERENCIA AL TRÁFICO DE PERSONAS POR PARTE DE GRUPOS ORGANIZADOS**

#### **1. Introducción**

La delincuencia organizada supone un peligro para la seguridad y la estabilidad internacionales. Los más afectados son, especialmente, los nuevos Estados que se encuentran en el camino hacia la democracia. La organización criminal es susceptible de presentarse en una pluralidad de variedades, constituyendo el fenómeno más preocupante aquella que ofrece una dimensión transnacional. Han surgido nuevos grupos en Europa oriental y en los países de la ex Unión Soviética. El fin de la guerra fría y los apuros de las democracias, con leyes insuficientes y escasos mecanismos de control,

---

española, como tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

fueron aprovechados fácilmente por las agrupaciones criminales. Se han ido estableciendo en varios países de Europa central determinadas organizaciones que favorecen el tráfico de armas, la prostitución, la extorsión, el tráfico de vehículos, y ha crecido de manera alarmante la esclavitud sexual de mujeres y niñas que abandonan todos los años esos países para dirigirse a la Europa occidental y los Estados Unidos, según la Organización Internacional para las Migraciones.

La inmigración ilegal es una de las actividades crecientemente asumidas por los grupos criminales. La enorme demanda de entrada en Europa de personas procedentes de países menos desarrollados y los enormes márgenes de beneficio que reporta esta actividad contribuyen a ello. Los ingresos para los traficantes proceden no sólo del precio pagado por el inmigrante, sino también de la posterior explotación laboral o sexual del mismo. Muchos son también forzados a participar en actividades delictivas.

Dentro de la inmigración ilegal, una consideración aparte merece el tráfico de mujeres destinadas a la prostitución u otras formas de explotación sexual. Esta forma tradicional de crimen organizado se encuentra en la actualidad en un momento de expansión. Se trata de comportamientos delictivos complejos en los que intervienen miembros de la organización encargados de distintos cometidos. La actividad suele comenzar en el país de origen de la víctima, donde miembros de la organización se dedican a la captación de las víctimas, a menudo, convenciéndolas mediante el engaño acerca de la actividad a realizar en el país de destino y sus condiciones laborales. Pero es importante aclarar que en muchos casos también, las mujeres quieren ejercer la prostitución como medio para ganarse la vida y una vez trasladadas, son víctimas de explotación.

Otros miembros de la organización se dedican a facilitar el transporte y la entrada hasta el país de destino, o la falsificación de documentos como permisos de trabajo y residencia. Y, por último, otros intervienen directamente en diferentes formas de explotación, como la sexual en locales destinados a la prostitución, la explotación laboral en talleres clandestinos, o mediante la coacción para la práctica de la mendicidad, delitos de hurto, o venta de droga.

## **2. Incidencia en España de la delincuencia organizada**

En 2005 se detectaron en España 396 nuevos grupos organizados dedicados a la criminalidad, así como otros 471 que ya eran conocidos. Policialmente se estima que el 9'8 por 100 de los grupos organizados se dedican a la inmigración ilegal con fines de explotación sexual, la cual es desarrollada principalmente por grupos compuestos por naturales de los países del Este de Europa, destacando sobre todos ellos los rumanos, aunque también se encuentran grupos originarios de países de América del Sur y África<sup>34</sup>.

La Fiscalía de Málaga refiere que las avalanchas de inmigrantes en 2005 han supuesto una importante fuente de inquietud para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, porque demostraron que detrás de las mismas existen grupos organizados perfectamente coordinados y porque, por primera vez, los inmigrantes hicieron uso de

---

34. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria*, 2006, p. 528.

la fuerza, mostrando actitudes violentas que antes no se habían dado, incluso con la utilización de objetos contundentes<sup>35</sup>.

Por su parte, la Fiscalía de Granada manifiesta su especial preocupación por lo que se refiere al tráfico ilegal de personas, describiendo numerosas tragedias que se ponen de manifiesto con las 69 pateras interceptadas en sus costas durante el año 2005 y la localización de 2.685 inmigrantes, víctimas, junto a los no localizados o fallecidos en el intento de atravesar el Estrecho de Gibraltar<sup>36</sup>.

La Fiscalía de Tenerife da cuenta de los obstáculos encontrados en relación con los actos de tráfico cometidos empleando cayucos procedentes de Mauritania. Así, no hay patrón definido en la embarcación, de modo que dos o tres personas del pasaje, al los que se les ha reducido el precio del embarque, se turnan en el gobierno de la nave sirviéndose de un aparato GPS que tiene grabado el rumbo hacia las islas de Tenerife o Gran Canaria, siendo por medio de la intervención y análisis de estos aparatos como se ha deducido el punto de partida de los cayucos. Además de estas dificultades para la investigación penal, la Fiscalía de Tenerife expone cómo las personas que se trasladan en estos cayucos no portan documentación y difícilmente dan razón de su procedencia ni hablan su lengua materna, por lo que ignorándose su país de origen y vencido el plazo máximo de internamiento son puestos en libertad en España, sin residencia legal y sin posibilidad de desarrollar un trabajo conforme a la legislación vigente<sup>37</sup>.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resalta la aparición de trabajadores inmigrantes en situación irregular que son sometidos a condiciones de explotación y que, en ocasiones, son víctimas de graves accidentes laborales con resultados en ocasiones mortales y con indicios de actividades coactivas para evitar su declaración en la investigación judicial. Encontrándose varios procedimientos en tramitación y en los que se actúa coordinadamente con el Servicio de Siniestralidad Laboral<sup>38</sup>.

La Fiscalía de Alicante evidencia el asentamiento de determinados grupos, habiendo sido detenidas 227 personas de distintas nacionalidades, predominando albanos-kosovares, rumanos, ucranianos, marroquíes y argelinos, a los que se atribuyen –entre otros– 22 delitos relativos a la prostitución, 50 delitos contra los derechos laborales y 7 delitos de tráfico ilegal de mano de obra<sup>39</sup>.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares destaca la actividad de numerosos grupos, que no llegan a constituir organizaciones criminales de gran trascendencia por el escaso número de sus componentes, pero que está generando gran inseguridad. Entre ellos se encuentran grupos de personas procedentes de países de Europa del Este que han sido imputados en diversos delitos relativos a la prostitución y trata de blancas<sup>40</sup>.

---

35. *Ibid.*, p. 422.

36. *Ibid.*, p. 535.

37. *Ibid.*, p. 425.

38. *Ibid.*, p. 425.

39. *Ibid.*, p. 532.

40. *Ibid.*, p. 532.

Refiere la Fiscalía de Huelva que en el seno de las actividades de alterne y prostitución se ha detectado, un año más, una amplia presencia de ciudadanas latinoamericanas, especialmente procedentes de Colombia, así como de países de Europa del Este, motivando una intensa labor policial de investigación de redes de explotación sexual, así como una intensa actuación administrativa con escasa repercusión en lo judicial, debido en parte a los innumerables problemas de prueba. Tales operativos se han saldado en la mayoría de las ocasiones con la expulsión, previo internamiento, de las ciudadanas extranjeras<sup>41</sup>.

Para la Fiscalía de Pontevedra, los clubes de alterne, que han ido en aumento en los últimos años, esconden un submundo de inmigración ilegal y, en la mayoría de las ocasiones, la comisión de delitos de coacciones, amenazas y actos de violencia sobre las mujeres extranjeras dedicadas a la prostitución. Gran cantidad de estas conductas delictivas no son denunciadas por miedo de las víctimas a represalias o a ser expulsadas por encontrarse en situación de ilegalidad. Las mujeres son reclutadas generalmente en origen aprovechándose de la precariedad económica en que se encuentran. Tales acciones son llevadas a cabo a través de un intermediario que les ofrece ganar de forma rápida y legal gran cantidad de dinero en un puesto de trabajo ofertado por un español. Estas mujeres no saben nunca qué cantidad de dinero tendrán que devolver hasta que se encuentran trabajando como prostitutas. Forzosamente tienen que mantenerse en la prostitución en condiciones deplorables hasta el pago de la cantidad debida por el pasaje y otros gastos, siempre muy elevados, por la amenaza que pesa sobre ellas del peligro que corren si no cumplen con el pago de la totalidad de la deuda. Por otra parte, están sometidas a un control exhaustivo por parte de los dueños o encargados de los locales destinados a la prostitución, hasta el punto de que apenas gozan de libertad. Se puede decir que estas organizaciones tienen todas las características de las mafias, por la jerarquización de las mismas, donde cada uno cumple una determinada función clara y precisa. Se constata la frecuencia de los controles policiales en materia de extranjería en los clubes de alterne<sup>42</sup>.

La Fiscalía de Palencia informa de que en los llamados “clubes de alterne” trabajan, generalmente, ciudadanas sudamericanas, rusas, ucranianas, nigerianas y de otros países del área subsahariana. Las investigaciones que se han realizado por la Brigada de Extranjería y Documentación por posibles coacciones, aprovechamiento o favorecimiento de la prostitución por parte de los responsables de los establecimientos tropiezan con el silencio y la negativa de las víctimas a formular denuncias contra aquéllos por miedo a represalias, no sólo en cuanto a ellas mismas, sino en cuanto a los familiares que dejan en sus países de origen, cuya seguridad no puede ser garantizada<sup>43</sup>.

### **3. Colaboración contra las redes organizadas como alternativa a la expulsión**

#### **3.1. Posibilidad de anular la orden de expulsión del extranjero en situación irregular (art. 59 de la Ley de Extranjería)**

Resulta evidente la importancia del testimonio de la víctima como medio para avanzar en la investigación y descubrimiento de las redes organizadas así como para susten-

---

41. *Ibid.*, p. 424.

42. *Ibid.*, p. 424.

43. *Ibid.*, p. 424.

tar una posible condena. Ahora bien, no es fácil obtener testimonios incriminatorios válidos y ello se explica por variadas razones. No cabe desconocer la existencia de organizaciones que imponen métodos tendentes a obtener el silencio de quienes caen en sus redes. Tampoco, en última instancia, la predisposición del extranjero ilegal es favorable a declarar contra aquellos que les proporcionaron la entrada a un mundo que anhelan. Además, la posición del extranjero ilegal se sitúa, por una parte, entre la consideración de víctima de un delito de tráfico ilegal y, por otra, en su condición de responsable de una infracción administrativa que le puede acarrear su expulsión<sup>44</sup>. Y, finalmente, la propia situación de irregularidad y el verse obligados a pagar un alto precio por su traslado les lleva, en muchos casos a verse abocados a la comisión de actividades delictivas.

En los escasos supuestos en que las víctimas se han decidido a colaborar ha resultado esencial acudir al mecanismo de la prueba anticipada<sup>45</sup>, obteniendo así una declaración que posteriormente se hará valer en juicio oral mediante su lectura<sup>46</sup>. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma. Se podrá documentar en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen<sup>47</sup>.

Al objeto de facilitar la colaboración en la persecución de estos delitos se ha incluido en el art. 59 de la Ley de Extranjería<sup>48</sup>, bajo la rúbrica «Colaboración contra redes organizadas», una novedosa figura que otorga a la autoridad administrativa la facultad de

---

44. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002...*, p. 5.

45. Art. 448 LECr.

46. Art. 730 LECr.

47. Art. 777.2 LECr.

48. Art. 59:

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como autorización de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y,

...



eximir al extranjero ilegal de responsabilidad administrativa, concediéndole permiso de trabajo y residencia o facilitándole a su elección el retorno a su país, en consideración a la colaboración prestada en la persecución de actividades de tráfico de personas<sup>49</sup>.

Pese a la rúbrica de la figura –aclara la Fiscalía General del Estado– ha de entenderse que incluye cualquier denuncia o colaboración, ya sea policial o judicial, que permita la investigación o persecución de actos de tráfico llevados a cabo por cualquier persona, sin que se exija que la actividad denunciada sea incardinable en un acto de tráfico cometido por una organización ilícita dedicada a estos fines. Cualquier colaboración en procedimiento por delitos de los comprendidos en los arts. 188.2, 312, 313 y 318 bis CP basta para valorar la procedencia de la exención de responsabilidad administrativa del colaborador, sin que quepa reducir tal posibilidad a los casos en que se establezca concurso con el delito de asociación ilícita o se aplique el subtipo agravado de pertenencia a organización de los responsables. Ello, sin perjuicio, de que la autoridad administrativa valore en cada caso la naturaleza de la colaboración y la importancia de los hechos delictivos descubiertos para conceder o no la exención de responsabilidad<sup>50</sup>.

Señala el art. 59 que «podrá» quedar exento de responsabilidad<sup>51</sup>, lo que sin duda exige una decisión que valorando el tipo de colaboración prestada y la situación del extranjero acuerde la concesión o denegación de la exención.

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario o la autorización de su regreso, si ya hubiera sido expulsado<sup>52</sup>.

Por tanto, es necesario que los Fiscales que intervengan en algún procedimiento penal por hechos de tráfico ilícito de seres humanos comuniquen en forma precisa a la autoridad administrativa la situación de cualquier persona que se halle proporcionando datos o testificando contra los autores del delito, indicando la naturaleza e importancia tanto de la referida colaboración, cuanto de los hechos objeto del proceso seguido al efecto. Dicha información deberá dejar claro el criterio del Fiscal en orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal<sup>53</sup>.

---

...

en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*.

49. SÁNCHEZ RIBAS, J.; FRANCO PANTOJA, F., *Guía para orientación legal en inmigración*, Madrid, 2005, pp. 22-23.

50. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002*..., p. 6.

51. Párrafo 1.

52. Art. 59.4 de la *Ley de Extranjería*.

53. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002*..., p. 6.

La valoración que el Fiscal traslada a la Administración no es vinculante para la misma, si bien debe tenerse presente que la obligación constitucional de los poderes públicos de colaboración con la Administración de Justicia ha de entenderse aplicable también a las solicitudes del Ministerio Fiscal. Por ello, la motivación de la petición del Fiscal se torna esencial y especialmente exigible, para poder reivindicar con fundamento la referida obligación de colaboración. También se habrá de procurar la necesaria fluidez en las vías de comunicación con las autoridades gubernativas, a fin de lograr la imprescindible coordinación en este ámbito<sup>54</sup>.

El *Real Decreto 2393/2004*, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, desarrolla el art. 59.4 de la *Ley Orgánica 4/2000*, es decir, la colaboración contra redes organizadas<sup>55</sup>.

Conforme al mismo, si se ha iniciado un expediente sancionador y el expedientado fuera extranjero, el juez instructor, si sabe de la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la Justicia, especialmente las previstas en el artículo 59 de la *Ley Orgánica 4/2000*, podrá proponer que se le exima de responsabilidad y no se le expulse, en consideración a su colaboración o cooperación con las autoridades o sus agentes,

---

54. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, p. 35.

55. *Real Decreto 2393/2004*, de 30 de diciembre por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, art. 117:

1. Cuando se encuentre en curso un expediente sancionador y el expedientado fuera extranjero, el instructor, antes de efectuar la propuesta definitiva al órgano competente, si tiene conocimiento de la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la Justicia, especialmente las previstas en el artículo 59 de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero, podrá proponer la exención de responsabilidad y la no expulsión de las personas a las que se alude en el aquel, en consideración a su colaboración o cooperación con las autoridades o sus agentes, proporcionando datos esenciales o declarando en los procesos correspondientes, como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a los autores y cooperadores de los tráficos ilícitos de seres humanos a los que el indicado artículo 59 se refiere.

Si se dictase resolución por la que se declare al expedientado exento de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y para facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el artículo 31 de la *Ley Orgánica 4/2000*, de 11 de enero, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. La concesión de dicha documentación podrá ser revocada si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales.

2. Durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el juez instructor según lo establecido en la *Ley Orgánica 19/1994*, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

3. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a los efectos de que valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario. En caso de que ya hubiera sido expulsado, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, todo ello sin perjuicio de que se adopte alguna de las medidas previstas en la *Ley Orgánica 19/1994*, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

aportando datos esenciales o declarando en los procesos correspondientes, como víctima, perjudicado o testigo, o denunciando a las autoridades competentes a quienes estén implicados en tráficos ilícitos de seres humanos conforme al artículo 59 de la *Ley 4/2000*.

Si se declara al expedientado exento de responsabilidad administrativa, la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y para facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el art. 31 de la *Ley 4/2000*<sup>56</sup>, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. Se le podrá retirar esta documentación si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, deja de colaborar con las autoridades policiales o judiciales<sup>57</sup>.

Durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el juez instructor según lo establecido en la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*<sup>58</sup>. Como pone de manifiesto esta ley en su Exposición de Motivos, el propósito protector al que responde no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la *Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia*<sup>59</sup>. También la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* obliga a los Estados Parte a adoptar medidas para proteger eficazmente contra posibles represalias o amenazas a quienes denuncien actividades relacionadas con la delincuencia organizada o declaren como testigos<sup>60</sup>, y también a adoptar medidas para prestar asistencia y protección a las víctimas de estos delitos<sup>61</sup>.

Más recientemente, se aprobó la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales*

---

56. Art. 31.3: La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.

57. Art. 117.1.

58. Cuando la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos (art. 1), el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo (Art. 2). A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo (art. 3.2)''.

59. Exposición de Motivos de la *Ley 19/1994*

60. Arts. 23 y 24.

61. Art. 24.

de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes<sup>62</sup>. Define las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada<sup>63</sup>, a personas que no sean ciudadanos de la Unión Europea<sup>64</sup> que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos<sup>65</sup> o contra la ayuda a la inmigración ilegal<sup>66</sup>, aplicándose sin perjuicio de las normas nacionales específicas sobre protección de víctimas y testigos<sup>67</sup>.

Cuando las autoridades competentes consideren que un nacional de un tercer país puede entrar en el ámbito aplicación de la Directiva, informarán a la persona interesada de las posibilidades que ofrece la misma<sup>68</sup>. Se les concederá a los interesados un período de reflexión para que puedan decidir si cooperan<sup>69</sup>, y no se ejecutará en su contra ninguna orden de expulsión<sup>70</sup>. Se subordina la concesión del permiso a la concurrencia de una clara voluntad de cooperación en el beneficiario, estableciéndose que el permiso de residencia podrá retirarse, entre otros motivos, si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada<sup>71</sup>.

A más tardar el 6 de agosto de 2008, la Comisión debe informar al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros y propondrá, en su caso, las modificaciones necesarias. Para ello, los Estados miembros transmitirán a la Comisión toda la información apropiada para la elaboración de este informe<sup>72</sup>.

Pero a pesar de la existencia de estos instrumentos de protección, tanto nacionales como internacionales, la víctima de estos delitos se encuentra con grandes dificultades para denunciar y más aún, para colaborar con las autoridades aportando información. Ello ha sido puesto de manifiesto en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005*, en la que la Fiscalía de Pontevedra<sup>73</sup> y la de Palencia hacen hincapié en los obstáculos con los que topan las investigaciones, debido al silencio de las víctimas, atemorizadas por las amenazas proferidas contra ellas o contra sus allegados en sus países de origen, cuya seguridad es imposible garantizar<sup>74</sup>.

---

62. Diario Oficial n° L 261 de 06/08/2004 p. 0019 0023.

63. Art. 1.

64. Conforme al art. 2.

65. Conforme al art. 2.

66. Según el art. 2.

67. Art. 15.

68. Art. 5.

69. Art. 6.1.

70. Art. 6.2.

71. Art. 14.

72. Art. 16.

73. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria*, 2006, p. 424.

74. *Ibid.*, p. 424. Véase sobre esta cuestión FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 340.

Otra cuestión que hay que tener en cuenta es la posibilidad de que algunas denuncias sean falsas. Advierte la *Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado* a los fiscales que se muevan con cautela en estos supuestos de colaboración para evitar que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan sólo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo<sup>75</sup>. Los otros supuestos (denuncias falsas, simulación de delito, etc.) no están expresamente contemplados. Por ello, deberá acudir por la autoridad administrativa, en estos casos de denuncias falsas o de simulación de delitos, a la revisión de la resolución por la que se declaró la exención de responsabilidad y se concedieron los permisos, en tanto que el acto administrativo ha de reputarse nulo de pleno derecho, para lo cual los fiscales que tengan conocimiento de hechos de esta naturaleza cuidarán de dar traslado de los mismos para ponerlos en conocimiento de la autoridad administrativa<sup>76</sup>.

### **3.2. Expulsión del extranjero que ha delinuido (art. 89 del Código Penal)**

No hay duda de que la concesión de la residencia legal es un premio adecuado para estimular la denuncia a quienes han sido objeto de la explotación. Pero puede ocurrir que esas mismas víctimas hubieran incurrido o participado en otros delitos, por ejemplo en la introducción de droga como medio de financiar el alto precio de su viaje, o en falsificación de documentos. En esos casos, si el testigo o víctima que colabora con las autoridades optara por acogerse a la residencia legal, podría ser procesado y debería cumplir con la condena correspondiente en España o se enfrentaría con una orden de expulsión.

La conveniencia de dar entrada a la política de extranjería en el ámbito penal se defendió como forma de evitar lo que algunos denominan un “fraude de ley”, consistente en cometer un delito para evitar la ejecución de una orden de expulsión, argumento recogido en la *Circular de la Fiscalía 1/1994* que alude a la “delincuencia inducida”.

Pero establecer la posibilidad de expulsión para el amplio elenco de supuestos recogidos en el art. 89 CP se convierte en un arma de doble filo, ya que quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivos para abstenerse de delinquir; por tanto no se combate esa “delincuencia inducida”<sup>77</sup>. Sin embargo, la sobrerepresentación del colectivo de extranjeros en prisión no es fruto de la picaresca para escapar de la expulsión, sino sobre todo de la confluencia con la delincuencia organizada en el campo del narcotráfico o en el tráfico de personas. No debe olvidarse además que las situaciones de marginación y clandestinidad favorecen determinadas formas de delincuencia<sup>78</sup>.

---

75. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002...*, p. 6.

76. *Ibid.*, p. 7.

77. ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero...” en LAURENZO COPELLO, P (coord.), *op. cit.*, p. 54. También, ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La modificación del régimen de expulsión de extranjeros como sustitutivo de la pena de prisión en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, nº 6577, 2006, p. 1.

78. ASÚA BATARRITA, A., *op. cit.*, p. 56.

La expulsión se considera en el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España<sup>79</sup>, cuyo objetivo no responde a finalidades preventivo-especiales, puesto que éstas no están garantizadas porque el penado regrese a su país. Y a diferencia de la redacción anterior en la que el órgano jurisdiccional podía optar por la expulsión o no, a partir de la reforma por *LO 11/2003*, ante una pena privativa de libertad inferior a 6 años, automáticamente se procede a la expulsión, salvo que excepcionalmente se considere que es más adecuado el cumplimiento de la pena de prisión<sup>80</sup>.

Conforme a la *Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado*, por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas, pese a tener la consideración de pena privativa de libertad, no se entenderá susceptible de ser sustituida por la expulsión. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la pena concretamente impuesta. Para aplicar la expulsión sustitutiva es necesario una condena por delito, no siendo suficiente una condena a pena privativa de libertad por una simple falta<sup>81</sup>.

No procederá la expulsión sustitutiva cuando se imponga una pena de prisión de menos de tres meses, toda vez que conforme al art. 71.2 CP hay que sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, ambas penas no privativas de libertad<sup>82</sup>.

Si realmente se quiere favorecer la colaboración para el descubrimiento de las redes de explotación de personas, sería oportuno extender esa “exención de responsabilidad administrativa” contemplada en el art. 59 de la Ley de Extranjería a la responsabilidad penal por delitos relacionados con la propia situación de entrada clandestina en España, o con otra situación de explotación de la inmigración.

El 15 de enero de 2007 se aprobó el *Proyecto de Ley Orgánica de modificación parcial de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*<sup>83</sup>. En este texto, el art. 89<sup>84</sup> sufre una serie de modificaciones. La más importante en el tema

79. Art. 96.3.5ª.

80. Vid. acerca de esta cuestión, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Política migratoria y Derecho: análisis y juicio crítico de una relación perversa”, en SANZ MULAS, N., (coord.), *El Derecho Penal y la nueva sociedad*, Granada, 2007, p. 144; PÉREZ MACHÍO, A.I., *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores -LO 8/2006-*, Valencia, 2007, p. 165-166.

81. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, p. 38.

82. Art. 71.2 CP.

83. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, VIII Legislatura, Serie A, núm. 119-1, 15 de enero de 2007.

84. En el Proyecto, el artículo 89 queda redactado como sigue:

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

...

que nos afecta, es que la expulsión deja de ser obligatoria. No procederá acordar la expulsión –debiendo cumplir la pena en un centro penitenciario– en los supuestos de delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 517 y 518, añadiéndose además el art. 313 y desapareciendo la referencia al art. 516.6º CP<sup>85</sup>.

Resulta acertado que la expulsión pase a convertirse en una opción que puede tomar el juez, ya que los ciudadanos –extranjeros o no– deben ser tratados por la ley conforme al principio de igualdad<sup>86</sup>. También es conveniente que se dé audiencia al penado y que no se imponga un plazo fijo de prohibición de entrada, sino que se fije un marco que el juez deberá determinar, atendiendo no sólo a la duración de la pena, sino también a las circunstancias personales del penado. Asimismo, que se haya incluido el art. 313 entre los delitos cuya comisión no permite la expulsión<sup>87</sup>.

En caso de que el extranjero que colabora con las autoridades prefiera regresar a su país, estaríamos ante un supuesto en que la voluntad del condenado o procesado debiera considerarse vinculante para el juez<sup>88</sup>.

Además, tras esta reforma<sup>89</sup>, caso de que resulte aprobada, la decisión podrá adoptarse en sentencia o en auto posterior. Pero puede resultar peligrosa esta remisión a la

---

...  
3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será devuelto sin más por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 313, 318 bis.”

85. Que sí se encuentra mencionado –pese a estar derogado– en la redacción actual.

86. CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., *op. cit.*, pp. 414-415.

87. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DURÁN SECO, I., “La expulsión de extranjeros en el Anteproyecto de 2006 de reforma del Código Penal: Algunas reflexiones de urgencia”, *La Ley*, nº 6612, 2006, p. 2.

88.<sup>88</sup> ASÚA BATARRITA, A., *op. cit.*, p. 45.

89. En el momento de cerrar estas páginas sigue abierto el plazo de enmiendas. En septiembre de 2007, en el debate sobre la totalidad del Proyecto, el Ministro de Justicia manifestó la preocupación del Gobierno respecto de “las medidas de expulsión de extranjeros o su automatismo, es decir, esa tendencia, que existió en el

fase de ejecución de la sentencia. Esta innecesaria dilación puede determinar una prolongación de la situación de prisión provisional en personas finalmente expulsadas<sup>90</sup>.

### 3.3. Protección a las víctimas del tráfico ilegal y de la explotación sexual

Como insta la *Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea*, de 2002, en el campo de las medidas legislativas contra la trata de seres humanos, hay que prestar una atención especial a las víctimas. La adopción de la *Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo de 2001* –que prevé medidas para salvaguardar, por ejemplo, el derecho de las víctimas a la información y a la protección en relación con el procedimiento penal– es imprescindible en estos casos.

El procedimiento judicial en los casos de tráfico y explotación sexual sigue siendo una experiencia penosa para la mujer. La persona víctima de malos tratos por sus traficantes, ya sean prostitutas o trabajadores ilegales, al verse sumida como pieza fundamental en el procedimiento criminal contra sus captores, se ve sometida a la violencia del sistema institucionalizado.

Se ha discutido en algunos foros legislativos sobre la eficacia en España de la *Ley de Protección de Peritos y Testigos*, al estimarse que no cubre realmente las necesidades que dichas mujeres víctimas del tráfico tienen para ser declaradas testigos protegidos. En este ámbito, es necesario que se aseguren el respeto de la víctima, y las medidas de asistencia y ayuda tras el delito, durante el proceso y después del juicio.

Como propone la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes* se ha de garantizar que las víctimas de la trata reciban el apoyo suficiente para estar en condiciones de atestiguar en contra de los traficantes. Para ello, habrá que dejar a las víctimas un período de reflexión que les permita recuperarse y así decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades<sup>91</sup>, y no se ejecutará en su contra ninguna orden de expulsión<sup>92</sup>. Entretanto se les prestará la necesaria asistencia médica o de otro tipo cuando no posean suficientes recursos y tengan necesidades especiales, como mujeres embarazadas, personas discapacitadas o víctimas de violencia sexual u otras formas de violencia<sup>93</sup> y a los menores<sup>94</sup>.

---

...  
año 2003, a anudar a la comisión del delito, para aquel que no es de aquí, una medida inmediata de expulsión en la que los jueces ni siquiera podían opinar. Ese automatismo desaparece, entre otras cosas, para adecuar el texto legal a lo que ya es una jurisprudencia del Tribunal Supremo adecuada” y “porque es bueno que aquel que no se hace acreedor de la convivencia pueda ser expulsado, pero es mejor todavía que los jueces puedan valorar e individualizar”. CORTES GENERALES. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, VIII Legislatura, núm. 281, 13 de septiembre de 2007.

90. ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., *op. cit.*, pp. 8-9.

91. Art. 6.1.

92. Art. 6.1.

93. Art. 6.2.

94. Art. 9.



Y ha de otorgarse plena protección, en virtud del art. 33<sup>95</sup> de la *Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, a las mujeres víctimas de la trata que pidan asilo por motivos de persecución basada en el género, de acuerdo con la evolución reciente del Derecho Internacional de los refugiados y la práctica de otros Estados. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se lo solicitó en 2004 expresamente a España –entre otros países–<sup>96</sup>.

Finalmente, a través de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*<sup>97</sup> se ha añadido<sup>98</sup> una nueva disposición adicional tercera a la *Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en el apartado primero del artículo tres será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.” De modo que a las causas que justificaban la concesión de asilo<sup>99</sup> se añade ésta.

Como ha señalado el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe de 2002<sup>100</sup>, a pesar de las medidas adoptadas a escala nacional, regional e internacional en materia de trata de seres humanos, en particular de explotación sexual de mujeres y niños, hay una enorme tarea pendiente, que deben realizar los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, la sociedad civil y también las instituciones académicas. Es preciso proceder a un enfoque preventivo global y multidisciplinario. Todos los actores, incluidos los funcionarios judiciales y los encargados de hacer cumplir la ley, las autoridades migratorias, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil deberían colaborar en el desarrollo de dicho enfoque. Los programas y las políticas dirigidas a asistir a las víctimas y a detener a los tratantes deberían incluir formación destinada a los oficiales de policía, los funcionarios gubernamentales y la policía de aduanas y fronteras<sup>101</sup>.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito desempeña una importante tarea práctica en la lucha contra la delincuencia organizada. Estima ineficaces los esfuerzos de todos los países para impedir el flujo de inmigrantes clandestinos, muchos de los cuales son explotados sexualmente u obligados a trabajar como esclavos.

---

95. Art. 33.1: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

96. NACIONES UNIDAS. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Observaciones Finales al 5º Informe periódico de España. Documento A/59/38(SUPP), de 18 de agosto de 2004, p. 337.

97. B.O.E. núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

98. En la disposición adicional vigésima novena.

99. 1. Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla los requisitos previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

100. NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. *Trata de mujeres y niñas. Informe del Secretario General. Documento A/57/170, de 2 de julio de 2002*, p. 57.

101. *Ibid.*, p. 57.

El principal reto es reducir la demanda de mercancías baratas producidas en fábricas donde se explota a los obreros o la demanda de servicios sexuales llevados a cabo por esclavos del sexo. La prevención debe implicar campañas de información para reducir la vulnerabilidad de las personas susceptibles de ser objeto de tráfico. Si la gente se entera de los peligros del tráfico de seres humanos, aumentarán las posibilidades de evitar sus consecuencias<sup>102</sup>.

Considera además que los países miembros de la Unión Europea deben reformar los instrumentos tendentes a prevenir, perseguir y proteger a los involucrados en el tráfico de seres humanos. Es fundamental la persecución de los delincuentes que se aprovechan de la vulnerabilidad de las personas que están intentando escapar de la pobreza, del desempleo o de la opresión. Se benefician de leyes poco contundentes o de la poca firmeza en su ejecución o de la pobre cooperación internacional. Estima también desafortunadas las bajas penas que en algunos países se aplican a los traficantes.

En cuanto a las víctimas, se da por supuesto que hay que protegerlas, pero en realidad muchas veces son consideradas como criminales que deben temer las leyes severas sobre inmigración o prostitución en cada país<sup>103</sup>. Se están produciendo indeseables consecuencias político-criminales derivadas de la identificación generalizada en el mundo desarrollado entre el aumento de la inmigración, y delincuencia e inseguridad ciudadana<sup>104</sup>. El inmigrante que entra ilegalmente es rechazado de manera general, con independencia de cuál sea su conducta. Se acaba incurriendo en una dialéctica de ciudadano/enemigo que corre el riesgo de llegar a justificar la completa exclusión del inmigrante y su tratamiento al margen de los principios más elementales del Estado social y democrático de Derecho<sup>105</sup>.

Como pone de manifiesto Amnistía Internacional en su *Informe 2007*<sup>106</sup>, “en los países desarrollados y también en las economías emergentes se utiliza el miedo a ser invadidos por hordas de indigentes para justificar medidas cada vez más duras contra migrantes, personas refugiadas y solicitantes de asilo, en contravención de las normas internacionales de derechos humanos y de trato humanos”. La mano de obra migrante alimenta el motor de la economía mundial. Sin embargo sufre el rechazo brutal, la explotación, la discriminación y la desprotección de gobiernos de todo el mundo<sup>107</sup>.

Se plantean algunas situaciones especialmente difíciles para las mujeres que han podido ser en su momento víctimas del tráfico de personas o de explotación sexual, que se encuentran residiendo ilegalmente en España y son también víctimas de violen-

---

102. UNITED NATIONS. OFFICE ON DRUG AND CRIME (UNODC). *Trafficking in Persons...*, pp. 10-111.

103. *Ibid.*, pp. 10-11.

104. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Mundialización y Justicia Penal”, *Anales Internacionales de Criminología*, vol. 41-1/2, 2003, p. 70; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *op. cit.*, p. 29.

105. CANCIO MELIÁ, M.; MARAVER GÓMEZ, M., p. 408.

106. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007...* p. 17.

<http://thereport.amnesty.org/document/172>

107. *Ibid.*, p. 17.

cia de género. Según la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, los poderes públicos tienen que garantizar la coordinación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, implicando para ello a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad<sup>108</sup>, prestando especial atención a la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales, puedan tener mayor riesgo de sufrir este tipo de violencia, tales como las inmigrantes, y las que se encuentran en situación de exclusión social<sup>109</sup>.

Pero la obligación del funcionario policial de dar cumplimiento a lo dispuesto en la *Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* y en la propia normativa de extranjería conlleva la apertura de procedimiento sancionador en los supuestos de estancia irregular<sup>110</sup>. “Es obvio que, en estas situaciones, el interés prioritario e inmediato que ha de ser atendido por el funcionario policial no es otro que el de proporcionar a la víctima la asistencia y protección que pueda demandar o necesitar, así como informarle de sus derechos y tramitar las diligencias policiales a la autoridad judicial –entre las cuales se incorporará la solicitud de orden de protección que se formule–, poniendo un especial cuidado en informarle de forma clara y accesible de su derecho a solicitar la autorización de residencia temporal, tan pronto como le sea concedida la medida judicial de protección”.

Al hallarse ante una infracción de la normativa de extranjería tiene que combinar las obligaciones que derivan de ésta con las garantías que a la víctima le son reconocidas en la *Ley Integral* y en el *Reglamento de Extranjería*. Con el objeto de evitarle en la medida de lo posible una mayor victimización, parece necesario que la apertura y, posteriormente, la tramitación del expediente sancionador queden en suspenso, en tanto se dictan la resolución judicial sobre la orden de protección y la resolución administrativa sobre la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales<sup>111</sup>.

Esta especial protección hacia las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia de género y doméstica en situación irregular, ha sido recogida también en la *Ley de Extranjería*, estableciendo la posibilidad de obtener autorizaciones de residencia temporal, que podrán solicitar cuando se haya dictado en su favor una orden judicial de protección<sup>112</sup>. Pero todo depende de que efectivamente el juez acuerde la adopción de alguna medida de protección, de otro modo se iniciará el expediente y la mujer inmigrante víctima en situación irregular será expulsada de territorio español.

---

108. Art. 32.1.

109. Art. 32.4.

110. Como advierte la *Instrucción núm. 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuación en dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular*.

111. *Ibid.*

112. Art. 46.3 del *Reglamento de Extranjería*, en relación al 45.4.a), *in fine*, del mismo y con el art. 31.3 de la *Ley de Extranjería*.



EGUZKILORE

Número 21.  
San Sebastián  
Diciembre 2007  
299 - 317

# LA PERSPECTIVA CANADIENSE RESPECTO A LA MUJER INMIGRANTE DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO Y SOCIAL

Jacqueline OXMAN-MARTÍNEZ

Escuela de Servicio Social  
Profesora  
Investigadora Invitada CRI-VIFF  
Universidad de Montreal

Estibalitz JIMÉNEZ

Escuela de Derecho  
Chargée de cours  
Universidad de Sherbrooke  
Universidad de Montreal

**Resumen:** Este artículo pretende favorecer una mayor comprensión de las barreras políticas, socio-económicas y culturales a las que deben enfrentarse las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia, teniendo en cuenta el marco jurídico y social, nacional e internacional, desde el punto de vista de la actual legislación canadiense. El examen de la violencia sufrida por las mujeres víctimas con un estatus precario de migración en Canadá demuestra la explotación de las mujeres inmigrantes. Así, se examina la explotación desde la perspectiva de la mujer víctima, desde el punto de vista de los derechos humanos, y se analiza las tensiones entre la Comunidad y el Estado, en relación a los servicios sociales existentes.

