

LUCES Y SOMBRAS DE DOS DE LOS NUEVOS DELITOS INTRODUCIDOS CON LA REFORMA PENAL DE 2010: EL ACOSO LABORAL (*MOBBING*) Y EL INTRUSISMO INFORMÁTICO

THAIS ARGENTI FERNÁNDEZ Y ALMUDENA PELETEIRO SUÁREZ

Abogadas (*)

Luces y sombras de dos de los nuevos delitos introducidos con la reforma penal de 2010: el acoso laboral (*mobbing*) y el intrusismo informático

*Dos de las novedades que ha traído consigo la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, en vigor desde el pasado 23 de diciembre de 2010, en lo que se refiere especialmente al ámbito del trabajador en la empresa, ha sido el acoso laboral (también conocido como *mobbing*) y el delito de intrusismo informático. Pese a la heterogeneidad de ambas figuras delictivas, ambas tienen en común que vienen a colmar las lagunas punitivas que habían sido reiteradamente puestas de manifiesto desde diversos sectores ante la falta de regulación positiva de los respectivos fenómenos de acoso laboral e intrusismo informático. Pero también en ambos casos cabe preguntarse si la ubicación sistemática elegida para los respectivos tipos penales y la técnica legislativa seguida en su definición han sido finalmente las más adecuadas, en vista de las dudas interpretativas que surgen al analizar los nuevos preceptos a los que a continuación se hace referencia.*

Lights and shades of two new offences deriving from the amendment of the Penal Code in 2010: the offences of labour harassment (*mobbing*) and hacking

*The Basic Law 5/2010, in force since December 23, 2010, has added to the Spanish Penal Code two new offences related to the situation of the employee in the company: the offence of labour harassment (the so-called *mobbing*) and hacking. Despite their heterogeneous nature, both have in common that they put an end to the previous silence of the Spanish penal framework detected in these areas, as denounced by different sectors. But also, in both cases, the decision of the lawmaker as to where to locate and how to describe the corresponding criminal offence could be questioned, in view of the difficulties arising from the interpretation of the new sections.*

1 · EL NUEVO DELITO DE ACOSO LABORAL (*MOBBING*)

1.1 · Introducción

Tras un prolongado debate, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, el legislador penal ha optado por la tipificación expresa del fenómeno comúnmente conocido como acoso laboral o *mobbing*.

Pese a su clara vinculación con el mundo de la empresa y de las relaciones laborales —aunque no exclusivamente, puesto que también se tipifica el acoso laboral cometido en el seno de las relaciones funcionariales, como se verá seguidamente—, finalmente este nuevo delito no se ha insertado en el elenco de los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y siguientes del CP) ni en el de los delitos contra la libertad (arts. 169 y siguientes del CP), sino que el legislador ha optado por configurarlo como un delito contra la integridad moral (arts. 173 y siguientes del CP), objeto de tutela

constitucional a través del artículo 15 de la Constitución española («CE») («Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]»).

Al margen de ello, lo cierto es que esta decisión legislativa pone fin a un largo e intenso debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la necesidad o no de contar con una regulación específica en esta materia, en el que un sector venía abogando por la tipificación expresa de este tipo de conductas¹, por

* Del Área de Procesal y Derecho Penal de Uría Menéndez (Madrid).

¹ A favor de la introducción de un tipo penal específico se han pronunciado, entre otros: E. Cortés Bechiarelli: «El nuevo delito de grave acoso en el ámbito laboral», en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, 2010, págs. 99-122; P. Otero González y E. Pomares Cintas: «El acoso laboral (*mobbing*)», en *Comentarios a la reforma penal 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 199-206; M. Dolz Lago: «Panorámica penal ordinaria ante el acoso laboral: crítica de la emergencia de un nuevo delito desde una propuesta integradora», *Tribuna Social*, 2009, fascículo núm. 218, págs. 21-41; C. Mir Puig: «El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el Derecho Penal», en *El *mobbing* desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 94-2006, págs. 173 y siguientes.

entender que los tipos penales preexistentes no permitían subsumirlas en ellos², mientras que desde otro sector venía a defenderse que el acoso laboral podía ser reconducido a otros delitos³ —tales como el de trato degradante del artículo 173.1. (ahora, primer párrafo)⁴, el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 del CP, alguno de los delitos contra la libertad como el de amenazas (art. 169 del CP) o coacciones (art. 172 del CP) o alguno de los delitos de lesiones—.

El delito de acoso laboral del nuevo párrafo segundo del artículo 173.1 del CP se tipifica, por consiguiente, como un delito contra la «integridad moral», noción ésta de contornos difusos para cuya delimitación es necesario acudir a doctrina y jurisprudencia, dada su falta de definición legal. En este sentido, con carácter general viene entendiéndose por integridad moral «la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona [...] valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona» (sentencia del Tribunal Supremo núm. 819/2002, Sala de lo Penal, de 8 de mayo [RJ 2002\6709]), que «comprende tanto las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, de equilibrio psicofísico, la

autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano» (sentencia del Tribunal Supremo núm. 588/2000, Sala de lo Penal, de 6 de abril [RJ 2000\3438]). O también, según la doctrina mayoritaria, como «el interés de toda persona a ser respetada como tal, a no ser sometida a comportamientos que se dirijan a humillarla o a generarle sentimientos de humillación, utilizándola como mero instrumento o ‘cosa’ en manos del sujeto activo»⁵ —aunque no hay unanimidad a este respecto y existen voces en contra más proclives a considerar la integridad moral como una faceta más del derecho a la integridad física⁶—.

En cuanto a las concretas razones por las que se introduce ahora en nuestro ordenamiento penal este nuevo delito, nada dice el preámbulo de la LO 5/2010, que se limita a anticipar una descripción de la conducta finalmente tipificada («el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad») que resulta claramente incompleta y por consiguiente imprecisa, puesto que omite elementos esenciales que configuran el tipo penal (como la necesidad de que los actos se reiteren en el tiempo y el aprovechamiento por el acosador de su superioridad jerárquica sobre la víctima, por ejemplo).

Para encontrar dicha justificación, hay que remontarse al Anteproyecto de reforma del CP de 2006, en cuya exposición de motivos se explicaba que «Un tipo de conductas que sin duda no es nuevo, pero que ha alcanzado el indiscutible grado de insoportable es el comúnmente llamado acoso laboral. Para responder a esa clase de acciones que no encuentran respuesta suficiente en otras ramas del Derecho, se ha considerado que el artículo 173, apartado 1, dentro del Título

2 Por ejemplo, se han pronunciado en contra de subsumir el acoso laboral o *mobbing* en alguno de los delitos penales preexistentes la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17), en su Auto núm. 211/2008, de 14 de marzo (JUR 2008\182379) y la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2) en su Sentencia núm. 306/2007, de 5 de julio (JUR 2007\318644).

Acerca de los problemas que planteaba la subsunción del acoso laboral en otros tipos penales preexistentes, O. Morales García: «*Mobbing: ¿un hecho penalmente relevante o un delito específico?*», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 94-2006, págs. 405-443. De este mismo autor: «Sobre la relevancia jurídico penal del *mobbing*», *La Ley Penal*, septiembre 2005, núm. 19, págs. 65-82.

3 Entre dichos autores, cabe citar a A. I. Pérez Machío: *Mobbing y el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 167; M. Urrutikoetxea: *La vía penal en el tratamiento jurídico del acoso laboral*, Bomarzo, 2009, pág. 56; y a C. Carmona Salgado: «Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 183-239.

4 Pueden encontrarse pronunciamientos en tal sentido en los autos de la Audiencia Provincial de Madrid núms. 628/2009 (Sección 6), de 22 de septiembre (ARP 2010\22), y 229/2009 (Sección 23), de 15 de septiembre (JUR 2010\22047), así como en el de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 762/2008 (Sección 3), de 18 de diciembre (ARP 2009\190), en el de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 356/2007 (Sección 1), de 18 de octubre (JUR 2008\47404), y en el de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 136/2005 (Sección 3), de 16 de junio (JUR 2005\203494), por poner algunos ejemplos.

5 C. Mir Puig: «El *mobbing* o acoso moral o psicológico en el trabajo en la reforma penal», en *Derecho Penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, 2010, págs. 721-740 (pág. 727). En el mismo sentido, R. Fernández Palma: «Acoso laboral e inmobiliario (arts. 172.1, párrafo tercero y 173.1, párrafos segundo y tercero, del CP)», en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, págs. 151-156 (pág. 153).

6 O. Morales García: «*Mobbing: ¿un hecho penalmente relevante o un delito específico?*», en *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 94-2006, págs. 405-443: «Es común la idea de que los derechos personalísimos, como sucede con el honor o la integridad moral, son manifestaciones directas de la dignidad. En mi opinión, ello no sucede así. La integridad moral no deja de ser una faceta del derecho a la integridad física y una consecuencia necesaria de la proscripción de las penas y tratos inhumanos y degradantes» (págs. 430 y 431).

VII del Libro II, dedicado a los delitos de torturas y contra la integridad moral, era la ubicación adecuada para tipificar el acoso psicológico u hostil en las relaciones laborales que humillen al que los sufre [...]».

1.2 · Conducta tipificada en el artículo 173.1, segundo párrafo, del CP: el acoso laboral grave y vertical

Conforme al nuevo párrafo segundo del artículo 173.1 del CP, «Con la misma pena [prisión de seis meses a dos años] serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Los elementos caracterizadores de este nuevo delito son, pues, los siguientes:

a) Contexto: una relación laboral o funcional

Con esta expresión queda definitivamente fuera de toda duda que el nuevo tipo penal abarca las conductas de acoso que puedan producirse tanto en el ámbito de la empresa (relaciones jurídico-privadas) como en el de las Administraciones Públicas (relaciones jurídico-públicas), en contraposición con otras propuestas de redacción no del todo claras al respecto —y en las que no nos detendremos, por haber quedado resuelta esta cuestión con la redacción finalmente elegida por el legislador⁷—.

b) Situación de superioridad del acosador respecto de la víctima (acoso laboral vertical)

La única conducta de acoso laboral contemplada en este nuevo precepto es el denominado acoso (laboral) *vertical*. Es decir, el que se produce al abusar el sujeto activo de su situación de superioridad jerárquica respecto de la víctima.

Por lo tanto, quedan al margen del Derecho Penal las situaciones de acoso laboral *horizontal* (esto es,

entre compañeros) o *inverso* —también denominado *ascendente*— (de subordinado a superior jerárquico). Y ello, a diferencia de la opción seguida por el legislador en su día al tipificar el acoso sexual en el artículo 184 del CP, que comprende tanto las conductas constitutivas de acoso sexual horizontal (tipo básico) como vertical (modalidad agravada).

En consecuencia, el conocimiento de los casos de acoso laboral horizontal o inverso quedará al margen del Derecho Penal y la depuración de las correspondientes responsabilidades habrá de buscarse en otros ámbitos distintos del penal (concretamente, en el ámbito de lo social o de lo contencioso-administrativo, según corresponda).

c) Conducta activa ¿o también omisiva?, consistente en la realización de actos «hostiles» o «humillantes»

En primer lugar, el nuevo precepto emplea literalmente la expresión «realicen ... actos», lo que lleva a algunos autores a considerar que sólo caben conductas activas en la comisión de este delito⁸. Otros, por el contrario, admiten la posibilidad de conductas omisivas⁹, pese al tenor literal del precepto, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta la frecuencia con la que éstas se dan en supuestos de acoso laboral —pudiendo citarse como ejemplos el no asignar tareas a la víctima, no dirigirle la palabra, no avisarla para que acuda a reuniones o celebraciones de la empresa, etc.¹⁰—.

⁸ A favor de considerar incluidas en el tipo únicamente las conductas activas: C. Mir Puig, *op. cit.*, pág. 222: «Dicha conducta de acoso, debe de ser una conducta activa, pues el tipo exige la realización de «actos» —término que tiene un inequívoco significado activo—, por lo que queda fuera toda posibilidad de omisión pura [...]».

En el mismo sentido, R. Fernández Palma, *op. cit.*, pág. 156: «Asimismo, [el legislador] parece haber desechado, mediante la expresión «actos», las modalidades omisivas de hostigación o humillación, que suelen ser frecuentes en el contexto del mobbing».

⁹ Favorable a entender comprendidas en el nuevo tipo penal también las conductas omisivas se muestra, en contraposición con los anteriores, E. Cortes Bechiarelli («Por lo demás, integran el tipo penal tanto las acciones como las omisiones [...]»; *op. cit.*, pág. 113).

¹⁰ Todas estas conductas omisivas son citadas expresamente en el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 356/2007 (Sección 1), de 18 de octubre (JUR 2008\47404): «[...] le ordenaron ocupar una mesa frente a un panel en lugar de la que anteriormente ocupaba, encomendándole como único trabajo grabar facturas, lo que suponía que estaba desocupada la mayor parte del tiempo; además, le prohibieron cualquier trato con los clientes y el acceso a la transmisión de datos a la Seguridad Social, encomendando a los otros empleados las labores que ella atendía con anterioridad y le privaron del uso de llaves de acceso

⁷ A la falta de claridad en este punto de anteriores propuestas legislativas se han referido, por ejemplo, M. J. Dolz Lago, *op. cit.*, pág. 35 y siguientes, y D. M. Luzón Peña, *op. cit.*, pág. 731 y siguientes.

En segundo lugar, el nuevo tipo penal exige que los actos constitutivos de acoso sean «hostiles» o «humillantes», pero no contiene definición alguna de lo que cabe entender por tales¹¹, aunque dada la cercanía de tales términos con el de «trato degradante» —si bien éste último refleja una mayor intensidad lesiva—, podría entenderse por tales aquellas conductas envilecedoras o denigrantes capaces de incidir en la esfera de la dignidad del individuo acosado.

Tampoco ofrece el legislador una enumeración de aquellas conductas que podrían considerarse como actos hostiles o humillantes a los efectos del delito de acoso laboral, si bien ello es totalmente lógico teniendo en cuenta la gran variedad de mecanismos de hostigamiento que pueden llegar a darse en la práctica, tales como: «1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia de ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones. 2) Ataque mediante aislamiento social. 3) Ataques a la vida privada. 4) Agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona. 5) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona» (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 628/2009 (Sección 6), de 22 de septiembre [ARP 2010\22], fundamento jurídico segundo).

En definitiva, serán los tribunales los que habrán de proporcionar las correspondientes pautas interpretativas de todos los términos mencionados.

a la oficina; [...] ordenó a los otros empleados que no hablasen con Edurne y que no la dejaran sola en ningún momento, dejó de dirigirle la palabra y le ignoraba absolutamente en el trabajo, haciendo comentarios públicos de desprecio hacia ella, dejándole al margen de las actividades lúdicas y de formación de la empresa» (fundamento jurídico segundo).

Por lo que respecta a la conducta consistente en dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva, esta modalidad se señala expresamente como conducta constitutiva de acoso moral en la «Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo» que complementa el «Criterio Técnico 68/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo», emitido por la Dirección General de dicho organismo el 19 de febrero de 2009.

¹¹ Desde un punto de vista puramente semántico, según la Real Academia Española lo *hostil* puede equipararse a lo «contrario o enemigo» (lo que *prima facie* parece que se referiría o afectaría más a la esfera de la libertad del individuo que a su integridad moral como manifestación de la dignidad), mientras que el término *humillante* es sinónimo de *degradante*, de lo que «humilla, rebaja o envilece» (lo cual sí está más próximo a la noción de integridad moral y dignidad).

d) Dolo

El delito de acoso laboral o *mobbing* sólo admite su comisión dolosa, dada la falta de admisión expresa de las formas imprudentes de ejecución y en aplicación de lo previsto en el artículo 12 del CP («Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»).

e) Reiteración en el tiempo, que confiere a los actos desplegados la gravedad típica de la que carecen aisladamente considerados

Un solo acto hostil o humillante no puede integrar por sí mismo el delito de acoso laboral del nuevo párrafo segundo del artículo 173.1 del CP, sino que se requiere su reiteración en el tiempo para considerar constitutiva de delito la conducta desplegada. Además, los actos hostiles o humillantes realizados no deben constituir por sí mismos, individualmente considerados, «trato degradante», de lo que cabe extraer que es precisamente la propia reiteración de aquéllos en el tiempo los que les confiere en su conjunto la gravedad que provoca la respuesta penal.

Así lo entendió el Consejo General del Poder Judicial («CGPJ») en su Informe de 18 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del CP de 2008: «Pese a ser discutible y estar discutido, el delito del vigente artículo 173.1 puede estar constituido por un solo acto, siempre que éste conlleve en sí mismo un menoscabo grave a la integridad moral, en tanto que el acoso laboral requiere en todo caso de una reiteración de actos. Es, precisamente, esta reiteración la que concede relevancia penal a cada uno de los actos de acoso, cuya gravedad por separado, aun siendo expresamente exigida en el Anteproyecto, no puede constituir trato degradante, ya que, en tal caso, la conducta entraría en el ámbito típico del vigente artículo 173.1».

Ahora bien, de nuevo nos encontramos con que el tipo penal emplea conceptos abiertos para integrar el tipo penal; en primer lugar, ¿qué significa concretamente que los actos hostiles o humillantes no pueden constituir «trato degradante»? Según la definición jurisprudencial de esta expresión —a la que hay que acudir a falta de definición legal—, por trato degradante cabe entender «aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral» (STS núm. 1.122/1998, Sala 2.ª, de 29 de

septiembre; RJ 1998\7370); o también aquél que «*implica la reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, es decir, de mera cosa*» (STS, Sala 5.ª, núm. 5/1993, de 23 de marzo; RJ 1993\2414), por poner algunos ejemplos.

¿Y cuántos actos hostiles o humillantes son necesarios como mínimo para poder entender cometido este delito? O, alternativamente, ¿durante cuánto tiempo deben al menos haberse prolongado aquéllos? Tampoco establece nada el nuevo tipo penal a este respecto, por lo que una vez más, la necesaria labor de concreción recaerá sobre los órganos judiciales del orden penal.

f) La situación de «grave acoso» contra la víctima, ¿resultado de la reiteración de actos hostiles o humillantes o algo inherente a éstos?

El nuevo precepto requiere también que la reiteración de actos humillantes u hostiles «*suponga grave acoso contra la víctima*». Para empezar, resulta criticable que se incluya en la propia definición de lo que constituye acoso precisamente el término a definir¹², que por lo demás, se añade a la larga lista de conceptos de este nuevo tipo penal que quedan a la interpretación judicial («*actos hostiles o humillantes*», «*de forma reiterada*», «*trato degradante*»...).

En esencia, el concepto de «acoso» está íntimamente relacionado tanto con la noción de «persecución» u «hostigamiento», desde un punto de vista puramente semántico¹³, como con la de ataque

orientado a incidir en la dignidad de la persona o menoscabar su integridad moral, en el plano jurídico. En cuanto a esto último, precisamente, la falta de definición legal de la expresión «*menoscabo a la integridad moral*» que se contiene en el párrafo (ahora) primero del artículo 173.1 del CP, donde se tipifica el delito de tratos degradantes¹⁴, ha obligado a nuestros juzgados y tribunales a enfrentarse en numerosas ocasiones a la necesidad de tener que delimitar qué debe entenderse por tal, dando lugar a una interpretación jurisprudencial bastante consolidada de dicha expresión.

Así, según la sentencia del Tribunal Supremo núm. 294/2003 (Sala de lo Penal), de 16 de abril (RJ 2003\4381), frecuentemente citada en posteriores resoluciones de diversas Audiencias Provinciales¹⁵: «[...] el concepto de atentado contra la integridad moral, comprenderá: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito» (fundamento jurídico quinto). Adicionalmente, con carácter general se suele aludir en la jurisprudencia menor a la nota de gravedad, a modo de hilo conductor de la conducta de acoso, como otro elemento más configurador de lo que debe entenderse por atentado contra la integridad moral¹⁶.

¹² Expresan asimismo una postura crítica por emplear el término *acoso* en la propia definición legal de lo que debe entenderse por tal R. Fernández Palma (*op. cit.*, pág. 155) y P. Otero González y E. Pomares Cintas (*op. cit.*, pág. 201).

¹³ La Real Academia Española define el verbo *acosar* como «perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona» —descripción bastante gráfica de lo que en esencia constituye el acoso—, o también como «perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos».

Sin embargo, llama la atención cómo la definición semántica de lo que deba entenderse por *acoso laboral* y por *acoso sexual* se aparta de la delimitación jurídico-penal de ambos conceptos. Así, mientras que el nuevo delito de acoso laboral exige que el autor se prevalega de su situación de superioridad frente a la víctima, la definición propuesta por la Real Academia Española prescinde de tal requisito («práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente»). Por el contrario, mientras que para poder entender cometido el delito de acoso sexual no es necesario ese elemento de superioridad, la definición de la Real Academia Española sí lo exige (definiéndose el acoso sexual como «el que tiene por objeto obtener los favores sexuales de una persona cuando quien lo realiza abusa de su posición de superioridad sobre quien lo sufre»).

les de una persona cuando quien lo realiza abusa de su posición de superioridad sobre quien lo sufre»).

¹⁴ Artículo 173.1, primer párrafo, del CP: «El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

¹⁵ Por ejemplo, en los autos de la Audiencia Provincial de Madrid núms. 276/2010, Sección 7, de 26 de marzo [JUR 2010\292299], 628/2009, Sección 6, de 22 de septiembre [ARP 2010\22], y 461/2008, Sección 4, de 30 de abril [JUR 2009\33765], en el de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 762/2008, Sección 3, de 18 de diciembre [ARP 2009\190], y en el de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 31/2008, Sección 2, de 23 de enero [ARP 2008\293].

¹⁶ Esa nota de gravedad, a modo de hilo conductor de la conducta de acoso desplegada, se menciona en todos los autos citados en la nota precedente con carácter adicional a los elementos indicados en la referida STS núm. 294/2003 (Sala de lo Penal), de 16 de abril (RJ 2003\4381).

Incluso, en el primero de tales autos —i.e., en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 276/2010 (Sección 7), de 26 de marzo (JUR 2010\292299)—, se alude, además, al *elemento temporal* («cierta continuidad en el comportamiento del acosador, sin necesidad de que los actos sean idénticos, ni de la misma intensidad, debiendo mantenerse durante un plazo de tiempo prolongado, para que efectivamente produzca una perturbación anímica en quien los sufre»), el *elemento subjetivo*

De hecho, el nuevo precepto regulador del delito de acoso laboral alude expresamente a que el acoso debe ser «grave», pero sin concretar criterio alguno para distinguir qué supuestos cabe valorar como tales y cuáles no. Y ello, a pesar de la importancia de tal distinción, que será la que permita trazar la frontera, primeramente, entre lo penalmente relevante y lo atípico —quedando los supuestos menos graves reservados a otros ámbitos del Derecho—, y en segundo lugar, entre lo que deba conceptuarse como delito de acoso laboral (conforme al nuevo párrafo segundo del art. 173.1 del CP) y lo que tan sólo merezca la calificación de falta (concretamente, de falta de vejaciones injustas de carácter leve del art. 620.2.º del CP —castigada con pena de multa de 10 a 20 días—).