**Laburpena:** Biolentziaren biktima izan diren emakume etorkinen hesi politiko, sozio-ekonomiko eta kulturalen ulermena bultzatu nahi du artikulua honek, kontutuan hartuta ingurune juridikoa eta soziala, bai nazio mailan baita nazioarte mailan ere, kanadako legeriaren arabera. Kanadan migrazio egoera prekario batean dauden emakumeek pairatu duten biolentzia aztertuta, emakume etorkinen kontrako bortxak azaltzen digu. Horrela, emakume kaltetudun ikuspegitik aztertzen da explotazioa, baita giza-eskubideen ikuspegitik ere, eta komunitate eta estatuaren arteko tentsioak ikertzen dira, gizarte zerbitzuen erlazioari dagokionez.

**Résumé:** L'article cherche à favoriser une compréhension des barrières politiques, socio-économiques et culturelles auxquelles font face les femmes immigrantes victimes de violence à partir du cadre juridique et

---

(Nota): Contribución a las Jornadas sobre "Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima", San Sebastián, 14-15 diciembre 2007 (con la colaboración de la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco).

social national et international, sous l'angle de la législation canadienne contemporaine. L'examen de la violence vécue par les femmes victimes avec des statuts précaires de migration au Canada montre l'exploitation des femmes immigrantes. On examine l'exploitation à partir d'une perspective de la victime féminine du point de vue des droits humains et une analyse des tensions entre la Communauté et l'État par rapport aux services sociaux rendus.

**Summary:** This article tries to promote a better understanding of political, socio-economic and cultural barriers that women immigrant, victims of violence, must face, from the point of view of current Canadian Law, considering different context: juridical and social, national and international. The analysis of the violence against women victims, in a precarious situation, in Canada, proves the exploitation of women immigrant. The exploitation of women victim is studied from the point of view of human rights, and the tensions, concerning the social services, between the Community and the State are analyzed.

**Palabras clave:** Victimología, Violencia, Mujer inmigrante víctima, Violencia de género, Victimización,

**Gako hitzak:** Biktimologia, biolentzia, emakume etorkin kaltetuna, genero-indarkeria, biktimizazioa.

**Mots clef:** Victimologie, Violence, Femme immigrante victime, Violence de genre, Victimization.

**Key words:** Victimology, Violence, women immigrant victims, gender violence, Victimization.

## INTRODUCCIÓN

Esta ponencia se basa en los resultados de múltiples trabajos de Oxman-Martínez y sus colegas a partir de la década del 2000. Este conjunto de investigaciones y artículos son relativos a las distintas facetas de la violencia a los que se agregan una investigación cualitativa<sup>1</sup> sobre la trata, encargada por la Dirección de Investigación y Estadística del ministerio de Justicia de Canadá y una guía sobre la trata de seres humanos. Dada la escasez de investigación empírica acerca de la violencia vivida por la mujer víctima con estatus precario de migración y en particular de la trata de seres humanos en Canadá, su objetivo es documentar esta problemática desde diversos ángulos de la explotación y la opresión, tales como la violencia doméstica y su enfoque teórico y empírico, la trata como tal, los programas gubernamentales que favorecen ciertos tipos de migración que conllevan inherentemente una violencia sistémica y estructural y las perspectivas y experiencias del sector comunitario Canadiense. Este análisis incluye ciertas características demográficas de las víctimas, los servicios rendidos por los organismos no gubernamentales y las lagunas constatadas en la provisión de estos servicios. En esta tarea trataremos de comprender las barreras políticas, socio-económicas y culturales que enfrentan las mujeres inmigrantes víctimas de violencia tanto desde el ámbito nacional como internacional, bajo la legislatura Canadiense actual.

Dos dimensiones teóricas se aplican en esta presentación: una perspectiva de la víctima femenina desde el punto de vista de los derechos humanos y un análisis de las tensiones entre la comunidad y el Estado en relación a los servicios sociales rendidos. La explotación de mujeres inmigrantes es examinada a través de la óptica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como opuesta a un análisis unilateral que la investiga sólo como una ofensa criminal. Finalmente la explotación será analizada desde la perspectiva de la demanda de servicios sociales de las víctimas en comparación a la capacidad de las ONG de ofrecer dichos servicios. Es importante notar que mientras

---

1. Oxman-Martínez, J., Lacroix, M., & Hanley, J. (August 2005). *Victims of Trafficking in Persons: Perspectives from the Canadian Community Sector*. Department of Justice Canada, Research and Statistics Division. 47 p.

el Estado busca la cooperación de las ONG para proveer estos servicios, simultáneamente muestra fallas en la provisión de un marco político y financiero adecuado.

La presentación está dividida en cuatro secciones: la primera ofrece una vista del marco político que encuadra los diferentes instrumentos legislativos en relación a la violencia doméstica, la trata nacional e internacional, los programas gubernamentales que favorecen ciertos tipos de migración y las perspectivas y experiencias del sector comunitario canadiense. La sección siguiente describe brevemente la metodología de investigación del estudio específico de la trata, seguida de una discusión relacionada tanto con las barreras políticas como socio-económicas y culturales que tienen un impacto en la vida de las mujeres víctimas de estas distintas facetas de la violencia. La sección final analiza las implicaciones de estos resultados desde nuestra perspectiva teórica y concluye con ciertas proposiciones para proteger a las mujeres y niños con un status migratorio precario.

A pesar de la abundancia de la literatura científica sobre la violencia doméstica, existe poca información acerca de las construcciones sobre la violencia conyugal o familiar que se ejerce sobre las mujeres con estatus migratorio precario. La contradicción latente entre sistemas sociales no occidentales de tipo jerárquico y clasista –a pesar del comunitarismo– y una perspectiva feminista « monolítica » adoptada por un sector de asistentes sociales « empíricas » (no diplomadas universitarias) en América del Norte y en Canadá que constituyen la masa laboral femenina a su vez explotada, puede alejar de los servicios a un sector de mujeres no occidentales susceptibles de utilizarlos en otras condiciones y crear así un vacío entre el tipo de servicios ofrecidos y el tipo de servicios requeridos. La hipótesis avanzada es que las múltiples intersecciones de variables tales el genero, la etnia, la « raza », la religión, la lengua, la clase y la posición social, presentan discordancias entre la práctica social, jurídica y policial en vigor en Québec en particular, y las necesidades de las mujeres inmigrantes no occidentales dado el perfil demográfico de esta provincia canadiense de habla francófona. Si, por una parte, es difícil de aprehender e integrar en la práctica la complejidad y el contexto sociocultural en el cual surge la violencia conyugal/familiar vivida por estas mujeres, no se puede ignorar por otra parte que la carga del trabajo y la escasez de recursos que disponen los asistentes “empíricos” que trabajan con estas clientelas constituyen por el momento un obstáculo mayor a la adopción de una práctica mejor adaptada a la diversidad. Si bien es cierto que estos asistentes son conscientes de la presencia de esta diversidad y racionalizan la problemática el fenómeno de internalización de la práctica no se produce en la realidad cotidiana en las casas de acogida para mujeres víctimas de violencia familiar (Oxman-Martínez & Krane 2005; Oxman-Martínez et al. 2002; Krane, Oxman-Martínez & Ducey, 2001).

En la provincia de Québec existe tolerancia cero hacia toda manifestación de violencia, en particular familiar y conyugal. La tolerancia cero constituye uno de los objetivos de las políticas del Ministerio de la Salud y de los Servicios Sociales (MSSSS) desde 1986. Estadísticas Canadá señala que en 2005 hay 7% de mujeres canadienses (1 millón 400 mil) víctimas de esta violencia y hay 24% de mujeres de los pueblos autóctonos que son víctimas de ella.

La violencia está presente también en el ámbito laboral, en diversos tipos de trabajo y en particular en el programa de auxiliares familiares (PAFR) cuyo contingente femenino alcanza casi un 90%. De esta proporción, el 85% de auxiliares proviene de las

Filipinas. Este programa exige 24 meses de trabajo con un empleador reconocido por el gobierno canadiense. La auxiliar familiar según el texto del programa está contratada para facilitar el desarrollo físico y mental de los niños, cuidar personas de la tercera edad, personas que necesitan cuidados físicos especiales o que sufran una minusvalía. Uno de los atractivos del PAFR es que al término de 36 meses de residencia en el país, la auxiliar puede pedir residencia permanente, hecho que le permite trabajar y tener acceso al amplio sistema de beneficios sociales de Canadá, en particular a la salud, el bienestar social, la educación, y el seguro de desempleo entre otros (Oxman-Martínez et al. 2007; Oxman-Martínez, et al. 2005). Entre las grandes desventajas del programa se encuentra la obligación de residencia permanente en casa del empleador, la dependencia de una tercera persona para obtener un estatus de inmigración permanente, el aislamiento social y la falta de acceso a servicios sociales y de salud durante los 24 meses exigidos y en muchos casos ello es debido a formas de explotación por parte de los empleadores.

La violencia se manifiesta también en algunos casos en el Programa de Trabajadores Temporarios (PTAT) cuyo contingente está formado principalmente por personas que provienen de México y Guatemala. La fuerte proporción de personas de sexo masculino nos evitará tratar el programa en mayor detalle.

Examen de las Políticas canadienses relacionadas con la Trata humana.

Una estimación exacta del número de personas traficadas en el mundo anualmente y solamente en Canadá es difícil de determinar dada la naturaleza clandestina de este fenómeno y la falta de datos empíricos. En base a una investigación de fuentes disponibles, la Gendarmería Real de Canadá (GRC)<sup>2</sup> estima que entre 700.000 y cuatro millones de personas son traficadas anualmente en el mundo. La GRC estima conservadoramente que aproximadamente 600 mujeres y niños son traficados en Canadá para la explotación sexual solamente y que por lo menos 800 personas son traficadas para el conjunto del mercado doméstico (implicación en el comercio de drogas, trabajo doméstico, mano de obra para la confección de vestimentas y otras industrias). Más aún, la GRC estima que entre 1.500 y 2.200 personas son traficadas a través de Canadá hacia los Estados Unidos, sugiriendo que Canadá es un país de origen, de tránsito y de destinación de trata humana (RCMP, 2005, no publicado).

Globalmente la trata involucra flujos de personas desde los países pobres y menos desarrollados hacia las naciones occidentales industrializadas. Los individuos son así tratados como bienes transnacionales por los traficantes. La Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2005) ha estimado que en un tiempo dado, hay un mínimo de 2.45 millones de personas haciendo trabajos forzados como consecuencia de la trata humana, de las cuales 270.000 son traficadas hacia los países industrializados. Víctimas de la trata que llegan a Canadá provienen de diferentes países, no obstante los países Asiáticos y los antiguos países de la Unión Soviética han sido identificados como

---

2. The RCMP acts as Canada's federal police force, mandated to investigate and prosecute crimes that cross provincial jurisdictions or relating directly to federal laws. In late 2003, the enforcement of the Immigration and Refugee Protection Act (LIPR) – a that is, enforcing immigration laws at points of entry into Canada or detaining individuals who fail to conform with the provisions of the Act – was transferred from Citizenship and Immigration Canada (CIC) to the Canada Border Services Agency (CBSA) (Oxman-Martínez & Hanley, 2004).



fuentes primarias<sup>3</sup>. Hay también una creciente toma de conciencia de un fenómeno que involucra ambos individuos inmigrantes e individuos de origen Canadiense –en particular Autóctonos– que son traficados al interior del país o desde Canadá hacia los Estados Unidos.

Canadá tuvo una importante participación en las negociaciones que condujeron a la adopción de los Protocolos de Naciones Unidas contra la Trata y el Tráfico Humano en el seno de la Convención de Palermo, Convención relativa a la Criminalidad Internacional. Representantes del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Comercio y de la Condición Femenina de Canadá, fueron instrumentales en estas negociaciones (2000). Canadá ha sido uno de los primeros países en firmar y ratificar el Protocolo, ayudando así a su materialización (Oxman-Martínez, Lacroix & Hanley, 2005). Los países que ratificaron el protocolo fueron urgidos a crear leyes nacionales en contra de la trata.

La posición de Canadá para prevenir y eliminar la trata de seres humanos combina esfuerzos de prevención de la trata en el extranjero –en los países de origen (de la trata internacional) simultáneamente al desarrollo de políticas e instrumentos legales para controlar el problema al interior de Canadá.

El foco de nuestra perspectiva está centrado en las experiencias de las ONG canadienses que tratan con víctimas traficadas en el país, se trata de una mirada ‘interior’ y de una crítica por parte de estos organismos de las políticas y programas vigentes. Esto no significa desconocer los muchos e importantes esfuerzos que Canadá ha hecho en términos de educación y de “desarrollo de capacidades” para prevenir la trata en el extranjero. Por ejemplo, a través de la Agencia de Desarrollo Internacional (ACDI) y el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración de Canadá (CIC), Canadá ha desarrollado y/o fundado proyectos relacionados con campañas de concienciación, formación profesional, capacity building de la sociedad civil y de organizaciones gubernamentales, asistencia a las víctimas en Rusia (CIDA, 2006a), Europa del Este y Central (SEERIGHTS, 2005)<sup>4</sup>, y Bangladesh (CRIN, 2005); campañas orientadas a impedir la trata transfronteriza de niños en la región limítrofe entre Mali, Burkina Faso, Guinea, y la Costa de Marfil (Treasury Board of Canada Secretariat, 2005); y el desarrollo de la legislación y de marcos políticos para combatir la trata en Pakistán (UNESCAP, 2004), y en el Sudeste de Asia (Thailand, Vietnam, Cambodia and Laos) (CIDA, 2006b). Condición Femenina Canadá ha financiado con la Organización Internacional de Migraciones en el 2003 ciertas ONG para desarrollar programas de ayuda a las víctimas de trata en Kyrgyzstan y a conducir actividades anti-trata en Pakistán. Más aún, el Grupo de Trabajo Interdepartamental de la Trata de personas ha producido un folleto informativo en 14 lenguas que alerta a las víctimas potenciales en los países de origen de los peligros de constituirse en presas de los traficantes. El folleto está disponible en las misiones Canadienses en el extranjero y en las ONG extranjeras, regionales y locales que trabajan con víctimas reales y potenciales de la trata, particularmente las mujeres y los niños de la calle (US Departamento de Estado, 2005).

---

3. Royal Canadian Mounted Police (RCMP). January 2004. Restricted information. *Project SURRENDER: A strategic intelligence assessment of the extent of human trafficking to Canada*. Criminal Intelligence Directorate.

4. SEERIGHTS, <http://www.seerights.org/> (December, 2007).

Estos esfuerzos de prevención constituyen un eje importante de la estrategia canadiense para prevenir y eliminar la trata de seres humanos. Nos centraremos ahora en una revisión de las políticas canadienses que afectan la posición nacional interna de Canadá respecto a la trata de seres humanos.

Como la trata implica el movimiento de personas a través de las fronteras, la legislación más importante referida a la trata es la Ley de Inmigración y Protección de Refugiados (LIPR) promulgada en el año 2001. Los objetivos de la política migratoria Canadiense son obtener los máximos beneficios sociales, culturales y económicos de la inmigración (Sección 3(1)(a)) y promover la integración exitosa de los inmigrantes en Canadá (Sección 3(1)(e)). Las categorías de inmigración establecidas en esta Ley están orientadas hacia el cumplimiento de los objetivos de inmigración enunciados en la Ley. La sección 118 constituye la primera previsión legal que criminaliza la trata explícitamente.

*Sección 118: (1) Ninguna persona deberá conscientemente organizar la venida a Canadá de una o más personas por medio de la abducción, fraude, decepción o uso de amenaza, o fuerza o coerción. 2) A propósito de la subsección (1), « organiza », con respecto a personas, incluye su reclutamiento, o transporte y, luego de su entrada a Canadá la recepción o el albergue de esas personas (LIPR, 2001)*

Otros cambios legislativos relativos a la trata humana han sido introducidos recientemente en el Código Criminal de Canadá. El 25 de Noviembre del 2005, el Proyecto de Ley C-49: Una Ley para Enmendar el Código Criminal (Trata de Personas), obtuvo el Asentimiento Real (Criminal Code, 2005). Sobrepasando las materias estrictamente relacionadas con inmigración, delineadas en la Sección 118 de la LIPR, el Proyecto de Ley C-49 transformó la trata humana en una ofensa criminal, expandiendo las formas en que la trata es comprendida y perseguida por la Ley y por los agentes de la Ley.

El artículo 279 del Código Criminal incluye tres prohibiciones principales relativas a la trata humana en Canadá.

*Primero, contiene la prohibición global de la trata humana, definida como el reclutamiento, transporte, transferencia, recepción, ocultamiento o albergue de una persona, o el ejercicio de control, dirección o influencia sobre los movimientos de una persona con el propósito de explotación. Segundo, prohíbe a una persona beneficiarse económicamente de la trata. Tercero, prohíbe el retener o destruir documentos de identidad, inmigración, o de viaje para facilitar la trata humana (Código Criminal, 2005, p.2).*

El Código Criminal presta poca atención a las víctimas de la trata, excepto para estipular que ellas deben ser capaces de obtener la restitución de daños corporales y/o psicológicos resultantes de la aplicación de la Ley

*En el caso de daño físico o psicológico a cualquier persona como resultado de cometer una ofensa o tentativa de arresto, pagando a la persona un monto que no exceda los daños pecuniarios incurridos como resultado del daño, incluyendo la pérdida de ingresos, o*

*sostén, si el montante es fácilmente verificable. (Paragraph 738(1)(b) Criminal Code)*<sup>5</sup>.

Otro componente del Código Criminal responde a las necesidades de las víctimas menores en el Artículo 4, que prevé la protección de testigos. Esta cláusula extiende la potestad de un juez de excluir al público de un juicio relacionado con la trata si el testigo es menor de 18 años. Más aún, el Código Criminal permite a un testigo testimoniar fuera de la Corte u oculto detrás de un biombo si es menor de 18 años y si el acusado esta involucrado en una ofensa de trata.

Los cambios legislativos introducidos por el gobierno canadiense indican que es más pro-activo respecto a los aspectos criminales de la trata que respecto a las necesidades y derechos de las víctimas. El “Future Group”, una ONG Canadiense que trabaja en la problemática de la trata internacional, publicó recientemente un informe criticando las políticas anti-trata humana de Canadá (The Future Group, 2006, p. 13).

El énfasis en la criminalidad significa que el Gobierno Canadiense tiene aún que implementar políticas de protección a largo plazo para las víctimas. Uno de los estudios discutidos en esta ponencia documenta las maneras en que las ONG Canadienses usan una diversidad de estrategias para responder a algunas de las necesidades básicas de las víctimas de la trata.

## **METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN**

El estudio del Ministerio de Justicia fue realizado en cuatro ciudades (Vancouver, Winnipeg, Toronto y Montreal) que tienen una fuerte proporción de mujeres inmigrantes, trabajadoras del sexo y víctimas de violencia, principalmente autóctonas en las dos primeras ciudades. Winnipeg tiene la más alta proporción de población urbana autóctona en el país, una consideración importante en función de la evidencia empírica de que los miembros de las primeras naciones están desproporcionadamente representados tanto entre las víctimas de violencia doméstica como entre las de la trata interna.

Organismos comunitarios que trabajan directamente con víctimas de la trata participaron directamente en el estudio. Dada la naturaleza oculta de la trata humana y la relativamente reciente toma de conciencia de este fenómeno en Canadá, se encontraron pocas ONG con mandatos específicos para tratar el problema y una muestra de bola de nieve fue necesaria para reclutar a los participantes. Un amplio espectro de proveedores de servicios fue consultado: servicios a las víctimas; ONG relacionadas con servicios de integración, servicios a los inmigrantes y refugiados, servicios comunitarios y de salud, organizaciones religiosas, casas de acogida a víctimas de violencia conyugal y organismos étnicos y autóctonos.

Un total de cuarenta entrevistas semi-estructuradas con trabajadores de primera línea fueron realizadas por teléfono, 10 en Toronto y Winnipeg, 11 en Vancouver y 9 en Montreal. El énfasis de las entrevistas fue la recogida de información acerca de

---

5. Section 738(1)(b) of the *Criminal Code* already allowed for a court to require an offender to pay restitution to a victim of physical harm. Bill C-49 thus expands on this section by allowing the payment of restitution for victims that have experienced physical and/or psychological harm at the hands of the offender.

las experiencias y las necesidades de las personas traficadas desde la perspectiva de los proveedores de servicio. Las entrevistas también exploraron la disponibilidad de los servicios comunitarios y los vacíos que pudieran existir en la provisión de estos servicios.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Barreras relacionadas con las Políticas

El análisis de contenido de las entrevistas con trabajadores comunitarios reveló la presencia de barreras significativas en términos de políticas y de aspectos socio-económicos y culturales que marginalizan aún más a las personas objeto de violencia, explotación o trata internacional y nacional. Aunque ambas categorías de barreras están descritas separadamente, ellas se intersectan, ayudando a consolidar la exclusión.

LIPR: Recriminalización, deportación, ausencia de canales legítimos de migración para las mujeres.

Los entrevistados identificaron la ausencia de un marco legal para la protección de las víctimas de trata como un impedimento mayor en sus esfuerzos por ayudarlas. Las ONG reportaron que sin una tal legislación, las víctimas son a menudo detenidas como inmigrantes ilegales dado que la LIPR otorga un poder discrecionario a los oficiales que aplican la ley para arrestar a inmigrantes sin documentos. Sección 55(2)b de la LIPR establece que “Un oficial puede sin una orden, arrestar y detener a un extranjero otro que una persona protegida (...) si el oficial no está satisfecho de la identidad del extranjero en el curso de un procedimiento bajo esta Ley”. En el caso de las mujeres traficadas hacia el comercio sexual, estas víctimas son a menudo el objeto de cargos bajo el Código Criminal por sollicitación pública para el propósito de prostitución<sup>6</sup>. Como la LIPR no incluye explícitas medidas de protección para las víctimas de trata, las medidas punitivas establecidas en la LIPR contra los migrantes ilegales pueden ser aplicadas a las víctimas de trata (CCR, 2001). Esta criminalización y detención de las víctimas es contraria al espíritu de los lineamientos del Protocolo de NU relativos a la protección de las víctimas y las Guías 6.1 de UNHCHR (2002) que las “personas traficadas no deben ser detenidas en centros de detención de inmigración, otros equipamientos de detención o refugios de vagabundos.”

Bajo la legislación actual, sólo aquellos inmigrantes reconocidos como refugiados están exentos de persecución por entrada clandestina o posesión de falsos documentos. Esto induce a las víctimas de trata y en algunos casos de violencia doméstica a solicitar por el estatus de refugiado como una solución. Como aún, sin embargo, no hay guías explícitas para el Consejo de Inmigración y Refugiados en la consideración de casos relacionados con la trata, en muchos casos el perfil de los demandantes no corresponde al estatus de refugiado. Si por una parte la búsqueda de protección a través de una demanda de estatus de refugiado es incierta para las víctimas de trata, por otra parte muchas víctimas desconocen cualquiera posibilidad de búsqueda de protección bajo la Ley canadiense.

---

6. While prostitution is legal in Canada, solliciting in public for the purposes of prostitution is not (Criminal Code, 2005, s. 213).

Dada la falta de un marco legal para la protección de las víctimas, pocas ONG mantienen archivos de los servicios que proveen a las víctimas de trata, reforzando así la naturaleza clandestina del fenómeno. Como estas mujeres están potencialmente sujetas a la criminalización o a la deportación (dependiendo de su estatus de residencia), temen identificarse a la autoridad o a los grupos comunitarios.

Aquellas que manifiestan abiertamente que son víctimas de trata son a menudo enviadas de regreso a su país de origen, a través de una repatriación voluntaria.

### **Elegibilidad a los Servicios de Salud y Sociales**

Con respecto a la Ley de Salud de Canadá, el gobierno establece que todos los residentes legales de Canadá deben ser elegibles a los planes provinciales de salud, por lo tanto excluyen muchas mujeres traficadas con un status de inmigración precario, a pesar de cierta flexibilidad que disponen las provincias en la interpretación de la Ley. La Ley de Salud de Canadá define aquellos que son elegibles para un seguro público de salud como un residente de la provincia y que tiene “legalmente derecho a estar o permanecer en Canadá, que la hace su país y que está corrientemente presente en la provincia, pero no incluye a un turista, un permiso de tránsito o un visitante de la provincia” (CHA, 1985, sección 10). La sección 11 también establece que una provincia no debe imponer un periodo de espera que exceda de 3 meses para acceder a un servicio de salud asegurado por el Estado. Estas restricciones impuestas por la Ley de Salud de Canadá inducen a los organismos comunitarios a buscar nuevas y creativas avenidas para la provisión de servicios de salud en sus esfuerzos para responder a las necesidades de las víctimas de trata. El servicio de salud de Canadá ofrece sin embargo, un apoyo limitado –a través de su financiamiento– a un pequeño número de clínicas públicas gratuitas, clínicas que no requieren una prueba de seguro público de salud<sup>7</sup>. En cooperación con Condición Femenina Canadá, ha financiado también pequeños proyectos a escala local que otorgan servicios a mujeres traficadas, en particular a aquellas involucradas en el comercio sexual.

A excepción de una agencia en Winnipeg que contaba con enfermeras entre su personal, ninguna de las organizaciones entrevistadas ofrecía servicios de salud. Sin embargo, la educación en salud constituye una prioridad en las 4 ciudades. En Vancouver y Winnipeg grupos de mujeres, centros de acogida **temporarios a corto plazo** y centros para agresiones sexuales, se preocupan de la prevención de la salud; en Toronto y Montreal, servicios a los refugiados y organizaciones de trabajadoras del sexo y domésticas llevaban a cabo este tipo de outreach y educación. Dos ejemplos de estrategias exitosas para encontrar víctimas potenciales en el área de la salud fueron señalados por quienes respondieron: (1) colaboración entre una asociación de trabajadoras del sexo y el llamado Consejo de la Salud de Peel “Peel Board of Health” a fin de obtener acceso a los clubes de strip y a los salones de masajes; y (2) el uso de educadores “pares” para ganar acceso a los lugares de trabajo en el comercio sexual.

---

7. Such clinics offer improved access to health care for not only migrants who are ineligible for public health care but also for Canadian-born individuals who do not have any identification or who fear revealing their identities (common among the homeless and internally trafficked individuals).

Una organización de Montreal creó su propia clínica de salud semanal en colaboración con *Médicos del Mundo*, ofreciendo servicios médicos gratuitos de primera línea independientemente del estatus de inmigración o la presentación de una tarjeta de identificación. Otro grupo encontró doctores al interior de las comunidades étnicas para ofrecer benévolamente sus servicios cuando surgiera la necesidad. Muchas organizaciones en cada ciudad, especialmente en los centros de agresión sexual, informaron que acompañaban a las víctimas a su cita de salud para defender sus derechos y explicar los procedimientos.

Entre las lagunas de servicios de salud señaladas, los entrevistados identificaron un número insuficiente de trabajadores para salud y educación outreach, falta de servicios residenciales para convalecencia, falta de lechos de desintoxicación (especialmente en el equipamiento para mujeres solamente), y la dificultad de acceder a los servicios públicos para las víctimas sin status de inmigración o identificación adecuada.

Las respuestas indicaron que el obstáculo mayor para la provisión de servicios a nivel de organismos de base y comunitarios es la falta de financiamiento. Pocos recursos y fondos existen para ofrecer y desarrollar un amplio espectro de servicios, incluyendo programas de desarrollo de personal. Más aún, hay una falta de espacio de trabajo, problemas relacionados con el horario de funcionamiento y falta de servicios de interpretación y traducción adecuados. También falta un entrenamiento profesional adecuado a la dinámica de la trata de seres humanos:

Esta ausencia de asistencia y de servicios para las víctimas de la trata está confirmada por observadores internacionales. El Comité de NU para la Eliminación de la Discriminación en contra de las Mujeres (CEDAW) estableció que el informe del Gobierno Canadiense de Enero 2003 no reportó información suficiente acerca de los programas para ayudar a las víctimas de trata a través de consejo y reintegración (CEDAW, 2003: párrafos 366 y 368). La actual escasez de servicios refleja un incumplimiento de las recomendaciones del Protocolo para proveer la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de trata. (i.e. vivienda adecuada; consejo e información, asistencia médica, psicológica y material; empleo y formación educacional; oportunidades de entrenamiento). La falta de acceso de las víctimas de trata humana a los servicios de salud constituye una violación de sus derechos humanos básicos como individuos, traficados o no. Canadá considera que la manera más apropiada de proteger los derechos de las víctimas, es a través de los servicios sociales y de salud que están proporcionados actualmente por las ONG y por los grupos comunitarios. El grupo de trabajo interdepartamental de la anti-trata de personas (IWG-TIP) considera que el apoyo y financiamiento de tales grupos es un área clave del apoyo del Gobierno para las víctimas de trata. Sin embargo, un nivel insuficiente de financiamiento y la falta de un marco comprensivo para coordinar la provisión de servicios excluye una adecuada provisión de servicios en el seno del sector comunitario. A pesar de que muchos actores gubernamentales están tratando de implementar estas medidas en bases *ad hoc* (ver Organización Internacional de Migraciones (IOM/RCMP) Ciudadanía e Inmigración Canadá (CIC) colaboraciones ya mencionadas, un marco legal comprensivo es sin duda el factor clave para asegurar el respeto de los derechos de los migrantes.

## **RESULTADOS Y DISCUSIÓN: BARRERAS SOCIO-ECONÓMICAS Y CULTURALES**

### **Discriminación y Racismo**

Muchos de los que respondieron enfatizaron que la discriminación estructural y las desigualdades históricas han creado un medio en el cual la explotación de las mujeres, especialmente aquellos que han sido racializados, aún ocurre en el siglo 21. Desigualdades relacionadas con la disparidad económica global, con los países del Norte y del Sur y la colonización de los pueblos Autóctonos han emergido como la fuerza motriz detrás de la violencia y la trata internacional y doméstica de seres humanos. Los desniveles extremos de riqueza, poder y oportunidades dejan a ciertos individuos y poblaciones excesivamente “vulnerables” a la explotación, mientras otros injustamente ejercen su poder sobre ellos. La existencia de lazos establecidos por la deuda y la explotación de mujeres y niños al interior de un país “desarrollado” son abominables para la vasta mayoría de canadienses y destacan la importancia crítica de resolver estas desigualdades fundacionales.

La trata nacional o doméstica fue identificada por los entrevistados en relación a la situación particular de las comunidades canadienses autóctonas y su historia de explotación colonial y racista. Las mujeres y los niños Autóctonos son traficados desde un área de Canadá a otra con el propósito de explotarlos en el comercio del sexo y de las drogas y son mal representados en los medios de comunicación.

Las mujeres traficadas internacionalmente sienten la falta de protección en el país de recepción. La falta de una legislación que las proteja en vez de criminalizarlas o deportarlas es señalada constantemente.

### **Barreras de Lengua**

Los organismos comunitarios son capaces de ofrecer servicios en lenguas distintas de las dos lenguas oficiales del país, Inglés o Francés (ejemplo Mandarín, Cantonés, Español, Filipino, Rumano, Thai y Hindú). Sin embargo, ninguna organización individualmente puede atender en todas las lenguas en que las víctimas buscan servicios; muchas de ellas cooperan con otros grupos, o servicios públicos que proveen accesos a traductores.

A lo largo con los esfuerzos para traducir sus propios servicios muchos informantes reportaron tratar de ofrecer servicios de traducción para facilitar la declaración de las víctimas en la Corte, para las citas de salud y legales o para los contactos con las variadas agencias gubernamentales. Encontrar traductores en situaciones de crisis ha probado ser difícil, sugiriendo la necesidad de un banco de traductores, en lo posible de sexo femenino, para un servicio de llamadas de 24 horas, financiado por el gobierno.

La ausencia de formación en lenguas para las víctimas y la incapacidad de asegurar espacios en los cursos de lenguas –especialmente para aquellas que no tienen horarios flexibles, documentos de identificación o inmigración y/o un ingreso para permitirles el transporte– constituye de acuerdo a los informantes, una barrera que afecta fundamentalmente a la capacidad de las víctimas de trata internacional de obtener beneficios de los servicios disponibles y de otras formas de ayuda.

## **Marginalización y Aislamiento**

Los entrevistados señalaron que la marginalización y el aislamiento, ambas características inherentes a las distintas facetas de la violencia y la trata humana, son barreras importantes para la protección de las víctimas tanto internacionales como nacionales. Más aún, la naturaleza secreta de la trata impide a las mujeres revelar información. La restricción de movimientos de las víctimas y la ausencia de comunicación con el mundo exterior también obstaculiza el acceso de muchas mujeres a los servicios sociales.

Sobrepasar este tipo de secuestro y de aislamiento requiere además de una intervención policial simpatética, un esfuerzo a largo plazo de concientización, con el objeto de crear una relación de confianza con el sistema social Canadiense. Una vez más, la falta de protección del sistema legal canadiense y la constante vigilancia de los traficantes bloquea la capacidad de las víctimas para salir de su situación de explotación.

## **Adicción a las Drogas y al Alcohol**

La adicción a las drogas y al alcohol son factores que afectan adversamente la situación de las víctimas internacionales y nacionales de la trata. Sin embargo la manera en que la adicción está conectada a la trata internacional o doméstica es la que difiere grandemente.

En términos de trata internacional, las mujeres se transforman en adictas después de haber sido traficadas. A menudo son drogadas por los traficantes para mantenerlas en un estado de sumisión o bien las víctimas comienzan a utilizar alcohol y drogas a fin de sobrevivir a su situación. Una vez adictas, tienen pocas posibilidades de escapar de sus captores.

En el caso de la trata interna, las mujeres y los niños son susceptibles de ser adictos antes de ser traficados; esto se debe en gran parte a sus situaciones de pobreza y falta de oportunidades. Algunas de las ONG de Winnipeg y Vancouver citaron la falta de interés de los refugios a aceptar individuos bajo la influencia de las drogas o el alcohol, agregando una barrera adicional al acceso de ayuda:

## **Imperativo Económico o Falta de Alternativas Viables**

La pobreza es citada a menudo como una de las principales causas estructurales (socio-económicas y culturales) detrás de la trata humana y es igualmente significativa tanto en la trata internacional como en la doméstica. En el caso de la violencia doméstica ella está vinculada al estatus migratorio precario, independientemente de la situación económica y social. La pobreza y la falta de oportunidades tienen un impacto desproporcionado en las mujeres en sus comunidades de origen, empujándolas a buscar oportunidades que las someten al riesgo de ser traficadas. Quienes respondieron informaron unánimemente que estos factores estructurales facilitaban las condiciones de la trata en los países en desarrollo.

Algunos programas canadienses tales como el Programa de Auxiliares Familiares Residentes (PAFR) o visas de trabajo temporáneo (con rápida aprobación para ocupaciones tales como “bailarina exótica”) facilitan involuntariamente la trata de mujeres, al dejar a individuos que tienen pocas opciones de emigrar la posibilidad de aceptarlos, dejándolos susceptibles de engaño o explotación.



Las personas traficadas internamente se encuentran seducidas por las descripciones anecdóticas y el retrato que hacen los medios de comunicación de la vida urbana. La atracción que ejercen estas áreas en las mujeres y la juventud Autóctona de las comunidades del Norte Canadiense es muy grande. Tanto la búsqueda de oportunidades educacionales como de empleo representan factores de empuje para las víctimas potenciales que buscan un medio de salida, al mismo tiempo que su inexperiencia y falta de especialización en el medio urbano aumentan el riesgo de ser objeto de trata.

## **CONCLUSIONES**

### **Promoviendo los Derechos Humanos**

Los resultados del estudio bajo discusión sugieren que Canadá ha enmarcado la problemática de la trata humana desde una perspectiva legal restrictiva. Aplicando los instrumentos internacionales actualmente disponibles sobre los derechos humanos y la investigación sobre la trata, es nuestra conclusión que la trata humana debe ser primariamente considerada desde una perspectiva de derechos humanos, sin excluir la prosecución y la pena de los traficantes. Si bien es cierto que es una obligación del Gobierno Canadiense preocuparse de la protección de las víctimas, no es menos cierto que son las ONG quienes deben cumplir con la tarea fundamental de protección, pues son ellas las que cuentan con la confianza de las víctimas.

La perspectiva de los derechos humanos ha sido adoptada por los grupos que luchan por la justicia social y las ONG y por lo menos en principio, por ciertas Naciones-Estados. Desde este punto de vista de los principios y no de la práctica, el Departamento de Estado Norteamericano (2005) expresa que “fundamentalmente, la trata de personas viola el derecho humano universal a la vida, la libertad y la libertad de la esclavitud en todas sus formas”. Canadá ha demostrado su compromiso con una posición de respeto de los derechos humanos al ser el primer país en ratificar el Protocolo de NU, pero ha actuado con una cierta lentitud en desarrollar un marco político capaz de traducir este compromiso en una acción nacional.