Más allá de lo anterior, lo siguiente que cabe plantearse es si ese «grave acoso contra la víctima» es el resultado de la reiteración de actos hostiles o humillantes, tratándose de algo distinto y separable de éstos —con lo que estaríamos ante un delito de resultado—, o si por el contrario, el «grave acoso» es algo inherente a esa reiteración de actos hostiles o humillantes y resulta por tanto indisoluble de éstos —con lo que estaríamos ante un delito de mera actividad—.

También en este punto existen opiniones discrepantes, siendo minoría los autores que defienden que nos encontraríamos ante un delito de mera actividad¹⁷ e imperando mayoritariamente el convencimiento de que se trataría de un delito de resultado, a imagen y semejanza del tipo básico de delito contra la integridad moral del párrafo (ahora) primero del artículo 173.1 del CP¹⁸. Hay también

algún autor que defiende que no estamos ante un delito de resultado puro, sino de *medios determinados*, puesto que el tipo penal no se limita a exigir la causación de un resultado, sino que exige cómo debe llegarse a él (a través de la reiteración de actos hostiles o humillantes)¹⁹.

La postura que se adopte tiene su importancia, ya que condicionará la posibilidad de admitir o no la aplicabilidad al delito de acoso laboral de la figura denominada en el ámbito jurídico penal como «comisión por omisión», a la que luego nos referiremos.

1.3 · Penas a imponer y medidas cautelares de posible adopción en estos casos

Como se ha indicado al inicio, la pena señalada en el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP para el delito de acoso laboral o *mobbing* (vertical) es la misma que la prevista para el tipo básico del delito de tratos degradantes: prisión de 6 meses a 2 años.

Resulta así que el delito de acoso laboral (vertical) está castigado más severamente que el delito de acoso sexual del artículo 184 del CP en cualquiera de sus modalidades, ya se trate del tipo básico de acoso sexual *horizontal* de su apartado 1 (penado con prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses) o de la modalidad agravada de acoso sexual *vertical* del apartado 2 (penado con prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses). La situación se mantiene incluso aunque el acoso sexual se cometa contra una víctima especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o situación²⁰.

Esta disfunción penológica, que ya se aventuraba en la tramitación de anteriores iniciativas de reforma del

(«intencionalidad de la conducta vejatoria, deducible de los actos objetivos externos del acusado») y al nexo causal («que entre el daño psicológico producido y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación exista una clara y patente relación de causalidad»). Sin embargo, dado que el delito de acoso laboral, como se dirá más adelante, no exige la causación de lesiones —ni físicas ni psíquicas— más allá de la propia vulneración de la integridad moral, la referencia sin más a un nexo causal entre conducta y «daño psicológico producido» podría inducir a confusión, a nuestro entender.

¹⁷ A. I. Pérez Machío, *op. cit.*, pág. 145: «El delito de trato degradante se configura como un tipo de mera actividad, bastando para su aplicación con la realización de la conducta objetivamente degradante y humillante».

En el mismo sentido, J. M. Tamarit Sumalla: «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, 1996, págs. 857-870 (pág. 861).

¹⁸ Entre otros muchos: E. Cortés Bechiarelli, *op. cit.*, pág. 114; M. Dolz Lago, *op. cit.*, pág. 729; C. Molina Navarrete: «La palabra de la ley penal se hace realidad: el acoso moral laboral "por razón

de género" como delito contra la integridad personal», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Comentarios, casos prácticos*, 2006, n.º 277, págs. 3-36 (pág. 27).

¹⁹ C. Mir Puig, *op. cit.*, págs. 734 y 738 y siguiente: «Estamos ante un delito de medios determinados, pues exige que el resultado tenga lugar mediante actos de grave acoso psicológico [expresión que se empleaba en el Anteproyecto de reforma del CP de 2008 y que finalmente ha sido sustituida por la expresión "actos hostiles o humillantes"]»; «el tipo de acoso psicológico en el trabajo es un delito de "medios determinados" y no de mera causación de un resultado [...] aparte de que sería muy discutible que su comportamiento omisivo pudiera "equivaler a la causación del resultado" [...]».

²⁰ En tales casos la pena imponer, si se trata de acoso sexual horizontal, es de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses, y si se trata de acoso sexual vertical, de prisión de 6 meses a 1 año (según el apartado 3 del art. 173 del CP).

CP que finalmente no vieron la luz, ha sido objeto de crítica desde muy diversos frentes, entre los que se puede citar al propio CGPJ —que hizo referencia expresa a esta cuestión en su ya citado Informe de 18 de febrero de 2009 al Anteproyecto de reforma del CP de 2008—²¹ y también a la doctrina²².

Por otro lado, habiéndose tipificado el delito de acoso laboral finalmente como un delito contra la integridad moral, queda abierta a los jueces y tribunales al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 del CP²³ la posibilidad de imponer, adicionalmente

a la pena prevista en el artículo 173.1 del CP, alguna o algunas de las penas privativas de derechos del artículo 48 del CP, tales como: la prohibición de residir en determinados lugares o de acudir a ellos (art. 48.1), la de aproximarse a la víctima —ya sea a su domicilio, ya a su lugar de trabajo o a cualquier otro que frecuente— (art. 48.2) o la de comunicarse con la víctima (art. 48.3), pudiéndose controlar el efectivo cumplimiento de todas estas medidas a través de los medios electrónicos que así lo permitan (art. 48.4).

Dichas prohibiciones pueden imponerse de manera cautelar incluso antes de dictarse sentencia condenatoria, durante la tramitación del procedimiento penal en el que se estén investigando los hechos indiciariamente constitutivos de acoso laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («LECrím»)²⁴.

21 Informe del CGPJ de febrero de 2009 al Anteproyecto de reforma del CP de 2008, apartado «5.3. Marcos penales de los acosos laboral y sexual»: «El acoso sexual es una estrategia más de hostigamiento en el trabajo (de hecho en algunas sentencias se solicita la aplicación del delito de acoso sexual y, subsidiariamente, el delito del artículo 173.1). Ambos delitos de acoso comparten los rasgos esenciales del acoso moral, ya que son un modo de hostigamiento que provoca un clima objetivo y gravemente intimidatorio, hostil y humillante. Sin embargo, la pena prevista para la realización del tipo del artículo 173.2 convierte el acoso sexual en una modalidad privilegiada de acoso en el trabajo. En cambio, en el ámbito laboral y administrativo la normativa sancionadora equipara la gravedad [...]. El componente sexual no explica suficientemente un tratamiento privilegiado. La idea de instrumentalización o humillación del trabajador es igualmente significativa».

22 P. Otero González y E. Pomares Cintas, *op. cit.*, pág. 202 y siguiente: «Es preciso llamar la atención del legislador por la disfunción penológica entre ambos tipos de acoso (sexual y laboral no sexual), debiendo elevarse las penas del acoso sexual para equipararse a las del acoso laboral y para evitar al mismo tiempo la disfunción penológica con el delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito, que es en lo que consiste el acoso sexual y que, en cambio, tiene más pena [...]. El acoso sexual, como una estrategia más, está desprovisto de autonomía conceptual respecto del acoso moral en el trabajo, de tal modo que el componente sexual no explica suficientemente un tratamiento punitivo diferente, ni menos, atenuado; la idea de instrumentalización/humillación del trabajador es igualmente significativa [...] Téngase en cuenta, a este respecto, que el delito de acoso sexual funcional previsto en el art. 443.1 CP se regula al margen de los delitos contra la libertad sexual, concretamente, dentro de los delitos contra la Administración Pública, y se castiga con una pena más grave (prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años). De igual modo, en el ámbito laboral y administrativo, la normativa sancionadora equipara la gravedad de las conductas de acoso sexual y el resto de las formas de acoso: son todas infracciones muy graves».

23 Artículo 57.1 CP: «Los jueces o tribunales, en los delitos [...] contra la integridad moral [...] atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá [...] de cinco [años] si fuera menos grave [: como es el caso del delito de acoso laboral].

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior [...] al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia [...] entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena

1.4 · ¿Cabe atribuir responsabilidad penal a la empresa, como persona jurídica? ¿Y a algún miembro de la empresa, por no actuar ante el acoso laboral o *mobbing* cometido por un tercero?

Para empezar, hay que señalar que no está prevista la responsabilidad penal de la persona jurídica para el caso de los delitos contra la integridad moral, de los que el acoso laboral o *mobbing* es una subespecie, por lo que las personas jurídicas no podrán ser consideradas como responsables penales a estos efectos.

La claridad con la que puede responderse a la pregunta anterior contrasta con las dudas que suscita la cuestión de si alguien dentro de la empresa

de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea».

24 Artículo 544 bis de la LECrím: «En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización [...].».

podría llegar a responder penalmente de este delito por no actuar ante el acoso laboral cometido por un tercero en el seno de una organización empresarial.

En contra de ello cabría aducir que la propia dicción literal del nuevo precepto se refiere únicamente a «los que [...] realicen [...] actos hostiles o humillantes», y no en cambio a «los que realicen o consientan que otros realicen actos hostiles o humillantes».

Precisamente, en relación con los delitos contra la integridad moral cometidos por los particulares (art. 173 del CP), llama la atención la ausencia de una previsión específica similar a la contenida en el artículo 176 del CP para los delitos de este tenor cometidos por autoridad o funcionario público (arts. 174 y 175 del CP): «Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos». Partiendo de esta distinta regulación, podría sostenerse que el legislador habría decidido conscientemente dejar fuera del ámbito del nuevo párrafo segundo del artículo 173.1 del CP a los particulares que con su pasividad pudieran haber posibilitado que otros realizaran las conductas constitutivas de acoso laboral.

Más allá de lo anterior, la pregunta acerca de la eventual responsabilidad del empresario ante el acoso laboral cometido por un tercero en el seno de la organización empresarial conduce al análisis de la figura de la comisión por omisión, regulada en el artículo 11 del CP: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Sin entrar en un análisis exhaustivo de esta figura —que excedería con mucho el alcance de este artículo—, a los efectos que aquí interesan cabe destacar en primer lugar que el artículo 11 del CP se refiere exclusivamente a los delitos (o faltas) «que consistan en la producción de un resultado». Luego, para quienes consideren que el delito de menoscabo contra la integridad moral y su subespecie acoso laboral o *mobbing*, son delitos de mera actividad, no resultará admisible la comisión por omisión en

estos casos, como tampoco para quienes lo consideren un delito de resultado *de medios determinados*²⁵.

Por el contrario, siempre que se parta de la categorización del delito de acoso laboral como un delito de resultado puro —conforme a la corriente mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia—, sí resultará admisible la figura de la comisión por omisión²⁶. Ahora bien, en este supuesto, será necesario que se cumpla adicionalmente otro requisito más: que pueda apreciarse que en el empresario concurre ese «especial deber jurídico del autor» que también exige el artículo 11 del CP; en otras palabras, que se pueda concluir desde la perspectiva penal que el empresario ocupa una posición de «garante» frente al acoso, por recaer sobre él un específico deber de proteger al trabajador ante este tipo de situaciones.

Tampoco sobre esta cuestión existe consenso, y aunque ciertamente algún autor se muestra escéptico ante tal posibilidad —por la generalidad y consiguiente falta de precisión con la que la normativa

25 C. Mir Puig, *op. cit.*, págs. 734 y 738 y siguiente: «El empresario que a pesar de conocer la existencia de un acoso psicológico en el trabajo por parte de alguno de sus trabajadores consiente el mismo y no hace nada para evitarlo, no puede ser castigado en calidad de autor en comisión por omisión ex art. 11 CP, por cuanto el tipo de acoso psicológico en el trabajo es un delito de "medios determinados" y no de mera causación de un resultado, y el art. 11 CP se refiere sólo a "los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado" —lo que excluye a los delitos de medios determinados—, aparte de que sería muy discutible que su comportamiento omisivo pudiera "equivaler a la causación del resultado", pero se plantearía la duda de su incriminación como partícipe en comisión por omisión».