### **Residencia Temporal, Visas, Estatus de Migración**

Con el propósito de responder a las mejores “prácticas internacionales”, el gobierno Canadiense ha creado en el 2007 una visa de residencia temporal de 180 días para las personas traficadas, periodo que es muy limitado. Muchos países industrializados, incluyendo Estados Unidos, Italia, Australia y Noruega, habían implementado con anterioridad estas visas. Teóricamente, el objetivo de este tipo de visa es el de permitir a las víctimas de la trata residir en un lugar geográfico seguro sin temor a la inmediata deportación. Tales visas, como la T-Visa en Estados Unidos, estipulan a menudo la participación de la víctima en la prosecución del traficante (2005). Otros países, sin embargo, han creado visas de residencia temporal llamadas “periodos de reflexión”, en los cuales la víctima puede permanecer en el país temporalmente por un periodo de tiempo asignado por el gobierno, sin tener que testificar en contra del traficante. Durante este periodo, las personas traficadas están invitadas a “reflexionar” si quieren o no ser repatriadas voluntariamente a su país de origen. En Italia, las personas traficadas disponen de un periodo de 6 meses de reflexión bajo la Ley de Inmigración de 1998 (The Protection Project, 2006). Debe señalarse que, a menudo, una vez terminado

el periodo de reflexión, se permite una estadía más larga si la víctima participa en la prosecución de su traficante. La participación de las víctimas en la prosecución de los traficantes es considerada una necesidad por la mayoría de los Estados-Naciones. En Noruega, por ejemplo, la víctima puede “saltarse” el periodo de reflexión si desea participar en la prosecución del traficante y obtener así una visa de residencia temporal. En algunos casos, las personas traficadas pueden el permiso de residencia permanente mientras disponen de una visa temporal.

Es importante tener presente que la participación en la prosecución de los traficantes no es necesariamente segura para las víctimas, incluso si han sido liberadas de sus deudas. Las mujeres son frecuentemente escogidas por los traficantes en función de su situación de vulnerabilidad, por ejemplo tener un niño y/o estrechos lazos familiares en su país de origen. Los traficantes pueden utilizar opresivamente esta vulnerabilidad amenazando el bienestar de la familia en el caso que la víctima denuncie al traficante.

Se sugiere en nuestro caso que las visas temporarias no estén condicionadas al solo hecho de que las personas traficadas testimonien en contra del traficante. Se propone en cambio que la decisión de la víctima de participar en la corte contra el traficante sea concordante con el nivel de peligro que ella enfrenta en el caso de testificar. Por lo tanto la elegibilidad entre un periodo de reflexión y la subsiguiente visa temporal no debiera estar ligada a la participación en la persecución del traficante. Un paralelo puede ser establecido con la prosecución de los traficantes y los casos de violencia conyugal en los cuales la esposa violentada no puede ser obligada a testificar en contra de aquel que la abusa, dadas las posibilidades de que esto lleve a amenazas o peligros más graves.

Desde la perspectiva de los autores, una visa temporal para las víctimas de la trata es insuficiente. Dado que la mayoría de las víctimas necesitan y desean desesperadamente permanecer en el país de destino, una visa temporal no las motivaría a salir en público y tener fe en los grupos comunitarios y autoridades. La investigación de las implicaciones del status de inmigración precario relativas a la equidad y acceso a los servicios de salud y sociales ha documentado los problemas que emergen de un tal modelo (Oxman-Martínez, Hanley, Lach & *al.* 2005). Las víctimas de la trata deben ser autorizadas a solicitar el permiso de residencia permanente mientras están con sus visas temporarias y su evaluación debe comprender los mismos lineamientos que aquellos para los refugiados aceptados que solicitan dicha residencia permanente. En el caso de refugiados aceptados el sistema canadiense de “puntaje” para evaluar inmigrantes se deja relativamente de lado y el control de seguridad básico constituye el factor determinante.

## **ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD Y SOCIALES**

Mientras la creación de una visa de residencia temporal es técnicamente el único medio en que el gobierno Canadiense pueda respetar los derechos humanos de las víctimas, esta visa puede ser considerada como un marco global bajo el cual pueden ser cubiertas distintas problemáticas sobre los derechos humanos. Esta visa daría acceso a los servicios sociales y de salud Canadienses a las personas traficadas. La visa de residencia temporal podría así mejorar grandemente la calidad de vida de estas personas. Ellas podrían en adelante no estar relegadas a un status de fugitivas o criminales

y podrían gozar de los derechos humanos básicos de que gozan todos los Canadienses. El desarrollar una estrategia más coherente para proveer servicios a las víctimas no pretende disminuir el rol de las ONG, sino asegurar una adecuada provisión de servicios en donde la oferta está ausente.

### **Cooperación Estado-ONG**

Los servicios comunitarios no-gubernamentales debieran ser considerados como un “proceso de producción” a través del cual las necesidades y la provisión de los servicios sociales están típicamente determinadas por la oferta y la demanda (Knapp 1984). La adecuación de la oferta a la demanda es considerada como un imperativo en la creación de una adecuada provisión de servicios (Breda & Crets 2001).

En el caso de servicios para víctimas de trata, aquellos que demandan los servicios no tienen los medios para pagarlos. La oferta, por lo tanto, depende de la provisión de servicios del Estado en el mercado o de los grupos activistas u organismos de caridad. El gasto gubernamental en servicios sociales es un determinante clave en la oferta de tales recursos. Este estudio ha producido resultados interesantes relativos a la manera en la cual los servicios sociales están siendo provistos a las víctimas de trata en necesidad en ausencia de recursos financieros para este propósito. En la medida en que la especialización se desarrolla en estas organizaciones, deben realizarse esfuerzos para reconocer su contribución acompañándola del financiamiento necesario.

Desde el momento en que el gobierno no ha reconocido los derechos de las víctimas de la trata bajo un aspecto legal, las ONG no han recibido los recursos específicos para atender a las víctimas de trata. Sólo cinco de las cuarenta ONG entrevistadas tenían mandatos específicos relacionados con la problemática de la trata, y sólo dos de ellas trabajaban directamente con la provisión de servicios. Esto significa que las ONG del país han tratado de responder a la “demanda” de tales víctimas sin tener los recursos financieros y materiales adecuados para hacerlo. Este estudio ha encontrado que aun cuando la oferta no está disponible, las ONG tratan de responder a las necesidades de las personas que acuden por su ayuda. En algunos casos, cuando la “oferta” de servicios para estas víctimas no se encuentra en un área o una organización particular, las ONG unen sus esfuerzos y crean un servicio “solidario” (Laville 2005) a fin de responder a las necesidades creando una cadena de oferta y demanda. Esto distingue esencialmente el proceso de producción de las ONG de otras organizaciones o negocios con fines de lucro. Si la demanda de un servicio no puede ser respondida por una ONG, ella voluntariamente enviará a su cliente a otra ONG a fin de asegurar que las necesidades sean alcanzadas. La importancia de un tal sistema no debería ser subestimada, en particular a la luz del hecho de que si no fuera por la presencia de las ONG Canadienses que operan a través de esta cadena, las necesidades de las víctimas de la trata no serían virtualmente satisfechas.

A pesar del hecho de que las ONG están tratando de responder en la medida de lo posible a las necesidades de las víctimas de trata, a través del sistema mencionado, los resultados de la investigación indican claramente que estas necesidades a menudo no alcanzan a satisfacerse. Las ONG están operando bajo un conjunto de mandatos variados que influyen la manera en que ellas sirven a las víctimas de trata. El Gobierno Canadiense debe desarrollar una estructura de financiamiento de los ONG que les permita proveer los servicios necesarios para resolver las necesidades de las víctimas de trata.

## Ingreso Durable

Numerosos estudios han documentado que el ingreso durable es la única solución viable para disminuir la pobreza de poblaciones económicamente marginadas a través del país, a largo plazo. Se ha señalado que la combinación de factores como el aislamiento geográfico de las comunidades Autóctonas del Norte, la marginalización y la falta de oportunidades educacionales y de empleo y la adicción a drogas y alcohol de mujeres y niños, rinden esta población más vulnerable. Programas educacionales y de formación laboral debieran ser implementados en las comunidades Autóctonas como medio de retención de la población a fin de ofrecerle un futuro mejor. Viviendas adaptadas o centros de recepción y de escolaridad en los centros urbanos del sur debieran ser creados e incorporados en las políticas nacionales a fin de recibir la población Autóctona que emigra hacia los centros urbanos.

Las disparidades entre los países más y menos desarrollados contribuyen a grandes flujos migratorios internacionales que no pueden ser resueltos con políticas unilaterales

En el contexto Canadiense, constatamos que el sector de las ONG que ha identificado la necesidad de un variado espectro de servicios para las víctimas de la trata ha adoptado una posición pro-activa para responder a estas necesidades ajustando sus actividades al interior de sus mandatos. Por muy valiosos que sean estos esfuerzos, están limitados por la falta de un marco jurídico gubernamental coherente para la protección de las víctimas. Las ONG manifestaron su frustración respecto a la falta de apoyo del Estado en sus esfuerzos e identificaron la ausencia del marco legal para la protección de las víctimas y la ausencia de financiamiento para obtener los recursos humanos y materiales necesarios como los mayores obstáculos para realizar sus actividades.

Mientras Canadá reconoce que la trata humana es una problemática importante de derechos humanos, hasta ahora ha concentrado sus acciones fundamentalmente en la perspectiva de seguridad. Estimamos que Canadá debe complementar sus esfuerzos de prevención y de prosecución con una centración en los derechos humanos de las víctimas.

Recientemente, los miembros del IWG-TIP han progresado en sus intentos por promover y desarrollar un marco legal de protección al nivel federal. Esperamos que estos resultados sean productivos en un futuro cercano ya que Canadá reconoce la urgencia de desarrollar un marco político coherente para la protección de las víctimas. Y tener así la posibilidad de transformarse en líder en la lucha global para prevenir y proteger a las víctimas de la trata humana.

## REFERENCIAS

- BREDA, J., & CRETS, S. (2001). Managing the quality paradox: producing welfare services in a turbulent environment. *International Social Work*, 44, 43-55.
- Canada Health Act. RS, 1985, c. C-6, <http://laws.justice.gc.ca/en/C-6/> (December 2007)
- Canadian Council for Refugees. (2001). *Bill C-11 brief*. Retrieved October 11, 2005, from the Canadian Council for Refugees web site: <http://www.web.ca/~ccr/c11brief.PDF>.

- CIDA. (2006a). Project Browser. Retrieved April 12, 2006 from the CIDA Web site: <http://www.acdicida.gc.ca/CIDAWEB/cpo.nsf/vLUWebProjEn/AFE2AFDA1399172F85256F980036F18A?OpenDocument>
- CIDA. (2006b). Stopping the sex trade in Southeast Asia. Retrieved April 12, 2006 from the CIDA Web site: [http://www.acdi-cida.gc.ca/cida\\_ind.nsf/vLUaIIDocByIDEn/9E89E066AC4BE35C852568FB0063298F?OpenDocument](http://www.acdi-cida.gc.ca/cida_ind.nsf/vLUaIIDocByIDEn/9E89E066AC4BE35C852568FB0063298F?OpenDocument)
- Child Rights Information Network (CRIN). (2005). Bangladesh: NUS Programme to Combat Trafficking and Sexual Exploitation (18 May 2005). Retrieved April 12, 2006 from the CRIN Web site: <http://www.crin.org/resources/InfoDetail.asp?ID=5568>
- Criminal Code. (2005). *Bill C-49: An Act to Amend the Criminal Code (Trafficking in Persons)*, S.C. 2005, c. 43. [http://www.parl.gc.ca/common/Bills\\_ls.asp?Parl=38&Ses=1&ls=C49#2thetrafficking](http://www.parl.gc.ca/common/Bills_ls.asp?Parl=38&Ses=1&ls=C49#2thetrafficking) (December 2007).
- Department of Justice Canada. (2001) *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. <http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/> (December 2007).
- Department of Justice Canada. (2000, December 15). Le Canada signe la Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational et les protocoles facultatifs. Ottawa: Justice Canada. Retrieved April 18, 2003 from the Department of Justice Canada Web site: [http://canada.justice.gc.ca/fr/news/nr/2000/doc\\_25784.html](http://canada.justice.gc.ca/fr/news/nr/2000/doc_25784.html), (December 2007).
- Future Group, The. (2006). *Falling short of the mark: an international study on the treatment of human trafficking victims*. Retrieved October 23, 2005 from The Future Group web site: <http://www.thefuturegroup.org/TFGhumantraffickingvictimsstudy.pdf>, (December 2007).
- HANLEY, J., OXMAN-MARTÍNEZ, J., & Lacroix, M. (janvier 2006). The “Deserving” Undocumented?: Community-Based Services for the Victims of Human Trafficking in Canada. Article soumis à *LABOUR, Capital & Society*. Special issue on gender, migration and trafficking.
- HANLEY, J., & OXMAN-MARTÍNEZ, J. (September 2004) A report on Trafficking in Persons. *Metropolis Conversation Series*, No. 18, pp. 1-8.
- International Labour Organization. (2005). *A global alliance against forced labour*. Retrieved October 3, 2005 from the International Labour Organization Web site: <http://www.ilo.org/dyn/declaris>, (December 2007).
- KNAPP, M. (1984). *The economics of social care*. London: Macmillan.
- LAVILLE, J-L. (2005). *Sociologie des services: entre marchés et solidarités*. Ramonville: Èrès Edition.
- LINDSTROM, N. (2006, January). *Transnational responses to human trafficking in the Balkans*. Paper presented at the Human and Sex Trafficking Speaker Series, Maxwell Women’s Caucus, Syracuse, New York, United States.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., HANLEY, J & LACROIX, M. (2008). The Voices of NGOs: Demand and Supply for Protection Services for Victims of Trafficking. In AUTEURS (Eds.) *Violences faites aux femmes*. Collection Problèmes sociaux et Interventions sociales, Québec, Presses de l’Université du Québec.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., & HANLEY, J. (2007). La traite des personnes et la famille: un lien négligé, incontournable dans tout travail de prévention et de protection in « Familles immigrantes récentes et relations intergénérationnelles » sous la direction de Josiane Le Gall, dir. Alain Roy et Hélène Belleau. *Enfances, Familles, Générations*, No. 6 (automne 2007), pp. 1-22.

- OXMAN-MARTÍNEZ, J., SPITZER, D., HANLEY, J., BOHARD, I., HUGUES, K. (Juillet 2007). Les violences sounoises existent-elles? Article soumis à *Anthropologie et Sociétés*.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., HANLEY, J., LACH, L., KHANLOU, N., WEERASINGHE, S., & AGNEW, V. (2005, October). *Intersection of federal policy parameters affecting women with precarious immigration status: a baseline for understanding barriers to health*. *Journal of Immigrant Health*, 7 (4), 247-258.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., HANLEY, J., & LACROIX, M. (Accepté Avril 2006). *Avances en la lucha contra la trata de mujeres y niños en Canadá*. Secretaria de Relaciones Exteriores (SER) de Méjico en colaboración con el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM).
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., LACROIX, M., & HANLEY, J. (2005). Victims of trafficking in persons: perspectives from the Canadian community sector. Ottawa: Department of Justice Canada, Research and Statistics Division.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., & KRANE, J. (avril 2005) Un décalage entre théorie et pratique? Violence conjugale et femmes issues des minorités ethniques. Numéro spécial. *Journal International de Victimologie*. No. 3, 10 p.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., & HANLEY, J., GOMEZ, F. (2005). Canadian Policy on Human Trafficking: a four-year analysis. *International Migration Journal*. Vol 43, No. 4, pp. 7-29.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., LACROIX, M., & HANLEY, J. (August 2005). *Victims of Trafficking in Persons: Perspectives from the Canadian Community Sector*. Department of Justice Canada, Research and Statistics Division. 47 p. <http://canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/pubnew.cfm>
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., & HANLEY, J. (September 2004). A follow-up study of Canadian policy on human trafficking: impacts of the Immigration and Refugee Protection Act. *International Migration*, 25, 1-17.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., & HANLEY, J. (September 2004). *A Follow-up Study of Canadian Policy on Human Trafficking: Impacts of the Immigration and Refugee Protection Act*. Working Paper, Montréal, Centre d'excellence Immigration et métropoles. No. 25, 21 p.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., KRANE, J., CORBIN, N. & LOISELLE-LÉONARD, M. (2002). *Competing Conceptions of Conjugal Violence: Insights from an Intersectional Framework*. Canadian Heritage, Multiculturalism and Immigration et Métropoles. 59 p. ISBN 0-7717-0602-2.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J. & VINCENT LAPIERRE, N. (eds.) (2002). *Precarious Immigration Status, dependency and women's Vulnerability to Violence: Impacts on their Health: Proceedings*. Centre for Applied Family Studies, McGill University and Immigration and Metropolis (domain 4). ISBN: 0-7177-0598-0. 112 p.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., MARTÍNEZ, A. & HANLEY, J. (2001). The Traffic of Women in Canada: Gendered Experiences of Immigration Policies. *Journal of International Migration and Integration*, 2 (3), pp. 297-313.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., MARTÍNEZ, A. & HANLEY, J. (2001). Human Trafficking: Canadian Government Policies and Practices. *Refuge*, 19(4), pp. 14-23.
- KRANE, J., OXMAN-MARTÍNEZ, J. & DUCEY, K. (2001). Violence against Women and Ethno-racial Minority Women: Examining Assumptions about Ethnicity and "Race". *Canadian Ethnic Studies*. 32(3), pp. 1-18.
- OXMAN-MARTÍNEZ, J., ABDOOLS S. & LOISELLE-LÉONARD, M. (2000). Immigration, Women and Health in Canada. *Canadian Journal of Public Health*, Nov/Dec., pp. 394-395.

- OXMAN-MARTÍNEZ, J. & MARTÍNEZ, A. (2000). *Trafficking in Human Beings: Summary of Federal Government Practices and Policy Issues in Canada*. The Global Challenges and Opportunities Network (GCON), Policy Research Initiative. 45 p.
- Royal Canadian Mounted Police (RCMP). (January 2004). *Project SURRENDER: A strategic intelligence assessment of the extent of human trafficking to Canada*. Restricted information. Criminal Intelligence Directorate.
- South East European Regional Initiative Against Human Trafficking (SEERIGHTS). (2005). *Projects & Contacts*. Retrieved April 12, 2006 from <http://www.seerights.org/tables.php?val=28>
- STRAUSS, A., & CORBIN, J. (1998). *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*. Thousand Oaks, California: Sage Publications.
- The Protection Project. *Human rights report*. Retrieved February 1, 2006 from the Protection Project Web site: <http://www.protectionproject.org/aus.htm>.
- Treasury Board of Canada Secretariat. (2005). DPR 2004-2005: Canadian International Development Agency. Retrieved April 12, 2006 from the Treasury Board of Canada Secretariat Web site: [http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr1/04-05/CIDA-ACDI/CIDA-ACDI4503\\_e.asp](http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr1/04-05/CIDA-ACDI/CIDA-ACDI4503_e.asp)
- United Nations. (2000). *Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. Retrieved February 1, 2006 from the UNODC web site: [http://www.unodc.org/pdf/crime/a\\_res\\_55/res5525e.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf).  
[http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final\\_documents\\_2/convention\\_%20traff\\_eng.pdf](http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_%20traff_eng.pdf) (December, 2006).
- United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). (2003). *Report of the committee on the elimination of discrimination against women*. New York: United Nations. [http://www.fafia-afai.org/images/CEDAW\\_UNrecs\\_to\\_Canada\\_2003.pdf](http://www.fafia-afai.org/images/CEDAW_UNrecs_to_Canada_2003.pdf) (December 2007).
- U.N. Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP). (2004). *Inventory of selected anti-trafficking projects and initiatives in the UNESCAP Region*. Retrieved April 12, 2006 from the UNESCAP Web site: <http://www.unescap.org/esid/gad/Resources/Anti-trafficking.pdf>
- United Nations High Commissioner for Human Rights (UNHCHR). (2002). *Principles and guidelines on human rights and trafficking*. Retrieved February 1, 2006 from the University of Minnesota Human Rights Library Web site: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/traffickingGuidelinesHCHR.html>
- US Department of State, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons. (2005). *Victims of trafficking and violence protection act of 2000: trafficking in persons report 2005*. Retrieved January 20, 2006 from the US Department of State Web site: <http://www.state.gov/documents/organization/47255.pdf>.
- U.S. Department of State. (2005). *Trafficking in Persons Report*. Retrieved April 12, 2006 from the U.S. Department of State Web site: <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/46613.htm>





# LAVADO DE DINERO Y POLÍTICA CRIMINAL EN EL URUGUAY

Prof. Dr. Miguel LANGÓN CUÑARRO

Fiscal  
Uruguay

**Resumen:** El delito de lavado de dinero es un delito “nuevo”, creado en 1998, y que no ha dejado de crecer y ramificarse, desarrollándose con ello un aumento de la criminalidad no convencional, de tipo organizada, donde se advierte la construcción de un Derecho penal excepcional, en relación con el Derecho clásico de garantías, liberal y democrático. El presente trabajo revisa el proceso de expansión en la punición de algunos de los principales aspectos del lavado de dinero en el Derecho penal uruguayo, que se presenta como una manifestación más de lo que Jakobs ha denominado un Derecho penal de enemigos, donde se pone en crisis el Derecho penal tradicional, de garantías, liberal y democrático.

**Laburpena:** Kapitalak zuritzea delitu “berria” da, 1998 sortua eta harrezkero hazi eta adarkatu dena. Berarekin batera, arrunta ez den kriminalitate antolatuaoren goratzea etorri da, eta honekin salbuespenezko zuzenbide penal baten eraikuntza, zuzenbide liberal, bermeduna eta demokratiko baten aurkakoa. Uruguayko zuzenbide penalean kapitalak zuritzearen inguruko zenbait alderdiren zigorrak haunditu dira eta honen azterketa burutzen du lan honek. Zuzenbide penal hau, arerioaren zuzenbide penal moduan har daiteke, Jakobsen arabera eta zuzenbide penal tradizionala, liberal eta demokratikoa, krisian jartzen du.

**Résumé:** Le blanchiment d'argent est une infraction “nouvelle”, créée en 1998, et qui n'a pas cessé de s'étendre et de se ramifier, en favorisant, de cette façon, une extension du traitement de la criminalité non conventionnelle, la criminalité organisée, où l'on peut remarquer la construction d'un Droit pénal d'exception, par rapport au Droit classique des garanties, libéral et démocratique. Le présent travail révisé le processus d'expansion de la répression de certains des principaux aspects du blanchiment d'argent en Droit pénal uruguayen, ce qui est présenté comme une autre manifestation de ce que Jakobs a dénommé le Droit pénal de l'ennemi, où l'on met en crise le Droit pénal traditionnel, celui des garanties, libéral et démocratique

**Summary:** Money laundering is a “new” crime, created in 1998, that grows and ramifies. Together with this phenomenon, the non-conventional criminality, the organized one, develops and increase, and all that resulted in the development of an exceptional criminal Law, opposite to the classic, liberal and democratic Law of guarantees. The present study reviews the spreading process in relation to the penalization of money laundering in the Uruguayan penal Law, configured as another sign of the Jakobs' penal Law for enemies, and questioning the traditional, liberal and democratic Penal Law of guarantees.

**Palabras clave:** Derecho penal, lavado de dinero, política criminal, criminalidad organizada, Derecho penal excepcional.

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, kapitalak zuritzea, politika kriminala, kriminalitate antolatua, salbuespenezko Zigor zuzenbidea.

**Mots clef:** Droit pénal, blanchiment d'argent, politique criminelle, criminalité organisée, Droit pénal d'exception.

**Key words:** Penal Law, Money laundering, Criminal Policy, Organized crime, Exceptional penal Law.

## 1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

El delito de lavado de dinero se tipificó en el Uruguay por primera vez en 1998 (L. 17.016, de 22.10.98<sup>1</sup>) en cumplimiento del compromiso internacional asumido en la Convención de Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena en 1988, que fuera oportunamente ratificada, cuatro años antes, por L. 16.579/94.

Un delito “nuevo”, creado en el año 1998, no ha dejado desde entonces de crecer y ramificarse, desarrollándose con ello un proceso expansivo de la criminalización, de una forma considerada propia de la criminalidad no convencional, de tipo organizada, donde se advierte la construcción, en búsqueda de la eficacia, de un derecho penal excepcional, en relación con el derecho clásico, de garantías, liberal y democrático.

En esta exposición revisaremos el proceso de expansión de la punición en algunos de sus principales aspectos, a saber:

- a) en primer lugar, como es obvio, la propia tipificación del nuevo delito de lavado;
- b) luego, extensión de los delitos precedentes de los cuales derivan los activos objeto del lavado, alcanzando por ahora a un número ya crecido de “delitos graves”;
- c) en seguida, ampliación del alcance de la imputación subjetiva;
- d) aumento del guarismo abstracto de las penas;
- e) expansión del alcance del bien jurídico objeto de la tutela (desde la protección de la salud pública hasta la del orden socio-económico del Estado);
- f) castigo de etapas anteriores al comienzo de ejecución;
- g) parificación de la sanción del delito imperfectamente realizado, con el consumado;
- h) expansión técnica o dogmática (imputación por omisión impropia, responsabilidad del “hombre de atrás”, punición del “auto-lavado”);
- i) régimen de evaluación de la prueba (pruebas prospectivas, indiciarias, inversión del *onus probandi*);
- j) creación de Unidades de Inteligencia Financiera (levantamiento del secreto bancario);
- k) modificaciones al régimen procesal penal tradicional y de los métodos o mecanismos de represión (levantamiento del secreto bancario, responsabilidad penal de las personas jurídicas, entrega vigilada, agentes encubiertos o provocadores, estatuto de arrepentidos);
- l) vinculación con el terrorismo<sup>2</sup>.

---

1. Se hizo incorporando a la vieja ley sobre tráfico ilícito de drogas de 1974 (DL. 14.294), los artículos correspondientes al lavado de activos que se creó, como digo, recién en 1998. Esta incorporación de los capítulos IX al XIII, comprensivos de los artículos 54 a 80, deriva del art. 5 de la L. 17.016/998.

2. Esta vinculación, muy discutible, está directamente vinculada con la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, del 28.9.2001 (inmediatamente después del ataque a las Torres Gemelas y otros objetivos en los Estados Unidos) que pidió la tipificación de la financiación del terrorismo como figura autónoma según la Convención de 1999, y que los delitos terroristas sean considerados como precedentes de los de lavado de activos, aunque autores como FRANZINI BATLLE, con acierto a mi juicio, cuestionan

...

Todo ello, particularmente si se lo visualiza en su conjunto, permite afirmar que estamos ante lo que JAKOBS ha denominado un derecho penal de enemigos, donde se pone en crisis el derecho penal tradicional, de garantías, liberal y democrático<sup>3</sup>.

En esta materia se advierte, y muy especialmente en países como el Uruguay, una dependencia muy grande de lo que da en llamarse fenómeno de la globalización, en que una fuerte presión (no disimulada siquiera en muchas oportunidades) proveniente de los países industrializados<sup>4</sup> y del “pensamiento políticamente correcto” que supuestamente deriva del prestigio de las instancias en que intervienen las Naciones Unidas, ha llevado a tipificar y prever sanciones sin atender a las específicas situaciones de cada una de nuestras patrias, y a soslayar algunos aspectos que dicen relación con el tema de la libertad de elección entre adultos, la determinación de cuál es el objeto de la protección (el problema del bien jurídico), la cuestión de la creación de delitos “sin víctimas” y por tanto de figuras de mera desobediencia a lo mandado, y la paradoja de establecer leyes penales críminopelentes.

Primero se “demoniza” o “sataniza” una determinada situación, que desde luego es una realidad, para luego desencadenar contra ella todo el arsenal represivo del Estado, avasallando en su camino los principios básicos del derecho sustantivo y adjetivo tradicional.

## **2. EL PROCESO DE “SATANIZACIÓN” DEL TEMA DROGAS Y DEL LAVADO EN PARTICULAR**

En la Convención de Viena de 1988<sup>5</sup> se hace referencia, entre otras cosas, a que el tráfico de estupefacientes representa “una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaba las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”, señalando desde ya como un hecho incontrovertible los vínculos entre tráfico ilícito y “otras actividades delictivas organizadas” a él relacionadas, que genera “grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales

...

que ello sea siempre así. Esta vinculación que se expresa en el acrónimo AML/CFT (Anti-money-laundry y counter-terrorist-financing) también es recomendada por el GAFI en sus Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del Terrorismo. Ver notas siguientes.

3. El mejor trabajo nacional sobre este tema pertenece a ALLER, Germán: “El derecho penal del enemigo y la Sociedad del Conflicto”, ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 2006: 163-270.

4. Me refiero especialmente al GAFI, Grupo de Acción Financiera sobre Lavado de Activos, más conocida por su sigla en inglés FATF, entidad intergubernamental que incluye dos organizaciones internacionales que son la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación de los Estados del Golfo Pérsico cuyo propósito es el desarrollo y la promoción de políticas para la represión del lavado de dinero, o sea el procesamiento del producto de actividades delictivas a fin de disimular su origen ilícito. Deben citarse además, en este proceso de globalización, las tareas de otros organismos internacionales e intergubernamentales, tales como los Grupos Regionales como el GAFISUR y el Grupo Egmont que reúne a las Unidades Financieras del mundo, en la tarea que les es común.

5. La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, fue aprobada en la sexta sesión plenaria celebrada el 19.12.1988 en Viena, Austria.

y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”, por lo cual deben “eliminarse” los incentivos a desarrollar esas actividades, y en definitiva “suprimirse” las mismas<sup>6</sup>.

La propuesta irreal de “erradicar” el crimen, la búsqueda explícita de la mayor eficacia, la confianza en la vía crudamente represiva, la sugerencia de que se ejerza un “efecto disuasivo” a través de la ley penal (art. 3.6), que los tribunales sean restrictivos en el otorgamiento de libertades a los concernidos por estos delitos; la extensión del plazo de prescripción (art. 3, 7 y 8), la internacionalización de la lucha contra estos delinquentes, la intensificación de la cooperación interestatal, el énfasis en el decomiso y sus consecuencias, la flexibilización de la extradición, el levantamiento del secreto bancario, la propuesta de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas y otras sugerencias en el mismo sentido, en suma, la instalación de lo que llamamos políticas de ley y orden, que se caracterizan sustancialmente por la creación de nuevos delitos y por el aumento de las penas, son consecuencia directa de aquella concepción original que describimos para combatir estas formas de delincuencia no convencional.

Esta misma línea de evolución se advierte en el progresivo desarrollo de las Recomendaciones hechas por el GAFI, que aspiran a establecer un marco básico de medidas de aplicación universal que refieren al sistema de justicia penal, al sistema financiero, su reglamentación y la cooperación internacional.

Allí, el GAFI, desde su creación en 1990, postula la tipificación como delito penal del lavado de dinero proveniente de otros delitos graves, además del primigenio referido al narcotráfico<sup>7</sup>.

En la Cumbre de las Américas, llevada a cabo en Buenos Aires, Argentina, en 1995, la Conferencia Ministerial relativa al Lavado del Producido del Delito, partió de una declaración de principios que sostuvo que “la transferencia, conversión e inversión del producido ilícito de la droga y delitos graves...desafían el mantenimiento de la ley y el orden en todo el Hemisferio y amenazan la integridad, credibilidad, estabilidad, soberanía e independencia de los gobiernos, sistemas financieros y comercio”, de cuyo diagnóstico derivan el tipo de medidas, coincidente con lo reseñado *supra* de mayor severidad y control, que se plasmó en el conocido Plan de Acción de Buenos Aires, que planteó una “respuesta hemisférica” coordinada en la “lucha” contra el lavado.

Desde fuera de los parámetros habituales del pensamiento penal dogmático tradicional se busca la creación de un “nuevo derecho penal”, de un derecho penal excepcional donde se busca la mayor eficacia, impulsada no tanto desde los servicios de justicia clásicos, sino desde los propios gobiernos, donde el poder político expresa la política criminal a aplicarse en el área<sup>8</sup>.

---

6. A esto me referí antes de ahora, en un antiguo trabajo sobre “La Convención de Viena de 1988 y los Reglamentos Modelo sobre delitos de lavado de dinero y precursores químicos de estupefacientes y psicotrópicos”, Revista del INUDEP, Año IX, N° 12, ed. EMBA, Montevideo, 1992: 25-66.

7. También del año 1990 es el Convenio de Estrasburgo, primer instrumento vinculante que otorga naturaleza autónoma al lavado de activos, destinado a suplir las carencias del resto de instrumentos de la entonces Comunidad Europea en ese ámbito. que se orientó prioritariamente, además, a hacer efectivo el comiso de las ganancias del lavado.

8. FRANZINI BATLLE, Rafael: “El lavado de activos y su relación con el financiamiento del terrorismo”, obra inédita, con cita de Francisco MUÑOZ CONDE, respecto al nuevo derecho penal referido en el texto.

### 3. EXPANSIÓN DEL TIPO PENAL DE LAVADO

El esquema de expansión del tipo en el Uruguay es el siguiente:

a) L. 16.579, de 1994, aprueba la Convención de Viena de 1988, por la que Uruguay se compromete a crear el delito de lavado de dinero.

b) L. 17.016, de 1998, de creación de los delitos de lavado de activos.

c) L. 17.060, de 1998, tipificación del delito de blanqueo, procedente de corrupción.

d) L. 17.343, de 2001, amplió la figura alcanzando al lavado procedente de delitos graves.

e) L. 17.835, de 2004, amplió el tipo y elevó la pena a guarismos de penitenciaría.

f) L. 18.026, de 2006, ampliatoria de los delitos precedentes del lavado.

A partir de su creación en 1998, los tipos de lavado de activos que aparecen legislados en los artículos 54 y siguientes del DL 14.294/74<sup>9</sup>, se han incrementado enormemente, por lo menos en el papel, ya que, aunque se multiplicaron las formas en que teóricamente se puede dar este delito, en los hechos, en buena medida, integra el llamado derecho penal simbólico, aunque el mes de septiembre del año 2006, en que se efectuó el primer gran procedimiento contra el narcotráfico en el país, todavía sin sentencias de condena, como es natural<sup>10</sup>, puede significar un punto de inflexión respecto de la eficacia en la represión de este crimen.

En efecto, en aquel año de 1998 se dictó también la llamada Ley Anticorrupción (L. 17.060, de 23.12.98) cuyo art. 29 tipificó autónomamente el delito de “blanqueo de dinero” procedente de delitos contra la administración pública, tales como el cohecho, la concusión, el tráfico de influencias, la utilización indebida de información privilegiada y otros<sup>11</sup>.

Como puede verse en un principio se limitó el alcance de la nueva figura, al lavado de activos procedentes del narcotráfico exclusivamente, porque se consideraba que era una norma de carácter excepcional, por las dificultades técnicas que plantea, pero pronto se amplió hacia los activos procedentes de otros delitos, como acaba de verse respecto de la corrupción administrativa.

---

9. El delito de lavado de dinero *strictu sensu* lo comete, según la norma del art. 54 de la ley: “El que convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos”, conducta que se castiga con pena de dos a quince años de penitenciaría (L. 17.835/2004, art. 13) lo que señala que para la ley es un verdadero crimen, conforme al actual art. 2 del C.P., que adoptó la clasificación tripartita de delitos, según su gravedad, distinguiendo entre crímenes, delitos y faltas. Ver *infra* nota N° 10.

10. Se trata del auto de procesamiento dictado el 7.9.2006, en el procedimiento más grande ocurrido en la historia del Uruguay en materia de drogas, por el cual se procesó a un total de nueve personas, por considerárselas incurso en delitos continuados de lavado en las hipótesis de los artículos 54, 55 y 57 de la ley 17.016.

11. Este delito, previsto en el art. 29 de la ley, disponía: “(Blanqueo de dinero) El que obstaculizare la identificación del origen, la investigación, la incautación o la confiscación del dinero u otros valores patrimoniales a sabiendas que provienen de alguno de los delitos establecidos en los artículos 156, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163, 163 bis y 163 ter del C.P., o del delito establecido en el artículo 29 de la presente ley, será castigado con una pena de tres meses de prisión a seis años de penitenciaría”. Este delito se derogó, quedando absorbido en el concepto de lavado de dinero procedente de delitos graves conforme a la L. 17.835/004, art. 8.

Dicho proceso de extensión del alcance del delito de legitimación de activos continuó de inmediato, abarcando rápidamente a otros “delitos graves”, a través de la L. 17.343, de 25.5.2001 (arts. 81 a 83 del DL 14.294/74) que hizo aplicable el delito de lavado a los bienes, productos o instrumentos procedentes de “delitos tipificados por nuestra legislación”, vinculados al terrorismo, contrabando superior a 20.000 dólares, tráficos ilícitos (de armas, explosivos, órganos, tejidos, medicamentos, materiales tóxicos, personas, sustancias nucleares, obras de arte, animales) extorsión, secuestro y proxenetismo<sup>12</sup>.

Esta expansión de la represión continuó luego por L. 17.835/2004, que mantuvo la represión por delitos graves antes mencionada, con modificaciones de detalle (incorporación del tráfico de municiones) pero incorporando a los delitos origen de los productos a lavar, las estafas cometidas por personas sujetas al control del Banco Central del Uruguay y fundamentalmente todos los delitos de corrupción, con lo que se vino a derogar tácitamente el delito de “blanqueo de dinero” antes referido, quedando unificadas hasta ahora, con la redacción vista, todas las modalidades del lavado en un texto único<sup>13</sup>.

Continuando con la expansión del tipo antes referida, debemos destacar que en octubre de este mismo año se incorporaron nuevos delitos a esta lista por L. 18.026, de 25.10.2006, que refiere en este aspecto fundamentalmente al lavado de activos provenientes de delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad<sup>14</sup>.

---

12. Ver Nota siguiente.

13. El art. 8 de la L. 17.835/004 decía: “Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.974, incorporados por el artículo 5 de la L. 17.016, de 22.10.98, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos; tráfico ilícito de personas; extorsión, secuestro, proxenetismos; tráfico ilícito de sustancias nucleares; tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay en el ejercicio de sus funciones; y todos los delitos comprendidos en la L. 17.016, de 22.12.998”.

14. El Título V sobre Delitos Especiales, de la L.18.026, de 25.9.2006, art. 28, plasma el número *clausus* de los delitos graves de que pueden provenir los activos que son objeto del lavado: “(Lavado de activos y financiación de los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra). Sustitúyese el artículo 8 de la L. 17.835, de 23.9.2004, por el siguiente: Artículo 8. Los delitos tipificados en los artículos 54 a 57 del DL 14.294, de 31.10.74, incorporados por el artículo 5 de la L. 17.016, de 22.10.98, se configurarán también cuando su objeto material sean los bienes, productos o instrumentos provenientes de delitos tipificados por nuestra legislación vinculados a las siguientes actividades: crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, terrorismo, contrabando superior a U\$S 20.000 (veinte mil dólares de los EE.UU.); tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción; tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, tráfico ilícito de personas, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de sustancias nucleares, tráfico ilícito de obras de arte, animales o materiales tóxicos; estafa, cuando es cometida por personas físicas o representantes o empleados de las personas jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay, en el ejercicio de sus funciones, y todos los delitos comprendidos en la ley 17.060, de 23.12.98. En los casos previstos en el presente artículo serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 58 a 67 y 71 a 80 del DL 14.294, de 31.10.1974, incorporadas por el artículo 5 de la L. 17.016, de 22.10.1998. Las disposiciones del presente artículo regirán aun cuando el hecho antecedente origen de los bienes, productos o instrumentos, hubiera sido cometido en el extranjero, en tanto el mismo hubiera estado penado en el lugar de su comisión y en la República Oriental del Uruguay”.

En realidad me parece que en el futuro, de mantenerse este delito, su alcance llegará por lo menos a todos los crímenes o delitos graves, según la clasificación tripartita que acaba de incorporar la L. 18.026/06 a nuestro derecho positivo, modificando para ello la redacción del art. 2 del C.P.<sup>15</sup>, por cuanto no se ve razón alguna para permitir el disfrute de lo obtenido ilícitamente por parte de los criminales, que es la razón que mueve al legislador a avanzar en la criminalización del lavado que, como mancha de aceite, se va extendiendo sobre el campo por ahora de los delitos graves o verdaderos crímenes, aunque con criterio casuista, porque no incluye a todos (por ejemplo están excluidos los delitos de traición o contra la patria, el copamiento, el latrocinio, etc.) y alcanza a otros que no necesariamente son verdaderos delitos graves (como la exportación de animales, etc.).

#### **4. EL INCREMENTO DE LA PENA Y SU INFLUENCIA EN EL RÉGIMEN DE LA EXTRADICIÓN**

La pena del delito de lavado de activos, que en el momento de su creación tenía un mínimo de prisión<sup>16</sup> es ahora de penitenciaría en ambos extremos, y se castiga con privación de libertad de 2 a 15 años (art. 13 L. 17.835/2004)

Esta descripción típica, y este guarismo severo de la pena, tiene por efecto principal, por lo menos a mi criterio, el de permitir la extradición (activa o pasiva) de sujetos condenados o requeridos por tal crimen (extradiciones ejecutorias o indagatorias) lo que señalamos porque es un aspecto que generalmente queda en un cono de sombras, no obstante las consecuencias que, para el interesado, pueda llegar a tener en su oportunidad.

Este delito, como vimos, y con la salvedad importante que acabamos de expresar, tiene por ahora una existencia sólo simbólica en el Uruguay, donde no existe ninguna sentencia de condena por tal figura, en los ya considerables años que han transcurrido

---

15. Efectivamente la L. 18.026, de 25.9.2006, modificó el artículo 2 del C.P., que quedó redactado del siguiente modo: "(División de los delitos) Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, delitos y faltas. Los crímenes son los ilícitos de competencia de la corte Penal Internacional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 del Estatuto de Roma y además todos los que por su extrema gravedad se rijan por leyes especiales, por este Código y las normas de derecho internacional en cuanto le sean aplicables, Los delitos son todos los demás que no revistan la gravedad indicada en el párrafo anterior. Las faltas se rigen por lo dispuesto en el libro III del presente Código".

16. La pena originaria del lavado de activos tenía un mínimo de prisión fijado en los 20 meses de reclusión y un máximo de diez años de penitenciaría, que, para nuestra dosimetría penal era más que adecuado. Sin embargo, debido a las presiones internacionales antes señaladas, sin mayor fundamento, en 2004 se fijó una pena de penitenciaría en ambos guarismos, de 2 a 15 años de duración. Esto tiene graves consecuencias, porque, entre otras cosas, en el Uruguay, obliga a procesar con prisión preventiva y, en principio, impide la excarcelación provisional del sospechoso, el que debe esperar el dictado de la sentencia en régimen de reclusión, lo que pone en crisis el principio de inocencia, y plantea el grave problema latinoamericano del preso sin condena. Estas consecuencias tienen base constitucional, atento al texto del art. 27 de la Constitución que establece: "En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley". La interpretación tradicional que se ha hecho de este texto conlleva a concluir que, cuando el mínimo sea de penitenciaría, el juez debe procesar con prisión y no puede luego excarcelar al sujeto poniendo fin a la preventiva.

desde su consagración legal, y no obstante la proliferación de leyes que se han sucedido para pretendidamente combatir con eficacia esta modalidad delictiva.

Esto no es una excepción en derecho comparado, donde las dificultades probatorias que encierra el tipo, han hecho excepcionales o lisa y llanamente inexistentes las condenas por este delito.

De modo que la principal utilidad práctica que tiene la tipificación, repetimos, es habilitar la extradición (en especial a los Estados Unidos) por cuanto al tener la figura prevista por delito por la ley nacional, se cumple con el requisito de la doble identidad o doble incriminación exigida por los Tratados y por la ley interna (art. 13 C.P., y 32 lit A) del Código del Proceso Penal) elemento imprescindible para poder otorgar una extradición<sup>17</sup>.

Esta expansión del delito y de la gravedad de su punición viene recomendado por las agencias internacionales que en general se inspiran en el derecho anglosajón, y son un producto de lo que da en llamarse proceso de globalización<sup>18</sup>.

En el área latinoamericana este proceso vino recomendado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), que en su Reglamento Modelo de 1992 recomendó tipificar el delito de lavado de dinero procedente del narcotráfico, para luego expandir el consejo respecto de “otros delitos graves”, en la reforma de 1998<sup>19</sup>.

## **5. BREVE REFERENCIA AL TIPO PENAL DEL LAVADO DE DINERO. LA EXPANSIÓN EN CUANTO A LOS POSIBLES SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO**

Los delitos de lavado, como es sabido, pueden definirse como las conductas que tienden a ocultar o encubrir la naturaleza de haberes obtenidos ilícitamente, a fin de que parezca que dichos bienes proceden de fuentes lícitas.

Los problemas de autoría y participación, en lo esencial del objeto de esta presentación, tienen que ver con:

- 1) la posibilidad de que el autor del delito precedente pueda incurrir, además, en delito de lavado (el problema del “autolavado”) y,
- 2) expansión del número de copartícipes (en lo que tiene que ver también, el tema de la imputación por omisión y aun por mera imprudencia).

---

17. Art. 13 inc. 2 C.P.: “(Extradición)...Tampoco es admisible, cuando el hecho que motiva el pedido no ha sido previsto como delito por la legislación nacional”; art. 32 C.P.P., “(Régimen de la extradición) Si no existe Tratado, la extradición sólo puede verificarse con sujeción a estas reglas: A) Que se trate de delitos castigados con pena mínima de dos años de penitenciaría”.

18. LANGON CUÑARRO, Miguel, “Criminología de la globalización”, conferencia dictada en las XI Jornadas de Criminología, en Salto.

19. Este proceso se describe con detalle en el trabajo de DELGADO DE MIGUEL, Francisco y RUIZ Oscar Félix, “La intervención notarial en relación con el blanqueo de dinero”, en: Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Tomo 95, 2005: 9-39.



Se estructuran sobre la base del viejo delito de encubrimiento (art. 197 C.P.)<sup>20</sup>, realidad que ha llevado a algún sector de la doctrina a sostener que es una figura innecesaria que sólo plantea dificultades nuevas a temas de por sí ya complejos y difíciles, entendiendo el que suscribe que, en realidad lo que se ha dado, en el acierto o en el error, es un movimiento de autonomización de un tipo penal, por diferentes razones, fenómeno que no es extraño al derecho penal codificado.

Tiene dos modalidades esenciales:

a) el lavado *sensu stricto* que consiste en “transferir” o “convertir” beneficios de procedencia ilícita, o “adquirir”, “poseer”, “utilizar”, “tener en su poder” o “realizar cualquier tipo de transacción” sobre ellos<sup>21</sup>, y

b) el lavado *latu sensu*, que estrictamente sería el viejo encubrimiento, que consiste en “ocultar, suprimir o alterar” indicios, “impedir” la determinación de la real naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de dichos productos o derechos, así como el “asistir” a los delincuentes del tipo básico (tráfico de drogas, delitos graves) para asegurar el beneficio o el resultado, para obstaculizar la acción de la justicia o eludir las consecuencias de sus acciones, así como también “cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento” dado a los concernidos<sup>22</sup>.

De todo ello quiero resaltar dos términos de importancia a los efectos concretos de esta presentación, en lo que tiene que ver con la posibilidad de alcanzar a personas que aconsejan o asesoran a los inversores del dinero de procedencia ilícita:

- 1) la posibilidad de incurrir en delito por “realizar cualquier tipo de transacción” en la que puede, obviamente, participar un profesional universitario (particularmente abogados, escribanos y contadores) y,
- 2) el hecho de “asistir o asesorar”, que es una de las funciones de cualquier profesional, y en especial de los que acabamos de mencionar.

---

20. Art. 197 C.P.: “(Encubrimiento) El particular o funcionario que, después de haberse cometido un delito y sin concierto previo a su ejecución con los autores, coautores o cómplices, aunque éstos fueran inimputables, los ayudaren a asegurar el beneficio o el resultado del delito, a estorbar las investigaciones de las autoridades, a sustraerse a la persecución de la justicia o a eludir su castigo, así como el que suprimiere, ocultare o de cualquier manera alterare los indicios de un delito, los efectos que de él provinieren o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, será castigado con pena de tres meses de prisión a diez años de penitenciaría”.

21. Ver Nota 1.

22. Art. 55: “El que adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción sobre bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o de delitos conexos, o que sean el producto de tales delitos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”; art. 56: “El que oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes o productos y otros derechos relativos a los mismos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría”; art. 57: “El que asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de tal actividad, para obstaculizar las acciones de la justicia o para eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, o le prestare cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento, será castigado con una pena de doce meses de prisión a seis años de penitenciaría”.

En esta presentación no se harán referencias específicas al tema de la conducta de los profesionales dentro de los principios generales de deontología, sino que el interés es informar, lo más clara y exhaustivamente posible, sobre lo que ordena al respecto el derecho positivo nacional, y sobre cuáles podrían ser las interpretaciones jurisprudenciales más probables dentro de la economía del sistema legal uruguayo<sup>23</sup>.

Los profesionales universitarios no tienen por ahora la obligación concreta de efectuar ningún tipo de contralor, del posible blanqueo de dinero que pueda esconderse tras cualquiera de las intervenciones que, dentro de sus profesiones puedan realizar.

Sin embargo, como diremos más abajo, es posible que alguna de las tareas que efectúen, por ejemplo como titulares de una inmobiliaria, o como prestamistas de dinero, pueda entrar en alguna de las categorías de los sujetos obligados, no ya como abogados o escribanos, sino en función de ese carácter que reviste su actividad, lo que hace muy sensible la delimitación de zonas entre las que debe controlar y aquellas en que tal deber no le es exigible.

Esto plantea el delicado problema de los límites de la posición de garante que cualquiera de ellos pueda tener, y que, como es sabido, habilita la imputación por omisión impropia o comisión por omisión.

En cuanto a la asistencia y al asesoramiento, tareas propias de todo profesional universitario, debe distinguirse con cuidado las actividades lícitas propias de su profesión, de aquellas que entrarían en la zona de la prohibición, y por lo tanto de la criminalidad.

Se deben aplicar las normas generales de interpretación, de modo que una cosa es asistir al cliente o aconsejarle respecto de la mejor instrumentación de su negocio (que es el lícito) y otra muy distinta asesorar al lavador, de modo que el elemento subjetivo, el conocimiento y la intención del profesional, será determinante en uno u otro sentido.

La posible imputación subjetiva a título de dolo eventual (previsión de un resultado no querido directamente, pero asumido en cuanto dicha previsión no detuvo el accionar del agente) que la ley uruguaya, considera un caso de intencionalidad<sup>24</sup>, hace

---

23. Para todo lo referente a la deontología profesional puede verse el excelente y muy completo trabajo, de DELGADO DE MIGUEL, Francisco y RUIZ, Oscar, *“La intervención notarial en relación con el blanqueo de dinero”*, publicado en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 91, N° 1-12, Montevideo, 2005: 9.39.

24. Efectivamente el art. 18 del C.P., define al dolo eventual diciendo: “el resultado que no se quiso pero que se previó se considera intencional”. Puede notarse que se trata de una ficción legal, porque la ley dice que “se considera”, no que sea en sí mismo intencional el acto, y que ese juicio de previsión debe estar en la cabeza del sujeto, no en la de un tercero, como es el juez, que no podría inferir un criterio de razonabilidad, atribuible a un hipotético “hombre medio” o “buen padre de familia”, si es que no puede afirmar concretamente que el individuo sí previó como posible o como probable un resultado que no quiso directamente, pero que asumió, porque la previsión de su acaecer no detuvo su accionar, cumpliéndose con ello la famosa “fórmula de Frank”, que entiende que el individuo se dijo a sí mismo “sea esto así o de otra manera” yo no dejo de actuar, no obstante la posibilidad de la producción de un resultado que no quiero producir directamente, pero que acepto se produzca como consecuencia de mi actuar, ya que anhelo tanto hacer lo que me propongo que no me detengo ante eventuales consecuencias perjudiciales para terceros (caso del cazador que aun pensando que su compañero de cacería pudiera estar en la línea de tiro, hace el disparo con intención de abatir la pieza de caza, asumiendo el riesgo de matar al amigo, considerándose intencional la eventual producción de lesión o muerte de éste) La representación del resultado es plena, la voluntad del mismo indirecta o, como diría Bayardo, “lamiente”.

que pueda incriminarse al profesional que, en el ámbito de la duda o la sospecha, igual instrumentó o se prestó a actuar, aún no sabiendo con certeza, pero debiendo haber sabido que se trataba de lavar dinero de procedencia ilícita con su participación.

Ya he destacado dos aspectos, estrechamente vinculados entre sí, que deben ser tomados en consideración muy seriamente:

a) la “demonización” que se ha hecho del lavado de activos, que se considera parte de la macro criminalidad y al que refieren con insistencia varios instrumentos elaborados por la comunidad internacional, al punto de elaborarse verdaderas “listas negras” de países no colaboradores en su represión, considerados como “paraísos fiscales”, que resultan gravemente afectados por tal calificación, de la que dichos Estados pretenden escapar ampliando el ámbito de la punición. Se ha constituido así en parte de lo que la moderna doctrina alemana (JAKOBS) ha definido como “derecho penal del enemigo”, y

b) como consecuencia de ello, la “expansión” de los mecanismos de represión, que van desde postular la libre convicción como elemento de valoración de la prueba, la inversión de la carga de la prueba y la consecuente negación en el caso del principio de inocencia, y sobre todo, la pretensión de castigar por dolo eventual, por culpa y especialmente por omisión impropia, lo que a veces se hace especificando claramente que determinados profesionales (contadores, abogados y escribanos) tienen “posición de garante” respecto de la protección del bien jurídico involucrado, que no es otro, nada menos, que el “orden socio-económico” del Estado.

Es cierto que estructuralmente es muy difícil lograr con los medios tradicionales de que dispone el derecho sustantivo y adjetivo, el castigo efectivo del delito de lavado de dinero, y ello resulta en una verdadera impunidad como afirmamos antes.

Y ello porque para poder tipificar este delito se requiere:

a) la existencia (y la prueba) de un delito de los expresamente referidos en las leyes (“delitos graves” taxativamente considerados por el legislador)

b) que originó ganancias (dinero, bienes, productos o instrumentos)

c) que esas ganancias (producidas en el exterior o en el propio país) son las que se intentan lavar en el Uruguay,

d) que el actor conocía tanto la existencia del delito originario, como que el dinero que maneja es producto de aquél delito.

En el caso antes citado, tanto la Fiscal como la Juez que dispuso el procesamiento, dejaron expresa constancia de que la investigación que duró unos dos años, incluyó entre otras pruebas, “escuchas telefónicas y vigilancias electrónicas”, métodos que aunque legalmente ordenados por un juez, suponen una fuerte penetración en la intimidad de varias personas, por lapsos prolongados, mecanismos duros pero que son los únicos que pueden permitir, como resulta del caso, efectividad en la actuación policial (a cargo de una Dirección General de Tráfico Ilícito de Drogas) y judicial, enfrentada a una verdadera red organizada del crimen, que actuaba tanto a nivel nacional como internacional.

En el caso no fueron indagados, por lo menos hasta ahora, profesionales universitarios y particularmente escribanos (aunque evidentemente actuaron en compraventa de inmuebles, y posiblemente en la constitución de varias sociedades anónimas a cuyo

nombre se ponían los efectos de delito, maniobra con que los sospechosos al parecer intentan ocultar el origen ilícito del dinero) pero sí algunos contadores y un abogado, por su calidad de eventuales “asesores técnicos” de los asociados para delinquir.

## 6. LA EXPANSIÓN DEL TIPO SUBJETIVO

En cuanto al elemento subjetivo es necesario destacar que en la Convención de Viena de 1988, origen de esta figura, se especificó claramente que el delito se cometía sólo por el que “a sabiendas” del origen ilícito de los bienes, y “con el objeto” específico de ocultar o encubrir el origen ilícito de esos bienes o de ayudar a cualquier partícipe procediere a transferirlos o convertirlos, etc.<sup>25</sup>

El requisito de la intencionalidad probablemente deriva de los términos ya utilizados en la Convención de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1.2.71, que la exigía en su art. 22.1<sup>a</sup>.

Como se sabe<sup>26</sup>, esta expresión legal (el requisito normativo del saber) permite el castigo sólo a título de dolo directo, esto es conciencia y voluntad de realización del tipo objetivo, pleno conocimiento del origen espurio de los bienes, y voluntad no obstante ello de convertirlos o transferirlos.

Quedaba pues excluida a texto expreso la imputación a dolo indirecto, de segundo grado o eventual, lo que rápidamente se superó por ejemplo a través del reglamento del Lavado de Activos de la CICAD (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas) que en su Modelo recomendó la punición no sólo para el que supiera efectivamente, sino también para el que “debiera saber”, el que “no pudiera ignorar” o actuare “con ignorancia intencional”<sup>27</sup>, que pune como vemos el dolo eventual, pero en un sentido diferente al legislado en el Uruguay, por cuanto de estas expresiones resulta claro que el juicio de previsión está “en la cabeza del juez”, que es quien hace la inferencia, según parámetros del hombre medio, racional, del buen padre de familia, de tipo estandarizado, y no de lo que previó o dejó de prever el individuo concreto objeto de juzgamiento.

---

25. Efectivamente el art. 3 de dicha Convención dice: “1. Cada una de las Partes adoptarán las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente... b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo... con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencia jurídicas de sus acciones”. La expresión “a sabiendas” se repite en todos los delitos modelícos propuestos por Viena b) ii), c) i) y ii).

26. Aunque hay opiniones contrarias a este aserto, como la de nuestro amigo el Dr. Rafael Franzini Batlle, asesor de la OEA.

27. En la reforma introducida en 1998 en el art. 2 se reitera la fórmula del que cometiera delitos de lavado “a sabiendas”, “debiendo saber” o “con ignorancia intencional”, que amplían incluso la tradicional comprensión del dolo eventual en nuestro medio, donde se exige que ese juicio de previsión se encuentre el “la cabeza del delincuente”, para transformarse en un juicio hipotético, de racionalidad del hombre medio, que se encuentra en la cabeza del juzgador, de modo que pueda considerarse intencional una conducta que realmente no se previó, pero que se debió de prever, o que no pudo dejarse de prever, en concepto del juez. Esto puede ser razonable pero va mucho más allá de la fórmula legal de nuestro viejo artículo 18 C.P.

La fórmula legal uruguaya, que no incluye ninguna expresión de intencionalidad o de finalidad (como el “a sabiendas”, “maliciosamente”, “para”, “con el fin”, etc.) permite entonces, al no requerir ningún elemento subjetivo del tipo (o dolo específico) la imputación a dolo eventual, conforme a las normas generales, siempre que se pudiere probar que el sujeto actuó previendo el resultado, aun cuando no lo hubiera querido directamente, pues tal previsión del resultado como posible o como probable no le hizo detener su acción, sino que en tal tesitura igual actuó, comprometiendo con ello su responsabilidad penal por dolo eventual, delito que entonces la ley considera intencional (art. 18 C.P.)

Ese juicio de previsión efectiva (el ámbito de la duda o la sospecha) convierte al delito en intencional, no obstante que sea una intencionalidad degradada o de segundo grado, por asunción o aceptación de un resultado no querido directamente, pero aceptado.

Claro que en la formulación uruguaya, este juicio debe encontrarse “en la cabeza del criminal”, debe haber una previsión efectiva hecha por él, porque la norma así lo exige (el resultado que no se quiso “pero que se previó”, dice el inc. 3 del art. 18 del C.P.)<sup>28</sup>.

No cabe entonces un juicio de razonabilidad hecho por un tercero, sobre lo que el individuo concreto debió prever, o no pudo no prever, o lo que hubiera previsto en su lugar un hombre medio y razonable, si bien esta cuestión deriva en un asunto de prueba y de valoración de la “objetivación” de la intención, de modo que por razonamientos lógicos se pueda llegar a poner en la cabeza del criminal incluso lo que no podemos saber con certeza que estuviera allí.

Debe advertirse, sin embargo, que conforme a nuestra ley el dolo “se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales”, conforme a la “convicción moral” que el juez del caso se haya formado al respecto<sup>29</sup>.

Esta referencia a las condiciones o circunstancias “objetivas” del caso, es lo que permite la imputación a través de prueba indiciaria o racional, lo que pone en buena medida la resolución del caso en la interpretación que de ellas haga el juzgador, transformando de tal modo lo aparentemente objetivo en un elemento de enorme subjetividad, totalmente normativo o valorativo, de difícil contradicción (salvo una distinta subjetividad) ante el tribunal.

En cambio, así como admitimos la imputación a dolo eventual del lavado, no es posible en nuestro país imputar la figura a título culposo porque a ello se opone tajantemente el art. 19 del C.P., que establece la punición excepcional de la imprudencia, exigiendo una ley que así lo determine, norma que aún no se ha dictado entre nosotros.

---

28. Art. 18 inc.3 C.P.: “El resultado que no se quiso pero que se previó, se considera intencional...”. Como se advierte se exige la previsión por parte del delincuente, y no la mera posibilidad de prever.

29. En efecto, el art. 61 de la L.14.294/974 en su redacción actual dispone: “El dolo en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales. El juez interviniente deberá fundamentar la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decreta, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria”.

Los delitos culposos son un número *clausus*, y sólo la ley puede permitir imputar un delito a quien no previó un resultado previsible (art. 18 y 19 C.P.<sup>30</sup>)

También en este punto existe fuerte presión en los ámbitos internacionales, para que las legislaciones particulares de los diferentes países penalicen las conductas meramente imprudentes, por lo cual no se puede *a priori* descartar que por esta vía haya en el futuro alguna expansión complementaria de la punición.

Pero si hubo previsión del daño por parte del profesional, pero no se asumió el resultado, sino que el mismo se consideró de “imposible” producción, respondería sólo por culpa con previsión o conciente en los términos del art. 18 inc. 4 parte final, imposible de imputar por la razón expuesta anteriormente, respecto de la no previsión del tipo culposo en delitos de lavado, todavía<sup>31</sup>.

De ello resulta que sólo la falta absoluta de previsión exonerará (por no haber previsto o por haber previsto como imposible), salvo modificación legal que no se prevé por el momento en el Uruguay, del tipo subjetivo, imputando la culpa, al actor de lavado de dinero.

Pero como el extremo indicado es exquisitamente subjetivo, y está dentro de la esfera de la intimidad del actor, la diferencia práctica entre culpa y dolo eventual, dependerá en buena medida, una vez más, de lo que al respecto entienda el tribunal, que en realidad, en el fondo, no puede nunca saber si el sujeto previó o no una situación, sino que debe inferir ese extremo de lo que resulte de la causa, es decir, de la prueba acumulada, que puede no favorecer al indiciado e inclinar la balanza en su contra.

Al no existir ningún delito de omisión propia establecido por la ley, es decir, al no haberse puesto a cargo de los escribanos o profesionales en general una obligación o mandato de actuación determinada, por ejemplo de efectuar controles de procedencia del dinero con que se adquiere una propiedad en escritura por él autorizada, no es delito omitir dichos controles, ni es obligatorio que estos profesionales realicen ninguna indagación complementaria sobre el acto en que intervienen de alguna manera, más allá de los aspectos formales propios de cada operación, no pudiendo entenderse que tengan obligación de denunciar operaciones sospechosas, injustificadas desde el punto de vista económico o legal, de complejidad inusitada o inusual, ni van a incurrir en responsabilidad penal por ello.

No pueden los profesionales, por lo menos a mi juicio, atento al tenor de la ley nacional, participar de ningún modo en un delito de lavado por omisión impropia (denominada también delitos de comisión por omisión), ya que no tienen “posición de garante” respecto del orden socio-económico del Estado, que se supone es el bien jurídico objeto de la protección.

---

30. Art. 19 C.P.: “(Punibilidad de la ultraintención y de la culpa). El hecho ultraintencional y el culpable sólo son punibles en los casos determinados por la ley”.

31. Al respecto la parte final del inc. 3 del art. 18 del C.P. establece que: “el daño que se previó como imposible se considera culpable”, lo que la doctrina interpreta como una forma de culpa con previsión o conciente.

Su actividad profesional se encuentra amparada, además, por el secreto profesional, no sólo por una razón deontológica y de preservación de la fidelidad con el cliente, sino porque de no cumplir con esa obligación, puede cometer delito precisamente de revelación de dicho secreto (art. 302 C.P.<sup>32</sup>).

No sólo tiene el derecho, sino el deber de guardar el secreto profesional.

En un solo caso existe obligación de revelación, dispuesta por la ley, y es aquél en que el profesional realice transacciones financieras, o administre en forma habitual sociedades comerciales, situaciones en que está obligado a informar, como todo administrador, si actuase en transacciones de activos cuya procedencia sea sospechosa de ilicitud (art. 1 y 2 L. 17.835/2004)

Pero el incumplimiento de esta obligación está sancionado expresamente sólo a nivel administrativo (con multa de mil a veinte millones de unidades indexadas) por lo que vemos muy remota la posibilidad de que todo ello sirva de base a una imputación que sería siempre a dolo eventual y por comisión por omisión de un delito de lavado de dinero.

La única norma que los podría eventualmente alcanzar es el art. 2 de la L. 17.835/2004, que establece la obligación de informar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay (BCU) sobre transacciones sospechosas cuando se tratare de “personas físicas o jurídicas que, a nombre y por cuenta de terceros, realicen transacciones financieras o administren en forma habitual, sociedades comerciales cuando éstas no conformen un consorcio o grupo económico”.

Estas informaciones, reservadas, no configuran por expresa disposición legal violación del secreto de la profesión (art. 4 de la Ley citada)

De los términos de la ley no resulta que la actividad del profesional quede comprendida en esta obligación salvo que integrara una “inmobiliaria”, o realizara “transacciones financieras” o de “administración de sociedades comerciales”, lo que excluye claramente la intervención en compraventa de inmuebles, formalización de hipotecas, documentos de adeudo, etc.

El D. 86/05, de 24.2.2005, reglamentario de la L. 17.835/2004, no incluye expresamente a los profesionales universitarios, dentro del círculo de personas o sujetos alcanzados por el referido régimen de información hacia la UIAF, respecto de transacciones inusuales, sin justificación económica o legal evidente, de complejidad inusitada o injustificada, o que involucren activos sospechosos de procedencia ilícita.

No me parece que ellos tengan, en el sentido del tipo, una obligación concreta de “conocer a su cliente”, bastando que se informe de su identidad a los efectos de instrumentar los negocios en que intervenga, pero no tienen obligación de conocer su proceder en general, sus antecedentes morales, su solvencia económica, el origen de los

---

32. Art. 302 C.P.: “(Revelación de secreto profesional). El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientos unidades reajustables)”.

activos de que dispone, etc., y mucho menos, como vimos, tienen el deber de informar a la UIAF, con lo cual las responsabilidades emergentes se diferencian claramente de las que por ejemplo tienen establecidas las entidades financieras, como los bancos.

El control de la legalidad de los actos en que participa el escribano no parece exigirles por ahora, por ejemplo, la averiguación de si los actos otorgados bajo su autorización son o no efectuados por testafierros, ni cuáles son los verdaderos titulares de las sociedades de cuyos intereses se ocupa (¿cómo podría saberlo?, ¿de qué manera debería averiguarlo?)

No creo que en el Uruguay tengan los profesionales en general ni los escribanos en particular, una obligación de informar de las citadas operaciones sospechosas, al Banco Central, a través de la citada Unidad de Inteligencia Financiera, ni, con mayor razón, a la Dirección General Impositiva (DGI), ni al Banco de Previsión Social (BPS), salvo en los casos en que ello fuera ordenado especialmente por la ley, o cuando, conforme a derecho, ello sea exigido por mandato de juez competente.

Sólo si cumplieran los profesionales alguna de las actividades a que refiere el art. 1 del decreto 86/05 estarían obligados a informar, por tanto debe verse si actúan como “inmobiliarias” o si son “otros intermediarios de inmuebles” o si se han dedicado a la compra venta de antigüedades, obras de arte o metales preciosos, o si realizan por cuenta de terceros transacciones financieras o administran en forma habitual sociedades comerciales que no conformen un consorcio o grupo económico según art. 79 de la L. 16.060.

Si estuvieran dentro de tales categorías deberán además registrar y verificar por medios eficaces la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social, según el caso, de las personas físicas o jurídicas con las que realicen transacciones por un monto superior a los U\$S 15.000 o su equivalente en otras monedas.

## **7. OMISIONES PUNIBLES A CARGO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS**

El Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD) en su artículo 14 estableció como posible delito a cargo de las instituciones financieras el que “deliberadamente” no cumplan con las obligaciones establecidas en el mismo Reglamento, introduciendo así un delito de omisión propia, derivado del incumplimiento de mandatos expresamente establecidos por la ley.

En su formulación original, al exigirse el deliberado incumplimiento, queda excluida toda posibilidad de omisión culposa o por negligencia o imprudencia grave o derivada de un error inexcusable.

Se postula por la Comisión de la Organización de los Estados Americanos (OEA) la exigencia de un incumplimiento intencional de obligaciones, de lo que resultaría que las figuras criminales podrían ser, entre otras:

- mantener cuentas innominadas, anónimas o bajo nombre ficticio (art. 10.1)
- no verificar la identidad de los clientes (art. 10.2)
- no mantener registros por el plazo legal (art. 10.4, 5 y 6)



- no brindar información a la autoridad (art. 11.1)
- no guardar secreto sobre informaciones solicitadas por la autoridad (art. 11.2)
- no comunicar operaciones sospechosas (art. 13), e incluso
- no cumplir con las normas banco-centralistas establecidas.

Los delitos a cargo de las Instituciones Financieras, postulados por la CICAD, serían delitos propios de omisión, ya que, formalmente están previstos expresamente por la ley u porque materialmente el injusto se agota en la no realización de la acción esperada y exigida por la ley, dado la posición de garante que ella ha establecido a su respecto.

Por ello, como el deber de actuar está dentro del tipo penal de que se trata, más que responsables por un eventual delito de lavado de activos, debería castigárseles por el delito autónomo que correspondiera, de incumplimiento de obligaciones, de forma y modo que la institución no responderá por lavado de activos propiamente dicho, sino por ese delito específico de mera desobediencia que indicamos.

Este delito debería llevar la denominación genérica de crimen de violación de las disposiciones banco-centralistas reguladoras de las actividades de las entidades financieras.

Asistiríamos a un delito autónomo, de peligro abstracto, en el cual ni la Institución como tal (para los que postulan la responsabilidad penal de los entes morales) ni sus gerentes, administradores o responsables, tendrían obligación de evitar el resultado del blanqueo de activos, ni de disminuir el riesgo de que ello se produzca, ni tendrían tampoco obligación de proteger el bien jurídico de que se trata (el orden económico financiero del Estado) sino simplemente, cumplir con lo ordenado.

El delito consiste en la no realización de la acción requerida por la ley, en no cumplir con lo mandado, admitiéndose la imputación culposa en la medida en que, en derecho uruguayo, ello sea exigido por la ley.

En el Uruguay, según el sistema del número *clausus* de delitos imprudentes<sup>33</sup>, la culpa sólo puede atribuirse cuando el legislador expresamente así lo determine lo que no ha hecho en el caso concreto hasta ahora.

El Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización de Drogas (PNUFID) preparó una legislación Modelo, en 1995, que, en lo que interesa ahora, agregó a la fórmula originaria del saber y del debiendo saber, la expresión “sospechando”, que a nuestro juicio no introduce la modalidad culposa del lavado de activos, sino que nos mantiene en el ámbito del dolo eventual o indirecto, pues la culpa propiamente dicha, es la culpa sin previsión o inconsciente, donde lo que se reprocha es la infracción del deber de cuidado, de mantener despierta la inteligencia para no vulnerar el bien jurídico, ni ponerlo en riesgo, en razón de la mera imprudencia, negligencia o impericia profesional.

Algunos países de gran influencia en la legislación uruguayo han venido en los últimos tiempos imputando la mera culpa, como es el caso de España, que imputa

---

33. España adoptó este sistema recientemente, en 1995, art. 12 C.P.

la “imprudencia grave”<sup>34</sup>; Alemania, que refiere a “negligencia grave”<sup>35</sup>, Luxemburgo que trata de la comisión del delito por “desconocimiento de las obligaciones profesionales”<sup>36</sup>, y, dentro del área del MERCOSUR, sólo Paraguay castiga el lavado por imprudencia o culpa<sup>37</sup>.

La Ley argentina que castiga al lavador no sólo cuando hubiere conocido el origen delictivo de la inversión o negocio en que intervenga, sino cuando “lo hubiera sospechado”<sup>38</sup>, no llega a mi juicio a castigar la culpa, por cuanto esa expresión supone, en mi opinión, sólo imputación por dolo eventual o indirecto.

En el Uruguay, donde se mantiene incólume el principio *societas delinquere non potest*, se ha previsto la eventual responsabilidad penal a cargo de los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las instituciones financieras, empresas o sociedades determinadas por la ley, que pueden incurrir en delito de lavado de activos<sup>39</sup>.

La Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que es una unidad de inteligencia financiera, que fue creada primero administrativamente (Circular 1722, de 22.1.2000 del BCU) y luego se legalizó, en 2004 (Ley 17.835, de 23.9.04)<sup>40</sup>.

Se determinó la obligación de informar de toda transacción que, “en los usos y costumbres de la respectiva actividad, resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente, o se planeen con una complejidad inusitada o injustificada”, o que existan “sospechas” de procedencia ilícita.

En general se entiende que se ha puesto a cargo de determinados sujetos (instituciones financieras y otros) una doble obligación que se resume en: a) conozca a su cliente, y b) dé cuenta de las operaciones sospechosas.

34. Art. 301.3 C.P.

35. Parágrafo 261 C.P. de 22.9.92.

36. Art. 6 Ley de 7.7.89.

37. Ley 1015, de 3.10.96. La L. 1.160/997, art. 196.5 determina que “El que en los casos de los incisos 1 y 2 y por negligencia grave desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico será castigado con pena de hasta dos años o con multa”.

38. Ley 23.737, de 10.10.89, art. 25.

39. Art. 71 de la ley especial: “Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el DL 15.322, de 17.9.82, los Bancos regulados por la L., 16.131, de 12.9.990, las Casas de Cambio a que refiere el artículo 56 de la L. 16.696, de 30.3.995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay (BCU) deberán sujetarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado BCU con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley. Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrá determinar según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el DL 15.322 de 17.9.82, con la redacción dada por la L. 16.327, de 11.11.992. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del juez de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera caber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero”.

40. Esta ley se reglamentó por D. 86, de 24.2.2005.

La omisión de cumplir este mandato se resuelve en sanciones administrativas, y eventualmente en la comisión del delito de lavado de activos del art. 71 de la L. 17.016/998 citando anteriormente.

## 8. MODIFICACIONES AL RÉGIMEN ADJETIVO

En cuanto al sistema procesal se pueden señalar, en síntesis, las siguientes características del sistema uruguayo de lucha contra el lavado de activos, que indican una línea de mayor severidad y búsqueda de eficacia en la represión:

1) Ya indicamos que la fijación de una pena mínima de dos años de reclusión (que se denomina pena de penitenciaría) tiene consecuencias en el régimen procesal, en cuanto impone que junto al auto de procesamiento se imponga la prisión preventiva del sospechoso, y que luego el juez ordinario no pueda concederle la libertad provisional.