26 E. Cortés Bechiarelli, *op. cit.*, pág. 114: «Es posible la comisión por omisión. Vaya por delante que esta proposición exegetica trae causa de que el grave acoso es un auténtico resultado del delito, separándose así de quienes opinan que no es posible la exigencia de esos resultados en delitos que protegen bienes jurídicos no materiales, como es el caso de la integridad moral (la STS de 10 de marzo de 2005 apreció la comisión por omisión del delito del art. 173.2 CP). Y no sólo responderá el autor por este título: si quien tiene estatutariamente asignada la obligación legal de actuar en defensa de la dignidad de los trabajadores no lo hace, tolerando situaciones humillantes u hostiles, podrá ser tenido en el concepto de cooperador necesario de la infracción en comisión por omisión».

En el mismo sentido, M. J. Dolz Lago, *op. cit.*, pág. 29: «En síntesis, la doctrina está de acuerdo que este delito [el delito de trato degradante o contra la integridad moral de los arts. 173.1 y 175 del CP] es un delito de resultado al ser necesaria la lesión del bien jurídico protegido —integridad moral— con independencia de que se lesionen o no otros bienes jurídicos protegidos [...]. También hay acuerdo en que es un delito que no admite formas imprudentes de comisión siendo necesariamente doloso, sin que, en principio, puedan presentarse objeciones serias a la comisión por omisión a la vista del artículo 11 CP 95, que admite esta forma comisiva en los delitos de resultado».

laboral define en ocasiones los deberes del empresario²⁷—, la prudencia aconseja no aventurar respuestas a priori. Máxime, teniendo en cuenta que en la jurisprudencia laboral ya hay precedentes que consideran al empresario responsable de situaciones de acoso por no haber actuado ante éstas cuando debía haberlo hecho²⁸. Y sin olvidar también que en el muy comentado Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la Inspección de Traba-

jo, en la que se fijan criterios de actuación a seguir por los Inspectores de Trabajo ante situaciones de acoso y violencia, se afirma textualmente al analizar el acoso laboral como una infracción laboral que «la responsabilidad del empresario por conductas omisivas deriva de su posición de garante del pleno disfrute por los trabajadores que se encuentren a su servicio de los derechos básicos que componen la relación laboral», así como que «aquél será responsable por omisión o inacción cuando habiendo conocido o debido conocer los hechos no haya tomado las medidas suficientes y adecuadas para evitar la violación de los derechos de los trabajadores» (pág. 5 del citado Criterio Técnico)²⁹.

Conviene extremar la prudencia, por otra parte, teniendo en cuenta cómo en otros ámbitos en los que suelen confluír ambos órdenes, laboral y penal—concretamente, los accidentes laborales— se constata cierto automatismo en la atribución (siquiera a título indiciario) de responsabilidades de índole penal al empresario (así como a otras personas en el seno de la empresa, tales como directivos, encargados de servicio, etc.), partiendo de planteamientos y valoraciones de índole objetiva realizados en sede laboral sin aplicar ningún «filtro»—como debería ser el caso— por tratarse de ámbitos distintos con presupuestos y consecuencias también distintos³⁰.

27 C. Mir Puig, *op. cit.*, pág. 739: «La cuestión está en si el empresario tiene una verdadera 'posición de garante', pues los meros deberes jurídico-laborales que tiene frente a sus trabajadores—por ej., a través del artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere específicamente a la dignidad del trabajador y a su derecho a ser protegido frente al acoso originado por diversas motivaciones: «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: [...] e) Al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual o al acoso por razón de sexo».

Al margen del artículo 14 de la LPRL que cita expresamente dicho autor, cabría preguntarse si la exigencia de una «mayor concretización del deber jurídico» a la que alude podría reputarse colmada, p. ej., a través del artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere específicamente a la dignidad del trabajador y a su derecho a ser protegido frente al acoso originado por diversas motivaciones: «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: [...] e) Al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual o al acoso por razón de sexo».

28 Así, según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid núm. 381/2007 (Sala de lo Social, Sección 5), de 26 de junio: «[...] se alega por la demandante, la vulneración [...] del art. 1903 CC, por no aplicar la normativa legal relativa a la denominada «culpa in vigilando», que concurre en el presente supuesto.

[...] en materia de responsabilidad derivada de las referidas conductas, debe declararse la correspondiente a la empresa, aún en los casos en que no haya participado de forma directa en dichos actos, puesto que tal responsabilidad es una consecuencia directa de la obligación derivada del contrato de trabajo, que le impone la vigilancia del desarrollo de las relaciones laborales que se prestan por su cuenta y del deber de seguridad que deriva de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto a los trabajadores a su servicio, todo ello con independencia de la reacción que pueda adoptar frente al autor de los hechos.

Expuesto lo anterior, cabe indicar que en el presente supuesto ha existido una constante y clara actuación por parte de un director industrial de la empresa, que supera los límites de lo que podría considerarse como falta de capacidad de relación con terceros, llegando a incidir sobre el derecho fundamental a la integridad moral, mediante la realización de actos degradantes, no compatibles con el respeto a su dignidad. Esta situación se ha producido en el ámbito laboral, siendo generada por un trabajador de la propia empresa y como consecuencia de la prestación del trabajo, de modo que surge así la responsabilidad de la empresa demandada, dado que la misma le correspondería en virtud de su obligación de seguridad. No cabe por tanto argumentar, tal como hace la sentencia de instancia, la exoneración de la empresa con base en el desconocimiento de los hechos, [...] En definitiva, procede estimar el motivo de recurso, al entender que, en atención a lo expuesto, ha de declararse la responsabilidad solidaria de la empresa demandada en el presente supuesto» (fundamento jurídico tercero).

29 Se trata del «Criterio Técnico 68/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo», emitido por la Dirección General de dicho organismo el 19 de febrero de 2009, en el que se señala que la violencia y el acoso en el trabajo pueden constituir tanto una infracción laboral (pág. 4) como una infracción en materia de prevención de riesgos laborales (pág. 9).

Respecto del acoso como infracción laboral, adicionalmente a las consideraciones trascritas acerca de la condición de garante del empresario, se afirma que debe concurrir en él dolo o negligencia, pero sin embargo, acto seguido se señala que «La intencionalidad no es un requisito generalmente exigible en las infracciones en el orden social y solamente actúa como un elemento de graduación de las sanciones», con lo que parece querer configurarse dicha responsabilidad de manera objetiva (pág. 5 del mencionado Criterio Técnico).

Por lo que respecta a la violencia y el acoso en el trabajo como infracción en materia de prevención de riesgos laborales, y partiendo de la aplicabilidad del art. 14 de la LPRL ante situaciones de riesgo psicosocial (pág. 9), se afirma en el citado Criterio Técnico que de surgir «situaciones o problemas sobrevenidos de las que el empresario ha tenido conocimiento o debiera haberlo tenido [...] supondría una clara infracción del art. 14.2 LPRL [...] tanto la conducta activa del empleador que propicie estas situaciones como su pasividad ante las mismas» (págs. 10 y siguiente).

30 Aunque no hay que olvidar una importante diferencia entre el delito contra los derechos de los trabajadores por falta de medidas de seguridad y el nuevo delito de acoso laboral, y es que mientras el primero puede cometerse tanto de manera dolosa como por imprudencia—lo que facilita en cierto modo

1.5 · ¿Cuál es el «daño» derivado del delito de acoso laboral? ¿Y cómo se valora?

Tal y como se ha indicado ya, el bien jurídico protegido en el nuevo delito de acoso laboral o *mobbing* es la integridad moral, cuya vulneración —conforme a la tesis mayoritaria de que aquella es una dimensión de la dignidad humana y algo distinto de la integridad física o psíquica—, no podrá considerarse equivalente a la causación de lesiones³¹.

Tal planteamiento es plenamente coherente con la regulación contenida en el artículo 177 del CP, conforme al cual, «*Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley*».

En el plano puramente teórico, por consiguiente, la cuestión parece estar bastante clara. Sin embargo, las dudas surgen al trasladar la anterior reflexión al terreno práctico. Así, en primer lugar cabría preguntarse: si llegara a darse el caso de que la víctima hubiese tenido suficiente fortaleza psíquica para resistir la situación de acoso sin presentar ningún

tipo de lesiones o secuelas psíquicas por ello, más allá del sentimiento de humillación derivado de dicha situación, ¿podría «contaminar» esta circunstancia la valoración que realizara el juez penal sobre la gravedad de los hechos y, por consiguiente, sobre la tipicidad o atipicidad de la conducta sometida a su examen? ¿O realmente se valorará por los órganos judiciales penales esa gravedad mínimamente exigible para que las conductas entren en la órbita del Derecho Penal sin tener en cuenta nada más que la propia entidad de los actos desplegados y su continuidad en el tiempo?

La segunda pregunta que cabría plantearse es: ¿en qué consiste exactamente y cómo se valora ese daño a la integridad moral, si por tal hay que entender algo *distinto* de las lesiones físicas y psíquicas que eventualmente puedan causarse a la víctima?

Las resoluciones judiciales que han venido pronunciándose hasta la fecha acerca de hechos constitutivos del delito de trato degradante y de acoso laboral (antes de que éste estuviese expresamente tipificado como figura autónoma) señalan que en tales casos lo que se producen son *daños morales*, que no precisan de prueba ni pueden ser valorados conforme a criterios objetivos.

Una explicación bastante ilustrativa de lo que son *daños morales* (y también de lo que no son) puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2006\3709), referente a un caso de abuso de autoridad por parte de un superior que trató de manera degradante a un inferior jerárquico —sin que de ello se derivaran lesiones de ningún tipo para éste—: «*El Tribunal sentenciador incurre en un error de orden conceptual al confundir los daños y perjuicios que exigen ser probados con los daños morales. [...] La indemnización de los daños morales es una consecuencia misma del hecho delictivo y no precisa concretarse en alteraciones patológicas o psicológicas previamente diagnosticadas. A la luz de la anterior doctrina resulta claro que en este caso los daños morales son una consecuencia inherente al trato degradante y que —contrariamente a lo argumentado por el Tribunal de instancia— no guardan relación alguna con los daños psíquicos ni necesitan por tanto, ser acreditados, de ahí la innecesariedad de que la acusación particular presentara informe psicológico pues hemos dicho (y en ello insistimos una vez más) los daños morales no requieren prueba cuando, como en este caso, su existencia se deduce de forma inequívoca de los hechos (STS Sala 5ª de 26 de octubre de 2004). [...] En cuanto a la deter-*

la asunción denunciada de planteamientos puramente laborales en el ámbito penal—, este último sólo puede ser cometido dolosamente, lo que de alguna manera, debería operar como freno o contención frente a tal proceder.

31 Así lo ha afirmado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo al referirse al delito de tratos degradantes del párrafo (ahora) primero del artículo 173.1 del CP: «[...] como señaló esta Sala en STS 2101/2001, de 14 de noviembre (RJ 2002, 1514), el art. 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, [...] el quebranto de la integridad moral que exige el tipo como resultado debe ser grave, conforme exige el art. 173, sin que requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones» (STS núm. 489/2003, Sala de lo Penal, de 2 abril [RJ 2003\4007], fundamento jurídico quinto, citada en este concreto punto por —entre otras— la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense núm. 67/2005, Sección 1, de 7 de noviembre [IUR 2006\42829], fundamento jurídico primero).

En el mismo sentido, C. Mir Puig, *op. cit.*, pág. 729: «*Las ulteriores consecuencias contra la vida, físicas o psíquicas, etc., derivadas de las prácticas de acoso laboral o mobbing no se conforman como elementos sustantivos del concepto jurídico de mobbing, por lo tanto, su necesidad de sanción implica el recurso adicional al concreto precepto que contemple el castigo a las mismas —en su caso, los tipos penales de las lesiones—, debiendo acudirse para una completa sanción de todo ello a la normativa concursal y, específicamente, al concurso de delitos*».

minación del daño, es doctrina tanto de esta Sala como de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que aquél habrá de fijarse mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva» (fundamento jurídico séptimo)³².