2) Por esa misma razón (la imposición de condena de penitenciaría en todos los casos) las personas no podrán ser beneficiadas por la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que es entre nosotros una forma de extinguir el delito<sup>41</sup>.

3) Otra consecuencia de que la pena sea de penitenciaría se refleja en el hecho de que la Suprema Corte de Justicia no le podrá conceder la libertad anticipada hasta que no haya cumplido por lo menos la mitad de la condena (art. 328 Código del Proceso Penal según redacción de L. 16.349/93 y art. 11 de L. 17.897/05).

4) Excepcionalmente, por tratarse casi con seguridad de casos de delincuencia organizada, la ley autoriza el empleo de agente provocador para lograr su represión<sup>42</sup>, imponiéndosele medidas preventivas de seguridad.

5) A mi juicio son aplicables a los delitos de lavado de activos, las disposiciones previstas en la ley de drogas, en cuanto al castigo de la tentativa con la misma pena que la consumación y a la punición, excepcional entre nosotros de los actos preparatorios, que se punen con las dos terceras partes de la pena, pero que el juez puede elevar hasta la mitad según “la gravedad del hecho cometido y la personalidad del agente” (art. 37 ley especial).

---

41. Art. 126 C.P.: “(De la suspensión condicional de la pena). Se extingue el delito cuando el juez, al dictar sentencia, resuelve suspender la condena, siempre que el beneficiado, además de cumplir las obligaciones que le fueren impuestas por la ley o judicialmente, se abstuviere de cometer delitos, durante un período de cinco años. Para que la condena pueda ser suspendida se requiere: 1. Que se trate de penas de prisión o de multa, cuando por defecto de cumplimiento, deba ésta transformarse en pena de prisión. 2. Que se trate de delinquentes que en el pasado no hayan cometido otros delitos y que el juez prevea, por el examen de sus antecedentes, que no han de cometerlos en el provenir”.

42. Art. 8 C.P., inc.2, según redacción dada por art. 74 de L. 17.243/2000: “(Del delito putativo y la provocación por la autoridad)...El hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión, sólo se castigará en caso que el juez competente autorice, por escrito, la provocación por razones fundadas. Esta autorización sólo podrá otorgarse en los casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento”.

6) Se prevé un régimen especial de evaluación del elemento intencional, permitiéndose inferir el dolo “de las circunstancias del caso”<sup>43</sup>, autorizando al juez a fallar por “convicción moral”, que, además, se viene admitiendo por la jurisprudencia que puede formarse sobre la base de una “prueba de carácter indiciario”<sup>44</sup>, o prueba racional<sup>45</sup>, lo que es de capital importancia al momento de determinar la prueba del conocimiento por parte del agente del origen ilícito de los efectos que maneja.

7) Se adoptó el sistema de la “entrega vigilada”, preconizado en la Convención de Viena<sup>46</sup>, por L. 17.835/04<sup>47</sup>, y se creó una cierta pesquisa reservada o secreta, que pone en cuestión los límites de la relación institución-cliente y el secreto bancario, a través del régimen de la UIAF analizado *supra*, lo que, de alguna manera, nos acerca, además, peligrosamente a la conculcación de los principios de inocencia y de incolumidad, y a la inversión de la carga de la prueba.

---

43. El art. 61 del DL.14.294/74, según norma agregada en 1998, dice: “El dolo en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley, se inferirá de las circunstancias del caso de acuerdo con los principios generales. El juez interviniente deberá fundamental la convicción moral que se ha formado al respecto, tanto en el auto de procesamiento como en el que no lo decreta, así como en la sentencia sea ésta o no condenatoria”.

44. Así por ejemplo en Sentencia N° 356/1998 del Tribunal Supremo español. Sala de lo Penal, Ponente Sr. D. Eduardo Móner Muñoz, Vista 04.03.98. Ver también Sentencia N° 755/997 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

45. Naturalmente que este tipo de prueba es legal y está previsto en el Código del Proceso Penal, como prueba lícita, aunque se es estricto en la contabilización de sus elementos, visto la discrecionalidad o subjetividad que tal tipo de juicio conlleva: multiplicidad de indicios, importancia intrínseca de cada uno de ellos, congruencia, concatenación, causalidad, etc. El art. 160 CPP dice: “Concepto de indicio. 160.1. Indicios son las cosas, estados o hechos, personales o materiales, ocurridos o en curso, aptos para convencer, en alguna medida, acerca de la verdad de las afirmaciones o de la existencia de un hecho que es objeto del proceso, toda vez que no constituyan un medio de prueba específicamente previsto. 160.2. Para que los indicios puedan servir de base a una resolución judicial deberán estar plenamente probados, ser inequívocos y ligar lógica e ininterrumpidamente el punto de partida y la conclusión probatoria”.

46. El art. 11 de la Convención establece: “ENTREGA VIGILADA.1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas...3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan”. En el art. 1 de definiciones se lee: “g) Por “entrega vigilada” se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el Cuadro II anexas a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entre en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención”.

47. Arts. 9-12 L. N° 17.835, de 23.9.2004, que siguen prácticamente sin fisuras las recomendaciones internacionales que resultan de la Convención, colocando la decisión en manos de un juez. El art. fundamental, el 9, dice: “Con fines de investigación, a requerimiento del Jefe de Policía Departamental que corresponda o el Ministro del Interior, el Juez Penal competente podrá autorizar la circulación y entrega vigilada de dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios, sustancias tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos, precursores u otra sustancia prohibida, por resolución fundada, bajo la más estricta reserva y confidencialidad”.

8) Se flexibilizó el régimen del embargo preventivo y del decomiso, estableciéndose incluso normas sobre la caducidad de los derechos que se pudieran tener sobre ciertos bienes<sup>48</sup>, lo que determina la definitiva confiscación.

---

48. Art. 63 de la ley en la redacción dada por art. 67 L. 17.930/2003, que agregó el siguiente texto: “Sin perjuicio de lo expresado, el juez o tribunal en su caso, podrá disponer el decomiso aún durante la sustanciación del proceso y antes del dictado de la sentencia de condena, cuando los bienes, productos o instrumentos de que se trate fuesen, por su naturaleza, perecederos o susceptibles de deterioro que los torne inutilizables. Si en definitiva el propietario de los mismos fuese eximido de responsabilidad en la causa, o cuando sean de aplicación los artículos 64 y 65 de esta ley, el interesado podrá solicitar la reparación por parte del Estado por los daños y perjuicios resultantes del decomiso. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, en cualquier etapa del proceso en la que el indagado o el imputado no fuere habido, se librára la orden de prisión respectiva y transcurrido seis meses sin que haya variado la situación, caducará todo derecho que el mismo pueda tener sobre los bienes, productos o instrumentos que se hubieren cautelarmente incautado operando la confiscación de pleno derecho procediéndose conforme al art. 67 de la citada norma”.



# MEMORIA DE TESTIGOS: PATRÓN DE DISTORSIÓN DE LOS RECUERDOS POR LA PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN FALSA

Karlos LUNA y Malen MIGUELES

Facultad de Psicología  
Universidad del País Vasco

**Resumen:** Los testigos expuestos a información falsa tras un suceso delictivo tienen bastantes posibilidades de incluirla en su recuerdo del acontecimiento. En este experimento se demuestra que las acciones y los elementos de tipicidad alta son los contenidos falsos que se aceptan con mayor facilidad. Esto es debido al uso de esquemas de conocimiento, que permiten extraer información cuando no ha sido codificada o almacenada. La información falsa y los esquemas fomentan la inclusión de contenidos falsos en el recuerdo del testigo. La información falsa, igualmente, tiene efecto sobre la experiencia subjetiva asociada a los recuerdos.

**Laburpena:** Delitu egintza baten ondoren informazio faltsua jaso duten lekukoek, gertatutakoa oroitzapenean gordetzeko aukera asko dute. Esperimentu honetan, tipikotasun altuko akzio eta osagaiak, erraztasun osoz onartzen diren eduki faltsuak direla demostratzen da. Ezagutza eskemak erabiltzeagatik gertatzen da hau, era honetan gorde edo kodifikatu gabe dagoen informazioa atera dezakegulako. Informazio faltsuak eta eskemek lekukoaren oroitzapenean eduki faltsuen barneratzea sustatzen dute. Informazio faltsuak, oroitzapenei loturiko esperientzia subjektiboan ere badu efektua.

**Résumé:** Les témoins qui sont exposés à des fausses informations après un acte délictueux ont des nombreuses possibilités de l'inclure dans leur souvenir de cet événement. Dans cette expérience on démontre que les actions et les éléments plus typiques sont les contenus faux acceptés plus facilement. La raison de tout ça est l'utilisation des schémas de connaissance, qui permettent d'extraire une information quand elle n'a pas été codifiée ou stockée. La fausse information et les schémas favorisent l'inclusion de faux contenus dans la mémoire du témoin. La fausse information, également, a un effet important sur l'expérience subjective associée aux souvenirs.

**Summary:** The witnesses exposed to false information after a criminal event have a lot possibilities of including it in their souvenir of the event. In this experiment it is demonstrated that actions and elements highly typical are the false contents that witnesses accept more easily. The reason of that is the use of knowledge schemes that allow extracting information when this information has not been codified or stored. The false information and the schemes favour the inclusion of false contents in the witness' memory. The false information has effect also on the subjective experiences associated with souvenirs.

**Palabras clave:** memoria de testigos, falsas memorias, información postevento, esquemas de conocimiento, relación confianza-exactitud.

**Gako hitzak:** Lekukoen oroitzapena, memoria faltsuak, ondoko-gertakari, ezagutza eskemak, konfiantza eta zorroztasunaren arteko erlazioa.

**Mots clef:** mémoire de témoins, faux souvenirs, information post-événement, schémas de connaissance, relation confiance-exactitude.

**Key words:** witnesses' memory, false souvenirs, post-event information, knowledge schemes, relationship of trust and precision.

## Agradecimientos

Esta investigación ha sido financiada mediante una Beca a Proyectos de Investigación de la Sociedad Española de Psicología Experimental (SEPEX), convocatoria 2004-2006 y por un contrato de investigación posdoctoral de la Universidad del País Vasco (2006/2007).

Partes de esta investigación fueron presentadas en el VI Congreso de la Sociedad Española de Psicología Experimental, celebrado los días 6-8 de julio de 2006 en Santiago de Compostela (España).

## INTRODUCCIÓN

La Psicología del Testimonio es la rama de la Psicología que estudia los factores que determinan la calidad del testimonio de un testigo en un contexto judicial (Querejeta, 1999). Dentro de esta rama de conocimiento se estudian diversas áreas, como el desarrollo de técnicas para conseguir testimonios más veraces y completos (p. e., la entrevista cognitiva de Fisher y Geiselman, 1992) o métodos para asegurar que la identificación de un sospechoso por parte del testigo se hace con todas las garantías (Cutler y Penrod, 1995). También interesan otros aspectos, como analizar las características que pueden ayudarnos a distinguir entre una declaración basada en un recuerdo real o en uno fabricado (p. e., el Análisis de Declaraciones Basado en Criterios CBCA por sus siglas en inglés, Criterion-Based Content Analysis, Steller y Koehnken, 1989), o las condiciones que pueden alterar y distorsionar un recuerdo desde que éste es creado hasta que es recuperado (Eisen, Quad y Goodman, 2002), entre otros.

Esta área, aunque remonta sus inicios hasta principios del siglo XX (p. e., los trabajos de Binet, 1900; Münsterberg, 1908 o Stern, 1910), no pasó de anecdótica hasta la publicación del libro *Eyewitness Memory* de Elizabeth Loftus (1979). Desde esa fecha, la investigación en Psicología del Testimonio se ha incrementado gradualmente hasta convertirse en una de las más estudiadas dentro de la Psicología aplicada (Ainsworth, 1998). Los estudios sobre sus temas de interés varían en metodología, desde estudios de campo que revisan gran cantidad de material policial para examinar las declaraciones, pruebas y veredictos de casos reales (p. e., Cutshall y Yuille, 1989; Tollestrup, Turtle y Yuille, 1994; Woolnough y McLeod, 2001) hasta estudios de laboratorio en los que se controlan las variables que pueden afectar a un fenómeno determinado para aislarlo y estudiarlo en profundidad. La gran mayoría de investigaciones sobre la Psicología del Testimonio son de este segundo tipo.

En este trabajo hemos realizado un estudio en laboratorio para examinar las distorsiones que puede sufrir nuestra memoria, en particular cuando se expone a un testigo a información falsa. Y es que un testigo debe contar su historia en múltiples ocasiones. A veces deberá narrar su versión completa del suceso a los policías, abogados o jueces encargados del caso, pero en otras ocasiones deberá responder a las preguntas que le



hagan. Durante todo ese proceso el testigo puede verse expuesto a información falsa que puede modificar su recuerdo del acontecimiento. Se ha encontrado que si un testigo ve un accidente de tráfico en el que hay una señal de *ceda el paso*, pero posteriormente se le sugiere que la señal era un *stop*, hay muchas posibilidades de que incluya ese elemento en su recuerdo y que, al recuperar el suceso, afirme que la señal era un *stop* (Loftus, Miller y Burns, 1978).

Este fenómeno se conoce como *efecto de la información engañosa* y se estudia mediante el paradigma de la información postevento. Este procedimiento consiste en la presentación de un suceso, habitualmente algún tipo de delito, seguido de un cuestionario o una narración sobre el acontecimiento que incluye información falsa. Por último, los participantes responden a una prueba de memoria final en la que se determina si el recuerdo ha sido alterado por la información falsa o si por el contrario se mantiene intacto. En multitud de experimentos y en las más diversas condiciones se ha encontrado consistentemente que la exposición a información falsa perjudica la memoria favoreciendo la creación de falsos recuerdos (Cann y Katz, 2005; Ceci, Ross y Toglia, 1987; Lindsay y Johnson, 1989; Zaragoza y Lane, 1994).

A partir de la teoría del control de la fuente (Johnson, Hashtroudi y Lindsay, 1993) se ha propuesto como explicación de este fenómeno que los participantes cometen un error de atribución durante la prueba de memoria, creyendo que la información postevento falsa apareció en la original. Esta confusión se produce porque fallan los procesos de búsqueda de información que ayudan a recuperar el origen concreto de un recuerdo. Durante la prueba de memoria se les pregunta por información original, pero los participantes poseen dos informaciones diferentes que comparten muchas de las características que podrían servir para distinguir su origen, como la cercanía espacial y temporal, el contenido semántico o incluso que la información en última instancia tiene como origen al experimentador. Al no poder distinguir el origen concreto de los recuerdos, información original o postevento, los participantes se confunden y tienden a señalar la segunda como presente en la primera.

Sin embargo, a pesar del evidente interés por extender los resultados obtenidos con el paradigma de la información postevento a situaciones reales, en la mayoría de los experimentos de laboratorio se ha utilizado una prueba de memoria de reconocimiento en la que los participantes deben responder con unos escuetos *Verdadero/Falso* o *Si/No*. Este tipo de preguntas, aunque pueden utilizarse durante un interrogatorio a un testigo, son minoría frente a las más útiles preguntas abiertas sobre un tema concreto, es decir, una prueba de recuerdo con clave. Para facilitar la aplicabilidad y generalizabilidad de los resultados de este experimento a un contexto judicial, en esta investigación hemos utilizado una prueba de memoria de recuerdo con clave, a pesar de que con ello disminuye la posibilidad de comparar nuestros resultados con otros obtenidos mediante pruebas de reconocimiento.

Hay que señalar que la presentación de información falsa postevento no es la única fuente de error para la memoria. Nuestro sistema cognitivo almacena una gran cantidad de información que se organiza en estructuras complejas para facilitar su almacenamiento y procesamiento. Esas estructuras se conocen como *esquemas*, e incluyen toda la información que poseemos sobre un dominio concreto (para una revisión del concepto de esquema, véase de Vega, 1984 o Sierra, 2000). Así, existen

esquemas sobre cómo es una biblioteca o qué sucede en situaciones como ir al restaurante, ir a un aeropuerto o hacer la colada. Cuando una información determinada no aparece en la situación a la que estamos expuestos o no ha sido correctamente codificada y almacenada, se puede recurrir al esquema para rellenar esos huecos extrayendo la información que aparece en la mayoría de situaciones similares, es decir, la información típica y habitual. Así, la extracción de información provoca más aciertos con información de tipicidad alta, aunque esa misma extracción puede provocar la inclusión de elementos típicos pero erróneos en nuestra memoria. Ambos resultados, más aciertos o respuestas correctas pero también más errores con información de tipicidad alta, son comunes en estudios que manipulan esta variable (Erskine, Markham y Howie, 2002; Nakamura, Graesser, Zimmerman y Riha, 1985). Un ejemplo de inclusión de información típica pero falsa aparece en Brewer y Treyens (1981). Estos autores llevaron a unos participantes a la habitación de un estudiante y después les pidieron que recordaran todos los objetos presentes. Un 30% afirmó que había libros, un elemento típico de una habitación de estudiante, aunque se habían quitado deliberadamente.

Cuando se utilizan delitos como material de estudio los resultados siguen la misma línea. Greenberg, Westcott y Bailey (1998), crearon unas diapositivas sobre un robo en una tienda y señalaron elementos de tipicidad alta y baja, tanto presentes como ausentes. Los participantes cometieron más errores con información de tipicidad alta que baja. García-Bajos y Migueles (2003) presentaron una cinta de audio que narraba un atraco a una persona en la calle que contenía elementos de tipicidad alta y baja. Con prueba de recuerdo encontraron más respuestas correctas y más errores con información de tipicidad alta, y con prueba de reconocimiento también hubo más aciertos y falsas alarmas con elementos típicos. En ambos trabajos los participantes extrajeron información de tipicidad alta de los esquemas. En la mayoría de las ocasiones la extracción de información ayuda a comprender qué pasó sin necesidad de procesar y almacenar una gran cantidad de información, pero a veces conlleva la aceptación de elementos no presentes en el acontecimiento real.

En los últimos tiempos algunas investigaciones han explorado el efecto de presentar previamente información de tipicidad alta y baja mediante el paradigma de la información postevento de Loftus y cols. (1978). Por ejemplo, Smith y Studebaker (1996, Exp. 1) presentaron una cinta de audio sobre un robo en una casa e introdujeron información falsa de tipicidad alta o baja mediante unas preguntas. En la prueba final de reconocimiento se debía elegir entre la información de tipicidad alta, la de baja, o decir que no se concretó en la historia original. Los participantes aceptaron la información falsa más fácilmente cuando se presentó previamente, demostrando el efecto de la información engañosa. Ese efecto fue, además, superior con elementos de tipicidad alta que baja. Con un procedimiento similar, Holst y Pezdek (1992) también encontraron una gran aceptación de información falsa de tipicidad alta.

Sin embargo, en estos estudios no se ha tenido en cuenta que los esquemas incluyen diversos tipos de contenidos, y que esos contenidos no se recuerdan de igual modo. En particular, diversas investigaciones han señalado que las acciones y los detalles no reciben un similar tratamiento en la memoria, aunque hasta la fecha no hemos encontrado ninguna investigación sobre el efecto de la información engañosa en la que se haya manipulado esta variable. En estudios sin información falsa habitualmente se ha

encontrado mejor rendimiento ante acciones, tanto en estudios de campo (Cutshall y Yuille, 1989) como de laboratorio (García-Bajos, Migueles e Ibabe, 1999; Luna y Migueles, 2007; Migueles y García-Bajos, 1999). Por ejemplo, Migueles y García-Bajos (1999) presentaron un vídeo sobre un secuestro y, entre otras cosas, pidieron a los participantes que escribieran todo lo que recordaran del suceso. Al analizar las narraciones encontraron más respuestas correctas con acciones y más errores con detalles.

Estos resultados pueden explicarse debido a que las acciones poseen un carácter dinámico y una continuidad temporal que pueden promover su codificación y almacenamiento, comparado con la naturaleza estática de un detalle (Woolnough y MacLeod, 2001). Por otro lado, una acción también podría ser más fácil de recuperar de la memoria que un detalle. En un interrogatorio policial normalmente se hacen preguntas dirigidas a saber con exactitud qué pasó, es decir, qué acciones se llevaron a cabo (Fisher y Geiselman, 1992). Y en respuesta, los testigos cuentan predominantemente lo que sucedió mediante una secuencia de acciones ordenada más o menos lógicamente y que contiene lo más relevante del acontecimiento. Por ello en una declaración real hay más acciones que detalles (Yuille y Cutshall, 1986). Así, mencionar una acción puede llevar a otra acción, que lleva a otra acción, hasta que se acaba la secuencia. El recuerdo de una acción puede servir de clave para recuperar la siguiente o la anterior (Bower, Black y Turner, 1979).

Sin embargo, a pesar de que las acciones y detalles y no se recuerdan por igual, y a pesar del diferente efecto en la memoria de presentar información falsa de tipicidad alta y baja, no tenemos constancia de ninguna investigación que haya manipulado estas dos variables mediante el paradigma de la información postevento y aplicando una prueba de recuerdo con clave. En este trabajo hemos presentado acciones y detalles falsos de tipicidad alta y baja para examinar el efecto en la memoria de la presentación de información falsa a un hipotético testigo. A falta de evidencia empírica concreta en la que apoyarnos, nuestras hipótesis derivan de trabajos similares en algún aspecto. Por ejemplo, hay mayor tasa de respuestas correctas con elementos de tipicidad alta que baja (García-Bajos y Migueles, 2003; Lampinen, Copelan y Neuschatz, 2001) porque los esquemas ayudan a recuperar información y sirven para rellenar los huecos de información no codificada. Este efecto de los esquemas debería ser más notorio precisamente cuando se exige a los participantes que generen sus propias respuestas como sucede en una prueba de recuerdo con clave frente a la más utilizada prueba de reconocimiento. Si no existe recuerdo de un elemento determinado la tendencia a recuperarlo del esquema podría ser mayor que en una prueba de reconocimiento en la que simplemente se ha de optar por la respuesta más familiar o más congruente con la situación. Por eso esperamos aquí que haya por un lado más respuestas correctas con elementos de tipicidad alta, pero también más errores. Los resultados de otras investigaciones que utilizaron información postevento avalan esta hipótesis (Holst y Pezdek, 1992; Smith y Studebaker, 1996, Exp. 1).

Por otro lado, respecto al tipo de contenido, la mayor capacidad informativa de las acciones puede hacer que se codifiquen y recuperen con mayor facilidad. Esto podría hacer que las acciones falsas se aceptaran con mayor dificultad que los detalles. Asimismo, debido a que los esquemas están formados principalmente por secuencias de acciones, es posible que acciones de tipicidad alta se extraigan con mayor facilidad que los detalles de tipicidad alta.

Otro tema de interés dentro de la Psicología del Testimonio es la experiencia subjetiva asociada a un recuerdo. La experiencia subjetiva es el conjunto de características que acompañan a la recuperación de una información. Por ejemplo, determinadas características cualitativas como tener información específica del momento y lugar de adquisición del conocimiento, que se asocia a un recuerdo de tipo episódico, frente a su ausencia, que se asocia a un recuerdo de tipo semántico (Tulving, 1985), pueden facilitar la distinción entre recuerdos verdaderos e implantados (para una revisión, véase Gardiner, Ramponi y Richardson-Klavehn, 2002). Otra característica importante es la confianza que el testigo posee en sus recuerdos.

Algunos investigadores han planteado que a partir de la confianza de un testigo se evalúa su credibilidad (Wells, Lindsay y Ferguson, 1979). Wise y Safer (2004) preguntaron a 160 jueces de Estados Unidos de América sobre lo que opinaban acerca de diversos tópicos de la Psicología del Testimonio. Un tercio de los entrevistados (34%) estuvieron de acuerdo en que “durante el juicio, la confianza de un testigo es buena predictora de la exactitud de la identificación del acusado como autor del crimen”. Un tercio (33%) estuvo en desacuerdo con la afirmación y otro tercio (34%) no estuvo ni de acuerdo ni en desacuerdo. Sin embargo, el 89% de los jueces señalaron correctamente que “la confianza de un testigo puede verse influenciada por factores no relacionados con la exactitud de la identificación”. Los jueces estadounidenses son conscientes de que la confianza de un testigo depende de múltiples variables, algunas de ellas relacionadas con la exactitud y otras no, pero no aplican este conocimiento en sus actuaciones judiciales dejando que la confianza de una identificación influya en la credibilidad que otorgan al testigo.

En cambio, cuando preguntamos lo mismo a expertos en la Psicología del testimonio encontramos la opinión contraria. Kassir, Ellsworth y Smith (1989) encuestaron a 63 expertos en el tema y encontraron que el 87% estuvo de acuerdo con la afirmación de que “la confianza de un testigo no es buena predictora de la exactitud de su identificación”. Más recientemente, Kassir, Tubb, Hosch y Memon (2001) encontraron un porcentaje similar (90%) con una muestra diferente de 64 expertos. En esta última encuesta el 97% de los expertos estuvo de acuerdo con la afirmación de que la confianza no depende sólo de la exactitud de una declaración. Como puede verse, las ideas que existen sobre la relación entre la confianza y la exactitud varían ampliamente en función de a quién se pregunte. Y es que los expertos en la Psicología del Testimonio disponen de evidencias empíricas obtenidas a través de investigaciones de la que carecen los jueces. La transmisión de ese conocimiento es una tarea aún pendiente.

La evidencia experimental acerca de la relación entre la confianza y la exactitud (C-E) apoya a los expertos más que a los jueces. La mayoría de esa evidencia, obtenida en estudios sobre identificación de testigos y mediante el cálculo de correlaciones, señala en la dirección de una escasa o nula relación (véanse los meta-análisis Bothwell, Deffenbacher y Brigham, 1987; Sporer, Penrod, Read y Cutler, 1995; Wells y Murray, 1984). A pesar de esta conclusión general, en esos estudios se han señalado algunas variables que mejoran la relación C-E, como la utilización de ruedas de identificación múltiples, en las que se enseñan varias fotografías a la vez, frente a las secuenciales en las que se muestra una sola (Read, Lindsay y Nicholls, 1997).

Otro aparente avance ha sido el cálculo de correlaciones intrasujeto, en las que interesa determinar si un participante evalúa con mayor confianza sus respuestas correctas que las incorrectas, frente al cálculo de la correlación intersujeto que in-

tentan determinar si los participantes más exactos evalúan sus respuestas con mayor confianza que los menos exactos. Varias investigaciones han encontrado altas correlaciones intrasujeto (Kebell, Wagstaff y Covey, 1996; Perfect y Hollins, 1996), aunque en otras investigaciones los resultados no hayan sido tan alentadores (Perfect, Watson y Wagstaff, 1993). En estudios sobre la aceptación de información falsa apenas se ha tenido en cuenta la confianza o su posible relación con la exactitud. Tomes y Katz (2000) encontraron unas correlaciones muy bajas, tanto intersujeto ( $r = 0,10$ ) como intrasujeto ( $r = -0,15$ ). Resultados similares hemos encontrado en investigaciones en nuestro propio laboratorio (Luna y Migueles, 2005).

Pero el estudio de la relación C-E no se limita al cálculo de correlaciones, una técnica estadística que indica la fuerza y dirección de una relación lineal sin que implique ningún tipo de relación causal (Peña y Romo, 1997). Y son precisamente las relaciones causales las que nos interesan. ¿Una respuesta correcta provoca una mayor confianza? Para responder a esta pregunta en los últimos tiempos se han propuesto otro tipo de análisis estadísticos como los análisis de varianza (AVAR) que sí miden relaciones causales. Mediante esta técnica se ha encontrado consistentemente que las respuestas correctas se evalúan con mayor confianza que las incorrectas, tanto si se incluye información falsa (Loftus, Donders, Hoffman y Schooler, 1989; Loftus y cols., 1978) como si no (García-Bajos y Migueles, 2003; Migueles y García-Bajos, 1999; Migueles y García-Bajos, 2001). Estos resultados desafían la conclusión que se extrae de las correlaciones de que la confianza de un testigo no tiene relación con su exactitud. En este trabajo calcularemos las correlaciones intersujeto e intrasujeto y realizaremos AVARs con la confianza como variable dependiente para explorar su posible relación con la exactitud cuando se presenta información falsa. A partir de los resultados previos hipotetizamos que las correlaciones serán bajas, pero que habrá mayor confianza con respuestas correctas que incorrectas. Sin embargo, todos los resultados mencionados hasta ahora han sido hallados con pruebas de reconocimiento. Hasta la fecha, no conocemos ningún estudio que haya abordado estos temas mediante una prueba de recuerdo con clave. El hecho de que los participantes deban producir sus propias respuestas en vez de elegir entre las disponibles podría influir en los resultados.

Uno de los objetivos principales de este trabajo es el estudio del patrón de aceptación de los diferentes tipos de información falsa. Además, también exploraremos la experiencia subjetiva asociada a la recuperación de los diferentes tipos de información. Si las acciones y detalles se recuerdan de diferente modo, y si la información de tipicidad alta y baja tiene diferentes consecuencias sobre nuestra memoria, es posible que también tengan algún efecto sobre la confianza con que recuperamos esa información. Se han encontrado en varias ocasiones que las respuestas ante acciones se evalúan con mayor confianza que ante detalles (García-Bajos, Migueles e Ibabe, 1999; Ibabe y Sporer, 2004), y ante información de tipicidad alta que baja (Migueles y García-Bajos, 2004) aunque en todos los casos se ha trabajado con pruebas de reconocimiento. Si una acción o un elemento de tipicidad alta se recuperan con confianza alta, es posible que falsos recuerdos asociados a esos tipos de información sean más creíbles y por tanto más perjudiciales desde un punto de vista forense.

Para llevar a cabo los objetivos propuestos y evaluar las hipótesis planteadas se realizó un experimento en el que se presentó un vídeo sobre un atraco, se presentó información falsa de varios tipos y se recogió el recuerdo de los participantes junto con una estimación de su confianza.

## MÉTODO

### Participantes

Completaron este experimento 52 estudiantes (12 varones y 40 mujeres) de la Facultad de Psicología de la Universidad del País Vasco, con edades comprendidas entre los 18 y los 43 años ( $M = 21,4$ ;  $DT = 5,29$ ). Los estudiantes participaron en este experimento como requerimiento para completar una de sus asignaturas.

### Diseño

Se empleó un diseño 2 (Grupo: experimental o control) x (2) (Contenido: acciones o detalles) x (2) (Tipicidad: alta o baja), con medidas independientes en la primera variable y repetidas en las otras dos. Los participantes fueron asignados aleatoriamente al grupo experimental ( $n = 28$ ) y al control ( $n = 24$ ).

### Materiales y procedimiento

Los participantes vieron un vídeo de 3 minutos sobre un atraco a un banco. Este corte fue extraído de la película "El atraco" (Herrington, 2002) y montado según conveniencia de la investigación. En el vídeo se ve un furgón blindado que llega a un banco y aparca en su puerta. De él bajan dos guardias de seguridad, uno con dos sacas de dinero, que entran al banco ante la atenta mirada de dos policías de apoyo. El director de la sucursal bancaria abre la cámara de seguridad y los guardias dejan las sacas en un carrito. El furgón se va y los policías también. Mientras, en un callejón y dentro de un coche el atracador mira un reloj. En un momento determinado un poste de electricidad cercano explota dejando al banco sin electricidad y desconectando cámaras de seguridad y alarmas. El atracador arranca el coche, aparca en la puerta del banco y entra armado con una escopeta de cañones recortados y disfrazado con un mono de trabajo y una careta de payaso. Grita a todo el mundo que se tire al suelo y amenaza a clientes y empleados. Obliga al director de la sucursal a abrir la cámara de seguridad y le indica que meta el dinero de las sacas en una bolsa de deporte mientras él vigila a los rehenes. Tras coger la bolsa con el dinero, el atracador sale del banco, se mete en el coche y huye. El director de la sucursal se acerca a la puerta para comprobar que ha huido y llama a la policía. El episodio completo transcurre sin violencia explícita ni se utiliza lenguaje malsonante. Se pidió a los participantes que atendieran al vídeo porque después se les iba a preguntar por diversos contenidos del mismo.

Tras el vídeo los participantes completaron unos pasatiempos durante 5 minutos en los que debía encontrarse la salida de un laberinto y sombrear unas zonas punteadas para mostrar una imagen oculta. El objetivo de estos pasatiempos era dejar pasar un intervalo de tiempo suficiente como para que los recuerdos se consolidaran y pasaran a la memoria a largo plazo y evitar el uso de estrategias de memorización como el repaso de información. Tras este intervalo los participantes leyeron una narración de aproximadamente 500 palabras que resumía los aspectos más importantes del vídeo que acababan de ver. La narración se dividió en 11 secciones que se presentaron desordenadas, y la tarea de los participantes consistió en ordenarlas para mostrar la misma secuencia del vídeo. Hubo dos narraciones diferentes, una para el grupo experimental que incluyó información falsa y otra para el grupo control en la que se quitó toda referencia a esos elementos. No hubo límite de tiempo para realizar esta tarea.

La narración del grupo experimental incluyó 8 elementos falsos que no habían aparecido en el vídeo. Esos elementos pudieron ser acciones de tipicidad alta, acciones de tipicidad baja, detalles de tipicidad alta o detalles de tipicidad baja. Para clasificar la información en función de su tipicidad se realizaron previamente dos estudios normativos, uno para las acciones y otro para los detalles. Para el estudio de las acciones se pidió a 80 personas que listaran las acciones implicadas en el atraco a un banco. Estos datos fueron categorizados y publicados por Migueles y García-Bajos (2004). Debido a las necesidades específicas de esta investigación, los datos originales se reclasificaron dando lugar a una nueva distribución con más categorías que la de las autoras originales. Pueden verse las nuevas categorías creadas en la Tabla 1. Así, tuvimos más posibilidades para seleccionar los elementos críticos. Las 1.488 acciones producidas por los participantes fueron distribuidas en 107 categorías. Un total de 27 fueron de tipicidad alta, pertenecientes a 11 grandes conjuntos de acciones que pueden suceder durante un atraco. Esta categorización dio lugar a una lista de acciones muy similar a la obtenida en otros trabajos (Holst y Pezdek, 1992; Tuckey y Brewer, 2003), lo que nos permite concluir que las personas poseemos un esquema genérico de lo que sucede durante un atraco a un banco. Y ese esquema es independiente de la experiencia personal. Sólo el 12% de los participantes en el estudio de Holst y Pezdek (1992) fueron testigos, directos o indirectos, de un robo en un banco o en una tienda. La fuente principal de información de lo que sucede durante un atraco parece ser la televisión (50%) o las noticias (23%) (Holst y Pezdek, 1992).

**Tabla 1. Acciones típicas en un atraco a un banco. Ni los conjuntos ni los grupos de acciones son excluyentes. Adaptado de Luna (2007).**

Acciones	%	Acciones	%
1- Estudiar el lugar del atraco	62	7- Empuñar un arma	62
Hacer un plan	40	Sacar el arma después de entrar en el banco	55
Elegir el día y la hora	30	Usar una pistola	26
Decidir el material a utilizar y adquirirlo	26	8- Amenazar / vigilar a la gente	69
Elegir el banco	22	Amenazar a los empleados	30
2- Ir en vehículo y aparcar cerca del banco	27	9- Coger el dinero	52
3- Entrar en el banco	71	Pedir el dinero	25
Entrar como un cliente más	22	Pedir que metan el dinero en una bolsa	22
4- Ocultar la cara de algún modo	59	10- Salir del banco / huir	45
Ocultarse la cara antes de entrar al banco	31	Salir corriendo del banco	37
Usar un pasamontañas	25	11- Montarse en un vehículo para huir	69
5- Dirigirse a una de las ventanillas	25		
6- Gritar "¡Todo el mundo al suelo!"	36		
Gritar "¡Esto es un atraco!"	25		
Gritar "¡Que nadie se mueva!"	21		
Avisar que no den la alarma	20		

Para el estudio de la tipicidad de los objetos se preguntó a otro grupo de 35 personas que enumeraran los objetos presentes durante un atraco a un banco. Para apoyarles en la tarea se propusieron cuatro categorías: objetos del interior-exterior del banco, objetos relacionados con el personal del banco, con los clientes y con los atracadores. No hemos encontrado ningún estudio que se haya interesado por los objetos presentes en un atraco a un banco, pero Tuckey y Brewer (2003) preguntaron por algunas características de los atracadores que coinciden con las encontradas aquí. Por ejemplo, el 45% de sus participantes mencionaron que el atracador se tapa la cara concretando que utiliza un pasamontañas, y el 62% afirmó que usaría una pistola, por el 57% y el 74% de nuestra muestra respectivamente.

A partir de estos datos se seleccionaron como acciones y detalles típicos los mencionados por más del 20% de los participantes y como de tipicidad baja los mencionados por menos del 5%. Dos jueces seleccionaron los contenidos más apropiados para el experimento y se recurrió a un tercer juez cuando hubo alguna discrepancia. En el Apéndice se muestran todos los elementos críticos utilizados, verdaderos y falsos, con su evaluación de tipicidad.

Tras ordenar la narración los participantes resolvieron anagramas durante 5 minutos. Un anagrama es una palabra cuyas letras han sido cambiadas de orden dando lugar a una nueva palabra (p. e., de *imagen*, *enigma*). En esta ocasión se desordenaron las letras sin que ello diera lugar a nuevas palabras para que los participantes encontraran la palabra oculta (p. e., de *meala*, *maleta*). De nuevo, el objetivo de esta tarea fue permitir la consolidación de los recuerdos para la posterior prueba de memoria.

Por último, los participantes completaron una prueba de memoria de recuerdo con clave que incluyó 24 preguntas: 8 referidas a elementos verdaderos presentes en el vídeo (p. e., ‘¿Qué ordena el atracador a los clientes?’ Respuesta correcta: Que se tiren al suelo), 8 a la información falsa presente en la narración (p. e., ‘¿Qué grita el atracador al entrar al banco?’ Se sugirió falsamente que el atracador grita ‘¡Esto es un atraco!’) y 8 de relleno. Se indicó a los participantes que respondieran basándose en la información aparecida en el vídeo y que no dejaran ninguna pregunta sin contestar. Además de la respuesta también debieron indicar su confianza en una escala de 1 ‘ninguna seguridad’ a 5 ‘total seguridad’. Tampoco hubo límite de tiempo para realizar esta tarea. La sesión experimental duró aproximadamente 45 minutos.

## Resultados

Las respuestas de los participantes fueron clasificadas en tres categorías por los dos jueces que seleccionaron los contenidos. De nuevo, en caso de duda en la clasificación de una respuesta se recurrió a un tercer juez. Se aplicó un criterio de corrección estricto en la clasificación de las respuestas, clasificando como *Respuesta correcta* si se respondía exclusivamente con el elemento que aparecía en el vídeo. Por ejemplo, en la pregunta ‘Cuando está en el coche, ¿qué tiene el atracador en las manos?’, la respuesta correcta es *un reloj*. Se clasificó una respuesta como *Intrusión crítica* si se mencionaba la información falsa presente en la narración postevento. Por ejemplo en la pregunta ‘¿Qué armas lleva el atracador?’, una intrusión crítica es mencionar *una pistola* aunque se dijeran también otras armas. Por último, las respuestas que no encajaran en estas dos categorías se clasificaron como *Otros errores*, bien porque eran respuestas incorrectas o porque estaban incompletas. Por ejemplo, en la pregunta ‘Describe al director del banco. ¿Cómo va vestido?’, la respuesta correcta era un



traje con corbata, así que tanto la respuesta *un esmoquin negro* (incorrecta) como *una chaqueta* (incompleta) se incluyeron en esta categoría. La categoría *Otros errores* no ha sido incluida en los análisis posteriores.

En primer lugar se presentan los análisis de las respuestas correctas ante los 8 elementos verdaderos, después las intrusiones críticas ante los 8 elementos falsos y, por último, se presentan los resultados referidos a la confianza en la respuesta.

## Recuerdo

*Respuestas correctas.* Con la cantidad de respuestas correctas ante las preguntas sobre información verdadera se realizó un análisis de varianza AVAR 2 (Grupo: experimental o control) x (2) (Contenido: acciones o detalles) x (2) (Tipicidad de la información: alta o baja). En un análisis exploratorio previo encontramos un altísimo rendimiento en una de las preguntas. De los 52 participantes del experimento, sólo uno falló al responder a la pregunta '*¿Qué tipo de careta lleva el atracador?*' (detalle de tipicidad baja). El atracador llevaba una careta de payaso con una vistosa peluca naranja que apareció en algunos planos cercanos en los que se veía con claridad. Por tanto, las condiciones para que la careta de payaso se codificaran fueron óptimas y el rendimiento fue muy bueno provocando un efecto techo. Para evitar que esto distorsionara los resultados retiramos ese elemento de todos los análisis. Hubo más respuestas correctas con acciones ( $M = 0,79$ ) que detalles ( $M = 0,67$ ) [ $F(1, 50) = 5,70$ ;  $p = 0,021$ ], y con información de tipicidad alta ( $M = 0,79$ ) que baja ( $M = 0,68$ ) [ $F(1, 50) = 6,53$ ;  $p = 0,014$ ]. No hubo diferencias entre el grupo experimental ( $M = 0,74$ ) y el control ( $M = 0,73$ ) [ $p > 0,85$ ] ni hubo ninguna interacción entre las variables<sup>1</sup>. Pueden verse todas las puntuaciones en la Tabla 2.

*Intrusiones críticas.* Para analizar la aceptación de la información falsa se realizó un AVAR 2 (Grupo: experimental o control) x (2) (Contenido: acciones o detalles) x (2) (Tipicidad de la información: alta o baja) con la cantidad de intrusiones críticas como variable dependiente. Pueden verse las puntuaciones en la Tabla 2.

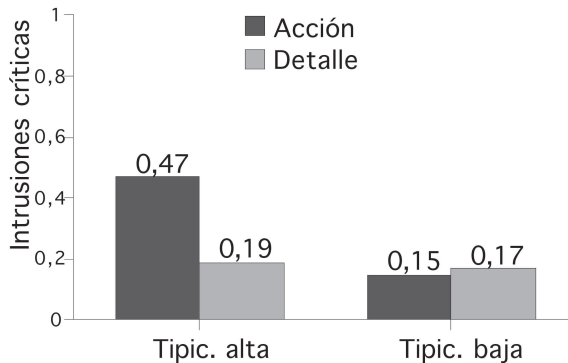
**Tabla 2. Proporción media de respuestas correctas e intrusiones de información crítica en función del Grupo, el Contenido y la Tipicidad de la información.**

	Grupo experimental		Grupo control	
	Acción	Detalle	Acción	Detalle
Respuestas correctas				
Tipic. alta	0,86	0,73	0,88	0,69
Tipic. baja	0,75	0,61	0,69	0,67
Intrusiones críticas				
Tipic. alta	0,61	0,30	0,33	0,08
Tipic. baja	0,27	0,34	0,04	0

1. Si se incluye la pregunta retirada la media de los detalles de tipicidad baja aumenta de 0,64 a 0,81 haciendo que desaparezcan los efectos simples de las variables [ambas  $p > 0,40$ ]. Pero la interacción entre ambas se vuelve significativa [ $F(1, 50) = 8,59$ ;  $p = 0,005$ ]. Las acciones de tipicidad alta ( $M = 0,87$ ) se recordaron mejor que las acciones de tipicidad baja ( $M = 0,72$ ) y los detalles de tipicidad alta ( $M = 0,71$ ), pero igual que los detalles de tipicidad baja ( $M = 0,81$ ), aunque no hubo diferencias entre estos tres tipos de elementos.

Los participantes del grupo experimental cometieron más intrusiones críticas que el control ( $M = 0,38$  y  $M = 0,11$ , respectivamente) [ $F(1, 50) = 27,17$ ;  $p < 0,001$ ], confirmando el efecto negativo en la memoria de la presentación de información falsa postevento. También hubo más intrusiones críticas con acciones que detalles ( $M = 0,31$  y  $M = 0,18$ ) [ $F(1, 50) = 11,29$ ;  $p = 0,001$ ] y con elementos de tipicidad alta que baja ( $M = 0,33$  y  $M = 0,16$ ) [ $F(1, 50) = 22,38$ ;  $p < 0,001$ ]. La interacción Tipo de contenido x Tipicidad también fue significativa [ $F(1, 50) = 19,51$ ;  $p < 0,001$ ] (véase la Figura 1).

**Figura 1. Proporción media de intrusiones críticas en función de la Tipicidad y del Contenido.**



Se analizó mediante una prueba  $t$  de Student que mostró que sólo las acciones de tipicidad alta ( $M = 0,47$ ) se aceptaban con mayor probabilidad que el resto, no habiendo otras diferencias (acciones de tipicidad baja  $M = 0,15$ ; detalles de tipicidad alta  $M = 0,19$ ; detalles de tipicidad baja  $M = 0,17$ ).

## Confianza

Para estudiar la relación entre la confianza, la exactitud y las variables manipuladas se llevaron a cabo varios análisis: se calcularon las correlaciones C-E intersujeto e intrasujeto y se realizaron varios AVARes. No se pudo realizar un AVAR con las puntuaciones de confianza como variable dependiente y con todas las variables de interés aquí porque al no tener respuestas en todas las casillas necesarias se perdían participantes y la  $n$  disminuía hasta límites poco aceptables. Por ello, para mantener la muestra en la medida de lo posible, se realizaron diversas comparaciones por pares entre las variables para explorar las posibles diferencias en la experiencia subjetiva, aunque se perdieran posibles interacciones.

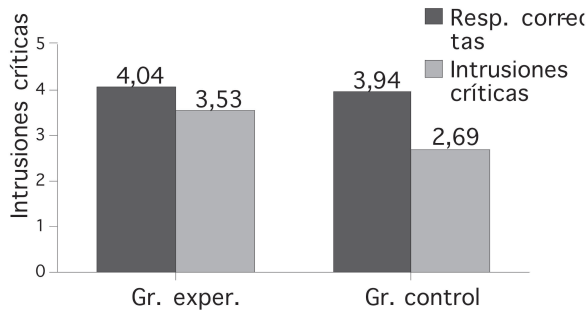
*Correlación entre la confianza y la exactitud.* Se calcularon las correlaciones intersujeto e intrasujeto entre la confianza y la exactitud. Para ello se tuvieron en cuenta las 24 preguntas de la prueba de memoria. Para calcular la correlación intersujeto se utilizó la correlación de Pearson y el resultado fue significativo [ $r = 0,333$ ;  $p = 0,021$ ]. Para calcular la correlación intrasujeto, y al tratarse de una variable de escala de in-

tervalo (confianza en la respuesta) y otra dicotomizada (exactitud: respuesta correcta o incorrecta), se calculó la correlación biserial-puntual de cada participante. La media de esas correlaciones también resultó alta y significativamente diferente de cero [ $r_{bp} = 0,480$ ;  $DT = 0,11$ ;  $t(47) = 29,37$ ;  $p < 0,001$ ].

*Confianza en función del tipo de respuesta.* Se separaron las puntuaciones de confianza entre las que correspondían a respuestas correctas ante preguntas sobre información verdadera, y las que correspondían a intrusiones críticas de información falsa. Las respuestas correctas ante información verdadera ( $M = 3,96$ ) se evaluaron con mayor confianza que las intrusiones de información falsa crítica ( $M = 3,19$ ) [ $t(43) = 3,65$ ;  $p = 0,001$ ]. También nos interesó saber si el grupo experimental y el control evaluaron sus respuestas con diferente confianza. No hubo diferencias en la confianza entre el grupo control y el experimental ( $M = 3,72$  y  $M = 3,87$  respectivamente) [ $t(50) = 0,86$ ;  $p = 0,392$ ].

A pesar de que análisis exploratorios previos indicaron que la interacción entre ambas variables no era significativa [ $p = 0,16$ ], decidimos comparar las respuestas en función del grupo. Cuando la respuesta era correcta no hubo diferencias en la confianza entre el grupo experimental ( $M = 4,04$ ) y el control ( $M = 3,94$ ) [ $t(50) = 0,53$ ;  $p = 0,600$ ], pero en las intrusiones críticas el grupo experimental respondió con mayor confianza ( $M = 3,53$ ) que el control ( $M = 2,69$ ) [ $t(42) = 2,35$ ;  $p = 0,024$ ]. En ambos grupos hubo mayor confianza en las respuestas correctas que en las intrusiones críticas (véase la Figura 2). La presentación de la información falsa no sólo facilita su aceptación, sino que hace que después se recupere esa información con mayor confianza.

**Figura 2. Proporción media de confianza en función del Grupo y del Tipo de respuesta.**



*Confianza en función de la Tipicidad y del Contenido.* Para analizar el efecto del contenido y de la tipicidad en la confianza en las respuestas correctas y en las intrusiones críticas se realizaron dos comparaciones por pares para mantener la muestra en la medida de lo posible. Respecto a las respuestas correctas, no hubo diferencias en función de la tipicidad, pero sí en función del contenido. La confianza fue mayor con

detalles ( $M = 4,39$ ) que con acciones ( $M = 3,99$ ) [ $t(51) = -2,98$ ;  $p = 0,004$ ]. Al analizar la confianza en las intrusiones críticas no se encontraron diferencias en ninguna de las dos variables.

Para explorar la confianza en las dos variables a la vez y en las respuestas correctas se realizaron comparaciones por pares usando la prueba  $t$  de Student para preservar la muestra. Pueden verse las puntuaciones y la  $n$  de cada una en la Tabla 3. Todas las diferencias fueron estadísticamente significativas [detalle-baja vs. acción-alta  $p = 0,002$ ; acción-alta vs. acción-baja  $p = 0,023$ ; acción-baja vs. detalle-alta  $p = 0,023$ ]. Se respondió con mayor confianza ante detalles de tipicidad baja, seguido por este orden de acciones de tipicidad alta, acciones de tipicidad baja y detalles de tipicidad alta.

**Tabla 3. Confianza media en las respuestas correctas en función de la Tipicidad y del Contenido. Entre paréntesis, la  $n$  de cada puntuación.**

	Acción	Detalle
Tipicidad alta	4,30 (47)	3,22 (39)
Tipicidad baja	3,81 (47)	4,76 (33)

Los resultados de esta investigación indican que hay un gran rendimiento con acciones de tipicidad alta, pero esos son también los contenidos falsos que se aceptan con mayor facilidad. También hay que señalar que la presentación de la información falsa facilita su aceptación y posterior recuperación. Además, la presentación de información falsa también tiene un efecto en la experiencia subjetiva asociada a nuestros recuerdos. Las respuestas correctas se evalúan con mayor confianza que las intrusiones de información falsa, pero estas intrusiones se evalúan con mayor confianza cuando la información se presentó previamente.

## Discusión

Desde que una persona presencia un hecho delictivo hasta que testifica ante las autoridades, policía, fiscal o juez, puede exponerse a información falsa sobre el acontecimiento. Esa información no tiene por qué ser maliciosa. En el mismo lugar del delito varios testigos pueden comentar lo sucedido intercambiando opiniones sobre lo vivido. Uno de ellos puede haber visto algo que otros no, y al compartir esa información es posible que se incorpore a la memoria de todos los testigos aunque no hayan estado expuestos a ella. Y lo mismo puede suceder con información falsa. Para estudiar el fenómeno de la inclusión de información ajena al acontecimiento en nuestra memoria Loftus y cols. (1978) desarrollaron el paradigma de la información postevento. Siguiendo los pasos básicos de ese procedimiento presentamos un vídeo sobre un atraco, introdujimos información falsa sobre el suceso y preguntamos a los participantes por su recuerdo del vídeo.

Hay que mencionar que habitualmente los estudios que han empleado el paradigma de la información postevento han usado pruebas de memoria de reconocimiento porque permiten un mayor control sobre la respuesta. Sin embargo, las pruebas de recuerdo son más cercanas a las situaciones reales de interrogatorio a un testigo. Cuando se han utilizado pruebas de recuerdo para medir la aceptación de informa-

ción falsa a veces se han encontrado resultados negativos (Zaragoza, McCloskey y Jarmis, 1987), pero otras veces han sido positivos (Frost, 2000; Lindsay, 1990). En este experimento hemos encontrado que el grupo que recibió información falsa la aceptó con mayor facilidad que el grupo control sin información falsa, es decir, hemos confirmado el efecto de la información postevento con una prueba de recuerdo con clave. La aceptación de información falsa demuestra ser un fenómeno fiable y robusto que aparece con pruebas de memoria de recuerdo y de reconocimiento.

El fenómeno de la aceptación de información falsa puede deberse a que, durante la prueba de memoria, los participantes se confunden porque creen que la información falsa apareció en la información original (Johnson y cols., 1993). La confusión puede deberse a que no examinan las características de los recuerdos que ofrecen información sobre su origen. Y eso es debido a la aplicación de un criterio laxo de toma de decisión sobre la fuente del recuerdo. Hekkanen y McEvoy (2002) realizaron un experimento con información postevento falsa y prueba de reconocimiento y calcularon el índice *C* de cada uno de los participantes. Este índice señala el tipo de criterio aplicado. Si se acerca a -1 indica un criterio laxo de respuesta y una tendencia a responder 'SI', mientras que si se acerca a +1 indica un criterio de respuesta estricto y una tendencia a responder 'NO'. Una *C* cercana a 0 indica un criterio neutro. Los autores dividieron su muestra en dos grupos, uno con criterio estricto ( $C > 0$ ) y otro laxo ( $C \leq 0$ ). El grupo con criterio laxo aceptó la información falsa más fácilmente que el grupo con criterio estricto. En resumen, la aceptación de información postevento en una prueba de reconocimiento puede deberse a que se aplica un criterio de respuesta laxo principalmente basado en la familiaridad de la información (Lindsay y Johnson, 1989). Los participantes en general responden aplicando un proceso automático y no controlado que favorece la aparición de errores de aceptación de la información falsa.

Desgraciadamente, no es posible calcular el índice *C* en una prueba de recuerdo como la aplicada aquí, pero es posible que los participantes hayan seguido un proceso similar. En la prueba de recuerdo deben generar sus propias respuestas, pero una vez generadas, si son elementos congruentes con el acontecimiento y codificados durante la sesión experimental, no hay motivo para que los participantes examinen la información con más cuidado para determinar la fuente concreta donde se originaron (vídeo o información postevento). Así, los participantes aplican un criterio laxo que les lleva a aceptar la información siempre que cumpla con unos requisitos básicos, como la congruencia o haber aparecido en la sesión experimental.

En este trabajo, además de por la aceptación de información falsa, también nos hemos interesado por el tipo de elemento que puede ser más fácilmente incorporado a la memoria. Se ha demostrado que el uso de esquemas de conocimiento influye en nuestra memoria (Brewer y Treyens, 1981; Greenberg y cols., 1998), entre otros motivos porque de ellos se extrae información que nos ayuda a comprender mejor el complejo mundo que nos rodea. Cuando no se codifica correctamente alguna información, puede recurrirse al esquema en busca de los elementos más típicos para esa situación concreta. Cuando esos elementos típicos extraídos del esquema coinciden con la información real, hay más respuestas correctas ante información típica, pero si no coinciden, hay más respuestas incorrectas (García-Bajos y Migueles, 2003; Lampinen, Copeland y Neuschatz, 2001). En este trabajo hemos replicado esos resultados. Ha habido más respuestas correctas y más intrusiones con información de tipicidad alta que baja.

Nuestros resultados también coinciden con los obtenidos habitualmente en estudios que manipulan el contenido. Los participantes recuerdan mejor las acciones que los detalles, posiblemente debido a que son elementos más dinámicos y poseen una continuidad temporal de la que carecen los detalles, contenidos de naturaleza básicamente estática (Woolnough y MacLeod, 2001). También es posible que las acciones tengan más claves de recuperación que los detalles debido a que siguen una secuencia causal más o menos lógica. El recuerdo de una acción podría ayudar a recordar la siguiente (Bower y cols., 1979). Este trabajo no ha sido diseñado para distinguir entre estas dos explicaciones, así que no podemos ofrecer datos a favor o en contra de ninguna de ellas. Trabajos futuros específicamente dirigidos a abordar este tema podrán aportar más información sobre por qué las acciones se recuerdan mejor que los detalles.

Este mejor rendimiento ante acciones normalmente se acompaña de más errores con detalles (García-Bajos y Migueles, 1999), pero en esta ocasión no ha sido así. Los participantes han cometido más errores con acciones que con detalles. Es posible que esto se deba a la aplicación una prueba de recuerdo con clave, en la que los participantes deben generar sus propias respuestas. Si no existe un recuerdo adecuado puede recurrirse al esquema para completar los huecos, extrayéndose más fácilmente la información por defecto de tipicidad alta que la de baja. Pero los esquemas incluyen principalmente secuencias de acciones, así que es más probable que se extraigan acciones que detalles del esquema. Esto se comprueba en la interacción entre ambas variables en la que se observan más intrusiones críticas con acciones típicas que con cualquier otro tipo de elemento. De los esquemas se extrae información de tipicidad alta, como podría concluirse de otros estudios sobre el tema (García-Bajos y Migueles, 2003; Lampinen y cols., 2001; Nakamura y cols., 1985), pero esa información refiere principalmente a acciones y no a detalles.

Un resultado similar encontraron Migueles y García-Bajos (2004) estudiando el efecto de la tipicidad de la información en el recuerdo de un atraco a un banco, aunque no presentaron información falsa postevento y no diferenciaron entre acciones y detalles sino entre acciones y características de los atracadores. En una prueba de reconocimiento encontraron que había más falsas alarmas con elementos de tipicidad alta que baja, pero sólo hubo diferencias entre acciones y características de los atracadores con información típica (0,69 vs. 0,52, respectivamente), no habiendo diferencias con información de tipicidad baja (0,13 vs. 0,20 para acciones y atracadores). Los esquemas facilitan la extracción de información de tipicidad alta aunque sea incorrecta, pero como los esquemas parecen estar compuestos principalmente de acciones y no de detalles, en este caso información sobre los atracadores, la tasa de error con esos contenidos es mayor. Esos errores, además, serán más graves desde un punto de vista de judicial al ser las acciones la información que se recoge más fácilmente en casos delictivos reales (Cutshall y Yuille, 1989/1994).

Otro objetivo de este trabajo era el estudio de la experiencia subjetiva asociada a la recuperación de información. Mediante el estudio de la confianza hemos intentado extraer datos sobre su relación con la exactitud o con las variables manipuladas. En primer lugar, y referido a la relación entre la confianza y la exactitud, a pesar de que habitualmente se han encontrado bajas correlaciones (Sporer y cols., 1995), aquí tanto la correlación intersujeto (determinar si los participantes más exactos evalúan sus respuestas

correctas con mayor confianza que los más inexactos) como la intrasujeto (determinar si un participante evalúa sus respuestas correctas con mayor confianza que sus respuestas incorrectas) han sido significativas. No tenemos constancia de otras investigaciones que hayan calculado estos coeficientes en un experimento con información postevento y prueba de memoria de recuerdo con clave, pero es posible que en una prueba de este tipo, en la que debe producirse la respuesta, se pueda calibrar mejor la confianza que cuando la tarea consiste simplemente en elegir la respuesta que creemos correcta.

Sin embargo, aunque se utilizan las correlaciones para estudiar la relación entre la confianza y la exactitud, es posible que no sea la mejor técnica estadística para ello. Nuestras correlaciones han variado entre  $r = 0,333$  (intersujeto) y  $r_{bp} = 0,480$  (intrasujeto), lo que indica que la confianza explica el 11% ( $0,333^2 \times 100$ ) o el 23% ( $0,480^2 \times 100$ ) de la varianza de la exactitud. En cualquier caso, y a pesar de ser datos estadísticamente significativos, su aportación a una hipotética discriminación entre respuestas correctas e incorrectas en función de la confianza emitida es escasa. Además, con las correlaciones se corre un grave riesgo metodológico, y es considerar que señalan una relación causal cuando sólo indican que dos fenómenos aparecen a la vez. La correlación entre la altura y el tamaño de los pies suele ser alta, pero eso no implica que ser alto provoque tener pies grandes, o que tener pies grandes provoque la altura. De modo similar, la correlación C-E no indica causalidad ni direccionalidad, sino solamente aparición conjunta de dos variables (Peña y Romo, 1997).

Una técnica estadística que parece más apropiada para establecer relaciones causales entre confianza y exactitud son los análisis derivados del Modelo Lineal General, en concreto los análisis de varianza o las pruebas *t* de Student para comparar medias. Así, se encuentra que los participantes evalúan sus respuestas correctas con mayor confianza que las intrusiones críticas. En otros trabajos también se encuentra este mismo resultado (Loftus y cols., 1989; Migueles y García-Bajos, 2001). De estos datos puede concluirse que los participantes discriminan de alguna manera entre cuándo son exactos y cuándo no, conclusión imposible de extraer de las correlaciones. También abren el camino a la discriminación entre respuestas correctas e incorrectas a partir de la confianza, como indicábamos antes, aunque todavía es pronto para adentrarse en ese camino. Todavía hay que estudiar otras variables que puedan mediar en la relación C-E hasta que este fenómeno se establezca con el rigor necesario para que tenga una aplicación práctica.

Un primer acercamiento al estudio de esas variables lo hemos hecho aquí, estudiando el tipo de información o el efecto de la información postevento en la confianza. Respecto a esta última variable, no hemos encontrado diferencias en la confianza entre el grupo control y el experimental, de lo que podríamos concluir que la presentación de información postevento no tiene efecto en la confianza. Pero al examinar detenidamente la confianza en las intrusiones críticas, es decir, la confianza depositada en un falso recuerdo, se observa que es mayor en el grupo experimental que en el control. La presentación de la información postevento no sólo aumenta la aceptación de la información falsa, sino que también aumenta la confianza ante esas respuestas. Si los jueces se basan en la confianza del testigo para evaluar su credibilidad, como apuntan algunas encuestas (Wise y Safer, 2004), estos errores serían también más creíbles y por tanto más graves.

Respecto al tipo de información, sólo hemos encontrado efecto en la confianza en las respuestas correctas, pero no en las intrusiones críticas. Ante las respuestas correc-

tas, a pesar de que habíamos hipotetizado que las acciones de tipicidad alta se podrían evaluar con confianza alta, los participantes han recuperado con mayor confianza los detalles de tipicidad baja. Esos contenidos corresponden a elementos bien codificados, de los que los participantes están bien seguros. Ese tipo de información no puede extraerse de un esquema ni de ningún otro sitio, así que si no se ha codificado bien la probabilidad de responder correctamente en una prueba de recuerdo con clave son mínimas. Por eso la confianza es alta con ese tipo de contenidos. También la confianza es alta con acciones de tipicidad alta. Estos son los elementos que más fácilmente se extraen de un esquema, y por eso la tasa de respuestas correctas y la sensación de familiaridad es muy alta ante esos elementos. Pero la confianza es menor que con detalles de tipicidad baja porque, aunque las respuestas sean correctas, en muchos casos pueden ser inferencias extraídas del esquema. Ante las respuestas correctas del resto de los elementos, la confianza disminuye al no existir ni la seguridad en la respuesta de los detalles de tipicidad baja ni la familiaridad de las acciones típicas.

En resumen, en este trabajo hemos abordado el estudio de la memoria de testigos para examinar los patrones de distorsión debidos a la presentación de diferentes tipos de información postevento. La conclusión general es que el recuerdo es moldeable, como corresponde a su carácter dinámico y reconstructivo. Los recuerdos cambian a medida que aparecen otros elementos o se crean nuevas asociaciones. Este fenómeno, común y que sucede diariamente sin mayores consecuencias, puede tener graves repercusiones en determinadas circunstancias como en el ámbito judicial. La memoria de un testigo puede verse afectada por la presentación de información falsa sugerida con posterioridad al delito real. La fuente de la información falsa puede ser tan variada como otro testigo cercano, la prensa o los propios policías y fiscales encargados del caso. Mientras interrogan a un testigo pueden sugerirle hechos o detalles que no sucedieron y que quedan grabados en su memoria. Pero también son fuente de error nuestros propios conocimientos sobre un suceso determinado. Los esquemas favorecen la inclusión de información típica en la memoria, principalmente acciones, de modo que no es necesario presentar información falsa para distorsionar un recuerdo.

También hemos examinado la confianza que los participantes poseen en sus recuerdos. La evidencia empírica sugiere que los participantes tienen algún tipo de conocimiento sobre cuándo una respuesta es correcta o incorrecta, apoyando la opinión de los jueces de que la confianza puede ser un buen indicador de la exactitud (Wise y Safer, 2004) y en contra de la opinión de los expertos en la Psicología del Testimonio (Kassin y cols., 2001). Pero la opinión de los jueces se basa en su conocimiento implícito sobre la relación entre la confianza y la exactitud, mientras que la de los expertos se basa en la evidencia empírica. Los datos obtenidos aquí se suman a otros similares, pero no conforman aún un cuerpo de investigación suficientemente grande como para competir con las conclusiones de la gran cantidad de investigaciones correlacionales.

A medida que se investigan estos temas y se establecen los fenómenos conociendo sus causas y las variables que les influyen, llegará el momento de poner en práctica todo lo aprendido en un contexto judicial real para ayudar a garantizar su máxima transparencia y fiabilidad.



## REFERENCIAS

- AINSWORTH, P.B. (1998). *Psychology, Law and eyewitness testimony*. Chichester, R.U.: Wiley.
- BINET, A. (1900). *La suggestibilité*. París: Schleicher Frères.
- BOTHWELL, R.K., DEFFENBACHER, K.A. y BRIGHAM, J.C. (1987). Correlation of eyewitness accuracy and confidence: Optimality hypothesis revisited. *Journal of Applied Psychology*, 72, 691-695.
- BOWER, G.H., BLACK, J.B. y TURNER, T.T. (1979). Scripts in memory for text. *Cognitive Psychology*, 11, 177-220.
- BREWER, W.F. y TREYENS, J.C. (1981). Role of schemata in memory for places. *Cognitive Psychology*, 13, 207-230.
- CANN, D.R. y KATZ, A.N. (2005). Habitual acceptance of misinformation: Examination of individual differences and source attributions. *Memory and Cognition*, 33, 405-417.
- CECI, S.J., ROSS, D.F. y TOGLIA, M.P. (1987). Suggestibility of children's memory: Psychological implications. *Journal of Experimental Psychology: General*, 116, 38-49.
- CUTLER, B.L. y PENROD, S.D. (1995). *Mistaken identifications: The eyewitness, psychology, and the law.* Cambridge, R.U.: Cambridge University Press.
- CUTSHALL, J. y YUILLE, J.C. (1989). Field studies of eyewitness memory of actual crimes. En D.C. Raskin (Ed.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence* (pp. 97-124). Nueva York, EUA: Springer Publishing. [Trad. cast. Estudios de campo sobre la memoria de testigos presenciales de crímenes reales. En D.C. Raskin (Ed.) Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales (págs. 95-116). Bilbao: Desclee de Brouwer, 1994].
- DE VEGA, M. (1984). *Introducción a la Psicología cognitiva*. Madrid: Alianza Editorial.
- EISEN, M.L., QUAS, J.A., GOODMAN, G.S. (Eds.) (2002). *Memory and suggestibility in the forensic interview*. Mahwah, EUA: Lawrence Erlbaum Associates.
- ERSKINE, A., MARKHAM, R. y HOWIE, P. (2002). Children's script-based inferences: Implications for eyewitness testimony. *Cognitive Development*, 16, 871-887.
- FISHER, R.P. y GEISELMAN, R.E. (1992). *Memory-enhancing techniques for investigative interviewing: The cognitive interview*. Springfield, EUA: Charles C. Thomas, Publisher.
- FROST, P. (2000). The quality of false memory over time: Is memory for misinformation "remembered" or "known"? *Psychonomic Bulletin and Review*, 7, 531-536.
- GARCÍA-BAJOS, E. y MIGUELES, M. (1999). Descripción previa, estrategias y confianza en el reconocimiento de personas. *Apuntes de Psicología*, 17, 19-30.
- GARCÍA-BAJOS, E. y MIGUELES, M. (2003). False memories for script actions in a mugging account. *European Journal of Cognitive Psychology*, 15, 195-208.
- GARCÍA-BAJOS, E., MIGUELES, M. E IBABE, I. (1999). Reconocimiento de información central y periférica en una situación positiva o negativa. *Boletín de Psicología*, 62, 79-89.
- GARDINER, J.M., RAMPONI, C. y RICHARDSON-KLAVEHN, A. (2002). Recognition memory and decision processes: A meta-analysis of remember, know, and guess responses. *Memory*, 10, 83-98.

- GREENBERG, M.S., WESTCOTT, D.R. y BAILEY, S.E. (1998). When believing is seeing: The effect of scripts on eyewitness memory. *Law and Human Behavior*, 22, 685-694.
- HEKKANEN, S.T. y MCEVOY, C. (2002). False memories and source-monitoring problems: Criterion differences. *Applied Cognitive Psychology*, 16, 73-85.
- HERRINGTON, R. (Director) (2002). *El atraco*. EUA.: Universal Pictures Video.
- HOLST, V.F. y PEZDEK, K. (1992). Scripts for typical crimes and their effects on memory for eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, 6, 573-587.
- IBABE, I. y SPORER, S.L. (2004). How you ask is what you get: On the influence of question form on accuracy and confidence. *Applied Cognitive Psychology*, 18, 711-726.
- JOHNSON, M.K., HASHTRUDI, S. y LINDSAY, D.S. (1993). Source monitoring. *Psychological Bulletin*, 114, 3-28.
- KASSIN, S.M., ELLSWORTH, P.C. y SMITH, V.L. (1989). The 'general acceptance' of psychological research on eyewitness testimony: A survey of experts. *American Psychologist*, 44, 1089-1098.
- KASSIN, S.M., TUBB, V.A., HOSCH, H.M. y MEMON, A. (2001). On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. *American Psychologist*, 56, 405-416.
- KEBBELL, M.R., WAGSTAFF, G.F. y COVEY, J.A. (1996). The influence of item difficulty on the relationship between eyewitness confidence and accuracy. *British Journal of Psychology*, 87, 653-662.
- LAMPINEN, J.M., COPELAND, S.M. y NEUSCHATZ, J.S. (2001). Recollections of things schematic: Room schemas revisited. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 27, 1211-1222.
- LINDSAY, D.S. (1990). Misleading suggestions can impair eyewitnesses' ability to remember event details. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 16, 1077-1083.
- LINDSAY, D.S. y JOHNSON, M.K. (1989). The eyewitness suggestibility effect and memory for source. *Memory and Cognition*, 17, 349-358.
- LOFTUS, E.F. (1979). *Eyewitness testimony*. Cambridge, EUA.: Harvard University Press.
- LOFTUS, E.F., DONDERS, K., HOFFMAN, H.G. y SCHOOLER, J.W. (1989). Creating new memories that are quickly accessed and confidently held. *Memory and Cognition*, 17, 607-616.
- LOFTUS, E.F., MILLER, D.G. y BURNS, H.J. (1978). Semantic integration of verbal information into a visual memory. *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4, 19-31.
- LUNA, K. (2007). *Efecto del tipo de contenido en la exactitud, la aceptación de información falsa y la confianza en el paradigma de la información postevento*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.
- LUNA, K. y MIGUELES, M. (2005). Efecto del tipo de información sugerida en el paradigma de la información postevento. *Revista de Psicología General y Aplicada*, 58, 309-321.
- LUNA, K. y MIGUELES, M. (2007). Acciones y detalles en la aceptación de información postevento falsa y en la confianza. *Estudios de Psicología*, 28, 69-81.
- MIGUELES, M. y GARCÍA-BAJOS, E. (1999). Recall, recognition and confidence patterns in eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, 13, 257-268.

- MIGUELES, M. y GARCÍA-BAJOS, E. (2001). Confianza y exactitud en la memoria de testigos vs. conocimientos generales. *Estudios de Psicología*, 22, 259-271.
- MIGUELES, M. y GARCÍA-BAJOS, E. (2004). ¡Esto es un atraco! Sesgos de la tipicidad en la memoria de testigos. *Estudios de Psicología*, 25, 331-342.
- MÜNSTERBERG, H. (1908). *On the witness stand: Essays on psychology and crime*. Nueva York, EUA: Clark, Boardman, Doubleday.
- NAKAMURA, G.V., GRAESSER, A.C., ZIMMERMAN, J.A. y RIHA, J. (1985). Script processing in a natural situation. *Memory and Cognition*, 13, 140-144.
- PEÑA, D. y ROMO, P. (1997). *Introducción a la estadística para las Ciencias Sociales*. Madrid: McGraw-Hill.
- PERFECT, T.J. y HOLLINS, T.S. (1996). Predictive feeling of knowing judgements and post-dictive confidence judgements in eyewitness memory and general knowledge. *Applied Cognitive Psychology*, 10, 371-382.
- PERFECT, T.J., WATSON, E.L. y WAGSTAFF, G.F. (1993). Accuracy of confidence ratings associated with general knowledge and eyewitness memory. *Journal of Applied Psychology*, 78, 144-147.
- QUEREJETA, L.M. (1999). Validez y credibilidad del testimonio. *La Psicología Forense Experimental. Eguzkilore*, 13, 157-168.
- READ, J.D., LINDSAY, D.S. y NICHOLLS, T. (1997). The relation between confidence and accuracy in eyewitness identification studies: Is the conclusion changing? En C.P. Thompson, D.J. Herrmann, J.D. Read, D. Bruce, D. Payne y M.P. Toglia (Eds.), *Eyewitness memory, theoretical and applied perspectives* (pp. 107-130). Mahwah, EUA: Lawrence Erlbaum Associates.
- SIERRA, B. (2000). ¿Cómo está representada la experiencia en la memoria humana? *Anthropos*, 189-190, .
- SMITH, V.L. y STUDEBAKER, C.A. (1996). What do you expect?: The influence of people's prior knowledge of crime categories on fact-finding. *Law and Human Behavior*, 20, 517-532.
- SPORER, S.L., PENROD, S., READ, J.D. y CUTLER, B.L. (1995). Choosing, confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies. *Psychological Bulletin*, 118, 315-327.
- STELLER, M. y KOEHNKEN, G. (1989). Criterion - based content analysis. En D.C. Raskin (Ed.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence* (pp. 189-211). Nueva York, EUA: Springer Publishing. [Trad. cast. Análisis de declaraciones basado en criterios. En D.C. Raskin (Ed.) Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales (pp. 189-211). Bilbao: Desclée de Brouwer, 1994].
- STERN, W. (1910). Abstracts of lectures on the psychology of testimony and on the study of individuality. *American Journal of Psychology*, 21, 270-282.
- TOLLESTRUP, P.A., TURTLE, J.W., YUILLE, J.C. (1994). Actual victims and witnesses to robbery and fraud: An archival analysis. En D.F. Ross, J.D. Read, M.P. Toglia (Eds.), *Adult eyewitness testimony: Current trends and developments* (pp. 144-160). Cambridge, R.U.: Cambridge University Press.
- TOMES, J.L. y KATZ, A.N. (2000). Confidence-accuracy relations for real and suggested events. *Memory*, 8, 273-283.