Sentado lo anterior, cabe citar como circunstancias susceptibles de valoración para la fijación de la indemnización procedente en concepto de daño moral, entre otras: la naturaleza y gravedad del hecho, adecuando las peticiones de los interesados a la realidad socioeconómica de cada momento (sentencias del Tribunal Supremo núm. 945/2010, Sala de lo Penal, Sección I, de 28 de octubre [RJ 2010\8181], y núm. 915/2010, Sala de lo Penal, Sección I, de 18 de octubre [RJ 2010\7862]); así como la edad, sexo, profesión, salud, estética, estado previo a la lesión, grado de parentesco y de dependencia económica —en su caso—, etc. (sentencia —en un caso de lesiones no relacionadas con ninguna situación de acoso laboral— del Tribunal Supremo núm. 1154/2003, Sala de lo Penal, de 18 de septiembre [RJ 2003\7168]).

Igualmente, es posible en estos casos tomar como referencia los importes que a título orientativo se establecen en el baremo indemnizatorio del daño corporal aplicable a los accidentes de tráfico (y que en estos casos, normalmente se ajustarán al alza, como señala la sentencia ya citada del Tribunal Supremo núm. 915/2010, Sala de lo Penal, Sección I, de 18 de octubre [RJ 2010\7862]).

Por último, pese a no estar contemplada la responsabilidad penal de la persona jurídica para este nuevo delito, no puede descartarse que la empresa en cuyo seno se hubiese cometido el acoso pudiera llegar a ser considerada responsable civil subsidiaria, lo cual sería posible al amparo de lo dispuesto en los apartados 3.º y 4.º del artículo 120 del CP³³.

32 Conviene destacar que en dicha ocasión, el Tribunal Supremo consideró procedente —en contra de lo resuelto por la previa sentencia de la instancia, que declaró no resultar exigible responsabilidad civil alguna— una indemnización por valor de 6.000 euros, para lo cual no fue óbice la inexistencia de lesiones ni secuelas en la víctima —en coherencia con los razonamientos transcritos de la sentencia citada—.

33 Artículo 120 del CP: «Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: [...]»

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

1.6 · La prueba

En el ámbito del Derecho Penal, la carga de la prueba recae sobre la parte que sostiene la acusación, la cual, para obtener una sentencia condenatoria, deberá ser capaz de acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos por el concreto tipo penal, así como la procedencia de su atribución a determinada persona a título de dolo o culpa —según sea el caso—, de modo tal que consiga destruir la presunción de inocencia establecida como norma general a favor de todo imputado o acusado.

Trasladando las anteriores consideraciones al nuevo delito de acoso laboral, será la propia víctima acosada la que, en el correspondiente procedimiento penal, correrá generalmente con la carga de la prueba³⁴ de principio a fin —aportando en sus inicios (la fase de instrucción) unos indicios mínimamente consistentes de la conducta denunciada y acreditando finalmente de forma plena (en el acto del juicio oral) la realidad de dicha conducta y de la participación en ella de la persona acusada—³⁵.

Las dificultades que de ordinario entraña el régimen de la prueba en el ámbito penal se ven agravadas en los casos de acoso laboral, por el propio

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

34 Y decimos «generalmente» porque, aun cuando al Ministerio Fiscal le correspondería igual deber de probar los hechos en aquellos casos en los que actuara sosteniendo asimismo la acusación, quien conocerá mejor qué medios de prueba proponer será la propia víctima de la situación de acoso, por su involucración personal en los hechos.

35 A diferencia de ello, si la víctima de acoso laboral acude, en el ámbito laboral, a un proceso de tutela de derechos fundamentales, su posición será distinta, ya que aunque inicialmente deberá aportar unos indicios mínimamente consistentes del acoso, a continuación será el demandado (generalmente, la empresa, aunque también puede demandar simultáneamente al acosador —y se suele hacer cada vez más—) quien deberá acreditar que no se ha producido tal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral («LPL»), según el cual: «En el acto el juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Este precepto se extiende a los procedimientos de tutela de otros derechos fundamentales —tales como el derecho a la dignidad personal— en virtud del artículo 181 de la LPL: «Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, [...] se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. [...]».

contexto en que suelen producirse los hechos. Piénsese en este sentido que muy a menudo sólo se cuenta con el testimonio de la propia víctima³⁶, y que, en aquellos casos en los que haya habido testigos, éstos pueden mostrarse reacios a romper su silencio acerca de lo ocurrido por miedo a las represalias que contra ellos mismos puedan ser adoptadas por haber defendido a la víctima³⁷ o por

temor a poder llegar a ser considerados partícipes del acoso por no haber actuado frente a éste³⁸.

Por ello, es de temer que tal y como ya ha venido ocurriendo en el pasado en relación con otros delitos contra la integridad moral, las dificultades probatorias sean uno de los mayores obstáculos para obtener un pronunciamiento condenatorio en casos de delito de acoso laboral.

1.7 · Valoración crítica

La tipificación expresa del delito de acoso laboral merece una valoración positiva por varias razones. En primer lugar, porque zanja la discusión previamente existente en torno a la tipicidad o atipicidad de las conductas integrantes de acoso laboral, así como en torno a su posible encaje en alguno de tipos delictivos preexistentes, ganándose así en seguridad jurídica —al menos en parte, por lo que seguidamente se dirá—, tan deseable especialmente en el ámbito del Derecho Penal³⁹.

En segundo lugar, por el mensaje que se transmite a la sociedad en cuanto a la voluntad de perseguir este tipo de conductas y evitar que queden impunes, contribuyendo así a la finalidad de prevención general del Derecho Penal⁴⁰ —habiendo señalado algún

36 Exigiéndose por el Tribunal Supremo en su sentencia (entre otras muchas) de 23 de junio de 2000, en un supuesto de acoso sexual, los siguientes requisitos para reconocer validez probatoria a la declaración de la víctima como única prueba de cargo o como prueba de cargo preferente: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador-acusado que pudiera conducir a la deducción de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento u otro de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. b) Verosimilitud o constatación de la concurrencia de colaboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen lo que constituye una declaración de parte. c) Persistencia en la incriminación, la cual debe ser prolongada en el tiempo y no presentar ambigüedades ni contradicciones.

Dichos requisitos y la STS aquí citada —junto con otras muchas— son igualmente citadas en el ya mencionado Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en concreto, en su pág. 6).

37 De hecho, resulta tan poco habitual que otro empleado se decida a apoyar decididamente la versión de la víctima de la situación de acoso pese a ser el acosador superior jerárquico de ambos, que en la sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 128/2009 (Sección 3), de 9 de julio (ARP 2009/910), referida a un supuesto de acoso laboral calificado como falta de vejación injusta de carácter leve del artículo 620.2 del CP, se resalta lo valioso de tal testimonio: «La conducta descrita en el *factum* constituye sin duda un trato vejatorio o desconsiderado hacia la denunciante, resultando acreditado no solo por la declaración de la víctima, [...] que se corrobora con el informe del servicio de urgencias [...] y, lo que es más relevante, se cuenta con el valioso testimonio de una compañera de trabajo (Elena) [...] dicho testimonio especialmente valioso por lo inusual, viniéndose de una compañera de trabajo que sigue trabajando en la empresa y es subordinada de la denunciada es particularmente expresivo y elocuente [...], testimonio que ha de agradecerse y valorarse en su justa medida constituyendo una prueba de cargo que, en unión de las referidas, resulta hábil para enervar la presunción de inocencia y emitir un pronunciamiento condenatorio contra la denunciada como autora de una falta de vejaciones injustas de carácter leve a la pena de 15 días multa con una cuota diaria de 6 € (90 € en total) [...]» (fundamento jurídico cuarto). En relación con la actitud de los testigos, C. Molina Navarrete, *op. cit.*, pág. 32: «Esta prueba es siempre complicada y ambigua, en la medida en que muchos no querrán declarar, por miedo a sufrir la misma situación, y otros lo harán en contra, por creer que así defienden mejor su puesto y sus eventuales prebendas. Así, le llama la atención que los testigos se dividan en grupos, los que ya no trabajan para la empresa y los que sí lo hacen, de modo que los primeros sí confirman las dificultades que tenía para realizar determinadas tareas laborales [...]. Por eso, al Juez le merece especial atención la declaración de los testigos ya desligados de Mercadota [sic], que ya no temerían ningún enfrentamiento con la empresa que pudiera poner en peligro su puesto de trabajo [...]».

38 O. Morales García, *op. cit.*, pág. 80: «No basta la mera afirmación del hecho; es necesario estar en condiciones de acreditar la acusación [...], lo que en un clima de animadversión laboral será especialmente complejo en cuanto se haga depender de testimonios que han sido partícipes en el *mobbing* o testigos tácitos de la situación de acoso».

39 R. Fernández Palma, *op. cit.*, pág. 156: «La reforma aprobada pone punto y final al debate sobre la propia necesidad de un delito específico de acoso y facilita a los operadores jurídicos la persecución de conductas que se perciben socialmente como nocivas y que aparentemente en los últimos años han experimentado un importante incremento, o al menos, una elevación en el porcentaje de denuncias. [...] Es de esperar que la reforma logre atajar la sensación de impunidad que hasta ahora se producía en este ámbito [...]».

40 P. Otero González y E. Pomares Cintas, *op. cit.*, pág. 200: «La tipificación del acoso laboral en el trabajo como atentado contra la integridad moral debe tener por finalidad lo que es una necesidad, la de concretar el significado tan impreciso del Título en el que se inscribe —delitos contra la integridad moral—, así como impulsar la incipiente conciencia de persecución penal facilitando su aplicación práctica y, por tanto, contribuye a desarrollar su finalidad preventivo-general».

En el mismo sentido se pronuncia M. J. Dolz Lago, *op. cit.*, pág. 40: «Con este nuevo tipo delictivo de acoso se ganaría en seguridad jurídica, al tiempo que se garantizaría la prevención general, tan necesaria para estas conductas, todavía no valoradas socialmente de forma suficiente como intolerables, constituyéndose en un instrumento más eficaz en la lucha por la erradicación de estos

autor, incluso, que la tipificación expresa del acoso cumpliría una función de tipo pedagógico⁴¹—.

De hecho, es posible que la inclusión de este nuevo delito en el Código Penal tenga cierto «efecto llamada», provocando que casos de acoso laboral que hasta ahora quedaban *extramuros* del Derecho Penal ante las dudas que planteaba su posible tipicidad ahora se deriven a la jurisdicción penal.

Ahora bien, en contraposición con lo anterior, y tal y como ya se ha ido exponiendo hasta aquí, la todavía excesiva amplitud del nuevo párrafo segundo del artículo 173.1 del CP⁴² plantea importantes dudas interpretativas que no sólo suponen la subsistencia de un elevado grado de inseguridad jurídica en torno a cuáles son las conductas punibles conforme al nuevo precepto (y quiénes sus hipotéticos responsables, trayendo a colación las dudas antes expuestas sobre si el empresario no acosador podría llegar a responder penalmente por el acoso cometido por un tercero), sino que permiten anticipar no pocas dificultades en la aplicación práctica de dicho precepto, e incluso hacen temer que la indefinición de la que adolece el nuevo tipo penal pueda prestarse a abusos.

2 · EL NUEVO DELITO DE INTRUSISMO INFORMÁTICO

2.1 · Introducción: ¿puede hablarse realmente de delitos informáticos?