- TUCKEY, M.R. y BREWER, N. (2003a). How schemas affect eyewitness memory over repeated retrieval attempts. *Applied Cognitive Psychology*, *17*, 785-800.
- TULVING, E. (1985). Memory and consciousness. *Canadian Psychology*, *26*, 1-12.
- WELLS, G.L. y MURRAY, D.M. (1984). Eyewitness confidence. En G.L. Wells y E.L. Loftus (Eds.), *Eyewitness testimony: Psychological perspectives* (pp. 155-170). Nueva York, EUA: Cambridge University Press.
- WELLS, G.L., LINDSAY, R.C. y FERGUSON, T.J. (1979). Accuracy, confidence, and juror perceptions in eyewitness identification. *Journal of Applied Psychology*, *64*, 440-448.
- WISE, R.A. y SAFER, M.A. (2004). What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, *18*, 427-443.
- WOOLNOUGH, P.S. y MACLEOD, M.D. (2001). Watching the birdie watching you: Eyewitness memory for actions using CCTV recordings of actual crimes. *Applied Cognitive Psychology*, *15*, 395-411.
- YUILLE, J.C. y CUTSHALL, J.L. (1986). A case study of eyewitness memory of a crime. *Journal of Applied Psychology*, *71*, 291-301.
- ZARAGOZA, M.S. y LANE, S.M. (1994). Source misattributions and the suggestibility of eyewitness memory. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, *20*, 934-945.
- ZARAGOZA, M.S., MCCLOSKEY, M. y JAMIS, M. (1987). Misleading postevent information and recall of the original event: Further evidence against the memory impairment hypothesis. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, *13*, 36-44.

## APÉNDICE

Elementos críticos falsos de tipicidad alta (M = 53,66%)		Elementos críticos verdaderos de tipicidad alta (M = 37,37%)	
Acciones	Tipicidad	Acciones	Tipicidad
El atracador grita ' <i>¡esto es un atraco!</i> '	22,50	El atracador grita ' <i>¡todos al suelo!</i> '	36,25
En la puerta del banco un joven está <i>sacando dinero</i>	80	El atracador <i>aparca</i> el coche en la puerta del banco	27,50
Detalles		Detalles	
El atracador lleva una <i>pistola</i> en el cinturón	75	El director lleva <i>corbata</i>	45,71
Una señora tiene unas <i>bolsas de la compra</i>	37,14	El atracador lleva <i>guantes</i>	40
Elementos críticos falsos de tipicidad baja (M = 2,68%)		Elementos críticos verdaderos de tipicidad alta (M = 1,56%)	
Acciones	Tipicidad	Acciones	Tipicidad
El atracador <i>cierra la puerta</i> al entrar	5	El atracador tranquiliza a los clientes	2,50
Uno de los guardias le <i>da la mano</i> al policía	0	Uno de los clientes levanta la cabeza	0
Detalles		Detalles	
En el banco hay un <i>sofá</i>	5,71	El atracador lleva una <i>careta de payaso*</i>	3,75
El atracador tiene un <i>detonador</i> en la mano	0	El furgón de seguridad es <i>negro</i>	0

\* Este elemento fue retirado de los análisis por el efecto techo en sus respuestas.



## **ACTO DE ENTREGA DE DIPLOMAS A LOS TITULADOS EN EL TÍTULO DE PREGRADO EN “CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS” (2005-2007)**

El día 22 de octubre de 2007 en el Salón de Actos de la Sede del IVAC-KREI, tuvo lugar el Acto Académico de entrega de Diplomas a los alumnos titulados en el Título de Pregrado en Ciencias Criminológicas. Dicho Acto contó con numerosa asistencia de alumnos, así como de autoridades académicas, judiciales y políticas.

Como prólogo al desarrollo del solemne acto académico el Director del IVAC-KREI pronunció unas breves palabras de agradecimiento y de felicitación a los nuevos titulados.

La conferencia solemne, sobre “Criminología y seguridad humana: perspectivas de futuro”, fue pronunciada por el Prof. Dr. D. Manuel Ballbé Malloll, Director de la Escuela de Prevención y Seguridad Integral de la Universidad Autónoma de Barcelona.

### **INTERVENCIÓN DE DOS ALUMNOS**

Buenas tardes:

Soy una de las alumnas que ha cursado el Pregrado en Ciencias Criminológicas. Este curso ha sido muy especial por diversas razones; lo hemos cursado personas que ya teníamos una primera formación en Criminología y nos ha permitido acceder, si así lo hemos deseado, al 2º ciclo de la licenciatura en Criminología.

Este ha sido un curso donde todas las personas que hemos participado en él hemos tenido la oportunidad de enriquecernos tanto desde la perspectiva humana como criminológica. Hemos contado con un profesorado amplio y variado que nos ha permitido comprobar las diversas formas que hay de aplicar el proceso de enseñanza- aprendizaje en el ámbito de la Criminología. Y en los debates hemos discrepado respetándonos. En resumen, ha sido un curso realmente interactivo donde todas las personas que hemos participado en él hemos salido ganando, incluida la Criminología.

Desde mi humildad, mi más sincero reconocimiento al profesor Antonio Beristain por fundar el Instituto Vasco de Criminología, al profesor José Luis de la Cuesta, direc-

tor del Instituto, y su equipo por mantenerlo en activo, al profesorado, a las personas que nos atienden en secretaría, a la Asociación Vasca de Criminólogos, a mis compañeros, en resumen a todas aquellas personas que han trabajado y luchado porque este curso se haya impartido.

Por último, quiero pedir al Instituto Vasco de Criminología y a la Universidad del País Vasco que unan sus esfuerzos para que las criminólogas y criminólogos del futuro tengan la oportunidad de formarse en esta Universidad.

*M<sup>a</sup> Asunción Vicente Ayala*

Eskerrak eman nahi nizkioke Kriminologiaren Euskal Institutuari zein Kutxari zientzia bultzatzeagatik. Sari hau bide ederra da garai honetan oso beharrezkoa den zientziaren garapena sustatezeko.

Querría dar las gracias tanto al Instituto Vasco de Criminología como a Kutxa por impulsar la ciencia. Este premio es un magnífico modo de fomentar el desarrollo científico, que tan necesario es en la actualidad.

*Karlos Luna Ortega*



## **RELACIÓN DE ALUMNOS TITULADOS EN EL BIENIO 2005-07**

### **TÍTULO DE PREGRADO EN CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS**

Pablo Barrantes Solís  
Jesús Bujanda Zaldua  
Miguel Andrés Calle Sempere  
María Cristina Diego Castaño  
Beatriz Gamiz Mata  
Fco. Javier García Jiménez  
Imanol Gómez Muñagorri  
Mónica González Mirones  
Juan Carlos Herranz Bañares  
Luis Intxauspe Vázquez  
Juan José Lakunza Toledo  
M<sup>a</sup> Angeles Lakunza Toledo  
Jorge Maroto Ibáñez  
Pedro Rafael Martín Alonso  
José Enrique Maruri Alonso  
Ramón Mena Torres  
Martín Blas Rezabal Ochoa  
Juan Bautista Serrano Mesa  
M<sup>a</sup> Asunción Vicente Ayala



EGUZKILORE

Número 21.  
San Sebastián  
Diciembre 2007  
369 - 371

## **NOMBRAMIENTO DE MIEMBRO DE HONOR DEL IVAC-KREI AL ILMO. SR. D. ALFONSO AYA**

El día 30 de octubre de 2006, en el marco del Acto de entrega de Diplomas y comienzo del curso académico 2006-07 del Instituto Vasco de Criminología, celebrado en la sede del IVAC-KREI, en San Sebastián, se procedió al nombramiento de Miembro de Honor del IVAC-KREI, a perpetuidad, al Ilmo. Sr. D. Alfonso Aya, Fiscal del Tribunal Supremo.

La entrega de esta condecoración académica supone la continuación de la pauta iniciada por el IVAC-KREI hace veintisiete años, cuando, el día 12 de junio de 1979, D. José Miguel de Barandiarán fue nombrado primer Miembro de Honor del Instituto. Con posterioridad, recibieron también este galardón, otorgado por el Instituto, el Prof. Dr. D. Julio Caro Baroja, el día 28 de diciembre de 1988, los Excmos. Sres. D. Emilio Barberá Guillem, Rector Magnífico de la Universidad del País Vasco, y D. Juan Ramón Guevara Saleta, Consejero de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autónomo del Gobierno Vasco, el día 30 de junio de 1989, el Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y Presidente del Instituto Europeo de España, y el Profesor Doctor D. Reynal Ottenhof, Director del *Centre de Sciences Criminelles de la Université de Pau et des Pays de l'Adour*, el 14 de julio de 1990, el Sr. D. Jean Pinatel, Presidente H. de la Sociedad Internacional de Criminología, el 23 de noviembre de 1990, el Excmo. Sr. D. José Ramón Recalde, Consejero de Justicia del Gobierno Vasco, el 2 de julio de 1993, el Excmo. Sr. D. José Angel Cuerda, Alcalde de Vitoria-Gasteiz, el 30 de junio de 1995, el Excmo. Sr. D. Eduardo Chillida, el 27 de junio de 1996, el que fuera Profesor del IVAC-KREI y Psicólogo de la prisión de Martutene, Francisco Javier Gómez Elósegui –a título póstumo- el 27 de junio de 1997, el Ilmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, Presidente de la Audiencia Provincial de Bilbao, el 10 de junio de 1998, el Excmo. Sr. D. Juan José Goiriena de Gandarias, Catedrático de Fisiología y ex Rector de la UPV/EHU, el 25 de junio de 1999, la Excma. Srª. Dª. Esther Giménez-Salinas, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, el 13 de julio de 2000, el Prof. Dr. D. Tony Peters, Catedrático de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), el 19 de julio de 2002, el Profesor Georges Picca, Secretario General de la Sociedad Internacional de Crimino-

gía (París), el 25 de junio de 2003, el Profesor Denis Szabo, Presidente Honorario de la Sociedad Internacional de Criminología, Montreal (Canadá), el 27 de junio de 2003, el Ilmo. Sr. D. Luis Navajas, Fiscal del Tribunal Supremo, el 28 de octubre de 2003, el Dr. D. José Luis Munoa, ex Profesor de Historia de la Medicina en la UPV/EHU, el 26 de octubre de 2004, y la Excm. Sr<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Mercedes Agúndez, ex Ararteko, el 7 de noviembre de 2005.

Antes de proceder a la entrega del Diploma al nuevo Miembro de Honor, el Director del IVAC-KREI, Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta, resumió los motivos que han llevado al Instituto Vasco de Criminología a conceder este nombramiento, como justo y obligado reconocimiento a la citada personalidad.

## INTERVENCIÓN DEL ILMO. SR. D. ALFONSO AYA

Resulta difícil expresar mis sentimientos al estar aquí delante de todos ustedes recibiendo un honor tan alto como es el nombramiento como miembro de honor del Instituto Vasco de Criminología.

Agradecimiento, sin duda; satisfacción, emoción, pero también un cierto nerviosismo al ver unido mi nombre al de las grandes personalidades que han recibido anteriormente, sin duda con muchos más méritos que yo, este mismo honor.

No me considero legitimado para hacer una glosa de las personas que han sido distinguidas anteriormente con este mismo honor, pero sí quisiera dedicar un recuerdo, por lo significativo que ha sido para mi vida, a D. ENRIQUE RUIZ VADILLO. Juez, Fiscal, Magistrado del Tribunal Supremo, profesor universitario. Probablemente sea de las personas que más han influido en nuestro país en hacer que el derecho penal quede impregnado de humanidad. Y no sólo en los discursos, o en los libros o en los trabajos científicos, sino también en el foro, en sus actuaciones como Fiscal ante los Tribunales, en la jurisprudencia que fue asentando en el Supremo. La Justicia no se puede alcanzar con la aplicación fría y aséptica de la norma jurídica. Solo se podrá hacer Justicia si miramos cara a cara a las personas a las que va dirigida.

Mirar cara a cara **al infractor**, al que ha cometido el delito, porque será merecedor de una pena, pero sigue siendo portador de su dignidad humana y merece que se le siga tratando como persona que es. (Enrique Ruiz Vadillo solía decir "...si yo hubiese tenido las mismas vivencias que esta persona, si yo hubiese pasado lo mismo que ha pasado él, probablemente habría cometido el mismo delito).

**A la víctima**, que ha sido siempre la gran olvidada de nuestro sistema judicial. A la víctima la hemos maltratado: le decimos que vaya a declarar ante la policía, ante el juzgado cuantas veces sea llamado, le enfrentamos con su agresor, le decimos que si no acata lo que le dice el Juez puede incurrir en delito de desobediencia... Pero nadie le pregunta qué quiere, cuál es en realidad su problema, qué espera de nosotros, de la Administración de Justicia.

Debemos mirar cara a cara a la víctima y conocer sus peticiones y sus necesidades. A lo mejor no tiene derecho a todo lo que nos pide, pero sí tiene derecho a pedirnoslo, y a que le escuchemos.

**A la sociedad.** Porque el derecho no es sino un sistema de resolución pacífica de los problemas sociales. Los juristas no podemos hacer oídos sordos a las inquietudes sociales. A veces la sociedad nos mira estupefacta ante determinadas resoluciones judiciales. Debemos mirar también cara a cara a la sociedad.

Cuando fui nombrado Fiscal del Tribunal Supremo y me trasladé a Madrid a ocupar mi plaza, yo suponía que, en cierto modo, se acababa mi relación con el Instituto Vasco de Criminología. Después del nombramiento que hoy recibo, les aseguro que eso es imposible. Al contrario, supone un compromiso para reforzar mi vinculación con el Instituto y con los compromisos que el mismo me ha inculcado en mi vida profesional.

Para mí, mi paso por el IVAC ha supuesto el engarce ideal entre el mundo universitario, el estudio, la docencia y la investigación y el ejercicio profesional del derecho como Fiscal. Me ha enseñado a mirar al ciudadano al que va dirigido el Derecho: al infractor, a la víctima, a la sociedad.

Antes parecían dos mundos separados: o te dedicabas a la enseñanza (sacabas el doctorado, hacías trabajos de investigación, dabas clases, aspirabas a una cátedra...) o te dedicabas al ejercicio profesional del derecho en el foro (como abogado, Juez, Fiscal, etc.). Pues bien, sólo un engarce adecuado entre los dos mundos podrá dar los frutos deseados.

La investigación sólo tiene sentido si busca soluciones reales a problemas sociales reales. Y los Jueces y Tribunales no podrán impartir verdadera Justicia si antes no han profundizado en esos mismos problemas, sus causas, sus consecuencias y sus posibles soluciones. Si antes no han pulsado las verdaderas necesidades de la sociedad.

El Instituto Vasco de Criminología ha sabido aunar estos dos campos y ésta es la herencia que yo recibo del mismo, éste es el bagaje que me llevo a mi nuevo puesto de trabajo. De ahí que mi relación con el IVAC no pueda darse por finalizada, sino que, simplemente se ha abierto una nueva etapa.

A los que vais a estudiar Criminología os pido que nos ayudéis a los operadores jurídicos a incorporar a nuestro quehacer diario los avances dogmáticos de las disciplinas que vais a estudiar. En particular quisiera que pusierais un especial empeño en una cuestión a la que ya me he referido antes: a la victimología. Jueces, Fiscales, Abogados, sabemos que tenemos que dedicar más atención a las víctimas. Ayudadnos vosotros a hacerlo.

Para terminar quiero agradecer a los Doctores D. Antonio Beristain y D. José Luis de la Cuesta por haberme llamado hace ya algunos años a formar parte de este INSTITUTO y por haberme dado su confianza durante estos años. Gracias por el título que me ha sido concedido. Gracias sobre todo por lo que ellos y el Instituto me han aportado para crecer, como jurista y como persona.



EGUZKILORE

Número 21.  
San Sebastián  
Diciembre 2007  
373 - 399

**MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES  
DOCENTES E INVESTIGADORAS DEL  
INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA  
KRIMINOLOGIAREN EUSKAL INSTITUTUA**

**Octubre 2006 - Septiembre 2007**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN
- III. PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN
- IV. PUBLICACIONES
- V. ACTIVIDADES DOCENTES Y ACADÉMICAS
  - V.1. Curso de Pregrado
  - V.2. Jornadas y Congresos
  - V.3. Conferencias de profesores del IVAC/KREI
- VI. RELACIONES INTERNACIONALES
  - VI.1. Programa de Cooperación
  - VI.2. Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales (*DMS International Research Centre*)
  - VI.3. Organizaciones internacionales
  - VI.4. Actividades realizadas por profesores miembros del IVAC-KREI
  - VI.5. Profesores y alumnos visitantes
- VII. INTERCAMBIOS BIBLIOGRÁFICOS
- VIII. PREMIOS
- IX. MISCELÁNEA

## I. INTRODUCCIÓN

El IVAC/KREI es un Instituto Universitario Inter-departamental perteneciente a la UPV/EHU cuyas actividades prioritarias son la investigación, la formación especializada y la consultoría externa sobre todos los ámbitos relacionados con la Criminología. También se ocupa de la transferencia de conocimientos criminológicos y victimológicos al conjunto de la sociedad.

Por su decidida vocación internacional, el Instituto mantiene relaciones de colaboración estables con Institutos universitarios de Criminología europeos, con la Sociedad Internacional de Criminología y otras asociaciones de prestigio en el área de su actividad, potenciando así su presencia europea, y su integración en redes de investigación internacionales.

Ser un agente de cambio social constituye el compromiso que, desde las líneas de investigación que son descritas más adelante, el IVAC – KREI ha adquirido con el modelo de convivencia ciudadana que anhelamos: Trabajamos, en fin, por una sociedad más justa, más igualitaria y más respetuosa con las diferencias.

## II. LINEAS DE INVESTIGACIÓN

*Política criminal y prácticas penales:* La política criminal y las prácticas penales son analizadas en el IVAC-KREI, tanto en lo que concierne a sus aspectos teóricos como en el ámbito de sus aplicaciones. En esta línea caben destacar los trabajos que



abordan la relación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, la violencia conyugal y familiar, los tráfico penalmente ilícitos, aspectos criminológicos de la informática y las nuevas tecnologías, delitos ecológicos, la política criminal en materia de drogas, los crímenes internacionales y la justicia penal internacional, las sanciones penales y la realidad de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma Vasca.

*Delincuencia juvenil y de menores:* El Instituto ha prestado siempre una especial atención a la problemática de los menores y jóvenes delincuentes, analizando las características de los sistemas de intervención, las sanciones aplicables, los sistemas procesales establecidos, las vías de evitación de la intervención judicial, la ejecución de las sanciones y la atención a las víctimas de este tipo de delincuencia. La evaluación de las medidas de internamiento y la innovación de las políticas de prevención de la delincuencia juvenil, en general, y la de los menores extranjeros, en particular, ocupan gran parte de nuestro interés.

*Percepción de inseguridad, miedo al delito y prevención de la delincuencia:* En el campo de la atención prestada a la seguridad, inseguridad, miedo al delito y prevención de la delincuencia se insertan, entre otros, los estudios e investigaciones que se realizan acerca de las representaciones sociales de la criminalidad y el desarrollo de instrumentos de evaluación de percepción de inseguridad. El estudio de los *escenarios de conducta* ha sido una de las perspectivas desarrolladas en esta línea de investigación. Así, la relación entre el sentido de identidad comunitaria o la cohesión vecinal con la percepción de inseguridad ha ocupado algunas de nuestras investigaciones más recientes.

*Ciencia policial y forense:* Se trabaja en diversas iniciativas orientadas a la mejora del servicio policial, tanto desde una perspectiva formativa como investigadora. En el área forense, el IVAC-KREI se interesa de manera específica por investigaciones relativas al perfil genético y las aplicaciones del análisis de ADN para la identificación genética. Por otra parte se están realizando importantes avances en el campo de la Psicología del testimonio, la criminología ambiental y la negociación policial en situaciones de emergencia.

*Victimología y justicia restaurativa:* La preocupación por la asistencia a las víctimas y el análisis de los procesos de victimización preocupa igualmente en el seno de la actividad investigadora del IVAC-KREI. También el análisis y evaluación de los mecanismos de mediación, conciliación y de justicia restaurativa. Por otra parte, la intervención psicosocial en catástrofes naturales constituye, igualmente, uno de nuestros ámbitos de trabajo.

### III. PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

PROYECTO	<b>DETECCIÓN Y ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DE LOS SUPUESTOS DE VICTIMACIÓN DE LA MUJER INMIGRANTE EN LA CAPV. HACIA UN MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS (ESTUDIO DE CAMPO)</b>
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis de la Cuesta Arzamendi
<b>Equipo investigador</b>	Asesor: Ignacio Muñagorri Lagua Asesora: Virginia Mayordomo Rodrigo Investigadoras: Ana Pérez Machío, Ainhoa Brión Canal, Laura Pego Otero, Izaskun Orbegozo Oronoz
<b>Entidad Financiadora</b>	Departamento de justicia, empleo y seguridad social del G. Vasco
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Objetivo general: la realización de un estudio de campo dirigido al análisis de la realidad victimal y percepción de la misma por parte de las mujeres inmigrantes afectadas.</li> <li>• Objetivos específicos: <ul style="list-style-type: none"> <li>- El análisis de la situación de doble victimación y grado de conocimiento de sus derechos por parte de las mujeres inmigrantes víctimas.</li> <li>- La detección y tratamiento de los problemas que se suscitan a las mismas ante la Administración de Justicia</li> </ul> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Mujer, Inmigración, Víctima

PROYECTO	<b>MUJER INMIGRANTE VÍCTIMA: HACIA UN MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL ÁMBITO SOCIAL Y JURÍDICO (FASE II)</b>
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis de la Cuesta Arzamendi
<b>Equipo investigador</b>	Asesor: Ignacio Muñagorri Lagua Asesora: Virginia Mayordomo Rodrigo Investigadoras: Ana Pérez Machío, Eva Jiménez Martín, Laura Pego Otero, Izaskun Orbegozo Oronoz
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Bienestar Social del Gobierno Vasco.
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Objetivo general: Analizar las características sustantivas que conforman el específico tipo delictivo en el que los hechos victimadores de la mujer inmigrante se incardinan.</li> <li>• Objetivos específicos: <ul style="list-style-type: none"> <li>o Análisis de la legislación penal aplicable y la específicamente dirigida a la protección de los derechos del colectivo indicado, y sus déficits.</li> <li>o Análisis de la situación de doble victimación que sufre la mujer inmigrante, por su condición de mujer y por el hecho de ser extranjera.</li> <li>o Diseño de las líneas de trabajo para la III Fase.</li> </ul> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Mujer, Inmigración, Víctima

PROYECTO	INTEGRACIÓN DE MUJERES INMIGRANTES VÍCTIMAS DE DELITOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO (FASE III)
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis de la Cuesta Arzamendi
<b>Equipo investigador</b>	Asesor: Ignacio Muñagorri Lagua Asesora: Virginia Mayordomo Rodrigo Investigadoras: Ana Pérez Machío, Ainhoa Brión Canal, Laura Pego Otero, Izaskun Orbegozo Oronoz
<b>Entidad Financiadora</b>	Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Objetivo general:</b> se proyecta hacia la elaboración de un Manual de Buenas Prácticas (MBP), centrado en la asistencia de la mujer inmigrante víctima. Facilitar su mejor atención y tratamiento por parte de la Administración de Justicia y favorecer la superación de las consecuencias negativas de su victimación.</li> <li>• <b>Objetivos específicos:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>o potenciar y hacer más eficaz la intervención pública y privada en este ámbito, así como</li> <li>o fomentar la autoconciencia y el ejercicio de sus derechos por parte de las propias mujeres inmigrantes.</li> </ul> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Mujer, Inmigración, Víctima

PROYECTO	PROPUESTA DE DISEÑO DE UN INFORME SOBRE TORTURA EN EUSKADI
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis de la Cuesta Arzamendi - Ignacio Muñagorri Lagua
<b>Equipo investigador</b>	Ana Pérez Machío, Laura Pego Otero e Izaskun Orbegozo Oronoz
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del G. Vasco.
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Objetivo general:</b> El objetivo general de la presente propuesta es el diseño del formato del informe anual sobre la situación de la tortura en Euskadi.</li> <li>• <b>Objetivos específicos:</b> Dentro de la dinámica de la concreción de la estructura de dicho documento, los objetivos específicos a concluir son los siguientes: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Definir el perfil del informe</li> <li>2. Definir su espectro temporal</li> <li>3. Definir su contenido material</li> <li>4. Definir la metodología para su elaboración</li> </ol> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Tortura, derechos humanos

PROYECTO	INFORME - SEGUIMIENTO DE LAS DECISIONES DE CIERRE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN VASCOS
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis de la Cuesta Arzamendi - Ignacio Muñagorri Laguía
Equipo investigador	Ana Pérez Machío, Laura Pego Otero e Izaskun Orbegozo Oronoz
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del G. Vasco.
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Objetivo general:</b> El objetivo general del informe trata de recabar toda la información sobre la “historia jurídica” de los procesos judiciales contra los medios de comunicación vascos hasta la actualidad.</li> <li>• <b>Objetivos específicos:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La descripción de los hechos y análisis del contexto socio-político en el que se han producido.</li> <li>- Recopilación y análisis jurídico de las decisiones de cierre de medios de comunicación vascos. La libertad de expresión a debate.</li> </ul> </li> </ul>
Palabras clave	Historia Jurídica, cierre medios de comunicación, libertad de expresión

PROYECTO	PROPUESTA DE DISEÑO DE UN INFORME SOBRE NORMATIVA ANTITERRORISTA EN EUSKADI
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis de la Cuesta Arzamendi - Ignacio Muñagorri Laguía
<b>Equipo investigador</b>	Ana Pérez Machío, Laura Pego Otero e Izaskun Orbegozo Oronoz
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Derechos Humanos del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad social del G. Vasco.
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Objetivo general:</b> El objetivo general de la presente propuesta reside en el diseño del formato del informe anual sobre normativa antiterrorista.</li> <li>• <b>Objetivos específicos:</b> Dentro de la dinámica de la concreción de la estructura de dicho documento, los objetivos específicos a concluir son los siguientes: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Definir el perfil del informe.</li> <li>2. Definir su espectro temporal.</li> <li>3. Definir su contenido material.</li> <li>4. Definir la metodología para su elaboración.</li> </ol> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Normativa antiterrorista, derechos humanos

<b>PROYECTO</b>	<b>CONSUMOS DE DROGAS: REPERCUSIONES SOCIO-JURÍDICAS EN EL ÁMBITO LABORAL</b>
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis DE LA CUESTA – Ignacio MUÑAGORRI
<b>Equipo investigador</b>	Con contrato en el IVAC/KREI: Xabier ARANA, Isabel GERMÁN Contratación externa: César SAN JUAN, Aitzol AZPIROZ
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Drogodependencias del Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Objetivo general: Estudio de las repercusiones socio-jurídicas de los consumos de drogas en el ámbito laboral.</li> <li>• Objetivos concretos:               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Análisis de los datos sobre consumo de drogas en el medio laboral.</li> <li>2. Estudio de los factores etiológicos del consumo de drogas y de los factores de riesgo en el espacio laboral.</li> <li>3. Diagnóstico de la realidad de este fenómeno.</li> <li>4. El testado de sustancias en el ámbito laboral.</li> <li>5. Análisis de la legislación vigente.</li> <li>6. Protocolos de actuación para que la vertiente preventiva de la legislación laboral, sanitaria y social, prime sobre la vertiente sancionadora.</li> </ol> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Drogas. Legislación laboral. Consumos de drogas en el trabajo. Testado de sustancias.

<b>PROYECTO</b>	<b>LA REINCIDENCIA EN JUSTICIA DE MENORES: ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO EN CENTROS EDUCATIVOS (2006-2007)</b>
<b>Director del Proyecto</b>	César San Juan
<b>Equipo investigador</b>	Estefanía Ocáriz y Fernando Bermejo.
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Ejecución Penal GV
<b>Objetivos</b>	Analizar el impacto de las medidas de cumplimiento en centros educativos y la reincidencia en el delito protagonizada por menores infractores en la Comunidad Autónoma del País Vasco (2003 - 2006)
<b>Palabras clave</b>	Reincidencia, medio cerrado, justicia juvenil

<b>PROYECTO</b>	<b>EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DEL TRATAMIENTO TERAPÉUTICO EN DELINCUENTES DROGO-DEPENDIENTES EN ANDALUCÍA Y PAÍS VASCO</b>
<b>Director del Proyecto</b>	Juan Muñoz Sánchez (Prof. Titular Derecho penal. Universidad de Málaga)
<b>Equipo investigador</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Juan Muñoz Sánchez. Profesor Titular de Derecho penal.</li> <li>• José Luis Díez Ripollés. Catedrático de Derecho penal</li> <li>• Ana Isabel Cerezo Domínguez. Profesora Titular de Derecho penal</li> <li>• Elisa García España. Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal</li> <li>• Fátima Pérez Jiménez. Profesora e investigadora del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología.</li> <li>• Marina Fontana Calvo. Abogada colaboradora del Centro de Drogodependencias de la Diputación Provincial de Málaga</li> <li>• Isabel Germán Mancebo. Investigadora del Instituto Vasco de Criminología</li> <li>• Xabier Arana Berastegui. Investigador del Instituto Vasco de Criminología</li> </ul>
<b>Entidad Financiadora</b>	Plan Nacional de Drogas
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El <b>objetivo general</b> de este proyecto de investigación es conocer la eficacia del tratamiento terapéutico en drogodependientes que han cometido delitos y a los cuales se les ha suspendido la ejecución de la pena o se les ha sustituido la misma, bajo la condición de sometimiento a dicho tratamiento.</li> <li>• El <b>primero de los objetivos específicos</b> es conocer cuántos drogodependientes, de los que han cometido delitos y se les sustituye o suspende la pena de prisión, concluyen el tratamiento terapéutico.</li> <li>• El <b>segundo de los objetivos específicos</b> es analizar las variables personales, sociodemográficas y jurídico-penales relacionadas con la eficacia del tratamiento terapéutico.</li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Drogas. Derecho penal. Suspensión de la ejecución de la pena. Sustitución de la pena. Tratamiento.

<b>PROYECTO</b>	<b>EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN PERSONAS DROGODEPENDIENTES</b>
<b>Director del Proyecto</b>	José Luis DE LA CUESTA – Ignacio MUÑAGORRI
<b>Equipo investigador</b>	Xabier ARANA, Isabel GERMÁN y Aitzol AZPIROZ. Asesor: César San Juan.
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Drogodependencias del Gobierno Vasco
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Objetivo General: Conocer la eficacia de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad en el caso de las personas que presentan una dependencia a las drogas, así como las repercusiones de la aplicación de estas medidas alternativas con especial atención a la reincidencia en el delito.</li> <li>• Objetivos específicos: <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Identificar las medidas alternativas para personas drogodependientes recogidas en la legislación penal, determinar sus objetivos, analizar los posicionamientos doctrinales y detección de problemas en su aplicación práctica.</li> <li>2. Revisar los estudios sobre reincidencia en el delito en el caso de personas drogodependientes que hayan realizado un tratamiento terapéutico como consecuencia de la aplicación de una medida alternativa.</li> <li>3. Determinar las variables individuales, jurídico-penales, de historial delictivo, sociales y de salud relacionadas con las personas drogodependientes a las que le han aplicado una medida alternativa, que pueden constituir los factores de riesgo o de protección frente a la reincidencia en el delito.</li> </ol> </li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Drogas. Tratamiento. Derecho penal. Alternativas a la prisión. Reincidencia.

**NOTA:** Para más información sobre el IVAC-KREI puede consultarse el sitio web: <http://www.sc.ehu.es/srwwiv/ivac.html>

#### IV. PUBLICACIONES

##### CUADERNO DEL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA

- AA.VV., *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 19, 2005 (publicado en 2007), 252 pp.

##### LIBROS

- A.I. Pérez Machío, *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 188 pp.
- A.I. Pérez Machío, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores -LO 8/2006- (Aspectos de Derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 227 pp.
- E. Baca, E. Echeburúa y J. Tamarit (Eds.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 462 pp.

##### ARTÍCULOS

- A. Beristain, “Alternativas para la cárcel”, *El Ciervo*, año LV, núm. 668, noviembre 2006, pp. 24-26.
- A. Beristain, “El Derecho penal y la Criminología ‘bajo el mismo techo’... ¿necesitan también la Victimología?” (Epílogo), en I.J. Subijana Zunzunegui, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006, pp. 333-338.
- A. Beristain, “Nuevo y grave delito: Menosprecio o humillación de las víctimas (La esperanza emerge de la victimación – *in tenebris lux*)”, en <http://www.convivenciacivica.org>.
- A. Beristain, “Nuevas víctimas del terrorismo: su no provocación y su respuesta irenológica crean su dignidad máxima”, en Piermarco Zen-Ruffinen (Ed.), *Du monde pénal. Droit pénal, criminologie et politique criminelle, police et exécution des sanctions, procédure pénale. Mélanges en l’honneur de Pierre-Henri Bolle*, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de l’Université de Neuchâtel, Bâle (Suiza), 2006, pp. 367-379.
- A. Beristain, “El combate de la delincuencia en el pintor José Clemente Orozco y el filósofo Emmanuel Kant”, en F. Bueno Arús, H. Kury, L. Rodríguez Ramos, E.R. Zaffaroni (Dir.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 1165-1178.
- A. Beristain, Voz “Cárceles”, en José García de Castro (Dir.), *Diccionario de Espiritualidad Ignaciana*, T. I, Mensajero (Bilbao), Sal Terrae (Maliaño -Cantabria-), 2007, pp. 276-279.
- A. Beristain, “Alternativas a la cárcel, beneficios prisionales y resocialización del interno”, in [www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/index.htm](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/index.htm). (Ecuador), enero 2007.



- A. Beristain, "La nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz (Aportaciones del devenir en la Justicia, la Criminología, la Victimología y la Eutonología), *Ley, razón y justicia. Revista de investigación en ciencias jurídicas y sociales*, Año 5, núm. 8, sept. 2003 – mayo 2004, Córdoba (Argentina), pp. 302-319. (Aparecido en 2007).
- J.L. de la Cuesta, "Unión Europea, Derecho Penal (ambiental) y Derecho Comunitario", *Estudios de Derecho Judicial*, 75, 2006, pp. 79-124.
- J.L. de la Cuesta, "Extranjería y privación de libertad", *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2006, Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, pp. 39-57.
- J.L. de la Cuesta, "Prólogo", al libro de I.J.Subijana Zunzunegui, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006, pp. XIX-XX.
- J.L. de la Cuesta, "Prólogo" al libro de A.I. Pérez Machío, *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.13-16.
- J.L. de la Cuesta, "The New Spanish Penal System on Delinquency", en E.L. Jensen & J. Jepsen (eds.), *Juvenile Law Violators, Human Rights and the Development of New Juvenile Justice Systems*, Oxford, 2006, pp. 99-113.
- J.L. de la Cuesta, "Glückwünsche zum Geburtstag und Dankesworte, Association Internationale de Droit Pénal. Glückwünsche überbracht von Prof.Dr.José de la Cuesta" en Sieber / Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr.Dr.h.c.mult. Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, 2006, pp. 15-16.
- J.L. de la Cuesta, „La politique criminelle de l’Espagne en matière de crime organisé“, en P.Zen-Ruffinen (ed.), *Du Monde Pénal. Mélanges en l’honneur de Pierre-Henri Bolle*, Bâle, 2006, pp.381-396.
- J.L. de la Cuesta (en colaboración con I. Blanco), "El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España", *Revue électronique de l’Association Internationale de Droit Pénal / Electronic Review of the International Association of Penal Law / Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2006, A-03.
- J.L. de la Cuesta (en colaboración con I. Blanco), "The juvenile justice system in Spain", en G.Giostra (coord.) & V.Patané (ed.), *European Juvenile Justice Systems*, Milano, 2007, pp. 385-424.
- J.L. de la Cuesta, "Chapter 24. Spain", en A.M.van Kalmthout, F.B.A.M. Hofstee-van der Meulen, F.Düinkel (eds.), *Foreigners in European Prisons*, vol. 2, Nijmegen, 2007, 751-780.
- E. Echeburúa y P.J. Amor, "Violencia en la relación de pareja", en J. Ezcurra, A. González-Pinto y M. Gutiérrez Fraile (Eds.), *Psiquiatría y mujer*, Aula Médica, Madrid, 2006, pp. 531-558.