La reforma del CP llevada a cabo por la LO 5/2010 ha supuesto también —al margen y con carácter

adicional a lo ya dicho en relación con el nuevo delito de acoso laboral comentado en los epígrafes precedentes— una notoria ampliación del ámbito de lo que se ha denominado «*delincuencia informática*». Como confiesa el preámbulo, esta novedad legislativa es el resultado de la trasposición de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (en adelante, «la Decisión Marco») y el Convenio sobre *cybercrimen*, hecho en Budapest el 21 de noviembre de 2001, firmado por 49 países entre los que se encuentran EEUU, Canadá, Sudáfrica y Japón (en adelante «el Convenio de Budapest»).

Concretamente, la ampliación ha supuesto la introducción de los delitos de intrusismo y sabotaje informático y la reforma de algunos tipos ya existentes, como la estafa informática (art. 248), los delitos sexuales (arts. 183 bis, 189.8 y 189bis), el robo tecnológico (art. 239), los daños informáticos (art. 264.1) y los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270.2 y 274.1 y 2). También se ha introducido la responsabilidad penal de la persona jurídica para algunos de ellos.

A diferencia de lo que sucede en otros países⁴³, en España no se ha elaborado una ley penal especial para este tipo de delitos, optando por la regla general de incardinar todas las conductas en el Código Penal. Sin embargo tampoco dentro del propio Código Penal se destina un título o rúbrica específica a esta materia, estando los distintos tipos ubicados en capítulos diferentes según se haya considerado que afecten a uno u otro bien jurídico⁴⁴.

hechos y en defensa de la dignidad humana, especialmente de los más débiles, como son los que están en situación de inferioridad en el marco de una relación de prestación de servicios, que puede agravarse en los tiempos de crisis económica que padecemos».

⁴¹ M. Urrutikoetxea, *op. cit.*, pág. 80: «También puede entenderse que la recepción cumple con una función pedagógica o explicativa, de hacer explícito que el acoso puede tipificarse como delito contra la integridad moral, rompiendo con la idea que esta figura se reserva para conductas más graves».

⁴² Se muestran críticos ante la técnica legislativa seguida en la tipificación de este nuevo delito, entre otros, P. Otero González y E. Pomares Cintas, *op. cit.*, pág. 201: «Es cierto, como se ha señalado, que la actual tipificación suprime términos de la anterior excesivamente amplios, pero no logra la dosis de taxatividad que se precisa: incluye en la definición de acoso laboral el término que se pretende definir —'acoso'— y que no define, además de exigir la reiteración de actos hostiles o humillantes. De nuevo, se manifiesta la tendencia a confundir el efecto de la degradación o humillación (efecto de cosificación) con los medios o modos de conducta idóneos para provocarlo».

⁴³ Han elaborado leyes específicas en esta materia, por ejemplo, Francia, Gran Bretaña, Alemania, USA, Holanda, Chile y Venezuela.

⁴⁴ Conforme al análisis efectuado por E. de Urbano Castrillo en «Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2010, estos delitos serían: pornografía infantil (arts. 186-189 del CP); espionaje informático (art. 197.2 del CP); injurias y calumnias a través de la red (art. 211 del CP); robo inutilizando sistemas de guarda criptográfica (art. 238.5 del CP); estafa informática (art. 248.2 del CP); utilización abusiva de equipos terminales de telecomunicación (art. 256 del CP); sabotaje o daños informáticos (art. 264.2 del CP); propiedad intelectual (art. 270 del CP); delitos contra la propiedad industrial (arts. 273-275 del CP); secretos de empresa (art. 278.1 del CP); uso ilegal de equipos, programas y servicios informáticos (art. 286 del CP); usurpación de funciones públicas por e-correo (art. 402 del CP); infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 417, 418 y 423 del CP); ataques a líneas o instalaciones de telecomunicación o correspondencia postal (art. 560.1 del CP); y descubrimiento y revelación de secretos relativos a la Defensa Nacional (arts. 598 y 603 del CP).

No faltan autores que aplaudan esta decisión legislativa⁴⁵, desde el reconocimiento de la heterogeneidad de los delitos que pueden ser cometidos mediante o contra un elemento informático. Ciertamente es difícil imaginar un delito —salvo alguno especialmente violento—⁴⁶ que no pueda ser cometido a través de un medio informático. Tratar de incluirlos todos bajo el mismo epígrafe provocaría que, en la mayoría de las ocasiones, la esencia de cada delito, el bien jurídico principalmente afectado, pasase a un segundo plano. En palabras de M. L. Gutiérrez Francés, «*lo sustantivo del hecho ilícito no está determinado por la presencia (o no) de lo informático*»⁴⁷.

Sin embargo, también ha de reconocerse que *la presencia de lo informático* en el hecho ilícito añade un plus de antijuridicidad. No se trata sólo de que la informática facilite (extraordinariamente) la comisión del delito y la impunidad del delincuente. Como ciudadanos inmersos en la *era digital*, la informática se ha convertido en un elemento indispensable en nuestra vida diaria, por lo que existe un interés común en que el sistema funcione. Existe un interés común en que avances que van desde el uso de una tarjeta de crédito hasta el almacenamiento informatizado de las historias clínicas en los hospitales puedan ser empleados en condiciones de seguridad. Pues bien, cada vez que se comete un delito informático, ya sea la informática objeto del ataque o medio comisivo, se está menoscabando, como mínimo, la confianza de los usuarios en el sistema. Y ello al margen de la afectación de cualquier otro bien jurídico.

Como analiza Eduardo de Urbano, esta circunstancia ha provocado que, tanto en la doctrina como en las legislaciones de nuestro entorno, se comience a hablar de un «*nuevo bien jurídico*», que el referido autor identifica con la «*libertad informática*»⁴⁸. En

un sentido parecido, el preámbulo de la Decisión Marco se refiere al peligro que los delitos informáticos suponen para la realización de «*una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia*». Por su parte, el Convenio de Budapest se refiere a «*la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, de las redes y de los datos*».

Reciba el nombre que reciba, parece que sí existe un interés común que resulta lesionado en todos los delitos informáticos. Se trata de tipos, por su propia naturaleza, pluriofensivos.

Como hemos comentado, existen argumentos de peso que avalan la opción legislativa de sistematizar cada «delito informático» en atención al bien jurídico que se ha considerado sustantivo. Sin embargo, en ocasiones, la ausencia de cualquier referencia a conceptos como *libertad informática, seguridad informática o confianza en los sistemas de información* puede plantear problemas interpretativos. Ello nos lleva a plantearnos si, al margen del bien jurídico que resulte de su ubicación sistemática, los «delitos informáticos» habrán de ser interpretados teniendo presente este elemento común que los caracteriza. Nos lleva a plantearnos si este «*nuevo bien jurídico*» del que habla la doctrina y que expresamente refieren tanto la Decisión Marco como el Convenio de Budapest ha de regir la interpretación de la norma cuando el legislador no lo ha formulado. Un buen ejemplo de ello es el intrusismo informático.

2.2 · Tipo penal. El nuevo artículo 197.3 del CP: ¿un nuevo delito contra la intimidad?

El párrafo primero del artículo 197.3 del CP tipifica la conducta de quien «*por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o*

45 M.L.Gutiérrez Francés, «En torno a los fraudes informáticos en el Derecho español», *Actualidad Informática Aranzadi*, abril, 1994. En contra, sin embargo, en el mismo número de la misma revista, vid. Bueno Arús, «El delito informático», *op. cit.*

46 F. Monterde Ferrer plantea incluso la posibilidad de matar a alguien manipulando el ordenador al que se halla conectado un interno en la UVI (F. Monterde Ferrer: Análisis político-criminal sobre el fenómeno de las Nuevas Tecnologías. Seo de Urgel 26-9-01. CGPJ y Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Cataluña).

47 M.J. Gutiérrez Francés, *op. cit.*

48 «Por otro lado, la cantidad de bienes e intereses jurídicos que se ven afectados por la delincuencia informática ha llevado, en los últimos tiempos, a tratar de hallar un bien jurídico específico que englobe la naturaleza pluriofensiva de estos ataques. Ejem-

plos de esta tendencia son la Ley chilena n.º 19.233 sobre delitos informáticos, que trata de proteger «un nuevo bien jurídico», la información automatizada que se obtiene a través del actual desarrollo tecnológico. Y en línea semejante, otras propuestas —como las de Lorenzo Piccoti, profesor de la Universidad italiana de Verona— que habla del fenómeno de la aparición de «bienes jurídicos nuevos» como «la integridad y la seguridad informática», y «la confidencialidad informática». También resulta digno de resaltar, la formulación de nuestra Constitución de 1978 (RCL 1978, 2836) que en su art. 18.4 separa el «uso de la informática» del resto de libertades comunicativas, por lo que es posible hablar de la «libertad informática» —el derecho a comunicarse por vía electrónica— como un bien jurídico con significación autónoma» (E. Urbano del Castillo, *op. cit.*).

programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo».

a) Ubicación sistemática. El bien jurídico protegido

El nuevo artículo 197.3 se regula dentro del capítulo I del título X del libro II del CP, dedicado a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, concretamente, bajo la rúbrica «Del descubrimiento y revelación de secretos». Sin embargo, la Decisión Marco en ningún momento hace referencia expresa a la intimidad de las personas y el Convenio de Budapest se refiere únicamente de forma tangencial a la protección de datos de carácter personal.

Como decíamos al principio, los delitos informáticos son, por su naturaleza, pluriofensivos, pues, al margen de la afectación a cualquier otro bien jurídico, existe un interés (llámese libertad informática, o seguridad informática, o confianza en los sistemas de información) que resulta afectado. En el caso particular del intrusismo informático, parece difícil afirmar que la intimidad sea el único bien jurídico afectado. Más aún, podría cuestionarse incluso que sea el bien jurídico principalmente afectado. Sin embargo, el legislador no hace ni una remota referencia a otro interés. Las reflexiones que a continuación se harán parten de la hipótesis de que el único bien jurídico protegido es el expresamente señalado por el legislador, esto es, la intimidad, incidiendo en los problemas interpretativos que ello podría provocar.

b) La conducta típica

El intrusismo informático se consuma con el mero acceso al sistema (*hacking*) o el mantenimiento contra la voluntad del titular. Al margen quedan otras posibles actuaciones posteriores, tales como daños informáticos, descubrimiento de secretos de empresa o acceso in consentido a correos electrónicos que, de producirse, constituirían otro tipo delictivo.

El tipo requiere que el acceso se lleve a cabo «sin autorización y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo». Puede plantearse la duda acerca de qué sucederá en aquellos casos en los que las medidas de seguridad sean tan burdas que no exijan un nivel técnico especialmente alto para su vulneración. Ha de tenerse en cuenta que el

legislador no exige un determinado grado de sofisticación en estas medidas de seguridad, y desde luego no parece prudente acudir a la figura de la «autopuesta en peligro»⁴⁹, pero serán los Tribunales los que resuelvan la incógnita.

En cuanto al mantenimiento no autorizado, lo lógico, y lo que se desprende de la literalidad del texto, es que se refiera a aquellos casos en los que, tras un acceso lícito, el sujeto es requerido para que abandone el sistema y no lo hace.

c) El objeto del delito. El denominado «domicilio informático»

La ubicación sistemática de este nuevo tipo dentro de los delitos contra la intimidad, esta decisión legislativa ha llevado a que algunos autores⁵⁰ se refieran al concepto de «domicilio informático». Esta nueva esfera de protección se configuraría, de forma paralela a lo que sucede con el domicilio físico, como un espacio de privacidad en el que el usuario tiene derecho a desarrollar su intimidad libre de injerencias ajenas.

Este sector doctrinal destaca también el anclaje constitucional de este nuevo concepto, pues el artículo 18.4 de la CE, al referirse a la regulación de la informática establece la obligación de garantizar «*el honor y la intimidad personal y familiar*»⁵¹. Por otra parte, la propia literalidad del nuevo tipo recuerda al delito de allanamiento de morada⁵². En primer lugar porque, al igual que sucede con el allanamiento, el intrusismo informático no exige un ánimo específico de vulnerar de intimidad o descubrir secreto alguno. Ello supone que el mero acceso a un sistema informático (o al domicilio informático) constituiría una violación de la privacidad de su titular, con independencia de la motivación última de quien accede; al igual que el mero acceso a un domicilio físico supone la violación de la privaci-

⁴⁹ O. Morales García: «Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas (arts. 197.3 y 8, 264 y 248), en *La Reforma del Código Penal de 2010: Análisis y comentarios*, dirigidos Thomson Aranzadi Reuters, 2010.

⁵⁰ O. Morales García, *op. cit.*

⁵¹ El artículo 18 de la CE dispone que «*Se limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de sus derechos*».

⁵² Artículo 202.1 del CP: «*El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*».

dad del morador, con independencia de la voluntad de quien lo hace.

Por otra parte, el intrusismo informático castiga a quien «*se mantenga dentro del mismo (sistema) en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo*» casi con idénticas palabras a las empleadas en el artículo 202.1 para tipificar la conducta de quien «*se mantuviere en la misma (morada) contra la voluntad de su morador*».

Este destacado paralelismo entre el domicilio físico y el informático, unido al ya comentado anclaje constitucional, hace que nos planteemos hasta qué punto será extrapolable al nuevo *domicilio informático* la extensa doctrina jurisprudencial y constitucional sobre el domicilio físico.

Sabido es que, con respecto al domicilio, el Tribunal Constitucional ha establecido que el objeto de protección «*no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada*»⁵³.

Pues bien, la primera cuestión que surge es cuál es el espacio físico que delimita la esfera de privacidad del llamado domicilio informático. Si acudimos a la literalidad del precepto, éste se refiere al acceso no autorizado a «*datos informáticos o programas contenidos en un sistema informático*». Según el Convenio de Budapest, se entiende por sistema informático «*todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran, en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de los datos*». Por lo tanto, parece que sistema informático, a estos efectos, puede ser, por ejemplo, la red de ordenadores de una empresa, pero también un ordenador personal o incluso una *blackberry*. Ahora bien, ¿son todos domicilio informático?

Ciertamente, el artículo 197.3 no distingue según el tamaño, el uso o la complejidad del sistema informático que pueda ser objeto del delito, exigiendo únicamente que contenga «*datos o programas informáticos*»⁵⁴. Dentro de este concepto entraría, por tanto, una *blackberry* que nunca

hubiese sido usada como el ordenador de la caja de un supermercado. Sin embargo, la consideración de la intimidad como único bien jurídico protegido exigiría, para que la conducta fuese punible, que el sistema informático atacado fuera receptor de cierto nivel de intimidad. En otras palabras, y retomando el paralelismo con el domicilio físico, el objeto del delito no sería sólo el sistema informático en cuanto espacio físico o también «*lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada*». Si el sistema no es receptor de cierto nivel de intimidad, la intimidad no se ve atacada con la intrusión en el sistema. Y si el bien jurídico no se ve atacado, no puede haber reproche penal.

d) Dolo

El tipo exige que la conducta sea dolosa, sin embargo, y pese a su ubicación, no se exige un ánimo específico de atentar contra la intimidad del ofendido, a diferencia de lo dispuesto en el 197.1 y 197.3 CP.

e) ¿Quién es el perjudicado por el intrusismo informático?

La respuesta parece clara cuando se trata de un ordenador personal, en el que el propietario y el usuario coinciden. Pero imaginemos, por ejemplo, que el acceso ilegal se produce en el ordenador que no es propiedad del usuario, ¿quién es el perjudicado?

Ciñéndonos a la interpretación estricta de la intimidad como bien jurídico protegido, parece claro que el perjudicado sería el usuario. Es el usuario el que *vuelca* parte de su intimidad en el sistema, el que ve invadida la esfera de privacidad del *domicilio informático*.

Partiendo de esta premisa, ¿sería delictiva la conducta del empresario que accede sin consentimiento al ordenador, propiedad de la empresa, utilizado por su empleado? En primer lugar, hemos de aclarar que parece muy difícil que la conducta típica pueda producirse en la práctica. El intrusismo informático exige, para su consumación, que el acceso se produzca no sólo sin autorización, sino, además, con vulneración de las medidas de seguridad puestas para impedir el acceso. Pues bien, generalmente será el propio empresario el que establezca estas medidas de seguridad, lo que hace que el problema difícilmente pueda plantearse en la realidad. Imaginemos, sin embargo, un supuesto en el

⁵³ Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 22/1984, de 17 de febrero [RTC 1984,22]; 69/1999, de 26 de abril [RTC 1999,69]; 119/2001, de 24 de mayo [RTC 2001,119]; y 10/2002, de 17 de enero [RTC 2002,10].

⁵⁴ Los «datos informáticos» se definen en el Convenio de Budapest como «*toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático, incluido un programa destinado a hacer que un sistema informático ejecute una función*».

que el empresario necesitase descubrir la clave que el propio trabajador ha introducido como protección para su ordenador.

Antes de la introducción de esta reforma, se planteaba la duda de si el acceso inconsentido por parte del empresario a la bandeja de correo del empleado en el ordenador de la empresa realizado con el fin de ejercer el control empresarial constituía un delito de apoderamiento de «papeles, cartas, mensajes de correo electrónico (...)» tipificado en el artículo 197.1 CP. En estos casos se empleaban dos argumentos. El primero era que el artículo 197.1 CP exigía un ánimo específico «descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro», por lo que cuando el acceso a la bandeja de entrada se realizase para ejercer el control empresarial, este ánimo no concurriría y la conducta sería atípica. El segundo argumento pasaba por afirmar que pese a que el ordenador empleado por una persona para realizar su trabajo siempre es receptor de cierta intimidad, el respeto a esta intimidad no puede llegar al extremo de eliminar el poder de control del empresario. Ponderando ambos derechos, habría de entenderse que el ejercicio del poder de control del empresario es respetuoso con la intimidad de su trabajador si previamente establece las reglas sobre el uso del ordenador e informa al trabajador de que puede controlar su cumplimiento. Tal ha sido la postura mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵⁵ en relación al acceso inconsentido por

parte del empresario a la bandeja de correo del empleado en el ordenador de la empresa.

Sin embargo, en el delito del 197.3 CP, no exige un ánimo específico de «descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro», por lo que este primer argumento no podría utilizarse. En los casos en los que un empresario entre en el ordenador de su trabajador (acceda o no a su bandeja de correo), será indiferente, a los efectos del 197.4 CP su intención. Sin embargo, consideramos que todavía es aplicable el segundo argumento expuesto. Por tanto, también en estos casos podrá defenderse que la ponderación de derechos permite al empresario acceder al ordenador del trabajador siempre y cuando haya previamente establecido las reglas sobre el uso del ordenador e informado al trabajador de que puede controlar su cumplimiento.

f) El acceso al sistema informático de las personas jurídicas

El acceso al sistema informático de una empresa ¿supone una vulneración de su intimidad? La incógnita puede tener importancia más allá de la curiosidad puramente teórica. Descendiendo al plano práctico, es habitual considerar que la intención que mueve al *hacker* es la de superar el reto que representa el propio sistema⁵⁶. Ello supone que la gran mayoría de los actos de *hacking* tendrán por objeto sistemas informáticos sofisticados, por lo general pertenecientes a personas jurídicas.

Pues bien, desde antiguo, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando que el derecho a la intimidad es únicamente titularidad de las personas físicas⁵⁷. Sabido es que en los casos en los que una

55 Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7514): «En este punto es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, 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. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al rea-

lizarse el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad» en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (TEDH 1997, 37) (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (TEDH 2007, 23) (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (RCL 1999, 1190, 1572)».

56 En este sentido, N. Matellanes Rodríguez: «El intrusismo informático como delito autónomo: Razones», *Revista General del Derecho Penal*, Iustel, núm. 2, noviembre 2004.

57 STC núm. 137/1985 (Sala Segunda), de 17 octubre (RTC 1985\137): «En la oposición a la demanda de este recurso de amparo se arguye que el referido derecho fundamental no es atribuible a las personas jurídicas, en concreto a las Sociedades mercantiles, cuya naturaleza posee la Entidad recurrente, invocándose en apoyo de esa tesis precedentes declaraciones de este Tribunal Constitucional, tales como aquella según la cual la inviolabilidad del domicilio «constituye un auténtico derecho funda-

conducta típica no suponga una lesión para el bien jurídico protegido, el principio de *última ratio* impide el reproche penal. En conclusión, si se niega el derecho a la intimidad de las personas jurídicas, o se interpreta que el bien jurídico protegido por este delito es otro, el intrusismo informático contra las empresas será impune.

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional niega la titularidad del derecho a la intimidad a las personas jurídicas. Sin embargo, el legislador penal sí ha dado cierta relevancia a los secretos de empresa en el ámbito de la protección al derecho a la intimidad, y lo ha hecho tipificando su vulneración dentro de los delitos «contra la intimidad, la inviolabilidad de domicilio y el derecho a la propia imagen». Concretamente, el artículo 200 del CP, incluido en el mismo capítulo que el art 197.3 del CP analizado, afirma: «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros capítulos de este Código».

mental de la persona, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella». Así reza, en efecto, la Sentencia de 17 de febrero de 1984, recaída en recurso de amparo núm. 59/1983.

A su vez, el Auto de 17 de abril del año actual (recurso de amparo núm. 139/1985), estableció que «el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C. E. por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada».

Ahora bien, de cuanto queda reflejado no cabe colegir la realidad de pronunciamiento alguno, y tampoco de la emisión de razonamientos, por parte de este Tribunal, encaminados a eliminar a las personas jurídicas de la protección que respecto del domicilio, mediante su inviolabilidad, brinda el art. 18.2 de la C. E., y ello, en cuanto a la citada Sentencia, porque en la misma no se hace otra cosa —por lo que importa al extremo ahora considerado— que circunscribir el razonamiento tal como venía impuesto por el caso enjuiciado al domicilio de las personas físicas, su protección constitucional, la justificación del mismo y el alcance que merece, pero sin incluir ni siquiera alusión o referencia a parejas cuestiones referidas a las personas jurídicas, quedando por supuesto libre en absoluto el Tribunal, en cuanto a las mismas, llegada la hora de ser preciso dilucidar cuanto afecta a este aspecto del derecho fundamental considerado».

Huelga decir que no es posible aplicar este artículo al intrusismo informático, pues, como hemos visto, el tipo no exige para su consumación que se descubra, revele o ceda dato alguno. Sin embargo, a raíz de este artículo 200 del CP ha ido creándose una corriente de jurisprudencia en las Audiencias Provinciales según la cual para que la conducta sea típica, los «datos reservados de personas jurídicas» han de afectar de algún modo a la intimidad de las personas físicas. Es decir, tratándose de personas jurídicas, sólo existirá vulneración de la intimidad en la medida en la que la intromisión en la esfera de privacidad de la persona jurídica pueda afectar a la intimidad de personas físicas^{58 y 59}.

Como decimos, el artículo 200 del CP nunca podría ser aplicable al intrusismo informático. Sin embargo, este posicionamiento jurisprudencial nos obliga a preguntarnos: ¿el mero acceso al sistema informático titularidad de una empresa, afectará en todo caso a la intimidad de alguna persona física? Puede defenderse que esa afectación existirá cuando, por ejemplo, se acceda al ordenador empleado por un trabajador dentro de la red de ordenadores propiedad de la empresa. Pero, como hemos visto, el concepto de sistema informático es extraordinariamente amplio. Pensemos, por ejemplo, en el mero acceso (sin descubrir dato alguno) a un sistema informático encargado del control del tráfico aéreo: ¿supone la vulneración del derecho a la intimidad de alguien?