- E. Echeburúa y P. Corral, "La mentalidad de los terroristas: raíces psicológicas", en Fundación Seminario de Investigación para la Paz (Eds.), *Afrontar el terrorismo*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 133-147.
- E. Echeburúa y C. Guerricaechevarría, "Abuso sexual de menores", en E. Baca, E. Echeburúa y J.M. Tamarit (Eds.), *Manual de victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 129-148.
- E. Echeburúa, J. Fernández-Montalvo y P.J. Amor, "Psychological treatment of men convicted of gender violence: A pilot-study in Spanish prisons", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, núm. 50, 2006, pp. 56-70.
- E. Echeburúa, "Violencia sexual contra niños", *Revista del Instituto Nacional de Antropología y de Historia de México*, núm. 40, 2006, pp. 5-52.
- E. Echeburúa, M.A. Picó-Alfonso, M.I. García-Linares, N. Celda-Navarro, C. Blasco-Ros y M. Martínez, "The impact of physical, psychological, and sexual intimate male partner violence on women's mental health: depressive symptoms, posttraumatic stress disorder, state anxiety, and suicide", *Journal of Women's Health*, núm. 15, 2006, pp. 599-611.
- E. Echeburúa, "Violencia intrafamiliar contra la mujer", en J.A. Sabucedo y J. Sanmartín (Eds.), *Los escenarios de la violencia*, Ariel, Barcelona, 2007, pp. 19-28.
- E. Echeburúa, "Abuso sexual en niños y adolescentes", en M.J. Álava (Ed.), *La psicología que nos ayuda a vivir*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2007, pp. 265-276.
- E. Echeburúa y P. Corral, "Intervención en crisis en víctimas de sucesos traumáticos: ¿cuándo, cómo y para qué?", *Psicología Conductual*, núm. 15, 2007, pp. 373-387.
- J. Fernández-Montalvo y E. Echeburúa, "Juego patológico y trastornos de personalidad: un estudio piloto con el MCMI-II", *Psicothema*, núm. 18, 2006, pp. 453-458.
- P.J. Amor, I.A. Bohórquez, y E. Echeburúa, "¿Por qué y a qué coste físico y psicológico permanece la mujer junto a su pareja maltratadora?", *Acción Psicológica*, núm. 2, 2006, pp. 129-154.
- E. Echeburúa y P. Corral, "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia", *Cuadernos de Medicina Forense*, núm. 12, 2006, pp. 75-82.
- B. Sarasua, I. Zubizarreta, E. Echeburúa y P. Corral, "Perfil psicopatológico diferencial de las víctimas de violencia de pareja en función de la edad: un estudio exploratorio", *Psicothema*, núm. 19, 2007, pp. 459-466.
- E. Echeburúa, "A tres años del 11-M. Criterios de actuación en el tratamiento psicológico de las víctimas de terrorismo. Papeles del Psicólogo (Infocop), 32, 2007, pp. 24-27.

- C. Guerricaechevarría y E. Echeburúa, "Tratamiento psicológico de una niña agresora sexual", en F.X. Méndez, J.P. Espada y M. Orgilés (Eds.), *Terapia psicológica con niños y adolescentes: casos prácticos*, Pirámide, Madrid, 2006, pp. 465-481.
- B. Sarasua, I. Zubizarreta, E. Echeburúa, y P. Corral, "Perfil psicopatológico diferencial de las víctimas de violencia de pareja en función de la edad: un estudio exploratorio", *Psicothema*, núm. 19, 2007, pp. 459-466.
- E. Echeburúa y P. Corral, "Intervención en crisis en víctimas de sucesos traumáticos: ¿cuándo, cómo y para qué?", *Psicología Conductual*, núm. 15, 2007, pp. 373-387.
- E. Echeburúa, "Treatment guidelines for victims of terrorism: A comprehensive approach", in S. Begeç (Ed.), *The integration and management of traumatized people after terrorist attacks*, IOS Press (Nato Science Series), Amsterdam, 2007, pp. 108-118.
- E. Echeburúa y J. Fernández-Montalvo, "Male batterers with and without psychopathy: An exploratory study" in *Spanish prisons. International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, núm. 51, 2007, pp. 254-263.
- J.F. Etxeberria Guridi, "Vicisitudes de la orden europea de detención y entrega. El caso alemán en particular (I y II)", *La Ley*, núms. 6613 y 6614, 2006, pp. 1-18 y 1-16 respectivamente.
- J.F. Etxeberria Guridi, "Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 76 (septiembre-diciembre), 2006, núm. 76, pp. 125-201.
- I. Ibabe, "Memorias recobradas y falsas memorias", en *Manual de Psicología Jurídica*, Pearson-Prentice Hall, 2006, pp. 269-296.
- S.L. Sporer, D. Macquiston e I. Ibabe, "Metamemoria de los testigos presenciales", en *Manual de Psicología Jurídica*, Pearson-Prentice Hall, 2006, pp. 223-268.
- C. San Juan, E. Ocáriz, J.L. de la Cuesta, "Evaluación de las medidas en medio abierto del Plan de Justicia Juvenil de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Boletín Criminológico*, núm. 96, abril 2007, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, pp. 1-4.
- C. San Juan, F. Bermejo, E. Ocáriz, "Foreign juvenile offenders in Germany, Italy, France and Spain: Theories, profiles and notes for a social policy", *International Annals of Criminology*, vol. 45, 2007, pp. 77-97.
- I. Subijana, "El acoso escolar: una lectura victimológica de la legislación penal (sustantiva y procesal)", *Estudios de Derecho Judicial*, 94, 2006, pp. 445-479.
- I. Subijana, "El acoso escolar: un apunte victimológico", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, núm. 3, 2007, pp. 1-32.
- L. Vozmediano, C. San Juan y A. Espinosa, "Estimación del miedo al delito y escenarios de conducta: un estudio en la CAPV y Perú", en Corraliza et al. (Eds.), *Medio Ambiente, Bienestar Humano y Responsabilidad Ecológica*, Resma y Fundación General de la UAM, Madrid, 2006, pp. 235-239.

## RECENSIONES

A. Beristain:

- Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, 772 pp., en *Direito e Cidadanía*, año VII, núm. 22, 2005, Praia (Cabo Verde), pp. 293-298 (aparecido en 2006); en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LVIII, Fasc. II, mayo-agosto 2005, pp. 721-725 (aparecido en 2006).

## TRADUCCIONES

J.L. de la Cuesta:

- (del inglés) D.R.Karp & T.R. Clear, "Justicia comunitaria: marco conceptual", en R. Barberet & J. Barquín (ed.), *Justicia penal siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000*, Granada, 2006, pp.223-274.

## V. ACTIVIDADES DOCENTES Y ACADÉMICAS

### V.1. CURSO DE PREGRADO

*TÍTULO DE PREGRADO EN CIENCIAS CRIMINOLÓGICAS* (Bienio 2005-2007) *PARA NIVELACIÓN DE CONOCIMIENTO, DIRIGIDO A LOS DIPLOMADOS EN CRIMINOLOGÍA POR EL IVAC-KREI* (Años 1985-2005)

#### **Objetivos:**

El objetivo de este Curso, que tiene una carga académica de 180 créditos, consiste en proporcionar las destrezas y aptitudes teórico-prácticas propias del ámbito de la Criminología, para lo cual convergen un importante abanico de disciplinas, Derecho, Sociología, Psicología, Medicina, Pedagogía, Ciencias penales, que generan el espacio común de la Criminología.

Objetivo adicional del presente curso es posibilitar el acceso a la Licenciatura de Criminología (2º ciclo) de los alumnos que han superado Diplomas y Título de Pregrado en Criminología por la UPV/EHU en ediciones anteriores.

El Solemne Acto de entrega de Diplomas y comienzo del Curso académico 2006-2007 tuvo lugar en la sede del IVAC-KREI, en San Sebastián, el 30 de octubre de 2006. En este Acto Académico intervinieron:

- Excmo y Mgfc. Sr. D. Juan Ignacio PÉREZ IGLESIAS, Rector de la UPV/EHU.
- Ilmo. Sr. D. Xabier ETXEBARRIA, Dirección de Ejecución Penal. Gobierno Vasco.
- Prof. Dr. D. Jaime PERIS RIERA, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.
- Prof. Dr. D. José Luis de la CUESTA, Director del IVAC-KREI.
- Prof. Dr. D. Carlos SUÁREZ, Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU.
- Prof. Dr. D. César SAN JUAN, Subdirector de Investigación del IVAC-KREI.
- Profª. Drª. Dª. Virginia MAYORDOMO, Secretaria Académica del IVAC-KREI.

*Disertación:*

Prof. Dr. D. Jaime PERIS RIERA, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

Dicho Acto inaugural contó con la presencia de diferentes personalidades del ámbito universitario, de la Justicia y de la política.

Tras la lectura de un resumen de la Memoria de actividades del IVAC-KREI, realizada por la Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Virginia Mayordomo, Secretaria Académica del Instituto, pronunció la Conferencia solemne, sobre “Corrientes de Política Criminal en la violencia de género”, el Prof. Dr. D. Jaime Peris Riera, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia.

En el transcurso de este Acto inaugural se desarrolló el acto académico de entrega de Diplomas a los alumnos del Título de Pregrado “Criminología Juvenil”, en cuyo marco tuvo lugar la intervención de dos de los alumnos titulados (Dionisio Benito y Ana Pérez).

Posteriormente, el Excmo. y Mgfc. Sr. D. Juan Ignacio Pérez Iglesias, Rector de la UPV/EHU, pronunció unas breves palabras de clausura.

## **V.2. JORNADAS Y CONGRESOS**

### **SEMINARIO: “PRÁCTICAS SOBRE PREVENCIÓN SELECTIVA E INDICADA. NECESIDAD DE REFLEXIÓN Y CONTRASTE”**

Organizado por el Instituto Vasco de Criminología y el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales, Dirección de Drogodependencias del Gobierno Vasco, el 10 de noviembre de 2006 tuvo lugar, en el Aula Magna de la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación de la UPV/EHU en San Sebastián, el Seminario “Prácticas sobre prevención selectiva e indicada. Necesidad de reflexión y contraste”.

El programa de dicho Seminario fue el siguiente:

9.00-9.30 h      Acreditación

9.30-10.00 h    Presentación:

Belén Bilbao

*Directora de Drogodependencias del Gobierno Vasco: “Contextualización de lo que es la prevención selectiva y explicación metodológica del Seminario”.*

10.00-11.30 h   Mesa Redonda I:

- Mediación familia-centro:  
Pakita Mateos (Agipad)
- Intervención en la comunidad escolar:  
Txaro Basterra (Téc. Prev. Ayto. Vitoria-Gasteiz)
- Experiencia de calle y CIP:  
Bego Río García (Etorkintza)

- Intervención indicada a jóvenes consumidores y sus familias:  
Carlos Jiménez (Norbera)

11.30-12.00 h Debate

12.00-12.30 h Descanso

12.30-13.45 h Talleres simultáneos de Debate

16.00-17.00 h Mesa Redonda II

- Experiencia educativa en CIP:  
Jone Noguerales (Margotu)
- Redes de protección en los ámbitos familiar y escolar:  
Txus Congil (Askagintza)
- Experiencia socio-educativa de medio abierto de atención a jóvenes y adolescentes consumidores:  
Maidier Gómez (Kalexka)

17.00-19.15 h Debate general

19.15-19.30 h Clausura

#### JORNADA SOBRE CIBERCRIMINALIDAD: “RETOS EN LA SECURIZACIÓN DE LOS TERRITORIOS DIGITALES: PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y JURÍDICO-PENAL”

Organizada por el Instituto Vasco de Criminología, bajo la dirección de los Profs. José Luis de la Cuesta y Norberto de la Mata, y con la colaboración del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco (“Cluster de Privacidad y Seguridad Digital” del Proyecto Etortek de Investigación Estratégica “Inteligencia Ambiental para el transporte inteligente y los servicios avanzados de la información y la comunicación”) el 19 de diciembre de 2006 tuvo lugar, en el Salón de Actos de la sede del IVAC-KREI, en San Sebastián, la Jornada sobre Cibercriminalidad “Retos en la securización de los territorios digitales: perspectiva criminológica y jurídico-penal”.

El programa desarrollado fue el siguiente:

16.00-18.00 h Presentación

Prof.Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi  
*Director del IVAC-KREI. UPV/EHU*

“Criminología y contextos digitales”

Prof.Dr<sup>a</sup>. Ana Isabel Cerezo  
*Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Málaga*

Prof<sup>a</sup>.Dr<sup>a</sup>. María Victoria Higuero Aperribay  
*Profesora T.E.U. Dept<sup>o</sup>. de Electrónica y Telecomunicaciones.  
UPV/EHU*

D. Javier Inda  
*Director del Gabinete del Viceconsejero de Seguridad. Gobierno Vasco*

Moderador: Prof.Dr. César San Juan Guillén  
*Director del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales. Subdirector del IVAC-KREI. UPV/EHU*

18.00-18.15 h Pausa.

18.15-20.00 h “La persecución y sanción de los delitos informáticos”

Prof.Dr. Juan José González Rus  
*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Córdoba*

Excmo.Sr.D. Joaquín Giménez García  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

Excma.Sr<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Carmen Adán del Río  
*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

Moderador: Prof.Dr.Carlos Romeo Casabona  
*Director de la Cátedra interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano*  
*Catedrático de Derecho Penal. UPV/EHU*

20:00 h Síntesis

Prof.Dr. Norberto de la Mata Barranco  
*Profesor titular de Derecho Penal. UPV/EHU*

## JORNADAS DE DERECHO PENAL: “RETOS EN LA SECURIZACIÓN DE LOS TERRITORIOS DIGITALES: DELITOS INFORMÁTICOS”

Organizadas por el Instituto Vasco de Criminología, bajo la dirección de los Profs. José Luis de la Cuesta y Norberto de la Mata, y con la colaboración del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco (“Cluster de Privacidad y Seguridad Digital” del Proyecto Etortek “AmIGUNE”) los días 26 y 27 de abril de 2007 tuvieron lugar, en la Unidad Delegada de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU, en Leioa (Vizcaya), las Jornadas de Derecho Penal “Retos en la securización de los territorios digitales: delitos informáticos”.

El programa desarrollado fue el siguiente:

### **26 de abril**

17,00 h. Presentación  
 Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi  
*Director del Instituto Vasco de Criminología*

Moderación  
 Prof. Dr. Carlos M<sup>a</sup> Romeo Casabona  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco*

- 17.10 h Los delitos informáticos: contenido y regulación actual  
Prof. Dr. Nicolás García Rivas  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha*
- 18,10 h Problemas de carácter general que plantea la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y el ámbito espacial y temporal de comisión de los hechos  
Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo  
*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona*
- 19.10 h Aspectos criminológicos de la delincuencia informática: ¿nuevos delincuentes, nuevas formas de criminalidad, necesidad de respuestas innovadoras?  
Prof. Dr. Luis Ruiz Rodríguez  
*Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Cádiz*

## **27 de abril**

- 09.00 h Moderación  
Prof. Dr. Norberto J. de la Mata Barranco  
*Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco*
- 09.10 h Delitos patrimoniales y socioeconómicos contra sistemas informáticos y a través de sistemas informáticos  
Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana  
*Titular de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña*
- 10.10 h Delitos contra la intimidad y el secreto de empresa: descubrimiento y revelación de secretos y espionaje industrial  
Prof. Dr. Antonio Doval Pais  
*Titular de Derecho Penal de la Universidad de Alicante*
- 11.10 h Delitos de difusión, a través de sistemas informáticos, de contenidos lesivos para intereses tutelados penalmente  
Prof. Dr. Manuel Gómez Tomillo  
*Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid*

## **JORNADAS: EVALUACIÓN DE POLÍTICAS DE JUSTICIA JUVENIL**

Organizadas por el Instituto Vasco de Criminología, con la colaboración del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco (Dirección de Ejecución Penal), los días 17 y 18 de mayo de 2007 tuvieron lugar en la sede del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati (Gipuzkoa), unas Jornadas sobre “Evaluación de políticas de Justicia juvenil”.



La evaluación de políticas de Justicia juvenil debe dar respuesta a la necesidad de orientar decisiones políticas que redunden en la eficacia del sistema de educación y reinserción del menor infractor. Para el ejercicio de dicha evaluación es preciso un conjunto de conocimientos teóricos y metodológicos perfectamente identificable en el ámbito de las ciencias sociales, que, en el caso que nos ocupa, requiere el concurso de juristas, psicólogos sociales y criminólogos.

El objetivo general de las Jornadas es profundizar en los métodos, procedimientos e indicadores propios de la evaluación de políticas de justicia juvenil y su aplicación en el caso de la Comunidad Autónoma Vasca. También, se expondrán los modelos de evaluación de las medidas en medio abierto y medio cerrado propuestos desde el Instituto Vasco de Criminología, una reflexión sobre la idoneidad de indicadores en el *marco lógico* de un proyecto de evaluación, así como herramientas concretas de evaluación de programas en este ámbito, tales como el meta-análisis, técnicas cualitativas como el análisis DAFO o procedimientos de gestión de datos asistidos por el programa de paquetes estadísticos SPSS. Finalmente, se contrastarán algunos de los resultados obtenidos en la evaluación de la reincidencia realizada en el País Vasco con los obtenidos en otras Comunidades Autónomas.

El programa de dichas Jornadas fue el siguiente:

## **17 de mayo**

9.15-10.00 h Mesa Redonda: “¿Por qué evaluar la política de justicia juvenil?”

Prof. Dr. D. José Luis de la Cuesta Arzamendi  
*Director del Instituto Vasco de Criminología*  
 Ilmo. Sr. D. Txabi Etxebarria  
*Dirección de Ejecución Penal del Gobierno Vasco*

10.15-11.15 h “La evaluación de políticas públicas: problemas de validez y palabras clave”

Prof. Dr. D. César San Juan  
*Director del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales. Subdirector del IVAC-KREI.*

11.15-12.15 h “Objetivos del plan de Justicia Juvenil. Principios de actuación”

Sr. D. Patxi López Cabello  
*Gobierno Vasco*

12.15-13.00 h Preguntas y discusión.

14.15-15.45 h “Indicadores y herramientas de evaluación en centros educativos de cumplimiento de medida”

Berritzu

15.45 -16.45 h “Indicadores y herramientas de evaluación de medidas alternativas al internamiento”

Asociación Trama

16.45-17.45 h Preguntas y discusión

## 18 de mayo

- 9.15-10.45 h “Técnicas de evaluación de programas de tratamiento en medio cerrado mediante meta-análisis”  
Prof. D<sup>a</sup>. Ana Isabel Vergara.  
*Facultad de Psicología. UPV/EHU.*
- 10.45-11.15 h Preguntas y discusión.
- 11.15-12.15 h Mesa Redonda: “Una experiencia de evaluación de la reincidencia (I)”  
Sr. D. Manel Capdevila  
*Generalitat de Catalunya*
- 12.15-13.00 h Preguntas y discusión
- 14.45-15.45 h Mesa Redonda: “Una experiencia de evaluación de la reincidencia (II)”  
Sr. D. Manel Capdevila  
*Generalitat de Catalunya*
- 15.45-16.15 h Preguntas y discusión
- 16.15-17.15 h Mesa Redonda “Una experiencia de evaluación de la reincidencia (III)”  
Sr. D. Manel Capdevila  
*Generalitat de Catalunya*
- 17.15-17.45 h Preguntas y discusión
- 17.45-18.00 h Conclusiones

## V.3. CONFERENCIAS DE PROFESORES DEL IVAC-KREI

Como sería muy extenso referirnos a todas las conferencias pronunciadas por los Profesores del Instituto Vasco de Criminología, destacamos únicamente las siguientes:

- “Criminología y Genética”, José Luis de la Cuesta, 3 octubre 2006, en Leioa (Vizcaya): ‘Curso de genética forense’, UPV/EHU.
- “Genética y Política criminal”, José Luis de la Cuesta, 26 octubre 2006, en Leioa (Vizcaya): 1<sup>er</sup> Seminario Internacional “Huella Genética en Europa”, Servicio General de Investigación Genómica: Banco de ADN. UPV/EHU.
- “Cosmovisión victimológico-religiosa ante la Huella Genética”, Antonio Beristain, 27 octubre 2006, en Leioa (Vizcaya): 1<sup>er</sup> Seminario Internacional “Huella Genética en Europa”, Servicio General de Investigación Genómica: Banco de ADN. UPV/EHU.
- “La nueva Victimología ante la violencia de género (clave multi, inter y transdisciplinar)”, Antonio Beristain, 10 febrero 2007, en Vitoria-Gasteiz: ‘1<sup>a</sup> Jornada violencia de género’, Asociación Nacional de Guardias Civiles ‘Marqués de las Amarillas’.
- “El abuso sexual en el Código Penal”, José Luis de la Cuesta, 12 febrero 2007, en San Sebastián: Seminario sobre víctimas de abuso sexual en la infancia. Diálogo entre el mundo jurídico y el mundo psicológico.

- “Delincuencia organizada y política criminal”, José Luis de la Cuesta, 23 febrero 2007, en Vitoria-Gasteiz: I Congreso Nacional sobre Delincuencia Organizada.
- “La nueva delincuencia organizada desde y hacia la nueva Criminología”, Antonio Beristain, 23 febrero 2007, en Vitoria-Gasteiz: I Congreso Nacional sobre Delincuencia Organizada.
- “Manipulación genética y política criminal”, José Luis de la Cuesta, 11 abril 2007, en Barcelona: Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.
- “Derecho Penal ambiental y Derecho europeo”, José Luis de la Cuesta, 12 abril 2007, en Barcelona: Programa de Doctorado en Derecho Penal. Programa de Calidad. Universitat Pompeu Fabra y Universitat de Barcelona.
- “La entrevista de investigación criminal”, Izaskun Ibabe, 19 abril 2007, en Zamora: Congreso Internacional sobre Violencia criminal.
- “Violencia de género”, Paz de Corral, 21 mayo 2007, en Segura (Gipuzkoa): Programa Naro, Foro para la Igualdad de Mujeres y Hombres, Emakunde (Gobierno Vasco).
- “La mediación penal” (Moderador de Mesa Redonda), Antonio Beristain, 4 junio 2007, en Madrid: Curso ‘Panorama actual y perspectivas de la Victimología: La victimología y el sistema penal’, Curso de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.
- “El acoso escolar” (Dirección de Taller) y “Víctimas y sistema penal. En especial, la justicia restaurativa” (Ponencia), Iñaki Subijana, 4 y 5 de junio 2007, en Madrid: Curso ‘Panorama actual y perspectivas de la Victimología: La victimología y el sistema penal’, Curso de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.
- “Las víctimas y el derecho a la verdad: memoria y justicia” (Coordinador de Mesa Redonda), José Luis de la Cuesta, 26 junio 2007, en San Sebastián: II Congreso de la Sociedad Española de Victimología sobre ‘Conocer, reconocer y reparar a las víctimas’.
- “Tratamiento de las víctimas” (Dirección Simposio), Paz de Corral, 26 junio 2007, en San Sebastián: II Congreso de la Sociedad Española de Victimología sobre ‘Conocer, reconocer y reparar a las víctimas’.
- “El rostro de la víctima en el arte” (Coordinador de Mesa Redonda), Antonio Beristain, 27 junio 2007, en San Sebastián: II Congreso de la Sociedad Española de Victimología sobre ‘Conocer, reconocer y reparar a las víctimas’.
- “Atención a víctimas de abuso sexual infantil y delitos sexuales”, Paz de Corral, 18 julio 2007, en Madrid: Curso ‘Atención integral a víctimas’, Escuela de Verano de la Universidad Complutense.
- “Conferencia de Clausura”, José Luis de la Cuesta, 8 septiembre 2007, en A Coruña: XVIIIth International Congress of Penal Law. Preparatory Colloquium, “Expanding forms of preparatory acts and participation”, International Association of Penal Law.
- “Tratamiento integral en la violencia doméstica”, Paz de Corral, 26 septiembre 2007, en Santiago de Compostela: Mesa redonda ‘Violencia hacia la mujer: ¿relaciones de dominio?’, XI Congreso Nacional de Psiquiatría.

## VI. RELACIONES INTERNACIONALES

### VI.1. PROGRAMA DE COOPERACIÓN

Una vez finalizado el programa GLOBUS (*Social Justice and Human Rights in the Era of Globalisation*) de cooperación entre la Unión Europea y Canadá, en el que ha participado durante varios años el IVAC-KREI, las instituciones participantes han decidido proseguir con el intercambio de estudiantes de la licenciatura y postgraduados, provenientes de disciplinas criminológicas, sociológicas y jurídicas por períodos de entre 4 y 10 meses de duración. Son Universidades participantes:

#### **Por Canadá:**

Simon Fraser University (Vancouver)  
 St. Thomas University (Fredericton, New Brunswick)  
 University of Montreal  
 University of Ottawa  
 University of Regina  
 University of Windsor  
 University of Winnipeg

**Por Europa**, junto a la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea:

Katholieke Universiteit Leuven (Bélgica)  
 University of Sheffield (Reino Unido)  
 Universität Greifswald (Alemania)  
 Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia)

El Proyecto CRIMPREV (“Assessing Deviance, Crime and Prevention in Europe”), financiado por la Comisión Europea, es una Propuesta de Acción coordinada presentada por un consorcio interdisciplinar de 30 participantes de 10 países europeos en el VI Programa Marco FP6-2004-Citizens-5/Priority 7/Citizens-2004-6.2.3 (Contrato nº 028300). La mayor parte de estos participantes tienen previa experiencia en la cooperación europea a través su participación en tres redes de trabajo ya existentes (GERN, IAHCJ, EFUS).

En su conjunto, se conoce poco sobre la variedad de situaciones políticas y análisis académicos en el seno de la Unión Europea. Cada Estado, generalmente, tiende a centrarse en las referencias más importantes nacionales, y la Comisión parece tener dificultades en reconocer la variedad de análisis cruzados que se dan en la escena europea. A los propios investigadores les resulta difícil tener una visión de conjunto de la diversidad de las producciones científicas nacionales, a pesar de los esfuerzos de distintas redes científicas. Sin embargo, esta diversidad hace por sí misma de la Unión Europea un laboratorio nacional para el trabajo comparativo que puede ser usado para producir valor añadido en el ámbito académico. El proyecto da la oportunidad a investigadores, académicos y “decision-makers” para avanzar sobre la cooperación anterior y unir sus recursos para producir una evaluación comparativa europea de los temas siguientes: factores de comportamiento desviado; procesos de criminalización; percepciones del crimen; vínculos entre el comportamiento ilegal o socialmente desviado y el crimen organizado; y políticas públicas de prevención.

Una parte importante del trabajo se dedicará de manera específica a evaluar los métodos y herramientas existentes para la medición del crimen y el miedo al crimen, y para proveer a todos los participantes de unas guías de buena práctica. La conferencia inaugural se destinará a establecer el estado del arte a escala europea, como punto de partida para los trabajos temáticos. También identificará y debatirá las dificultades metodológicas de la investigación comparada. Una conferencia final presentará el valor añadido europeo, conseguido a través de la acción coordinada durante los tres años de vigencia, y debatirá futuros proyectos.

## **VI.2. CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA DELINCUENCIA, LA MARGINALIDAD Y LAS RELACIONES SOCIALES (DMS INTERNATIONAL RESEARCH CENTRE)**

El *Centro Internacional de investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales (DMS International Research Centre)*, creado en febrero de 1993 en el seno del Instituto Vasco de Criminología mediante la firma de un Convenio entre la Universidad del País Vasco y la Sociedad Internacional de Criminología, desarrolla sus actividades en colaboración con la Sociedad Internacional de Criminología, a semejanza del Instituto Internacional de Criminología Comparada en Montreal (Canadá) y del Instituto Internacional de Criminología Clínica en Génova (Italia). El Centro está actualmente dirigido por el Prof. Dr. D. César San Juan, Profesor Titular del Área de Conocimiento Psicología Social, de la UPV/EHU.

Entre las finalidades del Centro merece destacarse la intensificación de las relaciones internacionales para fomentar, llevar a cabo y difundir toda clase de investigaciones científicas en el campo de la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, subrayando la importancia de la dimensión sociológica. Así mismo, favorece la formación de jóvenes académicos y el intercambio de los estudios correspondientes a sus fines. Uno de sus objetivos es la investigación multidisciplinar para el logro de un desarrollo económico, social y cultural de los individuos y de los pueblos, más justo y pacífico.

Las investigaciones que actualmente está desarrollando el Centro Internacional son:

PROYECTO	DIAGNÓSTICO Y EVALUACION DE NECESIDADES DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA.
<b>Director del Proyecto</b>	César San Juan
<b>Equipo investigador</b>	Xabier Arana, Aitzol Azpiroz, Fernando Bermejo, Isabel Germán y Estefanía Ocáriz
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Bienestar Social del Gobierno Vasco.
<b>Objetivos</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>a. Establecer una tipología de menores en situación de especial vulnerabilidad atendidos por los servicios de protección de la Comunidad Autónoma Vasca.</li> <li>b. Analizar las necesidades identificadas por los agentes y colectivos sociales que trabajan en el acogimiento y protección de los Menores en situación de especial vulnerabilidad haciendo especial hincapié en el menor violento, el menor con problemas psicológicos, el menor perteneciente a otros grupos étnicos u otras culturas y los menores extranjeros no acompañados.</li> <li>c. Realizar una revisión de los programas desarrollados en otros países de la Unión Europea orientados a la prevención de la exclusión de Menores Extranjeros no Acompañados.</li> <li>d. Retro-alimentar la información ofrecida por la entidades citadas en el objetivo b) mediante la difusión de los resultados de este proyecto en la página web del <i>DMS International Research Centre</i>, facilitando un foro de intercambio de experiencias, dificultades y logros obtenidos.</li> </ol>
<b>Palabras clave</b>	Protección infantil

PROYECTO	MENORES INFRACTORES Y CONSUMOS DE DROGAS: PERFIL PSICOSOCIAL Y DELICTIVO
<b>Director del Proyecto</b>	César San Juan Guillén
<b>Equipo investigador</b>	Xabier Arana Berastegi, Fernando Bermejo Marcos, Isabel Germán Mancebo y Estefanía Ocáriz Passevant.
<b>Entidad Financiadora</b>	Dirección de Drogodependencias del Gobierno Vasco.
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Objetivo General:</b> Identificar el perfil psicosocial y delictivo de los menores infractores consumidores y no consumidores.</li> <li>• <b>Objetivos Específicos:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Analizar las diferentes formas de delincuencia juvenil en base a la legislación en materia de drogas y menores.</li> <li>– Examinar los datos sobre el consumo de drogas por parte de los menores.</li> </ul> </li> </ul>

<b>PROYECTO</b>	<b>MENORES INFRACTORES Y CONSUMOS DE DROGAS: PERFIL PSICOSOCIAL Y DELICTIVO</b>
<b>Objetivos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Determinar los distintos tipos de delitos cometidos por los menores infractores consumidores y no consumidores.</li> <li>- Establecer el perfil psicosocial y delictivo de los menores infractores consumidores y no consumidores.</li> </ul>
<b>Palabras clave</b>	Drogas, Menores infractores, Consumos de drogas, delincuencia juvenil, Perfil psicosocial, Perfil delictivo.

### VI.3. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En el marco internacional, el Instituto mantiene relaciones de colaboración estables con Institutos universitarios de Criminología europeos, con la Sociedad Internacional de Criminología y otras asociaciones de prestigio en el área de su actividad, potenciando así su presencia europea, y su integración en redes de investigación internacionales.

El Prof. José Luis de la Cuesta es miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.

El Prof. José Luis de la Cuesta es el Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, cargo que ocupa desde el 19 de septiembre 2004.

Desde enero de 2007 el Prof. Antonio Beristain forma parte del Instituto Peruano de Investigaciones Criminológicas, como Miembro de su Consejo Consultivo Internacional.

### VI.4. ACTIVIDADES REALIZADAS POR PROFESORES MIEMBROS DEL IVAC-KREI

El 27 de octubre de 2006 el Prof. José Luis de la Cuesta impartió la conferencia “Citoyenneté, système pénal et les femmes à l’aube du XXI siècle », en el marco de la Conferencia Aquinas sobre «La citoyenneté et le système de contrôle pénal », celebrada en Friburgo (Suiza).

Invitado por la Universidad París XII, el día 13 de noviembre 2006 el Prof. José Luis de la Cuesta impartió docencia sobre “Introducción al Derecho Penal Español”, en la Faculté de Droit.

Los días 19 y 20 de febrero 2007, el Prof. José Luis de la Cuesta impartió docencia sobre “Introducción al Derecho penal español”, Certificat de Droit espagnol, en la Faculté de Droit de la Universidad París XII.

El 5 de mayo 2007, el Director del IVAC-KREI expuso la ponencia “Criminalidad en un mundo globalizado”, en el marco del XII Congreso Nacional de Criminología, celebrado en Mérida (Yucatán; México).

En el XVIII Congrès de l’Association Française de Droit Pénal “Le Droit de l’exécution des peines: une jurisprudence en mouvement”, celebrado en la Facultad de

Derecho de Pau (Francia), el 24 mayo de 2007 el Prof. José Luis de la Cuesta intervino con la ponencia “Droit Comparée: Espagne”.

El 22 de junio de 2007 el Prof. José Luis de la Cuesta participó en la International Conference organizada por el Departamento de Criminología de la Universidad de Greifswald (Alemania), donde intervino con las siguientes ponencias: “Sanctioning systems in Juvenile Criminal Law (including diversión)”, “Juvenile Justice Systems in Europe – current situation, reform developments and good practices”,

## **VI.5. PROFESORES Y ALUMNOS VISITANTES**

El 14 de marzo 2007 se celebró en la sede del IVAC-KREI un Seminario sobre “Reparación para víctimas de graves violaciones de derechos humanos”, impartido por el Prof. Stephan Parmentier, Catedrático de Criminología en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Al mismo asistieron diversos miembros y colaboradores del IVAC-KREI.

## **VII. INTERCAMBIOS BIBLIOGRÁFICOS**

El IVAC-KREI dispone en sus instalaciones de una biblioteca dotada de un importante volumen de publicaciones relacionadas con la Criminología. En ella podemos encontrar textos provenientes de una gran variedad de disciplinas: Derecho, Psicología, Filosofía, Antropología, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Medicina Forense, Medio Ambiente, etc.

Además, el IVAC-KREI mantiene relaciones de intercambio bibliográfico con otros centros docentes e investigadores de multitud de países de América y Europa.

## **VIII. PREMIOS**

Instituido por el Instituto Vasco de Criminología y patrocinado por la Obra Social y Cultural de Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián para el Curso Académico 2006-07 se convocó el *I Premio de Investigación Jean Pinatel*, al mejor trabajo científico en Criminología,

Este Premio de Investigación Jean Pinatel fue concedido al siguiente trabajo de investigación:

“Memoria de testigos: patrón de distorsión de los recuerdos por la presentación de información falsa”

*Autores:* Karlos LUNA, Licenciado en Psicología, y  
Malen MIGUELES, Licenciada en Psicología.

## **IX. MISCELÁNEA**

El 27 de octubre de 2006, en el marco del Acto de Clausura del 1<sup>er</sup> Seminario Internacional “Huella Genética en Europa” (dedicado al Prof. Dr. D. Antonio Beristain), organizado por el Servicio General de Investigación Genómica: Banco de ADN, de la



UPV/EHU, celebrado en Leioa (Vizcaya), tuvo lugar un Homenaje al Profesor Antonio Beristain. La presentación de este Acto homenaje corrió a cargo del Prof. Dr. D. Francisco Etxeberria Gabilondo, Subdirector del IVAC-KREI.

El 8 de noviembre de 2006 el Prof. Antonio Beristain intervino en el programa-debate de ETB-2 “Políticamente incorrecto”, en el que se trató el tema ‘La reconciliación de la sociedad tras un conflicto político’.

El Prof. Antonio Beristain intervino en el programa “En el nombre del padre”, emitido por Antena 3 el 16 de noviembre de 2006.

En el marco de las VI Jornadas ‘Víctimas del terrorismo. Violencia Terrorista’, organizadas por COVITE (Colectivo de víctimas del terrorismo del País Vasco), y celebradas en San Sebastián, el día 1º de diciembre 2006 el Prof. Antonio Beristain participó en un coloquio donde realizó una breve presentación de su libro *Las víctimas crean una justicia, una sanción y una ética nueva: la victimal (¿mejor que la ‘humana’ actual?)*, de próxima publicación en la editorial Tirant lo Blanch.

En el transcurso de la “1ª Jornada Violencia de género”, organizada por la Asociación Nacional de Guardias Civiles ‘Marqués de las Amarillas’, y celebrada en Vitoria-Gasteiz el 10 de febrero 2007, el Prof. Antonio Beristain fue nombrado Socio de Honor de la citada Asociación.

El 14 de febrero de 2007 el Prof. Antonio Beristain participó en el programa-debate de ETB-2 “Políticamente incorrecto”, en el que se trató el tema ‘La Justicia en la balanza’.

El 23 de febrero 2007, en el Acto de clausura del *I Congreso Nacional sobre Delincuencia Organizada*, celebrado en Vitoria-Gasteiz, se le tributó un homenaje al Prof. Antonio Beristain, que fue nombrado “Socio de Honor” de la Asociación Vasca de Criminólogos y de la Federación de Asociaciones de Criminólogos de España (F.A.C.E.).

El 2 de marzo 2007, en un Solemne Acto celebrado en el Aula Magna de la Universitat Abat Oliva, de Barcelona, el Prof. Antonio Beristain recibió el III Premio de Convivencia Cívica Catalana, por su defensa de las víctimas.

El 12 de septiembre 2007 la Profª. Izaskun Ibabe impartió en Barakaldo (Vizcaya) un Curso sobre “Recogida de la información para investigación de accidentes de trabajo. Factores a considerar en relación con los testigos”, organizado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

La Profª. Izaskun Ibabe impartió un Curso titulado “Aportaciones de la Psicología del testimonio a la investigación de accidentes de trabajo”, organizado por el Centro de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León, y celebrado en Valladolid del 24 al 28 de septiembre 2007.

La Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea convocó una beca-colaboración a estudiantes de la UPV/EHU para colaborar en el desarrollo de las actividades investigadoras del IVAC-KREI. Se concedió la beca a Beatriz Martín Luengo.