Por otra parte, no puede olvidarse que el nuevo artículo 197.3 se configura como un delito de peligro, que supone un adelantamiento de las barreras

58 Especialmente clara al respecto ha sido la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 23 de febrero de 2004 (JUR 2006\299083): «La protección brindada por el artículo 200 del Código penal las personas jurídicas lo es de forma subsidiaria al otorgado a las personas físicas en el artículo 197 del mismo texto legal. Pues bien, habida cuenta de esa dependencia, de la ubicación sistemática del precepto y de la existencia de otros artículos del Código penal protectores de los secretos empresariales «*strictu sensu*» (278 y ss. del Código penal), el precepto ha de ser interpretado restrictivamente, de forma que la alusión a datos reservados de las personas jurídicas, se deba proyectar sobre datos, en principio de personas jurídicas, pero con trascendencia en la intimidad de las personas físicas (por ejemplo de los socios, directivos o empleados de la misma) (AP Sevilla, sec. 1ª, S 15-02-2002 citada por el juez a quo)».

59 En contra de esta postura, R. Fernández Palma y O. Morales García, no comparten que el artículo 200 del Código Penal sea de aplicación cuando los datos de las personas jurídicas tengan trascendencia sobre las personas físicas, pues para ello el resto del articulado del capítulo es más que suficiente (R. Fernández Palma, O. Morales García: «El delito de daños informáticos y el caso Hispahack», *La Ley*, 2000-1).

de punición. Partiendo de esta premisa, podría afirmarse que el acceso al sistema informático titularidad de una empresa, desde el momento que posibilita el acceso a datos relativos a personas físicas (por ejemplo, datos de trabajadores o de clientes), pone en peligro su intimidad. Sin embargo, esta afirmación no está exenta de problemas.

El *hacker* aprovecha, por decirlo de un modo gráfico, una fisura en el sistema de seguridad. Accede y luego abandona el sistema sin llevar a cabo ninguna otra conducta. Pero el nivel de seguridad del sistema es idéntico antes y después del acceso ilícito. El *hacker* no deja «abiertas las puertas» del sistema de seguridad, no posibilita el acceso a otras personas. No crea un peligro independiente de él. El único peligro al que estaría expuesta la información de carácter personal que eventualmente pudiese contener el sistema informático de una persona jurídica sería el derivado de la propia conducta del *hacker*. Dicho en otras palabras, si el *hacker* no tiene intención de descubrir estos datos⁶⁰, no parece posible que los descubra. Y si no es posible que los descubra sin intención de hacerlo, es difícil afirmar que tales datos han estado alguna vez en peligro. En palabras de S. Mir Puig, «tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro»⁶¹.

Otro argumento para defender la ilicitud penal del mero acceso al sistema informático de la persona jurídica es que el tipo no exige un ánimo específico de vulnerar la intimidad. Con base en ello podría entenderse que el mero acceso supone, si no una afectación a la intimidad personal —de la que la persona jurídica carece—, sí al menos la injerencia en una esfera de privacidad reservada que sería, según esta postura, objeto de tutela penal. Este concepto de «esfera de privacidad reservada» refe-

rido al sistema informático nos vuelve a conducir al ámbito del domicilio informático⁶².

Desde esta perspectiva, el bien jurídico protegido no sería la intimidad, sino la *inviolabilidad del domicilio informático*. El Tribunal Constitucional no reconoce el derecho a la intimidad de las personas jurídicas, pero ¿impide esto reconocer inviolabilidad de su domicilio informático?

Volviendo al paralelismo antes trazado con respecto al domicilio físico, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, si bien es cierto que las personas jurídicas no son titulares propiamente del derecho a la intimidad, sí lo son de la inviolabilidad de domicilio. De esta manera, el Tribunal Constitucional separa los conceptos de intimidad e inviolabilidad de domicilio. El domicilio de una persona jurídica es inviolable aun cuando no se le reconoce derecho a la intimidad personal o familiar. ¿Puede afirmarse esta inviolabilidad del domicilio informático?

Será necesario comprobar las razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio físico de las personas jurídicas y comprobar si son aplicables al domicilio informático. Citando la STC núm. 137/1985, de 17 de octubre (RTC/1985/137), «nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad de domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma CE».

La CE no se refiere expresamente al domicilio informático, pero entre la doctrina se ha interpretado el artículo 18.4 como el enclave constitucional de este

⁶⁰ Huelga decir que, de existir esa intención, no estaríamos ante un delito de intrusismo informático sino ante el delito tipificado en el artículo 197.2 del CP 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 archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

⁶¹ S. Mir Puig: «Derecho Penal. Parte General. Editorial Repertor».

⁶² «Parangonando la intimidad domiciliaria, el mero acceso al dato u ordenador ajeno sin permiso, contrariando las medidas de seguridad que haya impuesto el usuario, independientemente de su contenido (la intensión, lesiva o no, del hacker al hacer su intromisión en ámbitos informáticos protegidos que fácilmente se evidencian para cualquier ciudadano medio, excluye las farragosas discusiones sobre la culpabilidad, que de esta forma se objetiva, porque es notorio que el acceso a esos entornos de privacidad revela «información» reservada, que no debe obtenerse sin permiso), sería el equivalente al allanamiento de morada informático, que, obviamente debería tener una pena menor que el acceso y posterior apoderamiento del dato, archivo o fichero o su copiado y desplazamiento, que sería el equivalente al robo en casa habitada, y que tendría una pena mayor» («Delitos informáticos, terrorismo y derecho internacional en el anteproyecto de ley orgánica de 2008, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, del Código Penal»; E. Velasco Núñez —Juzgado Central De Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional—).

precepto, al señalar una esfera de intimidad en el uso de la informática que el legislador ha de garantizar. Textualmente, el artículo 18.4 afirma: «*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». Según la literalidad del texto, la esfera de intimidad en el uso de la informática que el legislador está obligado a garantizar es la *personal y familiar*. El legislador *no* está constitucionalmente obligado a regular el uso de la informática para garantizar la privacidad de las personas jurídicas. A diferencia de lo que sucede con el domicilio físico, tratándose del domicilio informático, el legislador sí distingue. Desde este punto de vista resulta difícil afirmar que exista un concepto de domicilio informático desvinculado del concepto de intimidad *personal y familiar*. En este sentido, interpretar que lo que protege el artículo 197.3 del CP es la inviolabilidad del domicilio informático supondría que lo protegido es el sistema informático en cuanto reducto de intimidad *personal y familiar*. Dado que las personas jurídicas carecen de intimidad *personal y familiar*, su sistema informático no podría considerarse domicilio informático. Desde esta perspectiva tampoco podría afirmarse la protección penal del sistema informático de una persona jurídica.

2.3 · La pena

Tratándose de personas físicas, la pena prevista para el intrusismo informático es de seis meses a dos años de prisión. Resulta acertada, a nuestro juicio, la previsión de una pena que, en su grado máximo, admite posibilidad de suspensión. Existe en el imaginario colectivo una imagen clásica del *hacker*⁶³ como el individuo, integrado socialmente y dotado de grandes conocimientos técnicos que por el simple placer descubrir las debilidades de la máquina accede a sistemas informáticos ajenos en lo que considera un reto intelectual, en muchos casos advirtiendo incluso al titular del sistema de la existencia de una *brecha* de seguridad y la forma de solucionarlo.

⁶³ Entre los *hackers* más conocidos se encuentran nombres como Stephen Wozniak, cofundador de Apple, o Linus Torvalds, creador de Linux. También Jonathan James, primer adolescente que era enviado a prisión acusado de *hacking* y que fue sentenciado a seis meses cuando tenía solo 16 años de edad. En una entrevista anónima de la PBS, afirmó: «*Yo solo anduve por allí viendo, jugando. Era como un desafío para mí el ver cuánto podía lograr*».

Llama la atención sin embargo que al apoderamiento de datos reservados contenidos en soportes informáticos (art. 197.2 del CP) cometido en grado de tentativa le corresponda una pena menor⁶⁴. Podría llegar a darse el caso de que, detectado el acceso ilícito, el *hacker* que únicamente pretendía entrar en el sistema, sin acceder a dato alguno, manifestase su intención frustrada de apoderarse de datos reservados para obtener una sanción menos severa.

2.4 · Responsabilidad penal de la persona jurídica

El delito de intrusismo informático se encuentra entre aquellos que pueden ser cometidos por la persona jurídica. En estos casos la pena prevista es de multa de seis meses a dos años, pudiendo imponerse las penas recogidas en las letras d) a g) del artículo 33.

En principio puede resultar llamativo que se prevea la responsabilidad de una empresa cuando hay una tendencia generalizada de considerar al *hacker* como una persona que actúa en solitario y por pura diversión. Sin embargo, no es descartable, desde un punto de vista estrictamente teórico, que empresas de seguridad informática contraten *hackers* para que detecten fallos en sistemas informáticos de terceros potenciales clientes, o incluso que promuevan esas prácticas entre sus empleados como forma de entrenamiento.

2.5 · El daño

Como se ha explicado, la conducta se consuma con el mero acceso, por lo que no se exige la producción de un daño. Cualquier daño que se derive del delito, habrá de tratarse en sede de responsabilidad civil. En este sentido, podrían generarse daños de imagen (por ejemplo, una página web dedicada al comercio *on-line* que sufre el ataque de un *hacker* verá disminuido su volumen de ventas), o los derivados de la necesidad de verificar que el acceso realmente no afectó al sistema. Ha de tenerse en cuenta de todas formas que lo habitual es que estos daños se produzcan cuando el ataque se ha dirigido al sistema informático de una persona jurídica,

⁶⁴ El artículo 197.2 del CP prevé una pena de prisión de uno a cuatro años. Ello supone que, en grado de tentativa, al aplicarse la pena inferior en uno o dos grados (art. 70 CP), la pena a imponer podría ser de seis meses a un año o incluso de tres a seis meses.

situación en la que concurren una serie de dificultades ya comentadas.

2.6 · La prueba

No es necesario tener conocimientos técnicos para advertir la extraordinaria dificultad que puede llegar a plantear la prueba de este tipo de conductas. En primer lugar porque, una vez que el *hacking* ha sido tipificado, no es de esperar que el autor informe del fallo de seguridad al titular del sistema, ni que deje intencionadamente alguna señal de su acceso como prueba de su logro técnico (conductas ambas relativamente frecuentes hasta ahora). Por el contrario, lo habitual será que el *hacker* borre sus huellas para evitar ser rastreado. En cualquier caso, lo que parece evidente es que, salvo en casos muy excepcionales, la prueba pericial será imprescindible para lograr una sentencia condenatoria.

2.7 · Valoración crítica

La tipificación expresa del intrusismo informático era, como se ha visto, una necesidad derivada de

los acuerdos internacionales en los que España ha sido parte. Partiendo de esa base, no nos detendremos a cuestionar si la conducta del *hacker* es o no merecedora de reproche penal desde el punto de vista político-criminal. Sin embargo, como se ha comentado, la forma en la que se ha llevado a cabo puede plantear ciertos problemas interpretativos. En nuestra opinión, o se admite que, pese a su ubicación sistemática, no es la intimidad (*personal y familiar*) lo que protege el 197.3 del CP, o será realmente difícil en algunos casos castigar este tipo de conductas. La impunidad resulta especialmente grave desde el momento en que la *delincuencia informática*, si por algo se caracteriza, es por ser transnacional. Ello obliga a la armonización legislativa, como demuestran el Convenio de Budapest y la Decisión Marco que están en el origen de esta reforma. Obviar la ubicación que el legislador ha querido dar y acudir al «espíritu» del Convenio de Budapest y la Decisión Marco a la hora de interpretar la norma puede ser una decisión discutible. Sin embargo, limitar la interpretación de los tipos según el bien jurídico que declara proteger puede dar lugar a lagunas de punibilidad. La respuesta que los Tribunales den a este dilema es, hoy por hoy, una incógnita.